

Erläuternder Bericht
zur
Änderung des Strafgesetzbuches
und zur
Änderung des Jugendstrafgesetzes
(Massnahmenpaket Sanktionenvollzug)

Bundesamt für Justiz
6. März 2020

Inhaltsverzeichnis

<i>Übersicht</i>	6
1 Grundzüge des Vorentwurfes zur Änderung des Strafgesetzbuches (Vorlage 1)	8
1.1 Ausgangslage	8
1.1.1 Motion 11.3767 Rickli Natalie. Keine unbegleiteten Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte	8
1.1.2 Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats. Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern	8
1.1.3 Motion 17.3572 Guhl. Längeres Prüfungsintervall nach drei negativen Prüfungen der Verwahrung	9
1.2 Geltendes Recht und Handlungsbedarf	9
1.2.1 Das Sanktionensystem des StGB und der Justizvollzug in der Schweiz	9
1.2.2 Urlaube für verwahrte Täter	12
1.2.3 Überprüfung der Verwahrung	13
1.2.4 Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen	13
1.2.5 Zuständigkeiten bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme	13
1.2.6 Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit	15
1.2.7 Bewährungshilfe und Weisungen	16
1.2.8 Friedensbürgschaft	18
1.2.9 Terminologische Bereinigung	19
1.3 Die vorgeschlagenen Neuregelungen im Überblick	19
1.3.1 Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug ausschliessen	19
1.3.2 Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung	20
1.3.3 Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen	20
1.3.4 Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme	21
1.3.5 Zusammensetzung und Beizug der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit	22
1.3.6 Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen	22
1.3.6.1 Verwahrung ausdehnen?	23
1.3.6.2 Neue Aufsichtsmassnahme?	24
1.3.6.3 Vorschlag des Bundesrates	24
1.3.6.4 Verschärfung der Sanktionierung von Missachtung der Bewährungshilfe oder Weisungen?	26
1.3.7 Terminologische Bereinigung	28

2	Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der Vorlage 1	29
2.1	Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug ausschliessen Artikel 84 Absatz 6 ^{bis} und 6 ^{ter} ; Artikel 90 Absatz 4 ^{bis} VE-StGB	29 29
2.2	Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung Artikel 64 ^b Absatz 3 VE-StGB	29 29
2.3	Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen Artikel 57 ^a Absatz 1 VE-StGB Artikel 57 ^a Absatz 2 VE-StGB Artikel 57 ^a Absatz 3 VE-StGB	30 30 31 31
2.4	Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme Artikel 62 ^c Absatz 1 (Einleitungssatz) und 5; Artikel 62 ^d Absatz 1; Artikel 63 ^a Absatz 1 und 2 (Einleitungssatz) Artikel 65 ^a VE-StGB; Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 8 VE-BGG	31 31 32
2.5	Zusammensetzung und Beizug der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern Artikel 62 ^c Randtitel VE-StGB Artikel 62 ^d Absatz 2 VE-StGB Artikel 62 ^e VE-StGB Artikel 64 Absatz 5 VE-StGB Artikel 64 ^a Randtitel VE-StGB Artikel 64 ^b Absatz 2 Buchstabe c VE-StGB Artikel 75 ^a Absätze 1 und 3 VE-StGB Artikel 90 Absätze 1 und 1 ^{bis} VE-StGB Artikel 91 ^a VE-StGB Artikel 91 ^b VE-StGB Artikel 28 Absatz 3 VE-JStG	33 33 33 33 34 34 34 34 35 35 36 37 38
2.6	Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen Artikel 41 ^a VE-StGB und Artikel 34 ^a ^{bis} VE-MStG Artikel 62 Absatz 4 Buchstabe b und Absatz 5 VE-StGB Artikel 62 ^f VE-StGB Artikel 89 ^a VE-StGB Artikel 93 VE-StGB Artikel 94 VE-StGB Artikel 95 Absatz 2 VE-StGB Artikel 95 ^a VE-StGB	38 38 40 41 43 44 45 47 47
2.7	Terminologische Bereinigung	49
3	Grundzüge des Vorentwurfs zur Änderung des Jugendstrafgesetzes (Vorlage 2)	50
3.1	Ausgangslage	50
3.1.1	Die Motion Caroni 16.3142	50

3.1.2	Geltendes Recht	51
3.1.3	Handlungsbedarf	55
3.1.4	Anhörung von Experten	56
3.1.5	Geprüfte Varianten und gewählte Lösung	57
3.1.5.1	Keine Gesetzesänderung	57
3.1.5.2	Ausdehnung des Anwendungsbereichs der fürsorglichen Unterbringung nach Artikel 426 ZGB	58
3.1.5.3	Neue polizeirechtliche Massnahme	58
3.1.5.4	Neue jugendstrafrechtliche Sicherheitsmassnahme	59
3.1.5.5	"Ablösung" der jugendstrafrechtlichen Massnahme durch eine Massnahme des Erwachsenenstrafrechts:	61
3.1.5.6	Fazit	62
3.1.6	Zusätzliche Änderungen	63
3.1.7	Nicht vorgenommene Änderungen	63
3.2	Die vorgeschlagenen Neuregelungen im Überblick	64
3.2.1	Zusammenfassung	64
3.2.2	Anlasstaten	64
3.2.3	Negative Prognose (im Urteilszeitpunkt / bei der Anordnung)	65
3.2.4	Vorbehalt der Massnahme im Grundurteil	66
3.2.5	Die Massnahmen des StGB	67
3.2.6	Massnahmen des StGB im Anschluss an die geschlossene Unterbringung	67
3.2.7	Massnahmen des StGB im Anschluss an den Freiheitsentzug	68
3.2.8	Zuständigkeit zur Anordnung der Massnahme	68
3.2.9	Fürsorgliche Unterbringung	68
3.2.10	Vollzug der Massnahme	69
3.2.11	Prozessrecht Jugendstrafprozessordnung (JStPO) Strafprozessordnung (StPO)	69 69 70
3.2.12	Strafregisterrecht	70
4	Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der Vorlage 2	70
4.1	Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003	70
	Artikel 3 Absatz 2 und 3	70
	Artikel 14 Absatz 2	70
	Artikel 15a	71
	Artikel 19 Absatz 1 ^{bis} und 1 ^{ter}	72
	Artikel 19a	73
	Artikel 19b	74
	Artikel 19c	75
	Artikel 25a	76

Artikel 27a	77
5 Verhältnis zur Legislaturplanung	79
6 Personelle und finanzielle Auswirkungen	79
6.1 Auswirkungen für den Bund	79
6.1.1 Vorlage 1 (StGB)	79
6.1.2 Vorlage 2 (JStG)	79
6.2 Auswirkungen für die Kantone	79
6.2.1 Vorlage 1 (StGB)	79
6.2.2 Vorlage 2 (JStG)	80
7 Rechtliche Aspekte	81
7.1 Verfassungsmässigkeit	81
7.1.1 Gesetzgebungskompetenz	81
7.1.2 Grundrechtskonformität	81
7.1.2.1 Neuerungen der Vorlage 1 (Änderung des StGB)	81
7.1.2.2 Neuerungen der Vorlage 2 (Änderung des JStG)	81
7.1.2.2.1 Grundrechte	82
7.1.2.2.2 Fazit	83
7.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	83
7.2.1 EMRK und KRK	83
7.2.2 Artikel 5 EMRK: Recht auf Freiheit und Sicherheit	83
7.2.3 Art. 6 EMRK: Anspruch auf ein unabhängiges Gericht	85
7.2.4 Artikel 37 KRK	85

Übersicht

Das Massnahmenpaket Sanktionenvollzug beinhaltet verschiedene einzelne Massnahmen. Diese sind nur lose miteinander verbunden und bedingen sich nicht wechselseitig. Der Bundesrat trennt deshalb die Änderungen in zwei separate Vorlagen auf: Vorlage 1 betrifft die Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB), Vorlage 2 die Änderungen des Jugendstrafgesetzes (JStG).

Inhalt der Vorlagen

Vorlage 1: Änderung des StGB

Das geltende schweizerische StGB stellt ein flexibles und relativ geschlossenes Sanktionensystem zur Verfügung und erlaubt es, gefährliche Straftäter wiedereinzugliedern oder – falls dies nicht möglich ist – solange von der Gesellschaft fernzuhalten, als dies zur Verhinderung von schweren Straftaten notwendig ist. Es bietet somit bereits heute eine sehr hohe Sicherheit. Eine Überprüfung des Sanktionenvollzugs hat gezeigt, dass Optimierungen im Bundesrecht möglich sind und von den Kantonen auch gewünscht werden. Diese Optimierungen sollen mit dieser Vorlage umgesetzt werden.

Die Vorlage 1 setzt drei Motionen um (Mo. Rickli 11.3767, Keine unbegleiteten Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte; Mo. RK-N 16.3002, Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern; Mo. Guhl 17.3572, Längeres Prüfungsintervall nach drei negativen Prüfungen der Verwahrung).

Der Vorschlag des Bundesrates zur Umsetzung der Motion 11.3767 soll sicherstellen, dass Straftäter, die sich im geschlossenen Vollzug der Verwahrung oder der vorangehenden Freiheitsstrafe befinden, nicht unbegleitet in Urlaube entlassen werden.

Die Umsetzung der Motion 17.3572 soll den administrativen Aufwand verringern, der durch die jährliche Überprüfung der Verwahrung entsteht: Die Verwahrung soll nur noch alle drei Jahre von Amtes wegen überprüft werden, wenn die bedingte Entlassung vorher dreimal in Folge abgelehnt worden ist.

Für die Umsetzung der Motion 16.3002 hat das Bundesamt für Justiz in Zusammenarbeit mit den Kantonen einen Bericht erstellt, in dem die Ausgangslage und der Handlungsbedarf analysiert worden ist. Aufgrund dieser Erkenntnisse schlägt der Bundesrat vier Änderungen vor:

- Präzisierung der Vorschriften betreffend die Zusammensetzung und Anrufung der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern. Dies soll Rechtsunsicherheiten in der Praxis beseitigen und die Rolle der Fachkommission stärken.
- Vereinfachung der Zuständigkeiten bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer Massnahme. Durch die Bündelung der Zuständigkeiten beim Gericht und die Legitimation der Vollzugsbehörde zur Einlegung eines Rechtsmittels soll das Verfahren zur Änderung der Sanktion schneller und effizienter werden.
- Eine klare Regelung für die Berechnung der Dauer einer freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahme soll eine einheitliche und sichere Fristberechnung durch die Vollzugsbehörden ermöglichen.

-
- *Ausbau der Kontroll- und Begleitmassnahmen (Bewährungshilfe und Weisungen) nach Strafende oder Beendigung einer Massnahme. Dieser Ausbau soll insbesondere die Sicherheitslücke schliessen, die sich ergeben kann, wenn ein gefährlicher Straftäter nicht therapierbar ist und ein Rückfallrisiko besteht, der Täter aber nicht die besondere Gefährlichkeit aufweist, die für eine Verwahrung vorausgesetzt ist.*

Vorlage 2: Änderung des JStG

Mit dieser Vorlage wird die Motion Caroni 16.3142 «Sicherheitslücke im Jugendstrafrecht schliessen» umgesetzt. Jugendliche Täter, die nicht oder nicht mehr erzogen oder behandelt werden können, müssen aus dem Vollzug einer Schutzmassnahme – allenfalls nach Verbüssung einer Reststrafe – entlassen werden, auch wenn sie für Dritte eine Gefahr darstellen. Das JStG sieht keine reine Sicherheitsmassnahme zum Schutz Dritter vor. Die fürsorgliche Unterbringung nach dem Zivilgesetzbuch (ZGB), die im Anschluss an eine jugendstrafrechtliche Schutzmassnahme beantragt werden kann, ist nicht als Sicherheitsmassnahme für nicht erziehbare und nicht behandelbare Personen, die für Dritte eine schwerwiegende Gefahr darstellen, konzipiert.

Es ist selten, dass ein jugendlicher Straftäter durch alle Netze des Jugendstrafrechts fällt und als "gefährlicher Straftäter" aus einer Sanktion des JStG entlassen werden muss. Das geltende Jugendstrafrecht soll daher nicht grundsätzlich geändert, sondern es sollen lediglich gewisse Sicherheitslücken geschlossen werden. Die geplante Regelung ist eng gefasst, damit sie die Grundsätze des Jugendstrafrechts möglichst nicht in Frage stellt.

Nach Prüfung der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten wird eine Regelung vorgeschlagen, die es erlaubt, bei Personen, die das 18. Altersjahr vollendet haben, im Anschluss an die jugendstrafrechtliche Sanktion eine Massnahme des StGB anzuordnen. Diese Regelung ist restriktiv gefasst, und soll nur bei Personen zur Anwendung kommen, die sehr schwere Straftaten begangen haben und bei denen am Ende der jugendstrafrechtlichen Sanktion die ernsthafte Gefahr besteht, dass sie wiederum eine solche sehr schwere Straftat begehen werden.

1 Grundzüge des Vorentwurfes zur Änderung des Strafgesetzbuches (Vorlage 1)

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Motion 11.3767 Rickli Natalie. Keine unbegleiteten Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte

Die Motion Rickli wurde vom Ständerat am 15. Dezember 2015 abgeändert und vom Nationalrat am 14. Juni 2016 angenommen. Der Bundesrat ist damit beauftragt, dem Parlament eine Änderung von Artikel 64 des Strafgesetzbuches (StGB)¹ vorzulegen, so dass unbegleitete Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte ausgeschlossen sind.

1.1.2 Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats. Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern

Am 3. März 2016 bzw. 29. September 2016 haben National- und Ständerat die Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats angenommen. Mit der Motion wurde der Bundesrat aufgefordert, in Zusammenarbeit mit den Kantonen und unter Berücksichtigung der Konkordate Kriterien und Mindeststandards für einen einheitlichen Vollzug der Strafen von gefährlichen Tätern festzulegen.

Für die Umsetzung der Motion hat das Bundesamt für Justiz in Zusammenarbeit mit einer Delegation der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern der Strafvollzugskonkordate und der kantonalen Straf- und Massnahmenvollzugsbehörden, einen Bericht² verfasst, der am 20. November 2018 veröffentlicht worden ist.

Die Arbeitsgruppe hat verschiedene Punkte im Zusammenhang mit dem Straf- und Massnahmenvollzug bei gefährlichen Tätern untersucht. Zunächst ging es darum, zu eruieren, ob vier Jahre nach der Veröffentlichung des Berichts zum Postulat Amherd³ weiterhin Unterschiede in der Praxis der verschiedenen Kantone und Konkordate bestehen. In einem zweiten Schritt wurde untersucht, ob diese Unterschiede Schwierigkeiten bereiten. Schliesslich hat die Arbeitsgruppe Lösungen vorgeschlagen, um die von ihr erkannten Defizite zu beheben.

Der Bericht des BJ skizziert die allfällige Schaffung eines Instruments, das es ermöglicht, gefährliche Täter am Ende der Sanktion zu betreuen bzw. zu überwachen, eine Vereinfachung des Verfahrens bei der Zuteilung der Zuständigkeiten zwischen

¹ SR 311.0.

² Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 20. November 2018 zur Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 22. Januar 2016 «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern» (hiernach: Bericht des BJ zur Motion 16.3002), www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-11-20/ber-straftaeter-d.pdf (Stand: 2.7.2019).

³ Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 18. März 2014 in Erfüllung des Postulats 11.4072 Amherd vom 15. Dezember 2011 «Überprüfung des Straf- und Massnahmenvollzuges in der Schweiz», www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/dokumentation/ber-po-amherd-d.pdf (Stand: 2.7.2019).

den Verwaltungs- und Justizbehörden, eine klare Regelung zur Massnahmendauer, und die Zusammensetzung und Anrufung der Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter.

Das Thema Informationsaustausch, insbesondere die Fragen der Weitergabe von Auskünften und der Achtung des Arztgeheimnisses, erachtet der Bericht des BJ dagegen nicht als prioritär. Die Mehrheit der Kantone ist hier in den letzten Jahren im Rahmen ihrer eigenen gesundheits- bzw. vollzugsrechtlichen Zuständigkeit bereits gesetzgeberisch tätig geworden,⁴ und die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften hat medizinisch-ethische Richtlinien zu diesem Thema verabschiedet.⁵

Die Motion 16.3002 umfasst nicht Massnahmen zur Bekämpfung von sogenannten terroristischen Gefährdern ausserhalb des Justizvollzuges. Für die Bekämpfung dieses Phänomens hat der Bundesrat eine spezifische Vorlage ausgearbeitet und an das Parlament überwiesen.⁶

1.1.3 Motion 17.3572 Guhl. Längeres Prüfungsintervall nach drei negativen Prüfungen der Verwahrung

Die Motion Guhl wurde vom Parlament am 28. Februar 2018 angenommen. Der Bundesrat ist danach beauftragt, Artikel 64b StGB dahingehend anzupassen, dass die zuständige Behörde erst wieder nach drei Jahren oder auf begründeten Antrag eine bedingte Entlassung zu prüfen hat, wenn bei einem verwahrten Täter das jährliche Gutachten zur Prüfung einer bedingten Entlassung dreimal in Folge negativ ausgefallen ist.

1.2 Geltendes Recht und Handlungsbedarf

1.2.1 Das Sanktionensystem des StGB und der Justizvollzug in der Schweiz

Das schweizerische StGB unterscheidet zwischen Strafen und Massnahmen. Das Sanktionensystem ist dualistisch-vikariierend konzipiert. Das bedeutet, dass die rechtsanwendenden Behörden Strafen und Massnahmen nebeneinander aussprechen können bzw. müssen⁷, aber den wegen einer Massnahme erlittenen Freiheitsentzug an die zu verbüssende Freiheitsstrafe anrechnen müssen⁸. Für den Vollzug gilt der Grundsatz «Massnahme vor Strafe» (Art. 57 Abs. 2 StGB).

Das Sanktionensystem zeichnet sich seit der Revision im Jahr 2007 durch grosse Flexibilität aus.⁹ Es ist möglich, bei einem Täter im Vollzug einer Freiheitsstrafe nachträglich eine ambulante oder eine stationäre therapeutische Massnahme anzu-

⁴ Bericht des BJ zur Motion 16.3002 (Fn. 2), Ziff. 5.4.5.

⁵ SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Bern 2018, Ziff. 10.

⁶ 19.032 Geschäft des Bundesrates. Bundesgesetz Entwurf über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT).

⁷ Dualismus, Art. 57 Abs. 1 StGB.

⁸ Vikarismus, Art. 57 Abs. 3, Art. 62b Abs. 3 und Art. 63b Abs. 1 StGB.

⁹ Dazu BGE 145 IV 167 E. 1.7.

ordnen (Art. 65 Abs. 1 StGB).¹⁰ Das Massnahmenrecht erlaubt es zudem, nachträglich eine Verwahrung anzuordnen, wenn z.B. eine stationäre therapeutische Massnahme (Art. 59 StGB) erfolglos geblieben ist (Art. 62c Abs. 4 StGB).¹¹

Bei einem Täter im Vollzug einer Freiheitsstrafe, der die Voraussetzungen für eine stationäre therapeutische Massnahme nicht erfüllt, kann nach Artikel 65 Absatz 2 StGB eine Verwahrung nachträglich angeordnet werden. Diese Bestimmung wurde anlässlich der Revision des StGB AT im Jahr 2005 (Korrekturen am Sanktions- und Strafregisterrecht) eingeführt und eingehend diskutiert.¹² Weil eine solche Anordnung die Abänderung des ursprünglichen Urteils bedeutet, ist dies nur nach den strengen Regeln der Revision möglich («Revision zu Ungunsten der verurteilten Person»). Ein rechtlicher Spielraum für eine Absenkung der Voraussetzungen bei Artikel 65 Absatz 2 StGB ist nicht ersichtlich, zumal schon die geltende Regelung in der Literatur praktisch einhellig kritisiert wird.¹³ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte die deutsche Regelung zur nachträglichen Sicherungsverwahrung für konventionswidrig erklärt.¹⁴ Ein Fall aus der Schweiz zur nachträglichen Verwahrung nach Artikel 65 Absatz 2 StGB ist zur Zeit (Stand Januar 2020) am EGMR hängig.¹⁵

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das geltende Sanktionenrecht ein flexibles und relativ geschlossenes System darstellt, das es erlaubt, gefährliche Straftäter wiedereinzugliedern oder – falls dies nicht möglich ist – solange von der Gesellschaft fernzuhalten, als dies zur Verhinderung von schweren Straftaten notwendig ist.

¹⁰ Zur nachträglichen Anordnung einer ambulanten Massnahme siehe Urteil des Bundesgerichts 6B_82/2019 vom 1. Juli 2019 E. 2.3.5 und 2.3.8. Zur nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 65 Abs. 1 StGB siehe EGMR, Kadusic/Schweiz, Urteil vom 9. Januar 2018, Nr. 43977/13 und Urteil des Bundesgerichts 6F_8/2018 vom 22. Mai 2018 E. 2.2.3.

¹¹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 6B_81/2011 vom 16. Mai 2011 E. 4; grundsätzlich mit Blick auf die EMRK-Konformität BGE 145 IV 167 E. 1.7 f.

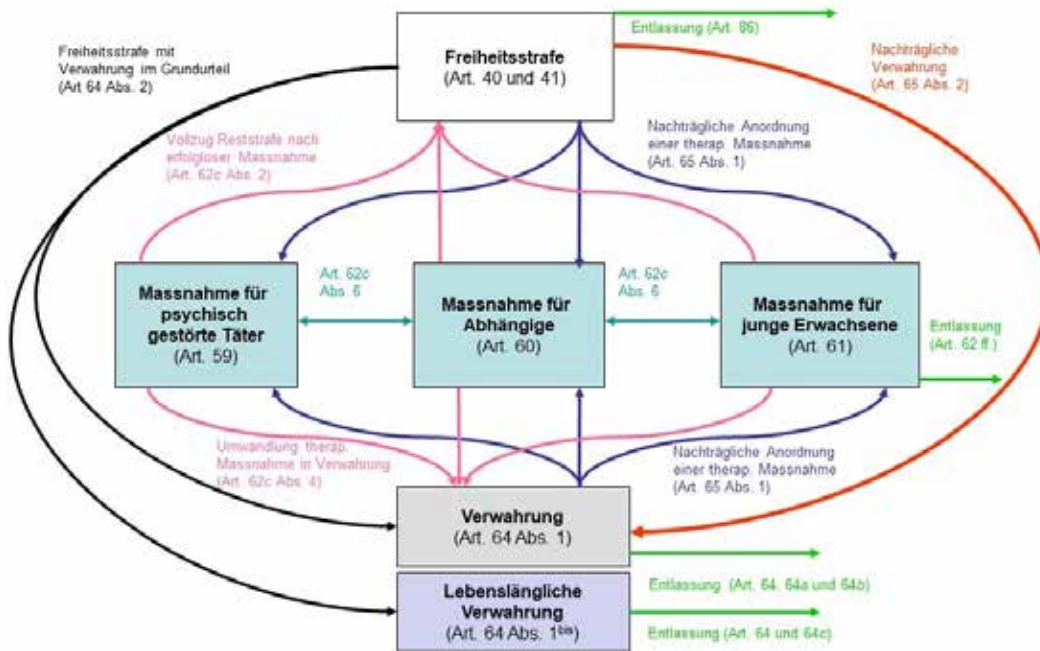
¹² Zusammenfassung der Debatten unter www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20050060#tab-panel-acc-9.

¹³ Nachweise bei HEER MARIANNE, in: Niggli Marcel A./ Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, Band I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 65 N 58 ff.

¹⁴ EGMR, M./Deutschland, Urteil vom 17. Dezember 2009, Nr. 19359/04.

¹⁵ Angefochten ist das Urteil des Bundesgerichts 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015.

Schema: Änderung der Sanktion im StGB¹⁶



¹⁶ Die Möglichkeiten zur Anordnung von ambulanten Massnahmen und der stufenweise Vollzug bei der bedingten Entlassung (Anordnung von Bewährungshilfe, Erteilen von Weisungen, Rückversetzung) sind hier weggelassen, siehe dazu Ziff. 1.2.7.

Der Straf- und Massnahmenvollzug liegt in der Zuständigkeit der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 123 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]¹⁷ und Art. 372 StGB). Sie sind verpflichtet, die notwendige Infrastruktur bereitzustellen. Dazu gehören Vollzugsbehörden, Bewährungshilfe und Institutionen des Freiheitsentzugs.

Die Kantone haben sich zwecks gemeinsamer Aufgabenerfüllung zu drei regionalen Strafvollzugskonkordaten zusammengeschlossen. Diese tragen wesentlich zur Harmonisierung der kantonalen Vollzugspraxen und zur effizienten Anstaltsplanung bei. Die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) hat mit der Verabschiedung von gemeinsamen Grundlagen für den schweizerischen Sanktionenvollzug und mit der Schaffung des Schweizerischen Kompetenzzentrums für den Justizvollzug (SKJV) wichtige Schritte zur Harmonisierung des Straf- und Massnahmenvollzug eingeleitet.

Der Bundesrat hat in seinem Bericht zur Erfüllung des Postulats 11.4072 Amherd zur Überprüfung des Straf- und Massnahmenvollzuges in der Schweiz die Aufgaben des Justizvollzuges ausführlich dargestellt, weshalb hier nur ein kurzer Überblick erfolgt.

Die Aufgaben der Behörden und Institutionen des Justizvollzugs sind umfassend. Sie reichen vom Vollzug der Haft im Vorfeld einer rechtskräftigen Verurteilung bis zur Durchführung der Bewährungshilfe nach der bedingten Entlassung. Der Fokus des behördlichen Handelns liegt dabei stets auf dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und der wirksamen Resozialisierung der straffällig gewordenen Person.

Die Vollzugsbehörden orientieren sich am gesetzlich vorgegebenen Resozialisierungs- und Rückfallpräventionsauftrag. Gemäss dem Vollzugsziel von Artikel 75 Absatz 1 StGB hat der Strafvollzug das soziale Verhalten des Gefangenen zu fördern, insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben. Rückfälle in die Kriminalität sollen verhindert und damit die Gesellschaft geschützt werden. Mit den Prinzipien der positiven Spezialprävention soll der Vollzug strafrechtlicher Sanktionen die Reintegration straffällig gewordener Menschen nachhaltig unterstützen und damit wesentlich zum Schutz der öffentlichen Sicherheit beitragen.

Um diese Aufgaben zu erfüllen, stehen den kantonalen Vollzugsbehörden spezialisierte Institutionen zur Verfügung wie z. B. offene oder geschlossene Justizvollzugsanstalten, Massnahmenvollzugseinrichtungen, Einrichtungen für weibliche Eingewiesene und Einrichtungen für junge Erwachsene.

1.2.2 Urlaube für verwahrte Täter

Im geltenden Recht sind Vollzugsöffnungen für lebenslänglich verwahrte Personen (Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB) ausnahmslos ausgeschlossen (Art. 123a Abs. 1 BV, Art. 84 Abs. 6^{bis} sowie Art. 90 Abs. 4^{ter} StGB). Für ordentlich verwahrte Personen (Art. 64 Abs. 1 StGB) sind Vollzugsöffnungen – und damit unbegleitete oder begleitete Urlaube – nicht ausgeschlossen (Art. 84 Abs. 6 i.V.m. Art. 90 Abs. 4 und Art. 90 Abs. 2^{bis} StGB).

¹⁷ SR 101.

Beim Entscheid über die Gewährung von Vollzugsöffnungen ist bei einem Täter, der ein Delikt nach Artikel 64 Absatz 1 StGB begangen hat, zu prüfen, ob er die Voraussetzungen der Gemeingefahr gemäss Artikel 75a Absatz 3 StGB erfüllt.

Die Motion 11.3767 Rickli wollte «Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte» ausschliessen. Sie wurde vom Ständerat am 15. Dezember 2015 abgeändert und vom Nationalrat am 14. Juni 2016 in der geänderten Fassung angenommen. Der Bundesrat ist damit beauftragt, dem Parlament eine Änderung von Artikel 64 StGB vorzulegen, so dass *unbegleitete* Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte ausgeschlossen sind.

1.2.3 Überprüfung der Verwahrung

Nach Artikel 64b Absatz 1 Buchstabe a StGB prüft die zuständige Behörde auf Gesuch hin oder von Amtes wegen mindestens einmal jährlich und erstmals nach Ablauf von zwei Jahren, ob der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen werden kann.

Die jährliche Überprüfung der bedingten Entlassung verursacht einen hohen administrativen Aufwand. Innerhalb dieser Zeitspanne verringert sich bei verwahrten Tätern das Rückfallrisiko kaum in einem solchen Mass, dass diese Vollzugsöffnung realistisch wäre.

1.2.4 Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

Im geltenden Recht fehlt eine Bestimmung zur Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden Massnahmen. Es ist somit nicht zweifelsfrei geregelt, ob z.B. die Organisationshaft bis zur Einweisung in eine geeignete Vollzugseinrichtung an die Dauer der Massnahme anzurechnen ist. Das Bundesgericht hatte in den letzten Jahren mehrmals über Unsicherheiten in Bezug auf die Berechnung von sich daraus ergebenden Fristen zu entscheiden.¹⁸

Um die einheitliche Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden Massnahmen in der Praxis sicherzustellen, soll die bundesgerichtliche Rechtsprechung in allgemein gültiger Form kodifiziert und präzisiert werden. Dadurch soll die Fristverwaltung bei den Vollzugsbehörden erleichtert werden, so dass z.B. Verlängerungs- oder Änderungsanträge rechtzeitig gestellt werden können.

1.2.5 Zuständigkeiten bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme

Die Zuständigkeiten bei der Aufhebung einer bestehenden Massnahme und der Anordnung einer neuen Massnahme sind im geltenden StGB zweigeteilt: Für die Aufhebung ist die Vollzugsbehörde zuständig, und für die Änderung oder Verlängerung das Gericht. Weil zwischen beiden Entscheiden ein enger Zusammenhang besteht, können die Kantone die Kompetenz zur Aufhebung ebenfalls dem Gericht zuweisen.¹⁹

¹⁸ Siehe insb. BGE 142 IV 105 E. 4.2; 145 IV 65 E. 2.3; zur sog. Organisationshaft siehe Urteil des Bundesgerichts 6B_564/2018 vom 2. August 2018 E. 2.5.5.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1098/2018 vom 21. März 2019 E. 1.5, zur Publikation vorgesehen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts²⁰ muss die Vollzugsbehörde die laufende Massnahme zuerst gemäss kantonalem Recht aufgehoben haben, bevor das Gericht in einem selbständigen nachträglichen Entscheid gemäss Artikel 363 ff. der Strafprozessordnung (StPO)²¹ eine andere Massnahme anordnen kann.

Diese zweigeteilte Zuständigkeit bei der Änderung einer Sanktion wird im Schrifttum kritisiert²² und bereitet in der Praxis Schwierigkeiten. Sie ist nicht nur ineffizient, sondern birgt letztlich auch die Gefahr von widersprüchlichen Entscheiden.²³

Fallbeispiel: E. war wegen Vergewaltigung und sexueller Handlungen mit einem Kind zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und einer Busse von 200 Franken verurteilt worden. Zusätzlich war eine stationäre therapeutische Massnahme in einer geschlossenen Einrichtung angeordnet worden (Art. 59 Abs. 3 StGB). Vor Ablauf der Dauer von fünf Jahren im Massnahmenvollzug beantragte die Vollzugsbehörde die Verlängerung der Massnahme, da E. nach wie vor betreut werden müsse. Das Rückfallrisiko für Straftaten gegen die sexuelle Integrität wurde weiterhin als sehr hoch eingeschätzt. Im Beschwerdeverfahren gegen das erstinstanzliche Urteil, das dem Antrag auf Verlängerung stattgegeben hatte, führte das Gericht aus, E.'s Einstellung habe sich trotz mehrjähriger Therapie nicht wirklich geändert. Er scheine nicht bereit, zu einer Behandlung Hand zu bieten und sich mit seiner Pädophilie auseinanderzusetzen. Das Gericht entschied deshalb, dass die Massnahme nicht verlängert werden kann.²⁴

Das geltende Recht hat in gewissen Konstellationen auch zur Folge, dass bei gefährlichen Straftätern nach Aufhebung der alten und vor Anordnung der neuen Massnahme der Freiheitsentzug nach den Bestimmungen zur Sicherheitshaft gemäss Artikel 229 ff. StPO angeordnet bzw. aufrechterhalten wird.²⁵ Die Anordnung von Sicherheitshaft wirkt in solchen Konstellationen als Notbehelf und wirft Fragen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage auf.²⁶ Der EGMR hat entschieden, dass die analoge Anwendung im Nachverfahren konventionswidrig ist.²⁷ Die zwischenzeitliche Verlegung in eine Strafanstalt scheint zudem nicht zweckmässig hinsichtlich einer nach wie vor bestehenden Behandlungsbedürftigkeit oder der Auswirkungen auf den Therapiewillen.

²⁰ BGE 134 IV 246 E. 3.4; 141 IV 49 E. 2.4 f.

²¹ SR 312.0

²² HEER MARIANNE, in: Niggli Marcel A./ Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, Band I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 62 N 9 f., 18 ff.

²³ Bericht des BJ zur Motion 16.3002 (Fn 2), Ziff. 6.

²⁴ Urteil der Beschwerdekammer des Obergerichts des Kantons Solothurn BKBES.2016.15 vom 16. September 2016.

²⁵ Analoge Anwendung in StPO-Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts, siehe Urteile des Bundesgerichts 1B_486/2018 vom 22. November 2018 E. 1 und 1B_41/2019 vom 19. Februar 2019 E. 2.3.

²⁶ Siehe BGE 139 IV 175 und 142 IV 105; dazu auch EGMR, *T.B./Schweiz*, Urteil vom 30. April 2019, Nr. 1760/15.

²⁷ EGMR, *I.L./Schweiz*, Urteil vom 3. Dezember 2019, Nr. °72939/16 (§ 52 ff). Die gesetzliche Grundlage für die Sicherheitshaft soll mit der zurzeit im Parlament hängigen Revision der StPO geschaffen werden, dazu auch Ziff. 1.3.4.

Diese Probleme lassen sich verringern, wenn dieselbe Behörde, die über die Änderung der Sanktion entscheiden soll, im selben Entscheid zunächst über die Aufhebung der Massnahme urteilt.

Es ist anzumerken, dass in Kantonen wie z.B. dem Kanton Wallis, in denen ein Vollzugsgericht sowohl für die vollzugsrechtlichen als auch die selbständigen nachträglichen Entscheide nach Artikel 363 ff. StPO zuständig ist, sich keine Probleme stellen, die sich aus der Zweiteilung der Zuständigkeiten ergeben können.

Gegen nachträgliche Entscheide ist vor Bundesgericht die Staatsanwaltschaft zur Beschwerde legitimiert (Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG]²⁸). Die kantonalen Vollzugsbehörden sind demgegenüber von der Beschwerde ausgeschlossen.²⁹ Die Interessen der Vollzugsbehörde sind von der Staatsanwaltschaft zu wahren.³⁰ Es erscheint sinnvoll, die Vollzugsbehörde sowohl im kantonalen Verfahren wie im Verfahren vor Bundesgericht mit einer Rechtsmittellegitimation auszustatten, denn die Staatsanwaltschaft ist beim Vollzug von Sanktionen kaum je direkt beteiligt.

1.2.6 Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit

Die in Artikel 62d Absatz 2 StGB vorgesehene fachübergreifende Kommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit hat die Aufgabe, die Gefährlichkeit von Straftätern zu beurteilen und eine Stellungnahme zuhanden der Vollzugsbehörde abzugeben, wenn diese über Vollzugsöffnungen zu entscheiden hat.³¹

Verschiedene Bestimmungen regeln den Beizug der Kommission (Art. 62d Abs. 2, Art. 64b Abs. 2 Bst. c, Art. 75a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 90 Abs. 4^{bis} StGB), wobei die Praxis bei der bedingten Entlassung aus einer Massnahme einerseits (Art. 62d StGB) und diejenige aus einer Verwahrung andererseits (Art. 64b StGB) unterschiedlich ist.³² Diese Situation ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht befriedigend. Die Fälle, in denen die Kommission beizuziehen ist, müssen klar definiert werden.

Die Zusammensetzung der Kommission ist in den Grundzügen in Artikel 62d Absatz 2 StGB geregelt. Die Bestimmung hält fest, dass die Kommissionsmitglieder aus den drei namentlich genannten Berufsfeldern (Strafverfolgung, Vollzug, Psychiatrie) stammen, verlangt aber keine anderen, spezifischen Qualifikationen. Unklar ist weiter, ob auch Sachverständige, die ein komplementäres Berufsprofil aufweisen, in der Kommission Einsitz nehmen dürfen. Die Kantone haben die Organisation, Funktionsweise und Zusammensetzung ihrer jeweiligen Kommission unterschied-

²⁸ SR 173.110

²⁹ BGE 133 IV 121 E. 1.2 und BGE 145 IV 65 E. 1.2

³⁰ BGE 145 IV 65 E. 1.2

³¹ Nach Art. 75a Abs. 2 StGB sind Vollzugsöffnungen Lockerungen im Freiheitsentzug, namentlich die Verlegung in eine offene Anstalt, die Gewährung von Urlaub, die Zulassung zum Arbeitsexternat oder zum Wohnexternat und die bedingte Entlassung.

³² Einzelheiten unter Ziffer 2.5; Bericht des BJ zur Motion 16.3002 (Fn. 2), Ziff. 6.2.

lich geregelt.³³ So gehören in mehreren Kantonen auch andere Fachpersonen der Kommission an.

Die Bestimmung regelt zudem nur die Ausstandspflicht von Sachverständigen und Vertreterinnen und Vertretern der Psychiatrie. Tatsächlich kann aber auch ein Mitglied der Staatsanwaltschaft oder ein Mitglied der Vollzugsbehörde bereits mit der zu beurteilenden Person befasst gewesen sein, gerade in den Kantonen der lateinischen Schweiz, wo jeder Kanton eine eigene Kommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit eingerichtet hat.

1.2.7 Bewährungshilfe und Weisungen

Im geltenden Recht werden Bewährungshilfe und Weisungen nach Artikel 93 und 94 StGB³⁴ bei bedingten oder teilbedingten Strafen (Art. 44 Abs. 2 StGB) für die Dauer der Probezeit nach bedingter Entlassung (Art. 62 Abs. 3, Art. 64a Abs. 1, Art. 87 Abs. 2) sowie im Rahmen des Vollzugs gewisser Massnahmen (Art. 63 Abs. 2, Art. 67 Abs. 6, Art. 67b Abs. 4, Art. 67c Abs. 7^{bis}) angeordnet. Es ist möglich, bei verwahrten, bedingt entlassenen Tätern die Probezeit (und damit die Möglichkeit der Anordnung von Bewährungshilfe und der Erteilung von Weisungen) solange zu verlängern, als es notwendig erscheint (Art. 64a Abs. 2 StGB). Dasselbe gilt für Täter, die zwar eine Tat nach Artikel 64 Absatz 1 begangen haben, aber nicht verwahrt worden sind (Art. 87 Abs. 3 StGB).

Das geltende Recht sieht aber keine Möglichkeit vor, Bewährungshilfe und Weisungen auf unbestimmte Zeit hin zu verlängern, beispielsweise im Anschluss an eine bedingte Entlassung aus einer Freiheitsstrafe, wenn der Täter keine schwere Straftat nach Artikel 64 Absatz 1 StGB begangen hat.

Das bestehende Sanktionensystem ist sehr flexibel und hat sich beim Vollzug von Sanktionen wegen schwerer Straftaten als relativ geschlossen erwiesen. Beim Vollzug von Sanktionen wegen weniger schwerer Straftaten gibt es aber Optimierungsmöglichkeiten: Kann in einem Nachverfahren über den Vollzug einer Sanktion wegen solcher weniger schweren Straftaten entweder keine andere Sanktion verhängt oder die bestehende Massnahme nicht verlängert werden, oder ist keine Reststrafe mehr zu vollziehen oder kommt – bei bestehender Reststrafe – die bedingte Entlassung wegen der Gefährlichkeit des Täters nicht in Betracht, erfolgt die Freilassung ohne ausreichende Vorbereitung. Es gibt in solchen Fällen keine strafrechtliche Betreuung und keinen strafrechtlichen Rahmen, der geeignet wäre, Rückfälle zu verhindern und die Wiedereingliederung zu begünstigen. Denkbar ist sogar, dass ein als rückfallgefährdet eingestuftes Täter während des Vollzugs nie in den Genuss von Vollzugsöffnungen gekommen ist, die Rückschlüsse darauf zuliessen, wie er sich in Freiheit verhalten würde.

³³ ZERMATTEN AIMÉE H./FREYTAG THOMAS, Commission de dangerosité, in: Brägger Benjamin F./Vuille Joëlle (Hrsg.), Lexique pénitentiaire suisse – De l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle, Basel 2016, S. 84 ff.; Bericht des BJ zur Motion 16.3002 (Fn 2), Ziff. 5.3.3.

³⁴ Bis zum Inkrafttreten des revidierten StGB AT im Jahr 2007 sah das StGB Kontroll- und Begleitmassnahmen unter dem Titel «Schutzaufsicht» vor, s. Art. 47 aStGB. Dazu HAFTER ERNST, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts – Allgemeiner Teil, Bern 1946, S. 290 f.

Beispiele:

- A. ist wegen Erpressung, qualifiziertem Raub, Zechprellerei sowie Verstoss gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration³⁵ zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren verurteilt worden. Zudem wurde eine ambulante Massnahme angeordnet. Mit der Feststellung, dass sich der Vollzug der Freiheitsstrafe ihrem Ende zuneige, bei A. aber ein Rückfallrisiko bestehe, beantragte die Vollzugsbehörde die Anordnung der nachträglichen Verwahrung. Das Bundesgericht lehnte dies ab, weil die Voraussetzungen von Artikel 65 Absatz 2 StGB nicht erfüllt waren.³⁶

Weil bei A. die Bedingungen für eine bedingte Entlassung nie gegeben waren, muss er am Ende der Strafdauer ohne begleitende Massnahmen entlassen werden.

- Bei B. wurde eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinn von Artikel 59 StGB angeordnet, nachdem er sich wiederholt wegen sexuellen Handlungen mit Kindern³⁷, Pornografie und sexueller Belästigung schuldig gemacht hatte. Die Vollzugsbehörde verweigerte in der Folge die bedingte Entlassung aus der Massnahme, hob diese auf und beantragte die Anordnung einer Verwahrung. Das Bundesgericht befand, die von B. verübten Straftaten erfüllten das Kriterium der «schweren Beeinträchtigung» im Sinn von Artikel 64 Absatz 1 StGB nicht, weshalb er nicht zu einer Verwahrung verurteilt werden könne.³⁸

Sollte keine Reststrafe mehr zu vollziehen sein, muss B. nach Aufhebung der Massnahme entlassen werden, und zwar ohne Bedingungen und ohne Nachbetreuung, die seine Wiedereingliederung begleiten könnten.

- C. wurde wegen falscher Anschuldigung, mehrfacher Drohung, versuchter Nötigung, mehrfacher Brandstiftung mit geringem Schaden, versuchter Schreckung der Bevölkerung, Irreführung der Rechtspflege und mehrfacher Beschimpfung zu einer Geldstrafe und einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Zudem wurde eine stationäre therapeutische Massnahme nach Artikel 59 StGB angeordnet. Während des Massnahmenvollzugs beging er eine weitere Brandstiftung, wegen der er zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt wurde. Die Vollzugsbehörde hob daraufhin die stationäre therapeutische Massnahme wegen Aussichtslosigkeit auf. Sie beantragte dem Gericht den Vollzug der Reststrafe und die Verwahrung. Das Bundesgericht entschied, dass C. – obwohl nach wie vor rückfallgefährdet und therapiebedürftig (aber gegenwärtig nicht therapiefähig) –

³⁵ SR 142.20

³⁶ BGE 143 IV 445

³⁷ Es ist der Klarheit halber darauf hinzuweisen, dass sexuelle Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB weder sexuelle Nötigungen (Art. 189 StGB) noch Vergewaltigungen (Art. 190 StGB) von Kindern abdeckt. Art. 187 StGB gelangt kumulativ zu den beiden Delikten zur Anwendung (echte Konkurrenz).

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_746/2016 vom 8. Dezember 2017.

nicht verwahrt werden könne, da keine genügend schwere Anlasstat vorliege.³⁹

Das Bundesgericht hatte kürzlich einen Fall zu beurteilen, in dem die stationäre therapeutische Massnahme (Art. 59 StGB) wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben worden und die Freiheitsstrafe vollständig verbüsst worden ist, es aber opportun schien, den Täter weiterhin zu betreuen, statt ihn einfach zu entlassen. In seinem Urteil⁴⁰ anerkennt das Bundesgericht die Möglichkeit, eine ambulante Massnahme und Bewährungshilfe und Weisungen anzuordnen. Es unterstreicht die Notwendigkeit, das Massnahmenrecht flexibel zu handhaben, und erinnert an die mit den Begleitmassnahmen verfolgten Ziele der Rückfallprävention und der sozialen Integration – die gleichen Ziele, von denen auch die hier vorgeschlagene Neuregelung geleitet ist.⁴¹

1.2.8 Friedensbürgschaft

Mit der Friedensbürgschaft nach Artikel 66 StGB steht im geltenden Recht ein spezialpräventives Instrument zur Verfügung, um das Risiko von Straftaten zumindest in bestimmten Fällen besser kontrollieren zu können.⁴² Die Friedensbürgschaft setzt voraus, dass der Täter mit einem Verbrechen oder Vergehen droht,⁴³ und die bedrohte Person die Abgabe des Versprechens verlangt,⁴⁴ dass der Täter die Tat nicht ausführen werde. Zur Absicherung des Versprechens kann er verpflichtet werden, einen Geldbetrag zu hinterlegen (Abs. 1). Verweigert er das Versprechen oder leistet er die Sicherheit nicht, kann der Täter für längstens zwei Monate inhaftiert werden (Abs. 2). Begeht der Täter innerhalb von zwei Jahren trotzdem die Tat, verfällt die Sicherheitsleistung dem Staat (Abs. 3).

Die These, die Friedensbürgschaft sei nicht wirksam,⁴⁵ scheint fragwürdig, denn sie wird in der Schweiz kaum angeordnet. Diese Massnahme ist jedenfalls in England ein klassisches Instrument im Kampf gegen die Kriminalität.⁴⁶ Die Begründung, die Friedensbürgschaft sei zu wenig bekannt,⁴⁷ ist bemerkenswert, denn immerhin enthält auch das Prozessrecht ein ähnliches Institut: Gemäss Artikel 238 StPO kann

³⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1035/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 1.7.

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_82/2019 vom 1. Juli 2019 E. 2.3.5 und 2.3.8.

⁴¹ Dazu unten Ziff. 1.3.6.3.

⁴² Siehe KISSLING RENÉ, Warum fristet die Friedensbürgschaft ein Mauerblümchendasein?, plädoyer 6/2010, S. 13, mit Hinweisen zum bei der Friedensbürgschaft zentralen zeitlichen Aspekt (z.B. im Fall «Carl Hirschmann»).

⁴³ Zur Verhinderung von Übertretungen scheint die Friedensbürgschaft unverhältnismässig, vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_190/2011 vom 11. Juli 2011, E. 2.4.5 f. (in BGE 137 IV 258 nicht publizierte Erwägungen).

⁴⁴ Kein Antrag im Sinne von Art. 30 StGB.

⁴⁵ TRECHSEL STEFAN/ BERTOSSA CARLO, StGB Praxiskommentar, Zürich/ St. Gallen 2018, Art. 66 N 1 (m.w.H.).

⁴⁶ Nachweise bei KISSLING RENÉ in: Niggli Marcel A./ Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, Band I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 66 N 1 ff.

⁴⁷ KISSLING (Fn. 46), Art. 66 N 4.

bei Fluchtgefahr als Ersatzmassnahme zur Untersuchungshaft eine Sicherheitsleistung angeordnet werden.⁴⁸

Ob die Friedensbürgschaft in der heutigen Ausgestaltung (u.a. mit dem Antragsfordernis der bedrohten Person und der Sicherheitshaft von maximal zwei Monaten) zielführend ist, kann mangels Rückmeldungen aus der Praxis nicht zuverlässig abgeschätzt werden. Es wird deshalb darauf verzichtet, im Vorentwurf eine Anpassung von Artikel 66 StGB vorzuschlagen.

1.2.9 Terminologische Bereinigung

Im Massnahmenrecht werden die Begriffe «Vollzugsbehörde» (z.B. Art. 59 Abs. 4 StGB) und «zuständige Behörde» (z.B. Art. 62d Abs. 1 StGB) oft synonym verwendet. Darunter leiden die Lesbarkeit und die Verständlichkeit des Gesetzes.

1.3 Die vorgeschlagenen Neuregelungen im Überblick

1.3.1 Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug ausschliessen

Artikel 84 Absatz 6^{bis} und 6^{ter} und Artikel 90 Absatz 4^{bis}VE-StGB

Das Verbot von unbegleiteten «Ausgängen» ist mit einer Änderung der Artikel 84 und 90 StGB umzusetzen. Im StGB wird für die entsprechenden Vollzugsöffnungen der Begriff «Urlaub» verwendet (Art. 84 Abs. 6 StGB).⁴⁹

Weil gemäss Artikel 64 Absatz 2 StGB der Vollzug einer Freiheitsstrafe der Verwahrung vorausgeht, sollte man unbegleitete Urlaube für Straftäter, die zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden sind und bei denen die Verwahrung angeordnet worden ist, auch im vorangehenden Strafvollzug ausschliessen.

Das Kriterium «geschlossener Vollzug» trägt dem Umstand Rechnung, dass nicht alle Täter, die sich im Vollzug der Verwahrung befinden, noch gefährlich sein müssen: Auch verwahrte Personen können im Rahmen des progressiven Vollzuges von geschlossenen in offene Einrichtungen gelangen, wenn sie nicht mehr gefährlich sind. Auch ein Wohn- und Arbeitsexternat ist grundsätzlich möglich (Art. 90 Abs. 2^{bis} StGB). Gerade in solchen Fällen wäre ein Verbot von unbegleiteten Urlauben nicht sinnvoll.

Zur Vorbereitung auf ein rückfallfreies Leben in Freiheit soll man verwahrten Tätern weiterhin die Gelegenheit bieten, sich bei Vollzugsöffnungen – darunter gegebenenfalls auch unbegleitete Ausgänge – zu bewähren, wenn sie von den zuständigen Behörden als nicht mehr gefährlich eingestuft worden sind⁵⁰ und sich in offenen Vollzugsformen befinden. Ein unbegleiteter Urlaub in einem kontrollierten Setting kurz vor einer möglich erscheinenden bedingten Entlassung dient der Prognosestellung und damit ebenfalls der Sicherheit.

⁴⁸ Die Friedensbürgschaft des StGB gelangt in Strafverfahren ggf. parallel dazu zur Anwendung. Eingehend HÄRRI MATTHIAS in: Niggli Marcel A./ Heer Marianne/ Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 238 N 2.

⁴⁹ Dazu Urteile des Bundesgerichts 6B_664/2013 vom 16. Dezember 2013 E. 2.3.3 und 6B_619/2015 vom 18. Dezember 2015 E. 2.4.

⁵⁰ Siehe Art. 90 Abs. 4^{bis} StGB i.V.m. Art. 75a StGB bzw. Art. 91b VE-StGB.

1.3.2 Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung

Artikel 64b Absatz 3 VE-StGB

Gemäss der Motion 17.3572 Guhl soll die Vollzugsbehörde die bedingte Entlassung erst wieder nach drei Jahren oder auf begründeten Antrag der eingewiesenen Person hin prüfen, falls das jährliche Gutachten zur Prüfung der bedingten Entlassung aus der Verwahrung dreimal in Folge negativ ausgefallen ist.

Es ist freilich nicht entscheidend, dass das Gutachten dreimal in Folge negativ ausgefallen ist, sondern der sich darauf stützende Entscheid. Gutachten müssen nämlich nicht zwingend jährlich erstellt werden: Die Vollzugsbehörde kann beim Entscheid über die bedingte Entlassung auf eine frühere Expertise abstellen, wenn sich die Verhältnisse seither nicht verändert haben.⁵¹ Soweit aber das Gutachten infolge Zeitablaufs und veränderter Verhältnisse an Aktualität eingebüsst hat, ist eine neuerliche Begutachtung unabdingbar.⁵²

Massgeblich ist somit, dass die zuständige Behörde dreimal in Folge einen negativen, rechtskräftigen *Entlassungsentscheid* getroffen hat. Artikel 64b Absatz 3 VE-StGB stützt sich deshalb auf dieses Kriterium: Nach drei negativen Entscheiden in Folge soll die zuständige Behörde die bedingte Entlassung erst wieder nach drei Jahren von Amtes wegen prüfen.

Die *Prüfung auf Gesuch der betroffenen Person* hin ist von der vorgeschlagenen Änderung nicht betroffen.

1.3.3 Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

Artikel 57a VE-StGB

Die Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen ist grundsätzlich ab Eintritt der Rechtskraft der Anordnung zu berechnen.⁵³ Die Haft bis zum Eintritt in die geeignete Vollzugsanstalt (sog. Organisationshaft) soll nicht zu Lasten der inhaftierten Person gehen und darf deshalb nicht zu einer Verlängerung des Freiheitsentzuges führen.

Wenn sich die verurteilte Person vor dem Vollzug der Massnahme in Freiheit befindet, ist für die Fristberechnung nicht auf die Rechtskraft, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Massgebend ist somit der Zeitpunkt, ab dem der verurteilten Person die Freiheit entzogen wird, um die angeordnete Massnahme zu vollziehen.

Die vor Ablauf einer Massnahme angeordnete Verlängerung soll insgesamt nicht zu einer Verkürzung der Massnahmendauer führen. Die Massnahme ist vollständig gemäss der vorangehenden Anordnung durchzuführen, bevor die Verlängerung vollzogen wird.⁵⁴

⁵¹ BGE 128 IV 241 E. 3.4

⁵² BGE 134 IV 246 E. 4.3

⁵³ BGE 145 IV 65 E. 2.2 ff.

⁵⁴ BGE 145 IV 65 E. 2.8

1.3.4 Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme

Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 8 VE-BGG, Artikel 62c Absatz 1 (Einleitungssatz) und 5, Artikel 62d Absatz 1, Artikel 63a Absatz 1 und 2 (Einleitungssatz) sowie Artikel 65a VE-StGB

Es erscheint sinnvoll, dass das Gericht in Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden gemäss StPO gleichzeitig auch über die allfällige Aufhebung der vorangehenden Massnahme entscheiden kann. Für die Umsetzung sind zwei Varianten denkbar:

- Variante A: Das Bundesrecht sieht für sämtliche Aufhebungsentscheide über therapeutische Massnahmen die Zuständigkeit des Gerichts vor.

Diese Variante vereinfacht die Anwendung des Sanktionenrechts: Sämtliche Entscheide über den *Bestand* einer Massnahme werden vom Gericht getroffen. Der Entscheid über *Vollzugsmodalitäten* – so insbesondere der Entscheid über Vollzugsöffnungen (inkl. der bedingten Entlassung) – bleiben weiter in der Zuständigkeit der Vollzugsbehörde.

Die Strafgerichte werden damit zwar stärker belastet, aber bei den Vollzugsbehörden und den Verwaltungsgerichten tritt eine Entlastung ein.

Der Entscheid des unabhängigen Strafgerichts dürfte zudem gegenüber dem Entscheid der für den Vollzug zuständigen und weisungsabhängigen Verwaltungsbehörde eine verbesserte Akzeptanz geniessen.

Bei der lebenslangen Verwahrung ist in Artikel 64c Absatz 3 und 4 StGB die Aufhebung durch ein Gericht bereits vorgesehen.

- Variante B: Das Bundesrecht regelt nur die Fälle, in denen der Entscheid über die Aufhebung mit dem Entscheid über eine Änderung der Sanktion zusammenfällt.

Mit dieser Variante würde die Zuständigkeit zum Entscheid über die Aufhebung zweigeteilt: Wenn die Vollzugsbehörde ändern oder verlängern will, entscheidet das Strafgericht im Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts gemäss StPO, in den anderen Fällen die Vollzugsbehörde (und allenfalls das Verwaltungsgericht) nach kantonalem Recht.

Damit würde die problematische Zweiteilung im geltenden Recht nicht beseitigt, sondern verlagert.

Diese Lösung wäre zudem kompliziert, weil sie nicht ausnahmslos für die Aufhebung gilt, sondern nur in gewissen Konstellationen. Die Anwendung des Sanktionenrechts wird damit in der Praxis nicht vereinfacht. Das ist gerade unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit nicht erstrebenswert.

Man könnte sich auch ganz grundsätzlich fragen, inwieweit es sachgerecht ist, dass die Verwaltungsbehörde den Entscheid des Gerichts über die Anordnung einer therapeutischen Massnahme aufheben und damit in den Bestand der angeordneten Sanktion eingreifen kann.

Der Vorentwurf sieht deshalb vor, die Zuständigkeiten über den Bestand von therapeutischen Massnahmen einheitlich zu regeln und gemäss der Variante A die Zu-

ständigkeit zur Aufhebung in jedem Fall dem Strafgericht zuzuweisen. In der Sache sähe das Bundesrecht damit eine Zuständigkeit vor, wie sie bestimmte Kantone⁵⁵ mit den Vollzugsgerichten bereits im kantonalen Recht geregelt haben. Diese gehen teilweise über die hier vorgeschlagene Zuständigkeitsregelung hinaus, indem beispielsweise auch der Entscheid über die bedingte Entlassung aus einer Strafe oder Massnahme vom Gericht zu treffen ist.⁵⁶ Solche kantonalen Regelungen sollen auch weiterhin so gelten.

Weiter soll die Vollzugsbehörde im kantonalen Verfahren und vor Bundesgericht legitimiert sein, ein Rechtsmittel gegen Entscheide über die Aufhebung, Verlängerung oder Änderung einer therapeutischen Massnahme einzulegen. Bei anderen nachträglichen Entscheiden (z.B. über eine selbständige Einziehung) soll die Vollzugsbehörde keine Rechtsmittellegitimation haben. Das Beschwerderecht der Vollzugsbehörde soll im BGG auch für den Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs vorgesehen werden, den die Kantone autonom regeln.⁵⁷

Für die Sicherheitshaft im Hinblick auf einen selbständigen nachträglichen Entscheid des Gerichts soll mit der Änderung der Strafprozessordnung gemäss dem Entwurf des Bundesrates eine Rechtsgrundlage geschaffen werden.⁵⁸

1.3.5 Zusammensetzung und Beizug der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit

Artikel 62c Randtitel, Artikel 62d Absatz 2, Artikel 62e, Artikel 64 Absatz 5, Artikel 64a Randtitel, Artikel 64b Absatz 2 Buchstabe c, Artikel 75a Absätze 1 und 3, Artikel 90 Absätze 1 und 1^{bis}, Artikel 91a und 91b VE-StGB, Artikel 28 Absatz 3 VE-JStG

Die vorgeschlagenen Änderungen definieren klar, in welchen Fällen die Vollzugsbehörde die Stellungnahme der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern einholt. Auch die Zusammensetzung der Kommission und die beruflichen Qualifikationen ihrer Mitglieder wird präziser geregelt. Die Ausstandspflicht soll auf sämtliche Mitglieder ausgedehnt werden.

Um die Regeln zur Fachkommission klarer zu strukturieren, sollen die entsprechenden Normen aus dem bisherigen Kontext herausgelöst und neu in einer spezifischen, auch inhaltlich überarbeiteten Bestimmung geregelt werden (Art. 91a VE-StGB). Die Legaldefinition der Gefährlichkeit soll unmittelbar im Anschluss an die Regeln über die Fachkommission stehen (Art. 91b VE-StGB).

1.3.6 Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen

Artikel 41a, 62 Absatz 4 Buchstabe b und Absatz 5, Artikel 62f, 89a, 93, 94, 95 Randtitel und Absatz 2, Artikel 95a VE-StGB, Artikel 34a^{bis} VE-MStG

⁵⁵ Kantone Genf, Waadt, Wallis und Tessin.

⁵⁶ Siehe etwa Art. 10 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 12. Mai 2016 des Kanton Wallis.

⁵⁷ Dazu Botschaft vom 15. Juni 2018 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG), BBl 2018 4605, 4636 f.

⁵⁸ Art. 364a E-StPO, dazu Botschaft vom 28. August 2019 zur Änderung der Strafprozessordnung, BBl 2019 6697, 6764 ff. und 6799 f.

1.3.6.1 Verwahrung ausdehnen?

Um die Sicherheitslücke zu schliessen, die sich daraus ergibt, dass ein Täter nicht therapierbar ist und die Voraussetzungen der Gefährlichkeit für eine Verwahrung nicht erfüllt, könnte man den Anwendungsbereich der Verwahrung ausdehnen. Diese *freiheitsentziehende Sicherheitsmassnahme* würde damit auch Täter erfassen, deren Gefährlichkeit unterhalb der Schwelle liegt, die das geltende Recht für eine Verwahrung festlegt.

Die Verwahrung ist ein zeitlich unbefristeter Freiheitsentzug und damit – zusammen mit der (potentiell) lebenslangen Freiheitsstrafe – die *schwerste Sanktion*, die das geltende StGB kennt. Sie ist deshalb das letzte Mittel («ultima ratio», siehe Art. 56 Abs. 2 und Art. 56a Abs. 1 StGB).⁵⁹

Der Gesetzgeber bezweckte mit der Neuregelung der Verwahrung in der AT-Revision 2002, dass eine Straftat, die allein das Rechtsgut «Vermögen» verletzt, keine Verwahrung als Rechtsfolge haben kann. Die Angriffe auf die in Artikel 64 Absatz 1 StGB aufgeführten *Individualrechtsgüter* sollen zudem eine *schwere Beeinträchtigung* zur Folge haben und deshalb einen Straftatbestand erfüllen, der eine Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren Freiheitsstrafe androht. Die Verwahrung kann gegebenenfalls lebenslang dauern. Die Ausdehnung dieser freiheitsentziehenden Sicherheitsmassnahme auf geringfügige Verletzungen von Individualrechtsgütern oder auf Vermögensdelikte ist aus Gründen der Verhältnismässigkeit abzulehnen. Dies würde im Ergebnis einer Wiedereinführung der Regelung über die altrechtliche Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern entsprechen.

Die Ausdehnung der Verwahrung auf die Verletzung von *Kollektivrechtsgütern* – wie insbesondere das unscharfe Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit – würde zu weit gehen. Diese Straftaten zeichnen sich dadurch aus, dass sie abstrakt gefährliche Handlungen oder Vorbereitungshandlungen pönalisieren, die der Verletzung eines klassischen Rechtsgutes vorgelagert sind (vgl. z.B. Art. 258, 260^{bis}, 260^{quinquies} oder 261 StGB). Im Ergebnis würde die Verwahrung damit an Stelle einer Präventivhaft treten, die hier durch die Hintertür des Strafrechts eingeführt würde. Eine Präventivhaft ist jedoch polizeirechtlicher Natur und nur in sehr engen sachlichen und zeitlichen Grenzen zulässig, so zur Abwendung einer konkreten und zeitlich nahe liegenden Gefahr. In einem liberalen Rechtsstaat sind solche Instrumente nur mit grosser Zurückhaltung vorzusehen.

Weil mit tieferen Hürden für die Verwahrung auch mehr Straftäter verwahrt würden, müsste man die Zahl der angemessen ausgestatteten *Vollzugsplätze* entsprechend ausbauen.

Sinken die Voraussetzungen für die Anordnung einer Verwahrung, müsste man auch die Voraussetzungen für die *Entlassung* aus der Verwahrung senken. Die heutige, generell strenge Praxis zur Entlassung aus der Verwahrung – es werden praktisch keine Täter mehr bedingt entlassen⁶⁰ – liesse sich bei einer Weiterung des Täterprofils kaum mehr aufrechterhalten.

⁵⁹ BGE 139 IV 57 E. 1.3.3.

⁶⁰ Dazu FREYTAG THOMAS/ ZERMATTEN AIMÉE, Bedingte Entlassung aus dem Straf- versus Massnahmenvollzug: Sind die Praktiken gleich?, in: Fink et al (Hrsg.), Kriminalität, Strafrecht und Föderalismus, Bern 2019, S. 219 ff., 234 f.

Der Bundesrat sieht aus all diesen Gründen davon ab, den Anwendungsbereich der Verwahrung auszudehnen. Für Straftäter, welche die Voraussetzungen zur Gefährlichkeit für eine Verwahrung nicht erfüllen, aber am Ende der Sanktion trotzdem noch ein gewisses Rückfallrisiko aufweisen, sollen vielmehr freiheitsbeschränkende Sicherungsmassnahmen zur Anwendung kommen.

1.3.6.2 Neue Aufsichtsmassnahme?

Zur Behebung der vorstehend unter Ziffer 1.2.7 beschriebenen Lücke stellt der Bericht des BJ eine neue Aufsichtsmassnahme zur Diskussion.⁶¹

Eine solche Massnahme wäre nicht als freiheitsentziehende Sanktion, sondern als *freiheitsbeschränkende* Massnahme ausgestaltet.⁶² Da die Massnahme nach Ende des Vollzugs einer Sanktion zum Tragen kommen soll, bestehen inhaltlich und zeitlich enge Verbindungen zur Bewährungshilfe und den Weisungen gemäss Artikel 93 f. StGB.

Eine neue, eigenständige Massnahme stünde deshalb in einem schwierigen Verhältnis zur heute geltenden Regelung der Bewährungshilfe und der Weisungen: Es wäre jedenfalls aufwändig, inhaltliche, prozedurale und organisatorische Doppelspurigkeiten zu vermeiden. Die Anwendung des Massnahmenrechts würde damit noch anspruchsvoller. Die neuen Schnittstellen könnten zu neuen Sicherheitsproblemen führen.

Auch bei einem Verzicht auf eine neue, eigenständige Massnahme würde der Ausbau der Kontroll- und Aufsichtsmassnahmen die Bereitstellung von zusätzlichen finanziellen und personellen Ressourcen erfordern. Eine neue Aufsichtsmassnahme würde jedoch zusätzlich Kosten für aufwändige Anpassungen des Strafregisters (VOSTRA) erfordern.

Der Inhalt einer neuen Aufsichtsmassnahme ist jedenfalls vorgezeichnet. Ob der Inhalt in Form einer neuen, eigenständigen Aufsichtsmassnahme oder unter Rückgriff und Erweiterung von bestehenden Instituten und Instrumenten des StGB umgesetzt wird, ändert daran nichts.

1.3.6.3 Vorschlag des Bundesrates

Der Bundesrat erachtet es als ökonomischer und wirksamer, die schon bestehenden Regeln zur Bewährungshilfe und zu den Weisungen – die schon gemäss geltendem Recht eine Mischung aus Unterstützung und Kontrolle sind – auszubauen.⁶³ Dies hätte auch den Vorteil, dass bei dieser Gelegenheit die heute geltende, eher knappe Regelung im StGB klarer verfasst wird.

Bei gefährlichen Straftätern, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen, sollen somit im Vergleich zum geltenden Recht qualifizierte Bewährungshilfen angeordnet und Weisungen erteilt werden können. Diese sollen mehr Kontrollmöglichkeiten vorsehen (insb. durch Electronic Monitoring).

⁶¹ Bspw. nach Vorbild der Führungsaufsicht im deutschen Strafrecht (§ 68 ff. d-StGB), siehe Bericht des BJ zur Motion 16.3002 (Fn. 2), Ziff. 7.1.1.

⁶² Dazu auch eingehend Ziff. 1.3.6.1.

⁶³ Ein Anwendungsfall solcher Begleitmassnahmen findet sich im Urteil des Bundesgerichts 6B_1332/2019 vom 10. Dezember 2019 (E. 1.3).

Die Bewährungshilfe und die Weisungen sollen insbesondere auch nach vollständiger Verbüßung einer Freiheitsstrafe oder nach der bedingten Entlassung aus einer freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahme bzw. nach deren Aufhebung so oft verlängert werden können, wie es im Einzelfall erforderlich ist. Das Gericht soll im Grundurteil für die Zeit nach dem Vollzug der verhängten Freiheitsstrafe die Anordnung von Bewährungshilfe und das Erteilen von Weisungen vorbehalten können (Art. 41a VE-StGB). Das stellt eine Neuerung dar. Die vorbehaltenen Massnahmen kommen allerdings erst zum Zug, wenn sie das Gericht am Ende des Strafvollzuges auf Antrag der Vollzugsbehörde tatsächlich anordnet (Art. 89a Abs. 1 VE-StGB). Die Möglichkeit, diese Begleitmassnahmen ohne weiteres direkt im Anschluss an den Vollzug der Freiheitsstrafe zu verfügen, wurde aus verfassungsrechtlichen Gründen verworfen.

Die vorgeschlagenen Regeln stellen in allgemeiner Weise auf die Gefährlichkeit eines Straftäters ab, ungeachtet seiner Motive oder Einstellungen.⁶⁴ Es geht hier somit allgemein um Gewalt- bzw. Sexualstraftäter, welche die Voraussetzungen der Verwahrung nicht erfüllen. Somit können auch Personen im Vollzug einer Sanktion darunterfallen, die ideologisch oder politisch motiviert Gewaltstraftaten begangen haben.

Mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Bewährungshilfe und der Weisungen kann verhindert werden, dass gefährliche Straftäter am Ende des Vollzugs der Strafe oder der Massnahme ohne Bedingungen in Freiheit kommen, d. h. ohne eine Überwachung oder Begleitung, welche die Wiedereingliederung fördern könnte (siehe Ziff. 1.2.7).

Bei Personen, bei denen eine ambulante Behandlung (Art. 63 StGB) angeordnet wurde, sehen die geltende und die neu vorgeschlagene Regelung (Art. 63 Abs. 2 und 4 StGB und Art. 41a und 89a VE-StGB) die Möglichkeit vor, Bewährungshilfe anzuordnen und Weisungen zu erteilen.

Die Artikel 93, 94 und 95 StGB sollen mit der Neuregelung im VE präziser gefasst werden, insbesondere Artikel 94 StGB, der eine nicht abschliessende Liste möglicher Weisungen enthält. Die vorgeschlagene Regelung nimmt die Forderung aus der Praxis nach mehr Flexibilität auf, denn es ist wichtig, die Weisungen an die Risiken, Bedürfnisse und persönliche Situation jedes einzelnen Täters anpassen zu können. Somit wird die gesetzliche Grundlage geschaffen, damit besonders grundrechtseinschränkende Weisungen, wie z. B. die Zuweisung eines den Bedürfnissen des Täters angepassten Aufenthaltsortes oder die medizinische Behandlung, rechtsstaatlich angemessen angeordnet werden können. Weisungen nach Ende der Sanktion müssen folglich immer von einem Gericht erteilt werden. Bei Tätern, die zu einer Freiheitsstrafe allein verurteilt worden sind, ist die Anordnung von Bewährungshilfe und das Erteilen von Weisungen über das Ende des Strafvollzuges hinaus nur zulässig, wenn im Grundurteil ein entsprechender Vorbehalt angebracht worden ist.

Der neue Artikel 95a VE-StGB regelt das Verfahren und die Rechtsfolgen, wenn sich die betroffene Person nicht an den festgelegten Betreuungsrahmen hält oder dieser Rahmen nicht mehr angemessen ist, oder wenn die Anordnungen und Wei-

⁶⁴ Ausführlich dazu der Bericht des BJ zur Motion 16.3002 (Fn. 2), Ziff. 5.1.

sungen nicht mehr notwendig erscheinen oder gar nicht mehr umgesetzt werden können.

1.3.6.4 Verschärfung der Sanktionierung von Missachtung der Bewährungshilfe oder Weisungen?

Wer sich der angeordneten Bewährungshilfe entzieht oder die erteilten Weisungen missachtet, kann nach Artikel 295 StGB mit Busse bestraft werden. Es fragt sich, ob die Verschärfung der Strafdrohung ein verhältnismässiges Mittel wäre, um den entlassenen Täter zur Einhaltung der Anordnungen und Weisungen zu zwingen.

Artikel 295 StGB wurde – zusammen mit der Änderung von Artikel 294 StGB (Missachtung eines Tätigkeitsverbots oder eines Kontakt- und Rayonverbots) – im Rahmen des indirekten Gegenvorschlages zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» eingeführt⁶⁵ und ist seit 2015 in Kraft. In der Botschaft wurde die Notwendigkeit dieser Bestimmung damit begründet, dass es Fälle gebe, in denen insbesondere die Rückversetzung nicht möglich sei und eine allfällige Verletzung der Pflichten ohne einschneidende Konsequenzen bliebe: Diese Lücke werde mit der neuen Strafbestimmung geschlossen.⁶⁶

Die Änderung dieser Bestimmung so kurze Zeit nach ihrer Einführung scheint nicht angezeigt; zuerst sollen damit praktische Erfahrungen gesammelt werden. Statistische Aussagen zur Praxis zu Artikel 295 StGB sind freilich nicht möglich, denn Verurteilungen wegen Übertretungen werden grundsätzlich nicht in VOSTRA erfasst. Ein Blick auf die im Zusammenhang stehende Strafnorm von Artikel 294 StGB zeigt, dass in den Jahren 2006⁶⁷ bis 2014 keine Verurteilung wegen Widerhandlung gegen das Berufsverbot nach Artikel 294 aStGB erfolgte.⁶⁸ Zwischen 2015 und 2018 gab es 13 Verurteilungen⁶⁹, bei seit 2007 insgesamt 200 ausgesprochenen Berufs- bzw. Tätigkeits-, Kontakt- oder Rayonverboten⁷⁰.

Es wäre auch aus den folgenden Gründen nicht angezeigt, Artikel 295 StGB zu verschärfen:

- Erstens pönalisiert Artikel 295 StGB das blosses Nichtbefolgen von Auflagen und Weisungen, die höchst unterschiedliche Inhalte aufweisen können: Sie reichen von einfachen Meldepflichten über die Pflicht, eine bestimmte Ausbildung zu absolvieren, bis hin zur Pflicht, sich einer vom

⁶⁵ Dazu Botschaft vom 10. Oktober 2012 zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen», sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) als indirektem Gegenvorschlag, BBl **2012**, 8819.

⁶⁶ Botschaft (Fn. 65), 8867.

⁶⁷ Vor der AT-Revision war Art. 294 StGB eine Übertretung, die nicht in VOSTRA eingetragen worden ist.

⁶⁸ Bundesamt für Statistik (BFS), Strafurteilsstatistik, Tabelle «Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB)», Stand 20.5.2019.

⁶⁹ Bundesamt für Statistik (BFS), Strafurteilsstatistik, Tabelle «Erwachsene und Jugendliche: Verurteilungen und Verurteilte für ein Vergehen oder Verbrechen nach den Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB)», Stand 20.5.2019.

⁷⁰ Bundesamt für Statistik (BFS), Strafurteilsstatistik, Tabelle «Erwachsene: Verurteilungen aufgrund eines Vergehens oder Verbrechens mit Tätigkeitsverbot und/oder Kontakt- oder Rayonverbot», Stand 20.5.2019.

Gericht festgelegten medizinischen Behandlung zu unterziehen. Artikel 295 StGB ist somit – wie Artikel 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) – eine Blankettstrafnorm, die erst durch die Anordnung des Gerichts konkretisiert wird. Zur Begründung der Strafbarkeit muss jedenfalls kein Individualrechtsgut (nicht einmal mittelbar) angegriffen oder gefährdet worden sein. Diese Norm hebt sich somit von der spezifischeren Strafbestimmung nach Artikel 294 StGB (Missachtung eines Tätigkeitsverbots oder eines Kontakt- und Rayonverbots) ab. Mit solchen strafrechtlichen Disziplinierungssanktionen werden jedenfalls keine Individualrechtsgüter geschützt.

Die Argumentation, dass mit Rücksicht auf das Gefährlichkeitspotential des Täters ein Freiheitsentzug und damit eine Freiheitsstrafe notwendig sei, vermischt die strafbare Missachtung der Pflicht, eine Weisung zu befolgen (Meldepflicht etc.), mit der eigentlichen Anlasstat (Sexual- bzw. Gewaltdelikt), welche allein die Gefährlichkeit des betreffenden Täters zu begründen vermag. Wenn diesbezüglich eine schwere Gewalttat zu befürchten wäre, könnte nach den Regeln der StPO gegebenenfalls eine Sicherheitshaft oder ein kantonaler polizeilicher Sicherheitsgewahrsam angeordnet werden. Auf jeden Fall darf aus der Missachtung einer Weisung etc. nicht ohne Weiteres auf eine besondere Gefährlichkeit geschlossen werden.

Die Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe wegen blossen Ungehorsams müsste sich der Kritik stellen, verdeckte Anliegen zu verfolgen: Der Täter würde nicht primär deswegen mit einer Freiheitsstrafe belegt, weil er eine Meldepflicht oder eine andere Weisung verletzt hat. Die Straftat wäre vielmehr der verdeckte Anknüpfungspunkt, um ihn mittels Freiheitsentzug von der Begehung (möglicherweise noch unbestimmter) zukünftiger Straftaten abzuhalten. Im Ergebnis würde damit über die Pönalisierung von blossem Ungehorsam gegenüber behördlichen Anordnungen eine Präventivhaft eingeführt. Das erscheint mit Blick auf das Schuldprinzip nicht mehr angemessen. Aber auch die strengen Voraussetzungen zur Anordnung von Sicherheitshaft gemäss Artikel 221 Absatz 1 Buchstabe c StPO wären mit einer solchen Strafnorm nur schwer in Einklang zu bringen: Gemäss StPO ist insbesondere der dringende Verdacht erforderlich, dass die beschuldigte Person ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat,⁷¹ und dass durch schwere Verbrechen oder Vergehen die

⁷¹ Gemäss dem Entwurf des Bundesrates soll bei einer schweren Gefahr auf das Vortaterfordernis ausnahmsweise verzichtet werden können, siehe Botschaft vom 28. August 2019 zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung), BBl 2019 6697, 6717 f und 6742 ff. (Erläuterungen zu Art. 221 E-StPO).

Sicherheit Dritter gefährdet ist.⁷² Es würde sich mithin die Frage stellen, ob die Vorgaben der EMRK zur Präventivhaft⁷³ nicht unter dem Deckmantel einer in der Sache disziplinarrechtlichen (und das Schuldprinzip verletzenden) Strafbestimmung umgangen würden.

Der Bundesrat erachtet die Präventivhaft nur in besonders schweren Fällen und in engen Grenzen als angemessenes Instrument. Er hat jüngst bei seinem Entwurf zu einem Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus darauf verzichtet, dem Parlament eine Präventivhaft in Form einer sog. gesicherten Unterbringung vorzuschlagen.⁷⁴

- Zweitens ist unklar, inwiefern eine solche Strafnorm tatsächlich wirken könnte. Mit Blick auf den disziplinierenden Charakter und das durch die Strafnorm geschützte Rechtsgut könnte in Anwendung von Artikel 41 StGB wohl kaum in jedem Fall eine (kurze) Freiheitsstrafe ausgesprochen werden. Es wäre unbillig, hier gemäss Artikel 42 Absatz 2 StGB immer eine unbedingte Freiheitsstrafe auszusprechen.
- Drittens steht die Pönalisierung von Pflichtverstössen gegen Bewährungshilfe und Weisungen in einem Spannungsverhältnis zum Privileg der Selbstbegünstigung. Es ist ungereimt, den Verstoß gegen eine Weisung zu bestrafen, während die Gefangenen selbstbefreiung (siehe Art. 310 StGB) und die Flucht vor dem Vollzug einer Strafe oder Massnahme (siehe Art. 305 StGB) nicht strafbar sind.

Als Alternative zu einer rein spezialpräventiv motivierten Strafnorm könnte sich in bestimmten Fällen möglicherweise auch eine Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB) als zielführend erweisen.⁷⁵

1.3.7 Terminologische Bereinigung

Artikel 63 Absatz 3, 64b Absatz 1, 64c Absätze 1 und 2, 67b Absatz 3, 67c Absätze 4, 5 und 6, 84 Absatz 4, 86 Absätze 1, 2 und 3 sowie 89 Absatz 2VE-StGB

Durch eine terminologische Bereinigung soll der Begriff der «zuständigen Behörde» in den Artikeln 56 bis 92a StGB ersetzt und stattdessen nur noch die «Vollzugsbehörde» oder das «Gericht» genannt werden. Es handelt sich dabei um eine rein sprachliche Anpassung und keine inhaltliche Änderung. Durch die einheitliche Terminologie soll die Lesbarkeit des Massnahmenrechts verbessert und damit seine Anwendung erleichtert werden.

⁷² Eingehend zur «zumindest teilweise polizeirechtlich motivierten Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie Friedensbürgschaft» im Strafrecht des Bundes vgl. DONATSCH ANDREAS, Umgang mit gefährlichen Personen. Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone, Gutachten vom 4. April 2019 (erstattet zuhanden der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren [KKJPD] und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements [EJPD]), RN 8 ff. (abrufbar auf der Website der KKJPD, zuletzt besucht am 8. Oktober 2019), Rn. 8 ff..

⁷³ Zur Verhältnismässigkeit der Anordnung sicherheitspolizeilichen Gewahrsams im Anschluss an den Straf- oder Massnahmenvollzug und zur Vereinbarkeit insb. mit der EMRK siehe DONATSCH (Fn. 72), Rn. 31 ff. (insb. 45 und 47 f.) und 76 ff.

⁷⁴ Botschaft vom 22. Mai 2019 zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus, BBl 2019 4751, 4768 ff.

⁷⁵ Dazu o. Ziff. 1.2.8.

Diese terminologische Änderung soll keine Auswirkungen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Zuständigkeiten im kantonalen Verfahren haben.⁷⁶ Nach dem vorliegenden Vorentwurf soll freilich die Zuständigkeit zur Aufhebung einer Massnahme neu immer beim Gericht und nicht mehr (wahlweise) bei der Vollzugsbehörde liegen.⁷⁷ Des Weiteren sind die Kantone frei, die «Vollzugsbehörde», wie auch die «zuständige Behörde», autonom zu bestimmen. Gemäss eben genannter bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die Kantone auch ein Gericht als Vollzugsbehörde im Sinne des StGB bezeichnen.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der Vorlage 1

Die Vorlage 1 sieht zahlreiche Massnahmen vor, die nicht miteinander verbunden sind und oft punktuelle Änderungen in verschiedenen Bestimmungen erfordern. Um diese Änderungen inhaltlich zusammenhängend nachvollziehen zu können, werden die Bestimmungen nicht aufsteigend nach der Nummerierung im VE-StGB, sondern nach Themen zusammengefasst erläutert.

Eine Änderungen des Militärstrafgesetzes (MStG)⁷⁸ ist nur hinsichtlich des Vorbehalts der Anordnung von Bewährungshilfe und Erteilung von Weisungen erforderlich: Kraft Verweis in Artikel 47 und 54 MStG erlangen die übrigen für das StGB vorgeschlagenen Bestimmungen unmittelbar Geltung im MStG.

2.1 Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug ausschliessen

Artikel 84 Absatz 6^{bis} und 6^{ter}; Artikel 90 Absatz 4^{bis} VE-StGB

Diese Regelung soll mehr Sicherheit schaffen, indem unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Straf- oder Massnahmenvollzug ausgeschlossen werden. Damit ist klar, dass gefährliche Täter bei Urlauben von *Sicherheitsfachleuten* (z.B. Polizei oder entsprechend geschultes Gefängnispersonal) begleitet werden müssen. Eine therapeutische Begleitung ist nicht ausreichend: Auch Begleitpersonen dürfen keinen Gefahren ausgesetzt werden.⁷⁹

2.2 Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung

Artikel 64b Absatz 3 VE-StGB

Die bedingte Entlassung aus der Verwahrung (Art. 64a Abs. 1 StGB) soll gemäss Artikel 64b Absatz 3 VE-StGB nur noch alle drei Jahre *von Amtes wegen* geprüft werden, wenn sie von der zuständigen Behörde mindestens dreimal in Folge rechtskräftig abgelehnt worden ist.

Die *Prüfung auf Gesuch der betroffenen Person* hin ist von der vorgeschlagenen Änderung nicht betroffen. Das Stellen von Haftentlassungsgesuchen ist ein höchstpersönliches Recht im Sinne von Artikel 407 des Zivilgesetzbuches (ZGB)⁸⁰.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_1098/2018 vom 21. März 2019 E. 1.5, zur Publikation vorgesehen.

⁷⁷ Vgl. dazu unter Ziff. 1.3.4 die Art. 62c Abs. 1, Art. 62d Abs. 1 sowie Abs. 63a Abs. 1 und 2 VE-StGB.

⁷⁸ SR **321.0**

⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_254/2019 vom 12. Juni 2019 E. 1.4.

⁸⁰ SR **210**

Für urteilsunfähige Personen im Freiheitsentzug gelten die Regeln des Erwachsenenschutzrechts gem. Artikel 388 ff. ZGB. Damit ist sichergestellt, dass hilfsbedürftige Personen auch im Vollzug angemessen unterstützt werden oder verbeiständet sind und auf diesem Weg ihre Rechte geltend machen können.

2.3 Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

Die vorgeschlagene Regelung in Artikel 57a VE-StGB betrifft stationäre therapeutische Massnahmen (Art. 59 StGB), Suchtbehandlungen (Art. 60 StGB), Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) und einen Sonderfall bei ambulanten Behandlungen (Art. 63 Abs. 3 StGB).

Diese therapeutischen Massnahmen sind entweder relativ (Art. 59 Abs. 4 StGB) oder absolut (Art. 60 Abs. 4, Art. 61 Abs. 4 und Art. 63 Abs. 3 StGB) befristet. Insbesondere bei Massnahmen nach Artikel 59 StGB ergibt sich aus der vorgeschlagenen Regelung die wichtige Frist zur Überprüfung der Anordnung im Einzelfall.

Artikel 57a Absatz 1 VE-StGB

Die vom Gesetz festgelegte Höchstdauer einer Massnahme ist nicht unbedingt deckungsgleich mit der Dauer in der konkreten Anordnung: Das Gericht kann bzw. muss die Dauer in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips gegebenenfalls auch unter der vom Gesetz festgelegten Höchstdauer anordnen.

Absatz 1 legt fest, dass die Dauer der freiheitsentziehenden Massnahme ab Eintritt der Rechtskraft der Anordnung zu berechnen ist.⁸¹ Ob sofort oder erst nach einer gewissen Zeit ein geeigneter Vollzugsplatz zur Verfügung steht, kann die inhaftierte Person nicht beeinflussen. Eine solche Organisationshaft⁸² soll deshalb nicht zu Lasten der inhaftierten Person gehen und nicht zu einer Verlängerung des mit der Massnahme verbundenen Freiheitsentzuges führen.

Falls der Entscheid über die Verlängerung der Massnahme nicht an die vorangehende Anordnung anschliesst,⁸³ gilt Absatz 1 ebenso: Aus Gründen der Verhältnismässigkeit muss das Gericht bei der Anordnung der verlängerten Massnahme den zwischenzeitlichen Freiheitsentzug (Vollzugs- bzw. Sicherheitshaft) und die zwischenzeitliche Behandlung berücksichtigen. Es darf die absolute Höchstgrenze der Massnahme (z.B. gem. Art. 60 Abs. 4 oder Art. 61 Abs. 4 StGB) jedenfalls nicht überschreiten.

Absatz 1 gilt auch für den *vorzeitigen Massnahmenvollzug* gemäss Artikel 236 StPO: Hier beginnt die im Sachurteil festgelegte Dauer ebenfalls mit dem Eintritt der Rechtskraft. Die sich aus der Genehmigung der verfahrensleitenden Behörde ergebende Frist für den vorzeitigen Massnahmenvollzug wird mit dem Sachurteil aufgehoben. Das Gericht muss die Zeit im vorzeitigen Vollzug jedoch berücksichti-

⁸¹ BGE 145 IV 65 E. 1.2

⁸² Dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_564/2018 vom 2. August 2018 E. 2.5.5. Zu den möglichen Auswirkungen der Organisationshaft HEER MARIANNE, Die Dauer therapeutischer Massnahmen und die Tücken deren Berechnung, forum poenale 3/2018, S. 180 ff., Ziff. I.3.

⁸³ Zum verspäteten Verlängerungsgesuch BGE 145 IV 65 E. 2.9.

gen, d.h. in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf die im Einzelfall gebotene Massnahmendauer und unter Beachtung absolut geltender Höchstgrenzen.

Legt das Gesetz eine absolute Grenze für die Dauer einer freiheitsentziehenden Massnahme fest, darf der vorzeitige Massnahmenvollzug nicht dazu führen, dass diese überschritten wird. Das ergibt sich bereits aus der Regelung von Artikel 236 Absatz 4 StPO. Das Gericht muss deshalb den vorzeitigen Vollzug im Sachurteil entsprechend berücksichtigen. Ein vorzeitiger Massnahmenvollzug darf von der Verfahrensleitung zudem nur dann bewilligt werden, wenn auch ein geeigneter Therapieplatz verfügbar ist (siehe Art. 56 Abs. 5 und Art. 62c Abs. 1 Bst. c StGB).⁸⁴

Artikel 57a Absatz 2 VE-StGB

Für Fälle, in denen sich die verurteilte Person vor dem Vollzug der Massnahme in Freiheit befindet, ist für die Berechnung der Dauer auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Der Zeitpunkt der Rechtskraft der Anordnung ist nämlich nicht unbedingt auch der Zeitpunkt, ab dem die Massnahme vollzogen werden kann und der Freiheitsentzug erfolgt, so etwa, wenn die Person flüchtig ist.

Massgebend ist somit der Zeitpunkt, ab dem der verurteilten Person die Freiheit entzogen wird, um die angeordnete Massnahme zu vollziehen. Die Dauer allfälliger Haft zur Sicherung des Vollzugs einer Massnahme (Artikel 440 StPO) wäre nach der Regelung von Absatz 2 ebenfalls in die Berechnung der zulässigen Dauer der rechtskräftig angeordneten Massnahme einzubeziehen. Diese Sicherheitshaft ist für die Berechnung somit gleich zu behandeln wie die Organisationshaft nach Absatz 1.

Artikel 57a Absatz 3 VE-StGB

Die vor Ablauf einer Massnahme angeordnete Verlängerung soll nicht zu einer Verkürzung der Massnahmendauer führen. Die Massnahme ist vollständig gemäss der vorangehenden Anordnung durchzuführen, bevor die rechtskräftig angeordnete Verlängerung vollzogen wird.⁸⁵

Absatz 3 erfasst nur die Verlängerung. Wenn die Massnahme nicht verlängert wird (d.h. Aufhebung oder Änderung), soll das Gericht nach den Umständen des konkreten Einzelfalles entscheiden, ab wann sie aufgehoben ist.

2.4 Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme

Artikel 62c Absatz 1 (Einleitungssatz) und 5; Artikel 62d Absatz 1; Artikel 63a Absatz 1 und 2 (Einleitungssatz)

Die Kompetenz zur Aufhebung einer therapeutischen Massnahme soll neu immer das Gericht haben, das in einem Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden gemäss StPO entscheidet. Der Aufhebungsentscheid ist – wie die Verlängerung oder die Änderung einer Massnahme – ein selbstständiger nachträglicher Entscheid gemäss Artikel 363 Absatz 1 StPO.

Das Gericht entscheidet auf Antrag der Vollzugsbehörde. Diese prüft entweder auf Gesuch der betroffenen Person oder von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen der

⁸⁴ Siehe auch BGE 142 IV 105 E. 5.8.

⁸⁵ BGE 145 IV 65 E. 2.8

Aufhebung, Änderung oder Verlängerung der Massnahme vorliegen. Die Vollzugsbehörde holt auch die Stellungnahme der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern ein, wenn das Gesetz eine solche verlangt. An das Gesuch der betroffenen Person sind dieselben Anforderungen zu stellen wie an ein Gesuch gemäss Artikel 364 Absatz 2 StPO auf Einleitung eines Verfahrens bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts.

Insbesondere bei einer Suchtbehandlung sind Veränderungen des Gesundheitszustandes in kurzen zeitlichen Abständen denkbar. Die mindestens jährliche Prüfung von Amtes wegen nach Artikel 62d Absatz 1 StGB scheint deshalb in gewissen Fällen als nicht ausreichend, um (unter Umständen schnell) veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen. Stellt die betroffene Person ein schriftliches und begründetes Gesuch um Aufhebung, hat die Vollzugsbehörde deshalb immer einen Antrag an das Gericht zu stellen. Der Antrag lautet je nach Ausgangslage auf Aufhebung, Nicht-Aufhebung (Fortführung), Verlängerung oder Aufhebung und Änderung der Massnahme.

Der eingewiesenen Person muss von der entscheidenden Behörde mindestens einmal im Verfahren das rechtliche Gehör gewährt werden (zum StPO-Verfahren s. Art. 107 StPO). Weil in der Konstellation des Artikel 62d Absatz 1 StGB die Vollzugsbehörde entscheidet, ob die Person bedingt zu entlassen ist oder ob sie dem Gericht einen Antrag auf Aufhebung und Änderung der Sanktion (s. Art. 62c StGB) stellen soll und danach das Gericht gegebenenfalls darüber entscheidet, betrifft die Pflicht, die eingewiesene Person anzuhören, u.U. beide Behörden.

Artikel 65a VE-StGB; Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 8 VE-BGG

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸⁶ fehlt der Vollzugsbehörde ein rechtlich geschütztes Interesse, das zum Einlegen eines Rechtsmittels erforderlich wäre.

Aufgrund von Artikel 104 Absatz 2 StPO sieht Artikel 65a VE-StGB deshalb vor, dass die Vollzugsbehörde in Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts gemäss StPO ein Rechtsmittel einlegen kann, wenn der Entscheid die Aufhebung, Verlängerung oder Änderung einer therapeutischen Massnahme betrifft. Gegen andere nachträgliche Entscheide hat die Vollzugsbehörde kein Rechtsmittel.

Damit die Vollzugsbehörde gegen einen solchen kantonalen Entscheid allenfalls vor Bundesgericht Beschwerde in Strafsachen erheben kann, muss die Aufzählung in Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe b BGG ergänzt werden.

Im Sinne der Prozessökonomie sollten sich die zur Beschwerde legitimierten Behörden absprechen. Gelangen die beiden Behörden freilich zu einer unterschiedlichen Einschätzung, könnte es im Interesse der Sache geboten sein, dass ein Gericht die divergierenden Anträge zur Entscheidung annimmt.

⁸⁶ BGE 133 IV 121 E. 1.2. und BGE 145 IV 65 E. 2.2 ff.

2.5 Zusammensetzung und Beizug der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern

Artikel 62c Randtitel VE-StGB

Der heutige Randtitel von Artikel 62c StGB nennt nur die Aufhebung stationärer therapeutischer Massnahmen. Während Absatz 1 von der Aufhebung der Massnahmen handelt, betreffen die übrigen Absätze die Folgen dieser Aufhebung, insbesondere die Umwandlung einer stationären therapeutischen Massnahme in eine andere Sanktion. Deshalb soll diese Bestimmung mit einem treffenderen Randtitel versehen werden (Aufhebung und Änderung der Massnahme).

Artikel 62d Absatz 2 VE-StGB

Artikel 62d StGB soll klarer verfasst werden. Die Bestimmung über die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern wird deshalb aus Artikel 62d StGB herausgelöst. Absatz 2 regelt nur noch den Beizug des sachverständigen Gutachtens (wie Art. 56 Abs. 4 StGB).

Für die Zusammensetzung der Fachkommission soll eine allgemein gültige Bestimmung für Strafen und Massnahmen geschaffen werden (siehe Art. 91a VE-StGB) regelt. Für die stationären therapeutischen Massnahmen soll eine eigene Bestimmung die Fälle regeln, in denen die Vollzugsbehörde die Fachkommission beizieht (siehe Art. 62e VE-StGB). Eine spezifische Bestimmung ist auch für den Beizug der Fachkommission beim Vollzug einer Freiheitsstrafe (Art. 75a Abs. 1 VE-StGB) und bei der Verwahrung (Art. 64 Abs. 5 und 64b Abs. 2 Bst. c VE-StGB) vorgesehen.

Artikel 62e VE-StGB

Artikel 62e VE-StGB führt die Sachverhalte auf, in denen die Vollzugsbehörde die Fachkommission konsultiert. In allen Fällen muss der Täter eine Straftat nach Artikel 64 Absatz 1 StGB begangen haben.

Buchstabe a betrifft die Einweisung in eine offene Einrichtung, wenn sie zu Beginn des Massnahmenvollzugs erfolgt. Erfolgt sie hingegen während des Vollzugs (Art. 62e Abs. 1 Bst. a VE-StGB), ist Buchstabe b anwendbar, der den Beizug der Fachkommission bei Vollzugsöffnungen nach Artikel 75a Absatz 2 StGB regelt. Es erscheint sachgerecht, die Fachkommission nicht erst dann beizuziehen, wenn die bedingte Entlassung zu prüfen ist.

Die Vollzugsbehörde zieht die Fachkommission auch dann bei, wenn sie dem Gericht die Aufhebung einer Massnahme nach Artikel 62c StGB beantragt. Wie bei der Regelung nach Artikel 62d Absatz 2 StGB für die Prüfung der Entlassung und Aufhebung der Massnahme soll sich die Fachkommission zum weiteren Vollzug der Massnahme äussern können, vor allem dann, wenn deren Aufhebung und gegebenenfalls deren Ersatz durch eine andere Massnahme in Frage stehen. Dabei soll Buchstabe c als Kann-Vorschrift ausgestaltet sein, denn die Entscheidung ist Sache des Gerichts. Die Vollzugsbehörde soll die Fachkommission mit anderen Worten dann konsultieren, wenn sie Zweifel hat bezüglich der Gefährlichkeit, wie sie in Artikel 91b VE-StGB umschrieben ist (gleiche Regelung wie in Art. 75a Abs. 1 und Art. 95a Abs. 5 VE-StGB).

Schliesslich sollte die Fachkommission nur dann beigezogen werden, wenn die Vollzugsbehörde tatsächlich erwägt, die betroffene Person in eine offene Einrich-

tung einzuweisen (Art. 62e Abs. 1 Bst. a.VE-StGB) oder ihr Vollzugsöffnungen zu gewähren (Art. 62e Abs. 1 Bst. b. VE-StGB).

Ist die Vollzugsbehörde der Ansicht, dass der Täter die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung nicht erfüllt, muss sie den Fall nicht der Fachkommission unterbreiten.

Für andere Vollzugsöffnungen, insbesondere Urlaube, muss die Vollzugsbehörde nicht jedes Mal die Fachkommission beiziehen. Es genügt, wenn sich die Kommission einmal dazu äussert, wie die Vollzugsöffnungen im Vollzugsplan der strafrechtlichen Sanktion vorgesehen sind, zum Beispiel zur Gewährung einer bestimmten Anzahl von Urlauben einer gewissen Dauer gemäss einem Rahmen, der für einen bestimmten Zeitraum festgelegt wurde. Analog den Regeln, die für psychiatrische Gutachten gelten,⁸⁷ muss die Vollzugsbehörde den Fall der Fachkommission nur dann erneut unterbreiten, wenn sich die Umstände hinsichtlich der Urlaube ändern.

Artikel 64 Absatz 5 VE-StGB

Für die Einweisung in eine offene Einrichtung oder für Vollzugsöffnungen im Massnahmenvollzug verweist Artikel 90 Absatz 4^{bis} StGB auf Artikel 75a StGB.

Bei verwahrten Personen muss die Fachkommission nach geltender gesetzlicher Regelung (Art. 75a StGB) nicht systematisch beigezogen werden, sondern nur, wenn die Vollzugsbehörde die Frage der Gemeingefährlichkeit des Gefangenen nicht eindeutig beantworten kann. Mit Blick auf die grundsätzliche Gefährlichkeit von verwahrten Personen und analog der Regelung, die für stationäre therapeutische Massnahmen vorgeschlagen wird (Art. 62e VE-StGB), muss die Fachkommission in allen Fällen beigezogen werden, in denen Vollzugsöffnungen für eine verwahrte Person erwogen werden.

Artikel 64a Randtitel VE-StGB

Entgegen dem Wortlaut des deutschen und des französischen Randtitels («Aufhebung und Entlassung» bzw. «Levée et libération») hat der Gesetzgeber in Artikel 64a StGB (anders als bei den anderen therapeutischen Massnahmen nach Art. 62c und 63a StGB) keine Regelung über die Aufhebung vorgesehen.

Artikel 64a StGB handelt vielmehr vom Ende der Sanktion, wie es der italienische Randtitel auch zum Ausdruck bringt («*fine dell'internamento e liberazione*»): Die Verwahrung ist endgültig beendet, wenn sich die bedingt entlassene Person bis zum Ablauf der Probezeit bewährt hat (Art. 64a Abs. 5 StGB), oder wenn anstelle der Verwahrung eine der in den Artikeln 59–61 StGB vorgesehenen Massnahmen angeordnet wurde (Art. 65 Abs. 1 StGB). Um den Randtitel mit dem Gesetzestext in Einklang zu bringen, enthält der Randtitel nur noch den Begriff «Entlassung». Dieser Begriff umfasst sowohl die bedingte (Abs. 1–4) als auch die endgültige Entlassung (Abs. 5).

Artikel 64b Absatz 2 Buchstabe c VE-StGB

Der Verweis auf Artikel 62d Absatz 2 StGB wird ersetzt durch den Verweis auf den neuen Artikel 91a VE-StGB über die Fachkommission.

⁸⁷ BGE 128 IV 241 E. 3.4

Artikel 75a Absätze 1 und 3 VE-StGB

Artikel 75a Absatz 1 VE-StGB entspricht tendenziell dem geltenden Artikel 75a Absatz 1 StGB. Die Bestimmung soll jedoch verschiedene Anpassungen erfahren.

Erstens soll die Formulierung «nicht eindeutig beantworten kann» (Art. 75a Abs. 1 Bst. b StGB) durch den offeneren Begriff «Zweifel» ersetzt werden. Damit wird die Kompetenz der Vollzugsbehörde präzisiert, bestimmte Fälle der Fachkommission zu unterbreiten.

Zweitens soll der Begriff «Gemeingefährlichkeit» durch den Begriff «Gefährlichkeit» ersetzt werden, der generell auf die Gefährlichkeit und nicht mehr auf eine Gefahr für die Allgemeinheit Bezug nimmt.⁸⁸

Schliesslich soll die Fachkommission wie bei Artikel 62e VE-StGB nur solche Fälle beurteilen, bei denen die Vollzugsbehörde die Einweisung in eine offene Einrichtung zu Beginn des Vollzugs⁸⁹ erwägt oder die Gewährung von Vollzugsöffnungen in Betracht zieht.

Artikel 75a Absatz 3 StGB wird aufgehoben, an seine Stelle tritt der neue Artikel 91b VE-StGB. Der Klarheit halber wird für die Definition der Gefährlichkeit, wie sie in den Artikeln 75a Absatz 1 und 95a Absatz 5 VE-StGB vorausgesetzt wird, eine eigene Bestimmung vorgesehen. Diese soll im Anschluss an die Bestimmung über die Fachkommission stehen.

Artikel 90 Absätze 1 und 1^{bis} VE-StGB

Artikel 90 Absatz 1 StGB regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Person, die sich im Vollzug einer Massnahme nach den Artikeln 59–61 StGB befindet, ununterbrochen von den anderen Eingewiesenen getrennt untergebracht werden kann. Diese Regelung soll auf verwahrte und lebenslänglich verwahrte Personen ausgedehnt werden, denn auch bei ihnen kann es vorkommen, dass sie aus Sicherheits- oder disziplinarischen Gründen dauernd von den anderen Eingewiesenen getrennt werden müssen. Damit entspricht dies dem Vollzugsregime für Personen im Vollzug einer Freiheitsstrafe (Art. 78 Bst. b und c StGB).

Der geltende Buchstabe a von Artikel 90 Absatz 1 StGB ist auf verwahrte und lebenslänglich verwahrte Personen nicht anwendbar, denn sie unterstehen keinen therapeutischen Massnahmen. Deshalb muss für Personen, die sich im Vollzug einer stationären therapeutischen Massnahme befinden, ein neuer Absatz 1^{bis} eingeführt werden, der den Wortlaut von Artikel 90 Absatz 1 Buchstabe a StGB übernimmt.

Die Artikel 62e, 64 Absatz 5 und 64b Absatz 2 VE-StGB zählen die Fälle auf, in denen die Vollzugsbehörde die Fachkommission bezieht. Der Verweis auf Artikel 75a StGB wird somit überflüssig, und der geltende Artikel 90 Absatz 4^{bis} StGB ist aufzuheben.⁹⁰

⁸⁸ Vgl. auch unten die Erläuterungen zu Art. 91b VE-StGB.

⁸⁹ Eine Einweisung im weiteren Verlauf des Vollzugs stellt eine Vollzugsöffnung dar, die in Bst. b geregelt ist.

⁹⁰ Vgl. jedoch den neuen Art. 90 Abs. 4^{bis} VE-StGB.

Artikel 91a VE-StGB

Die neue Bestimmung über die Fachkommission soll systematisch im Teil «4. Gemeinsame Bestimmungen» (Art. 91–92a StGB) des Titels über den Vollzug von Strafen und Massnahmen stehen. Das erscheint sachgerecht, denn die Fachkommission wird bei Tätern beigezogen, die sich im Vollzug einer Strafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme befinden.

Absatz 1 behält die Zusammensetzung der Fachkommission bei, wie sie heute in Artikel 62d Absatz 2 StGB geregelt ist. Er stellt aber mit dem Wort «wenigstens» klar, dass die Aufzählung der genannten Vertreterinnen und Vertreter nicht abschliessend ist. Es ist wichtig, dass andere Fachpersonen, die zusätzliche Kenntnisse mitbringen, Mitglieder dieser Kommission sein können. Zu denken ist insbesondere an Personen aus den Bereichen Kriminologie und Bewährungshilfe. Deshalb soll auch die Formulierung «Vertreter der Psychiatrie» ergänzt werden durch «Vertreter der Psychiatrie *oder Psychologie*». Tatsächlich sind es in der Praxis häufig Rechtspsychologinnen und -psychologen, die Gefährlichkeits- und Risikobeurteilungen vornehmen.⁹¹ Solches Fachwissen soll ebenfalls in die Stellungnahmen der Fachkommission einfließen können.

Die Absätze 2 und 3 regeln die Aufgaben der Fachkommission. Sie muss die Gefährlichkeit beurteilen, wenn die Einweisung in eine offene Vollzugseinrichtung (Art. 62e Bst. a und 75a Abs. 1 Bst. a VE-StGB) oder Vollzugsöffnungen (Art. 62e Bst. b, 64 Abs. 5, 64b Abs. 2 Bst. c und 75a Abs. 1 Bst. a VE-StGB) erwogen werden, oder wenn die Massnahme (Art. 62e Bst. c VE-StGB) oder die Bewährungshilfe oder Weisungen nach dem Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 95a Abs. 5 VE-StGB) aufgehoben werden sollen. Die Fachkommission gibt ihre begründete Stellungnahme zu Händen der Vollzugsbehörde ab. In dieser Stellungnahme gibt sie auch Empfehlungen für den weiteren Vollzug der Sanktion und zu den Vollzugsmodalitäten. Die Fachkommission kann auch darauf hinweisen, dass sie die Änderung der Sanktion durch das Gericht oder die Einholung eines neuen psychiatrischen Gutachtens für erforderlich hält.

Falls die Kommission die Einweisung in eine offene Vollzugseinrichtung oder die Bewilligung von Vollzugsöffnungen befürwortet, kann sie insbesondere eine geeignete Vollzugseinrichtung, die Bedingungen für Urlaube (z.B. erforderliche Sicherheitsmassnahmen) oder die Einzelheiten einer therapeutischen Massnahme empfehlen.

Wegen der bedeutenden Rolle und den spezifischen Aufgaben der Fachkommission ist es unerlässlich, dass die Mitglieder über ausreichende Fachkenntnisse verfügen. Solche Fachkenntnisse haben in der Regel Personen, die in den Bereichen forensische Psychiatrie oder Rechtspsychologie tätig sind und eine spezifische Ausbildung zur Behandlung und Beurteilung von Straftätern absolviert haben.⁹² Absatz 4 lehnt

⁹¹ Das trifft namentlich für Dienste zu, die Risikoanalysen im Hinblick auf einen risikoorientierten Sanktionenvollzug durchführen.

⁹² In diesem Sinn s. die Anforderungsprofile (II./4.) der Mitglieder im Reglement für die Fachkommission des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz vom 1. Januar 2013, https://www.konkordate.ch/download/pictures/b7/felwy6mgowoxlut2uutwu26noq8dkk/05.2_reglement_kofako_dezember_2013.pdf (Stand: 2.7.2019).

sich an die Bestimmung an, welche die Qualifikationen der Mitglieder der Eidgenössischen Fachkommission zur Beurteilung der Behandelbarkeit lebenslänglich verwahrter Straftäter regelt.⁹³

Nach Artikel 62d Absatz 2 2. Satz StGB dürfen nur die Vertreterinnen und Vertreter der Psychiatrie den Täter nicht behandelt oder in anderer Weise betreut haben. Aus heutiger Sicht scheint es angezeigt, die Ausstandspflicht im neuen Absatz 5 auf alle Mitglieder der Fachkommission auszuweiten. Es ist nicht begründbar, diese Pflicht auf eine einzelne Berufsgruppe zu beschränken, denn auch andere Mitglieder der Fachkommission, namentlich Vertreterinnen und Vertreter der Vollzugs- oder der Strafverfolgungsbehörden können im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit bereits mit der zu beurteilenden Person zu tun gehabt haben. Das trifft insbesondere für Kantone zu, die eine kantonale Fachkommission eingerichtet haben, bei der es keine turnusmässigen Wechsel gibt.⁹⁴ So ist für die Fachkommissionen der beiden Deutschschweizer Strafvollzugskonkordate bereits heute vorgesehen, dass die Ausstandspflicht nicht nur für Ärztinnen und Ärzte, sondern auch für weitere Berufsgruppen gilt.⁹⁵

Artikel 91b VE-StGB

Die Definition der Gefährlichkeit soll ebenfalls im Teil «4. Gemeinsame Bestimmungen» (Art. 91–92a StGB) des Titels über den Vollzug von Strafen und Massnahmen eingefügt werden.

Die Art der Straftat, wie sie Artikel 75a Absatz 3 StGB umschreibt, soll in Artikel 91b VE-StGB übernommen werden. Nach Artikel 75a Absatz 3 StGB ist Gemeingefährlichkeit anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass der Gefangene flieht und eine weitere Straftat begeht, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt. Das Bundesgericht hat dazu in seiner Rechtsprechung ausgeführt, von der Gefährlichkeit des Täters sei dann auszugehen, wenn er psychisch so schwer gestört ist, dass ernsthaft mit neuen Straftaten zu rechnen ist.⁹⁶ Die Gemeingefährlichkeit des Täters ist nach Nähe und Ausmass der Gefahr sowie nach Art oder Bedeutung des gefährdeten Rechtsgutes zu beurteilen.⁹⁷ «Gefährlichkeit» ist somit ein relativer Begriff und lässt sich nicht absolut definieren. Die Aspekte der Wertigkeit des bedrohten Rechtsgutes, die Schwere der möglichen Verletzung dieses Rechtsgutes und der Grad der Wahrscheinlichkeit, dass innerhalb eines bestimmten Zeithorizonts eine Verletzung erfolgt, erlauben es, die Gefährlichkeit im Einzelfall konkret zu definieren.

⁹³ Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über die Eidgenössische Fachkommission zur Beurteilung der Behandelbarkeit lebenslänglich verwahrter Straftäter vom 26. Juni 2013 (SR **311.039.2**).

⁹⁴ ZERMATTEN/FREYTAG (Fn. 33), S. 87.

⁹⁵ III/2. Abs. 3 des Reglements für die konkordatliche Fachkommission des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz; Ziff. 3.3 Bst. a der Richtlinien der Ostschweizer Strafvollzugskommission vom 26. Oktober 2012 über den Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen bei potentiell gefährlichen Straftätern und Straftäterinnen; LEHNER DOMINIK/ HUBER ANDREAS, Fachkommission, in: Brägger Benjamin F. (Hrsg.), Das schweizerische Vollzugslexikon – von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung, Basel 2014, S. 169 f.; HEER (Fn. 22), Art. 62d N 27.

⁹⁶ BGE **137** IV 201 E. 1.2

⁹⁷ BGE **127** IV 1 E. 2a

Die Einschätzung der Gefährlichkeit beruht auf einer Beurteilung verschiedener Elemente. Der Täter muss eine schwere Straftat begangen haben und darüber hinaus gewisse Eigenschaften kriminologischer, persönlicher und psychiatrischer Natur aufweisen,⁹⁸ die zum Teil dynamisch sind und sich während des Vollzugs verändern können. So kann bei einer Person, die an einer deliktsrelevanten psychischen Störung leidet, eine therapeutische Behandlung dazu führen, dass der kriminogene Faktor beseitigt wird. Die Beurteilung der Gefährlichkeit hängt ausserdem von den Umständen ab. Ist über eine bedingte Entlassung zu entscheiden, wird die Behörde nicht gleich vorgehen, wie wenn sie die Frage eines begleiteten Urlaubs zu prüfen hat.⁹⁹ Es ist deshalb wichtig, dass die Behörde die Gefährlichkeit des Täters regelmässig überprüft und dieser nicht ein für alle Mal als gefährlich eingestuft wird. Folglich verweisen die Artikel 75a Absatz 1 und 95a Absatz 5 VE-StGB auf den Begriff der Gefährlichkeit, wie er in Artikel 91b VE-StGB definiert ist.

Die vorgeschlagene Bestimmung spricht nicht mehr von «Gemeingefährlichkeit», sondern von «Gefährlichkeit». Ein Täter kann auch nur für einen beschränkten Kreis von Personen gefährlich sein (z.B. bei häuslicher Gewalt für den Partner oder die Partnerin oder für ein Mitglied seiner Familie). Auch die Fluchtgefahr, die das geltende Recht als Merkmal der Gefährlichkeit vorsieht, wird in Artikel 91b VE-StGB nicht mehr erwähnt. Fluchtgefahr kann für die Vollzugsbehörde ein legitimer Grund sein, die Einweisung eines Gefangenen in eine offene Einrichtung oder Urlaube zu verweigern, sie ist aber kein Indikator für eine Gefährlichkeit.¹⁰⁰

Im Übrigen ist für Täter, bei denen Flucht- oder Wiederholungsgefahr besteht, die Einweisung in eine offene Einrichtung ohnehin ausgeschlossen. Das ergibt sich *e contrario* aus den Artikeln 59 Absatz 3 und 76 Absatz 2 StGB. Sie kommt auch für verwahrte Personen zu Beginn des Vollzugs nicht in Betracht (Art. 64 Abs. 4 StGB).

Artikel 28 Absatz 3 VE-JStG

Der Verweis auf die Fachkommission in Artikel 28 Absatz 3 VE-JStG muss angepasst werden.

2.6 Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen

Artikel 41a VE-StGB und Artikel 34a^{bis} VE-MStG

Nach Artikel 41a VE-StGB soll das Gericht im Grundurteil für die Zeit nach dem Vollzug der verhängten Freiheitsstrafe die Anordnung von Bewährungshilfe und das Erteilen von Weisungen vorbehalten können.

Um im Grundurteil die Anordnung von Bewährungshilfe oder das Erteilen von Weisungen vorzubehalten, müssen verschiedene Bedingungen kumulativ erfüllt sein:

- Erstens muss der Täter ein Verbrechen begangen haben, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte (Bst. a). Diese Voraussetzung

⁹⁸ ROHNER BARBARA, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 95.

⁹⁹ ROHNER (Fn. 98), S. 98 f.

¹⁰⁰ Vgl. auch ROHNER (Fn. 98), S. 118 f. ; HEER (Fn. 22), Art. 62d N 11.

nimmt die Formulierung von Artikel 64 Absatz 1 StGB teilweise auf. Es wird hingegen darauf verzichtet, einen Straftatenkatalog aufzustellen oder eine Mindeststrafdrohung festzulegen. Insofern genügt die Begehung eines Verbrechens (Art. 10 Abs. 2 StGB), also einer Straftat der schwersten Deliktskategorie. Mit der vorgeschlagenen Beschränkung auf Straftaten gegen die physische, psychische oder sexuelle Integrität soll der Anwendungsbereich auf Straftäter begrenzt werden, welche die hochrangigsten Rechtsgüter gefährden.

Die vom Täter gewollte Beeinträchtigung braucht im Unterschied zur Voraussetzung für eine Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1 StGB nicht schwer zu sein. Die vorgeschlagene Regelung betrifft Straftäter, die nicht ohne Betreuung oder Bedingungen in die Freiheit entlassen werden können, für die aber eine andere Sanktion nicht in Frage kommt. Sie sind insbesondere nicht so gefährlich, dass sie verwahrt werden müssten.

Zu denken ist zum Beispiel an Straftäter, die minder schwere sexuelle Handlungen mit Kindern begangen haben,¹⁰¹ und bei denen die Voraussetzungen einer Verwahrung nicht erfüllt sind oder eine therapeutische Massnahme (Art. 59 oder 63 StGB) nicht oder nicht mehr angezeigt ist; es geht aber immer noch eine gewisse Gefahr von ihnen aus, so dass sie nicht ohne Kontrolle und ohne die Wiedereingliederung fördernde Massnahmen entlassen werden können.

- Zweitens muss der Täter für das begangene Verbrechen zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt worden sein (Bst. b). Mit dieser Bedingung soll die Anwendung der begleitenden Massnahmen auf Personen beschränkt werden, die zu einer vergleichsweise schweren Strafe verurteilt worden sind, und bei denen andere Vollzugsformen (Halbgefängenschaft, gemeinnützige Arbeit, elektronische Überwachung) schon wegen der Höhe der verhängten Strafe ausgeschlossen sind. Weil das Anbringen eines Vorbehaltes zur Anordnung von Bewährungshilfe und Weisungen ein Rückfallrisiko voraussetzt (Bst. d), kommt für die zweijährige Freiheitsstrafe keine bedingte oder teilbedingte (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB), sondern nur eine unbedingte Freiheitsstrafe in Frage.
- Drittens darf das Gericht keine Verwahrung angeordnet haben (Bst. c). Die verwahrte Person braucht keine zusätzlichen Überwachungsmaßnahmen, denn die Verwahrung wird im Anschluss an die gleichzeitig ausgesprochene Freiheitsstrafe vollzogen, und die Bestimmungen über die bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe (Art. 86 ff. StGB) sind nicht anwendbar (Art. 64 Abs. 2 StGB). Bei einer bedingten Entlassung aus der Verwahrung können überdies Bewährungshilfe und Weisungen auf unbestimmte Dauer verlängert werden (Art. 64a Abs. 2 StGB).
- Viertens müssen die Tatumstände und die Persönlichkeit des Täters zum Zeitpunkt des Urteils erwarten lassen, dass er rückfällig wird (Bst. d). Es

¹⁰¹ Vgl. den oben unter Ziff. 1.2.7 beschriebenen Fall B.

sind dies ähnliche Merkmale, wie sie heute in Artikel 64 Absatz 1 Buchstabe a StGB enthalten sind.

Zu den Tatumständen gehören die Motive des Täters, der Kontext, in dem das Verbrechen steht, der *modus operandi* etc. Die Beurteilung wird unterschiedlich ausfallen, je nachdem ob es sich um einen Rückfalltäter handelt oder ob man es mit einem Ersttäter zu tun hat. Beim Merkmal der Persönlichkeit ist namentlich an psychische Störungen zu denken, ohne dass diese Störungen unbedingt als Krankheiten im Sinn von ICD-10 oder DSM-5 zu diagnostizieren wären.¹⁰² Beim Kriterium des Rückfalls geht es nicht um die Begehung irgendeiner Straftat, sondern um Verbrechen, wie sie in Buchstabe a umschrieben sind.

Das Rückfallrisiko kann sich im Lauf der Zeit ändern. Es ist deshalb wichtig, dass das Gericht dieses Risiko in dem Moment beurteilt, in dem es sein Urteil fällt, und nicht zu einem anderen Zeitpunkt (zur Zeit der Tatbegehung oder vorher, während der Untersuchungshaft usw.).

Es ist wichtig, dass das Anbringen des Vorbehalts bzw. die tatsächliche Anordnung der genannten Massnahmen am Ende des Sanktionsvollzugs nicht zur Regel werden. Die Massnahmen sollen auch nicht als Alternative eingesetzt werden, wenn sich die Behörde während des Vollzugs einer stationären therapeutischen Massnahme mit Schwierigkeiten konfrontiert sieht (Verweigerung, Ablehnung der Behandlung, mangelnde Zusammenarbeit usw.), die auch nur vorübergehender Natur sein können.

Die Möglichkeit eines Vorbehalts soll auch für die Militärgerichtsbarkeit bestehen. Der entsprechende Vorbehalt ist in Artikel 34^{bis} VE-MStG geregelt. Die übrigen Bestimmungen gelten kraft Verweis in Artikel 54 MStG auf die Artikel 93-96 StGB.

Artikel 62 Absatz 4 Buchstabe b und Absatz 5 VE-StGB

Diese Änderung betrifft das Ende der Sanktion bei einem Täter, der nach Artikel 60 oder 61 StGB bedingt aus einer stationären therapeutischen Massnahme entlassen wurde und bei dem die einmal verlängerte Probezeit abläuft.

Der geltende Artikel 62 Absatz 4 StGB lässt bei der Massnahme nach Artikel 59 StGB eine zeitlich unbegrenzte Verlängerung der Probezeit zu, nicht dagegen bei den beiden anderen stationären therapeutischen Massnahmen. Auch bei einer Massnahme nach Artikel 60 oder 61 StGB soll Bewährungshilfe zeitlich unbeschränkt angeordnet und Weisungen erteilt werden können, bevor der Täter endgültig entlassen wird, so wie es auch für den Vollzug einer Freiheitsstrafe vorgeschlagen wird (Art. 89a Abs. 1 VE-StGB).

Mit Blick auf die in Absatz 4 Buchstabe b vorgesehene Änderung wird der heutige Absatz 5, wonach die Probezeit nach der bedingten Entlassung aus einer Massnahme nach den Artikeln 60 und 61 StGB auf insgesamt höchstens sechs Jahre beschränkt ist, aufgehoben.

¹⁰² QUELOZ NICOLAS/ BROSSARD RAPHAËL, in: Roth Robert / Moreillon Laurent (Hrsg.), Code pénal I, Basel 2009, Art. 64 N 23 f.; HEER MARIANNE/ HABERMAYER ELMAR (Fn. 22), Art. 64 N 37 ff.

Artikel 62f VE-StGB

Artikel 62f VE-StGB regelt die Voraussetzungen, den Anwendungsbereich und verschiedene Modalitäten des Vollzugs von Bewährungshilfe und Weisungen am Ende einer stationären therapeutischen Massnahme.

Der Anwendungsbereich soll auf Straftäter beschränkt werden, die im Rahmen einer stationären therapeutischen Massnahme nach den Artikeln 59–61 StGB behandelt werden. Eine vergleichbare Bestimmung für Personen, bei denen eine ambulante Massnahme (Art. 63 StGB) vollzogen wird oder die verwahrt sind, ist nicht vorgesehen.¹⁰³

Damit Bewährungshilfe angeordnet und Weisungen erteilt werden können, muss zunächst die Massnahme nach Artikel 59, 60 oder 61 StGB aus einem der Gründe, die in Artikel 62c Absatz 1 StGB genannt sind (Aussichtslosigkeit, Erreichen der Höchstdauer oder Fehlen einer geeigneten Einrichtung), aufgehoben worden sein. Ausserdem müssen beim Täter kumulativ die drei folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- Erstens muss der Täter ein Verbrechen verübt haben, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte (Bst. a).¹⁰⁴ Wie bei Artikel 41a Absatz 1 Buchstabe a VE-StGB braucht die Beeinträchtigung nicht schwer zu sein (anders als bei der Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB). In Verbindung mit Buchstabe c und mit Artikel 41a Absatz 1 Buchstabe b VE-StGB ergibt sich immerhin, dass der verurteilten Person die Freiheit für mindestens zwei Jahre entzogen war.
- Zweitens muss zu erwarten sein, dass der Täter erneut ein solches Verbrechen begeht (Bst. b).¹⁰⁵
- Drittens darf keine der in Artikel 62c Absatz 2, 3, 4 oder 6 StGB genannten Rechtsfolgen eingetreten sein, welche im Fall der Aufhebung einer stationären therapeutischen Massnahme zum Zuge kommen können (Vollzug der Reststrafe; Umwandlung der Reststrafe in eine neue Massnahme oder eine Verwahrung; Anordnung einer anderen stationären therapeutischen Massnahme vor oder während des Massnahmenvollzugs). Wird eine solche Rechtsfolge angeordnet, befindet sich der Täter nicht in Freiheit, und es ist deshalb nicht nötig, seine Betreuung sicherzustellen.

Für die Anordnung von Bewährungshilfe und die Erteilung von Weisungen ist ein Gericht zuständig, das auf Antrag der Vollzugsbehörde entscheidet.

In Absatz 2 geht es um Begleitmassnahmen, die angeordnet werden können, wenn nach Aufhebung einer stationären therapeutischen Massnahme die Reststrafe vollzogen worden ist (Art. 62c Abs. 2 StGB). In einem solchen Fall kann es freilich sein, dass Artikel 89a VE-StGB nicht anwendbar ist, weil der Vorbehalt nach Art. 41a VE-StGB nicht angebracht werden konnte (z.B. weil der Täter zu einer

¹⁰³ Siehe dazu Ziff. 1.3.2.

¹⁰⁴ Vgl. dazu die zusätzlichen Erläuterungen oben zu Art. 41a Bst. a VE-StGB.

¹⁰⁵ Vgl. dazu die zusätzlichen Erläuterungen oben zu Art. 89a VE-StGB.

Freiheitsstrafe von weniger als zwei Jahren verurteilt worden ist). Die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Behörden wird gleich geregelt wie in Absatz 1.

Absatz 3 bestimmt, dass das Gericht den Täter anhört, bevor es entscheidet. Bewährungshilfe und Weisungen beschränken einerseits die Freiheit des Täters (z.B. durch Verbote, Kontrollen oder Meldepflichten), können andererseits aber auch in seinem unmittelbaren Interesse sein (z.B. Ausbildungen, Unterstützungsangebote). Sollen diese Massnahmen ihr Ziel erreichen, ist die Kooperation des Täters notwendig. Es ist deshalb wichtig, dass er seine Sicht der Dinge darlegen kann.

Absatz 4 regelt die Dauer der Bewährungshilfe und der Weisungen. Sie beträgt zwischen einem Jahr und fünf Jahren. Damit bleibt dem Gericht ein Ermessensspielraum, der es erlaubt, den konkreten Besonderheiten Rechnung zu tragen. Das Gericht soll die Dauer der Begleitmassnahmen aufgrund verschiedener Kriterien festlegen, wie z.B. die Schwere der begangenen Straftat, die betroffenen Rechtsgüter, die vollzogenen Sanktionen, das Verhalten des Täters während des Vollzugs, seine Vorstrafen, seine persönlichen Merkmale, die Lebensumstände, die ihn nach der Freilassung erwarten usw. Die festgelegte Dauer gibt allerdings keinen festen zeitlichen Rahmen vor: Bewährungshilfe und Weisungen sollen jederzeit aufgehoben (Art. 95a Abs. 3 Bst. b und c und Abs. 4 VE-StGB), aber auch so lange wie erforderlich verlängert werden können (Art. 62f Abs. 6 VE-StGB).

Der zweite Satz von Absatz 4 entspricht der vorgeschlagenen Formulierung in Artikel 95 Absatz 2 VE-StGB. Das Gericht soll den Inhalt der Bewährungshilfe und der Weisungen präzisieren und begründen. Um den individuellen Besonderheiten Rechnung tragen zu können, ist die in Artikel 94 VE-StGB vorgesehene Liste möglicher Weisungen nicht abschliessend. Es ist deshalb besonders wichtig, dass das Gericht diesen Inhalt im konkreten Fall genau bestimmt, d. h. die Pflichten, Einschränkungen, Verbote und anderen vom Täter zu beachtenden Bedingungen. Aber auch die Elemente der Betreuung festlegt, die ihm zugutekommen soll (Ausbildung, Therapie etc.), soll das Gericht für den Einzelfall konkretisieren.¹⁰⁶ Das Gericht sollte bei Bewährungshelferinnen und -helfern sowie anderen Fachpersonen aus dem Strafvollzug Auskünfte einholen, bevor es über den Inhalt der Weisungen und die Möglichkeit ihrer Umsetzung entscheidet.

Die Bewährungshilfe und die Weisungen sollten nahtlos in dem Zeitpunkt einsetzen, in dem die Aufhebung der stationären therapeutischen Massnahme und die Anordnung der Begleitmassnahmen rechtskräftig wird (Abs. 5). Ein Rechtsmittel, das gegen die Anordnung dieser beiden Massnahmen eingelegt wird, hat gemäss Artikel 387 StPO keine aufschiebende Wirkung.

Absatz 6 sieht vor, die Bewährungshilfe und die Weisungen jeweils um bis zu fünf Jahre zu verlängern. Dies entspricht Artikel 62 Absatz 2 und 4 Buchstabe a StGB, der die Dauer der Probezeit bei bedingter Aufhebung der Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59 StGB) regelt. Die unbeschränkte Verlängerungsmöglichkeit gemäss VE-StGB scheint ebenfalls gerechtfertigt, weil es um Personen geht, bei denen der Vollzug der Massnahme zu Ende geht, die aber immer noch als gefährlich anzusehen sind. Das Gericht soll die Verlängerung nur anordnen können, wenn es zum Schluss kommt, es liege ein qualifiziertes Rückfallrisiko vor, d. h. der Täter

¹⁰⁶ Vgl. die Erläuterungen unten zu Art. 94 VE-StGB.

könnte ein Verbrechen begehen, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigen würde. Diese Voraussetzung entspricht derjenigen in Absatz 1 Buchstabe a, welche den Anwendungsbereich von Bewährungshilfe und Weisungen am Ende des Vollzugs einer stationären therapeutischen Massnahme bestimmt.

Artikel 89a VE-StGB

Artikel 89a VE-StGB regelt die Anordnung von Bewährungshilfe und Weisungen nach dem Vollzug einer Freiheitsstrafe, falls das Gericht diese Massnahmen gemäss Artikel 41a VE-StGB vorbehalten hat. Die Vollzugsbehörde beantragt die Massnahmen beim Gericht, das den Vorbehalt in seinem Urteil angebracht hatte (Art. 363 Abs. 1 StPO). Die Vollzugsbehörde muss den Antrag stellen, bevor der Verurteilte endgültig entlassen wird, d. h. bevor er die Freiheitsstrafe vollständig verbüsst hat oder – wenn er bedingt entlassen ist – vor Ablauf der Probezeit.

Artikel 89a VE-StGB lehnt sich an die Regelung von Artikel 87 Absatz 3 StGB an. Diese sieht für einen bedingt entlassenen Täter, der wegen einer Straftat nach Artikel 64 Absatz 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, die Möglichkeit vor, bei Ablauf der Probezeit Bewährungshilfe und Weisungen jeweils um ein bis fünf Jahre zu verlängern. Im Unterschied zu Artikel 87 Absatz 3 StGB erfasst die in den Artikeln 41a und 89a vorgeschlagene Regelung auch Personen, bei denen eine bedingte Entlassung – insbesondere wegen Rückfallgefahr – nicht in Frage kommt. Damit soll ermöglicht werden, Begleitmassnahmen bei Tätern anzuordnen, die eine schwere Straftat begangen haben (s. Art. 41a Bst. a und 89a Abs. 1 VE-StGB), ohne dass diese Tat eine Katalogstrafat nach Artikel 64 Absatz 1 StGB sein müsste.

Das Gericht ordnet Bewährungshilfe an und erteilt Weisungen, wenn die beiden folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sind (Art. 89a Abs. 2 VE-StGB):

- Gegenüber dem Täter wurde gemäss Artikel 41a VE-StGB Bewährungshilfe und Weisungen vorbehalten (Bst. a); und
- es ist zu erwarten, dass der Täter erneut ein Verbrechen begeht, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigen würde (Bst. b).

Mit dem Erfordernis der Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität einer anderen Person nimmt Buchstabe b die in Artikel 41a Buchstabe a VE-StGB aufgestellte Voraussetzung auf. Wie dort geht sie weniger weit als die Voraussetzung von Artikel 64 Absatz 1 StGB zur Verwahrung. Die Prognose, die anzustellen ist, wenn Begleitmassnahmen vorbehalten bzw. angeordnet werden sollen, betrifft nur Täter, die zwar gefährlich sind, aber nicht die besondere Gefährlichkeit aufweisen, die für eine Verwahrung vorausgesetzt wird.

Bei der Prognose stellt das Gericht fest, ob eine Rückfallgefahr besteht. Dabei stützt es sich auf konkrete Anhaltspunkte: Die Missachtung des für den Vollzug der Freiheitsstrafe vorgegebenen Rahmens, die Androhung erneuter schwerer Straftaten, ein aggressives Verhalten in der Haft, psychische Störungen, vorangegangene Verurteilungen wegen Gewaltakten, die Nichtbewährung bei einer oder mehreren früheren bedingten Entlassungen oder anderen Vollzugsöffnungen usw. Das Gericht nimmt bei der Beurteilung von Risiko und Gefährlichkeit eine umfassende Würdigung der verschiedenen Kriterien vor, wenn nötig unter Beizug von Fachpersonen.

Absatz 3 regelt das rechtliche Gehör: Das Gericht entscheidet über Bewährungshilfe und Weisungen nach Anhörung des Täters (vgl. auch Art. 62f Abs. 3 VE-StGB). Absatz 4 sieht für die Dauer von Bewährungshilfe und Weisungen die gleiche Regelung vor, wie sie für die Massnahmen gelten soll (Art. 62f Abs. 4 VE-StGB). Hier wie da muss das Gericht den Inhalt der Weisungen präzisieren.¹⁰⁷

Wie schon bei den Erläuterungen zu Artikel 62f VE-StGB ausgeführt, müssen die Weisungen und die Bewährungshilfe nahtlos am Ende des Strafvollzugs einsetzen (Abs. 5). Ein Rechtsmittel hat nach Artikel 387 StPO keine aufschiebende Wirkung.

Es gibt Gewalt- oder Sexualstraftäter, die eine langfristige Betreuung benötigen. Hier scheint es angezeigt, dass die Betreuung fortgeführt werden kann, solange es erforderlich ist. Absatz 6 sieht deshalb vor, Bewährungshilfe und Weisungen jeweils um bis zu fünf Jahre zu verlängern. Diese Bestimmung lehnt sich an die Regelung zur Verlängerung der Probezeit bei der bedingten Entlassung aus der stationären therapeutischen Massnahme an (Art. 59 und Art. 62 Abs. 4 Bst. a StGB).

Die vorgeschlagene Regelung setzt ein qualifiziertes Rückfallrisiko voraus: Es muss zu erwarten sein, dass der Täter ein Verbrechen begeht, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigen würde. Diese Voraussetzung entspricht derjenigen, welche den Vorbehalt bzw. die Anordnung der Begleitmassnahmen rechtfertigt (Art. 41a Bst. a und d, 89a Abs. 2 Bst. b VE-StGB).

Artikel 93 VE-StGB

Artikel 93 StGB regelt die Bewährungshilfe und soll vereinfacht werden.

Die heute geltende Formulierung von Absatz 1 wird beibehalten, mit Ausnahme des Satzteils «die hierfür erforderliche Sozial- und Fachhilfe», der durch «die hierfür angemessene Betreuung und Fachhilfe» ersetzt wird. Dies bringt zum Ausdruck, dass die Bewährungshilfe eine Massnahme der Prävention und der Begleitung ist, zugeschnitten auf die jeweiligen Bedürfnisse und Eigenschaften des Täters. Die Bewährungshilfe *nach* dem Vollzug ist zudem als Verlängerung der Betreuung *während* des Vollzugs konzipiert.

Artikel 93 StGB regelt in den Absätzen 2 und 3 die Weitergabe von Informationen, die das Bewährungshilfemandat betreffen. Der Gesetzgeber wollte hier das Vertrauensverhältnis zwischen der Bewährungshelferin oder dem Bewährungshelfer und der betreuten Person stärken und hat deshalb eine Regelung vorgesehen, wie sie ähnlich auch für das Berufsgeheimnis nach Artikel 321 StGB gilt.¹⁰⁸

Seit dem Inkrafttreten von Artikel 93 StGB hat sich die Situation geändert. Zunächst in organisatorischer Hinsicht, indem ein grosser Teil der Kantone die für die Bewährungshilfe und die Kontrolle der Weisungen zuständige Behörde in die Verwaltungsstelle integriert hat, die mit dem Strafvollzug befasst ist.¹⁰⁹ Andere Organisati-

¹⁰⁷ Siehe dazu die Erläuterungen zu Art. 62f Absatz 4 VE-StGB.

¹⁰⁸ Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 1979, 2127 f.

¹⁰⁹ Zum Beispiel die Kantone Aargau, Bern, Freiburg, Graubünden, Luzern, Neuenburg, Wallis, Zug, Zürich.

onsstrukturen (private Stiftung¹¹⁰ oder Sozialdienst¹¹¹) bilden heute die Ausnahme. In den Kantonen, die Strafvollzug und Bewährungshilfe organisatorisch zusammengeführt haben, kann sich die für den Fall zuständige Person um die soziale Begleitung der betreuten Person kümmern, sie betreffende Entscheide fällen und zuhanden der Behörden Bericht erstatten.

Hinzu kommt, dass die Mehrheit der Kantone das Thema Informationsaustausch im Straf- und Massnahmenvollzug in den letzten Jahren geregelt hat.¹¹² Es ist in der Tat wichtig, dass Informationen an die zuständige Behörde weitergegeben werden können, damit sich diese ein Bild über die Entwicklung der angeordneten Begleitmassnahmen machen und gegebenenfalls neu darüber befinden kann. Das gilt umso mehr, als die mit diesem Vorentwurf vorgeschlagenen Änderungen die Möglichkeit vorsehen, Bewährungshilfe und Weisungen zu verlängern, solange es erforderlich ist (Art. 62f Abs. 6, Art. 89a Abs. 6 VE-StGB). Artikel 95a Absatz 1 VE-StGB enthält deshalb eine Regelung über die Berichterstattung, wie sie heute in Artikel 95 Absätze 1 und 3 StGB zu finden ist.

Aus diesen Gründen ist eine spezifische Regelung nur für Bewährungshelferinnen und Bewährungshelfer nicht mehr gerechtfertigt. Es ist heute schwer vorstellbar, Bewährungshelferinnen und Bewährungshelfer einer anderen Schweigepflicht zu unterstellen als Personen, die damit betraut sind, ambulante therapeutische Massnahmen oder Verbote nach Artikel 67 ff. StGB einzuleiten und zu überwachen. Auch sollte für Bewährungshelferinnen und -helfer nicht je nach Bereich, in dem sie tätig sind, unterschiedliche Vorschriften gelten. Ausserdem steht der Informationsaustausch während des Bewährungshilfemandats ohnehin unter dem Schutz des Amtsgeheimnisses nach Artikel 320 StGB. Nach Ansicht des Bundesrates sollte es den Kantonen überlassen bleiben, das Verhältnis zwischen den verschiedenen Behörden unter Berücksichtigung der kantonalen Organisationsstruktur näher zu regeln. Die Absätze 2 und 3 von Artikel 93 StGB sollen deshalb aufgehoben werden.

Artikel 94 VE-StGB

Artikel 94 VE-StGB enthält wie der geltende Artikel 93 StGB eine Definition der Weisungen. Er bestimmt, dass das Gericht oder die Vollzugsbehörde Weisungen erteilt, die auf die begangene Straftat und die Persönlichkeit des Täters abgestimmt sind. So kann das Gericht oder die Vollzugsbehörde eine therapeutische Behandlung oder medizinische Untersuchungen anordnen, wenn der Täter Straftaten begangen hat, die mit seinem Drogenkonsum zusammenhängen. Wie die Bewährungshilfe enthalten auch Weisungen einerseits einen Sicherheitsaspekt, indem sie den Täter kontrollieren, andererseits aber auch einen prosozialen Aspekt, der die soziale Eingliederung oder Wiedereingliederung des Täters begleiten und fördern soll.

Weil gemäss Vorentwurf auch am Ende der Freiheitsstrafe oder der Massnahme Weisungen erteilt werden können, muss der Hinweis auf die Probezeit gestrichen werden.

Artikel 94 Absatz 2 VE-StGB enthält eine klarere Aufzählung der möglichen Weisungen. Die Aufzählung ist nicht abschliessend und lehnt sich an den geltenden

¹¹⁰ Kanton Waadt: *Fondation vaudoise de probation*.

¹¹¹ Kantone Glarus und Nidwalden.

¹¹² Bericht des BJ zur Motion 16.3002 (Fn. 2), Ziff. 5.4.5.

Artikel 94 StGB an, aber auch an die in Artikel 237 Absatz 2 StPO aufgeführten Ersatzmassnahmen.

Beim «den Bedürfnissen des Täters entsprechenden Ort» (Bst. a) ist namentlich an einen Aufenthalt in einer offenen Einrichtung zu denken, in welcher der Täter umfassend und bedarfsgerecht betreut werden kann (strukturierter Rahmen, Beschäftigung, soziale und persönliche Betreuung, Therapie usw.), wobei auch eine gewisse Überwachung aufrechterhalten wird. Diese Art der Betreuung kann beispielsweise bei Sexualstraf Tätern notwendig sein, wenn sie lange oder sehr lange begleitet werden müssen, und wenn eine stationäre therapeutische Massnahme ohne Erfolg geblieben ist.

Artikel 94 Absatz 2 Buchstabe a VE-StGB ist keine gesetzliche Grundlage für einen Freiheitsentzug, weder in einer Strafanstalt, in einem Massnahmenzentrum, in einer geschlossenen psychiatrischen Klinik, in einer Einrichtung für fürsorgerische Unterbringungen oder sonst in einer Institution, die einen Freiheitsentzug bewirkt.

Mit «Beschäftigung» (Bst. b) ist die (schon in Art. 94 StGB genannte) Berufsausübung, aber auch Freizeitaktivitäten und die Mitwirkung in Vereinen gemeint. Der Verurteilte soll dazu angehalten werden, sich im Rahmen einer strukturierten Tätigkeit, einer Arbeit oder einer anderen Aktivität zu beschäftigen. Nicht Gegenstand dieser Regelung sind das Tätigkeitsverbot sowie das Kontakt- und Rayonverbot. Diese Verbote ordnet das Gericht im Grundurteil oder nachträglich an (Art. 67, Art. 67b und Art. 67d Abs. 2 StGB).

Für die ärztliche und psychologische Betreuung übernimmt Artikel 94 Absatz 2 Buchstabe c VE-StGB die Formulierung von Artikel 94 StGB. Die Betreuung umfasst nicht nur die psychotherapeutische und somatische Pflege, sondern jede Betreuung, die therapeutische Zwecke verfolgt (z. B. die Begleitung durch einen Coach oder eine Kunsttherapie) und deren Hauptziel die Rückfallverhütung und die soziale Wiedereingliederung des Täters ist.

Bei der Pflicht, sich toxikologischen Tests zu unterziehen (Bst. d), geht es um Urinproben, Blutproben und andere Kontrollen, mit denen Substanzen im Körper nachgewiesen werden können. Die Tests sollen der Behörde helfen, Alkohol- oder Drogenabstinenz, aber auch etwa die Einnahme eines Medikaments zu überprüfen.

Beim «Verbot, Gegenstände in Verbindung mit der Straftat herzustellen, zu benutzen, darüber zu verfügen oder anderweitig zu besitzen» (Bst. e) ist beispielsweise an den Täter eines Raubüberfalls zu denken, dem der Besitz einer Waffe verboten wird, oder an den Konsumenten harter Pornographie, dem der Gebrauch des Internets untersagt wird.

Der Schadenersatz (Bst. f) umfasst nicht nur die finanziellen Bemühungen des Täters zur Wiedergutmachung des Schadens, sondern auch jede andere Form der Wiedergutmachung nach der Verurteilung.

Wie die Berufsausübung sollen auch Aus- und Weiterbildung (Bst. g) eine Beschäftigung sicherstellen, die Rückfälle verhindern und zur sozialen Wiedereingliederung beitragen kann. Die Weisung betrifft Personen, die auf Aus- und Weiterbildung angewiesen sind, um sich in den Arbeitsmarkt integrieren zu können, wie beispielsweise junge Erwachsene, oder Personen, die über keine Grundausbildung verfügen.

Die Pflicht, sich regelmässig bei einer Arbeitsstelle zu melden (Bst. h), kommt auch in der Strafprozessordnung vor, dort als Ersatzmassnahme (Art. 237 Abs. 2 Bst. d StPO). Bei dieser Weisung wird die verurteilte Person beispielsweise dazu verpflichtet, sich in regelmässigen Abständen bei der für die Bewährungshilfe zuständigen Stelle, auf einem Polizeiposten oder bei einer anderen Verwaltungsstelle zu melden.

Es kann auch notwendig sein, das Führen eines Motorfahrzeugs zu verbieten, und zwar über die in Artikel 67e StGB festgelegte maximale Dauer von fünf Jahren hinaus (Bst. i). Das kann der Fall sein, wenn ein Täter nach seiner Entlassung aus einer fünfjährigen Strafe oder Massnahme ein Risiko für den Verkehr darstellt. Für das Verbot gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei Artikel 67e StGB, d. h. der Täter muss zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens ein Motorfahrzeug verwendet haben.

Kommt die Anordnung eines Aufenthalts in einer spezialisierten Einrichtung oder eine medizinische oder psychologische Betreuung in Frage – also eine therapeutische Betreuung im weiteren Sinn –, muss sich das Gericht oder die Vollzugsbehörde nach Artikel 94 Absatz 3 VE-StGB beim Entscheid auf ein Gutachten i. S. von Artikel 56 Absatz 3 StGB stützen. Es wäre nicht zu begründen, dass für eine ambulante Behandlung einer nicht inhaftierten Person ein Gutachten eingeholt werden müsste, nicht aber für eine Weisung, die eine vergleichbare Therapie zum Gegenstand hat. In jedem Fall kann sich das Gericht oder die Vollzugsbehörde auf die Einschätzung der Bewährungshilfe und auf andere Fachpersonen abstützen, wenn es darum geht, den geeigneten Betreuungsrahmen festzulegen.¹¹³

Wie bei den strafprozessualen Ersatzmassnahmen (Art. 237 Abs. 3 StPO) und den Kontakt- und Rayonverboten (Art. 67b Abs. 3 StGB) ist eine gesetzliche Grundlage zu schaffen (s. Absatz 4), die es erlaubt, die Einhaltung von Weisungen mittels technischer Geräte zu überwachen, die mit dem Täter fest verbunden sind (elektronische Überwachung). Die Überwachung dient dazu, die Ortsveränderungen des Täters zu kontrollieren und ihn zu lokalisieren. Ihr Einsatz ist deshalb auf Örtlichkeiten beschränkt, in denen sich der Täter aufhalten soll, ohne dass seine Anwesenheit unmittelbar kontrolliert werden könnte. Dies betrifft Weisungen zum Aufenthaltsort (Bst. a) und zur Beschäftigung (Bst. b).

Artikel 95 Absatz 2 VE-StGB

Artikel 95 Absatz 2 StGB wird neu formuliert. Das Urteil oder der Entscheid soll den Betreuungsrahmen und die Pflichten des Täters klar festlegen. Der Inhalt der Bewährungshilfe und die Weisungen sollen genau beschrieben und begründet werden. Eine gleiche Regelung ist in Artikel 62f Absatz 4 zweiter Satz und in Artikel 89a Absatz 4 zweiter Satz VE-StGB vorgesehen.¹¹⁴

Artikel 95a VE-StGB

Artikel 95a Absatz 1 VE-StGB übernimmt teilweise die Formulierung von Artikel 95 Absatz 3 StGB.

¹¹³ Vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 62f Abs. 4 VE-StGB.

¹¹⁴ Vgl. die Erläuterungen zu Art. 62f Abs. 4 Satz 2 und Art. 89a Abs. 4 zweiter Satz VE-StGB.

Absatz 1 regelt Sachverhalte, in denen die verurteilte Person den festgelegten Betreuungsrahmen nicht befolgt hat oder in denen dieser Rahmen nicht mehr angemessen erscheint. Es geht beispielsweise um Fälle, in denen die Person nicht zu einem Treffen erschienen ist oder um positiv ausgefallene Alkoholtests oder allgemein um jede Missachtung des vom Gericht aufgestellten und angeordneten Betreuungsrahmens. Die Bewährungshilfe und die Weisungen können sich als unzureichend erweisen, weil sie nicht ausreichend auf den Täter abgestimmt sind. In solchen Fällen ist es möglich, die Betreuung zu intensivieren (Art. 95a Abs. 3 Bst. c VE-StGB). Umgekehrt kann es auch sein, dass sich der Täter positiv entwickelt und keine weitere Betreuung benötigt. Dann müssen die Bewährungshilfe und die Weisungen aufgehoben werden (Art. 95a Abs. 3 Bst. b und c VE-StGB).

Die Behörde, die für die Bewährungshilfe und die Kontrolle der Weisungen zuständig ist, erstattet der Vollzugsbehörde in den in Absatz 1 beschriebenen Situationen Bericht. Dieser muss über die Einleitung der Massnahmen und deren Vollzug (Zusammenarbeit, aufgetretene Schwierigkeiten usw.) Auskunft geben. Mit Blick auf den Entscheid, den das Gericht nach Absatz 3 zu treffen hat, muss der Bericht die hierzu erforderlichen Informationen enthalten. Die betroffene Person ist in jedem Fall über den Inhalt des Berichts und die Folgemassnahmen, die auf seiner Grundlage getroffen werden können, zu informieren.

Die Absätze 2 und 3 beschreiben die Rechtsfolgen, wenn einer der in Absatz 1 beschriebenen Sachverhalte eintritt. Absatz 2 regelt die Zuständigkeiten der Vollzugsbehörde: Sie kann den Täter mahnen, die Weisungen im Sinne des Urteils ändern oder dem Gericht Antrag stellen. Auch die jährliche Prüfung der Bewährungshilfe und der Weisungen nach Absatz 4 obliegt der Vollzugsbehörde. Absatz 3 regelt die Zuständigkeiten der gerichtlichen Behörde: Sie kann die verurteilte Person ebenfalls mahnen, aber auch Bewährungshilfe anordnen (wenn zum Beispiel vorher nur Weisungen erteilt worden sind), die Weisungen ändern, aufheben oder neue Weisungen erteilen.

Die parallele Zuständigkeit ist angemessen, denn es ist wichtig, dass die Vollzugsbehörde schnell eingreifen und den Betreuungsrahmen gegebenenfalls anpassen kann. Entscheide, die eine stärkere Einschränkung von Grundrechten zur Folge haben (wie z.B. das Erteilen neuer Weisungen), bleiben hingegen dem Gericht vorbehalten. So ist es beispielsweise Sache der Vollzugsbehörde, die bestehende Therapie oder die Häufigkeit toxikologischer Tests anzupassen. Sie könnte den Täter jedoch nicht zu einer Beschäftigung verpflichten, dies müsste vom Gericht angeordnet werden. Die Regelung entspricht derjenigen von Artikel 67d Absatz 1 StGB für die Erweiterung eines Kontakt- und Rayonverbotes.

Wie bei den übrigen Massnahmen (Art. 62d Abs. 1, Art. 63a Abs. 1, Art. 64b Abs. 1 Bst. a StGB) sieht Absatz 4 vor, dass die Vollzugsbehörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin mindestens einmal jährlich prüft, ob die Bewährungshilfe und die Weisungen aufgehoben werden können. Befürwortet sie die Aufhebung, stellt sie dem Gericht entsprechend Antrag, und das Gericht entscheidet gemäss Absatz 3 Buchstaben b und c. Mit dem rechtskräftigen Aufhebungsentscheid sind die Bewährungshilfe oder die Weisungen beendet.

Weiter prüft die Vollzugsbehörde jährlich, ob die Weisungen geändert werden müssen. Bejaht sie dies, kann sie gemäss Absatz 2 direkt entscheiden, wenn die

zukünftige Freiheitsbeschränkung nicht wesentlich schwerer ist als die bisherige und wenn sie vom nachträglichen Entscheid des Gerichts abgedeckt ist. In allen anderen Fällen stellt sie dem Gericht nach Absatz 3 Buchstabe c einen Antrag. Wie bei den Massnahmen (Art. 62d Abs. 1, Art. 63a Abs. 1, Art. 64b Abs. 2 Bst. a und c StGB) hört die Vollzugsbehörde die verurteilte Person an, und sie stützt sich auf einen Bericht der für die Bewährungshilfe und die Kontrolle der Weisungen zuständigen Behörde.

Hat die Vollzugsbehörde Zweifel bezüglich der Gefährlichkeit des Täters und erwägt sie, in Anwendung der Artikel 62f und 89a VE-StGB die Bewährungshilfe und die Weisungen aufzuheben, zieht sie nach Absatz 5 die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit nach Artikel 91a VE-StGB bei. Der Beizug der Fachkommission ist ähnlich geregelt wie in Artikel 75a Absatz 1 VE-StGB. Sie kommt also nur zum Zug, wenn Zweifel an der Gefährlichkeit im Sinne von Artikel 91b VE-StGB bestehen und es möglich ist, dass die Begleitmassnahmen aufgehoben werden.

Ein systematischer Beizug der Fachkommission ist nicht angezeigt. Die Lösung wäre kostspielig und könnte die Fachkommissionen überlasten.

2.7 Terminologische Bereinigung

Die terminologische Bereinigung betrifft Artikel 63 Absatz 3, 64b Absatz 1, 64c Absätze 1 und 2, 67b Absatz 3, 67c Absätze 4, 5 und 6, 84 Absatz 4, 86 Absätze 1, 2 und 3 sowie 89 Absatz 2 VE-StGB

Siehe dazu die Ausführungen in Ziffer 1.3.7.

3 Grundzüge des Vorentwurfs zur Änderung des Jugendstrafgesetzes (Vorlage 2)

3.1 Ausgangslage

3.1.1 Die Motion Caroni 16.3142

Die Motion Caroni 16.3142 «Sicherheitslücke im Jugendstrafrecht schliessen» wurde vom Ständerat am 2. Juni 2016 und vom Nationalrat am 27. September 2016 angenommen. Sie lautet:

«Der Bundesrat wird beauftragt, die nötigen Gesetzesänderungen vorzuschlagen, damit gegenüber Jugendlichen, deren jugendstrafrechtliche Schutzmassnahmen wegen Erreichen der Altersgrenze beendet werden müssen (Art. 19 Abs. 2 des Jugendstrafgesetzes, JStG¹¹⁵), die nötigen Massnahmen angeordnet bzw. weitergeführt werden können, wenn dies wegen schwerwiegender Nachteile für die Sicherheit Dritter notwendig ist.»

Die Motion wird wie folgt begründet:

«Im heutigen Recht der jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen (Art. 12 ff. JStG) klafft bei Tätern, welche die Sicherheit Dritter schwerwiegend bedrohen, eine gefährliche Lücke:

Das Jugendstrafrecht sieht Schutzmassnahmen bei jugendlichen Tätern vor. Namentlich kann die Behörde einen Täter in einer geschlossenen Einrichtung unterbringen lassen, wenn dies entweder «für den persönlichen Schutz oder für die Behandlung der psychischen Störung» (Art. 15 Abs. 2 Bst. a JStG) oder «für den Schutz Dritter vor schwerwiegender Gefährdung durch den Jugendlichen» (Art. 15 Abs. 2 Bst. b JStG) notwendig ist.

Sobald aber der Jugendliche das 22. (bzw. nach neuem Recht das 25.) Altersjahr vollendet, enden alle Massnahmen (Art. 19 Abs. 2 JStG).

Zwar kann die Vollzugsbehörde, wenn die Gefährdung fortbesteht, «die Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen» beantragen (Art. 19 Abs. 3 JStG). Das Problem ist jedoch, dass diese vormundschaftlichen Massnahmen nur für diejenigen Konstellationen geschaffen sind, wo der Täter wegen psychischer Störung bzw. geistiger Behinderung oder schwerer Verwahrlosung persönlich des Schutzes bedarf (Art. 426 ZGB). Damit können zwar namentlich Massnahmen, die ursprünglich nach Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe a JStG angeordnet wurden (Selbstgefährdung oder psychische Störung), weitergeführt werden.

Hingegen enden Massnahmen wie namentlich solche nach Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe b JStG (reine Drittgefährdung ohne psychische Störung) zwingend.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wonach alleine in der Fremdgefährdung auch ein persönliches Schutzbedürfnis im Sinne von Artikel 426 ZGB gesehen werden könne,¹¹⁶ wurde in der Lehre heftig kritisiert. Zudem lag im erwähnten Fall auch eine psychische Krankheit vor.

¹¹⁵ SR 311.1

¹¹⁶ Vgl. BGE 138 III 593 E. 5.2.

Um Dritte rechtsstaatlich korrekt auch in Fällen, wo weder eine psychische Krankheit noch eine Selbstgefährdung vorliegt, vor schwerwiegender Gefährdung zu schützen, soll daher die Möglichkeit eingeführt werden, dass auch nach altersbedingter Beendigung der jugendstrafrechtlichen Massnahmen die notwendigen Massnahmen angeordnet bzw. weitergeführt werden können.

Dieses Konzept ist nicht neu, sondern für das Kontakt- und Rayonverbot (Art. 16a JStG) seit dem 1. Januar 2015 bereits in Kraft (vgl. Art. 19 Abs. 4 JStG). Dieser Ansatz muss umso mehr dort verfolgt werden, wo die Drittgefährdung noch erheblicher ist.

3.1.2 Geltendes Recht

Die geschlossene Unterbringung nach Artikel 15 Absatz 2 JStG

Die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung dient in erster Linie der Erziehung und Behandlung des Jugendlichen. Sie wird angeordnet, wenn sie – zusätzlich zu den Voraussetzungen nach Artikel 15 Absatz 1 – für den persönlichen Schutz oder für die Behandlung der psychischen Störung des Jugendlichen unumgänglich ist (Bst. a) oder wenn sie für den Schutz Dritter vor schwerwiegender Gefährdung durch den Jugendlichen notwendig ist (Bst. b). Die Voraussetzungen nach Absatz 2 Buchstabe b sind dann erfüllt, wenn mit Blick auf die persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen und auf die von ihm verübten Straftaten zu befürchten ist, er werde nach einer allfälligen Entweichung aus der Institution erneut schwerwiegende Delikte wie Mord oder Vergewaltigung usw. begehen.

Hat der Jugendliche das 17. Altersjahr vollendet, kann die Unterbringung auch in einer Einrichtung für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) vollzogen oder weitergeführt werden (Art. 16 Abs. 3 JStG). Mit dieser Möglichkeit wird die strenge Trennung jugendlicher von volljährigen Straftätern durchbrochen.¹¹⁷

Die zuständige Behörde kann in allen Fällen eine nachträgliche Änderung der Massnahme anordnen (Art. 18 JStG).

Die Schutzmassnahmen enden spätestens mit dem zurückgelegten 25. Altersjahr der betroffenen Person.¹¹⁸ Die vollziehende Behörde muss jährlich prüfen, ob und wann die Massnahme aufgehoben werden kann. Sie hebt sie auf, wenn ihr Zweck erreicht ist oder feststeht, dass sie keine erzieherischen oder therapeutischen Wirkungen (mehr) entfaltet (Art. 19 Abs. 1 JStG).

Kann in einem solchen Fall kein restlicher Freiheitsentzug vollzogen werden, so ist die betroffene Person zu entlassen, auch wenn sie noch gefährlich ist. Sie ist im Übrigen auch dann zu entlassen, wenn sie nach dem Vollzug eines allfälligen restlichen Freiheitsentzugs noch gefährlich ist. Diese Regelung wird von jugendlichen Straftätern manchmal auch ausgenutzt. Sie widersetzen sich den erzieherischen oder therapeutischen Bemühungen, um – allenfalls nach Verbüssung eines kurzen Frei-

¹¹⁷ Vgl. unten, Ziff. 3.1.5.5.

¹¹⁸ Bis am 30. Juni 2016 galt die Altersgrenze von 22 Jahren.

heitsentzugs – entlassen zu werden.¹¹⁹ Dadurch wird das Problem für die öffentliche Sicherheit noch verstärkt.

Ein Ausweg bietet in diesen Fällen heute nur die Anordnung einer zivilrechtlichen Massnahme. Ist der Wegfall einer Schutzmassnahme für den Betroffenen selber oder für die Sicherheit Dritter mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden und kann diesen nicht auf andere Weise begegnet werden, so kann die Vollzugsbehörde die Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen beantragen (Art. 19 Abs. 3 JStG).

Auch auf das Ende eines Freiheitsentzugs hin kann die Jugendstrafbehörde bei der Behörde des Zivilrechts die Anordnung einer geeigneten Massnahme beantragen (Art. 20 Abs. 1 Bst. a JStG).

Die fürsorgerische Unterbringung nach Artikel 426 ZGB

Für die Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung werden grundsätzlich ein Schwächezustand und ein Schutzbedürfnis der betroffenen Person vorausgesetzt. Ein Schwächezustand liegt vor, wenn jemand an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist. Das Schutzbedürfnis besteht, wenn dieser Schwächezustand eine Behandlung oder Betreuung notwendig macht, die nicht anders als durch Entzug der Freiheit möglich ist.¹²⁰

Mit der fürsorgerischen Unterbringung werden die persönliche Fürsorge und Pflege der betroffenen Person sichergestellt. Die Behandlung soll – soweit möglich – die Entlassung aus der Einrichtung innert nützlicher Frist herbeiführen.

Die fürsorgerische Unterbringung dient heute in erster Linie dem Schutz der betroffenen Person, und nicht dem ihrer Umgebung. Eine Fremdgefährdung ist deswegen weder erforderlich noch hinreichend für eine Unterbringung. In der Botschaft zur Revision des Vormundschaftsrechts¹²¹ wird dazu ausgeführt: «Auch der Schutz Dritter darf in die Beurteilung einbezogen werden, kann allerdings für sich allein nicht ausschlaggebend sein. Indessen gehört es letztlich ebenfalls zum Schutzauftrag, etwa eine kranke, verwirrte Person davon abzuhalten, eine schwere Straftat zu begehen».

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid, der noch zum alten Vormundschaftsrecht erging, die Anordnung eines (altrechtlichen) Fürsorgerischen Freiheitsentzugs im Anschluss an den Wegfall einer Massnahme des Jugendstrafrechts zugelassen.¹²² Im zu beurteilenden Fall handelte es sich um einen Täter mit einer psychischen Störung (sexueller Sadismus und Persönlichkeitsstörung vom antisozialen Typus), der somit

¹¹⁹ HUG CHRISTOPH/SCHLÄFLI PATRICIA/ VALÄR MARTINA, in: Niggli Marcel A./ Wiprächtinger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, Band II, 4. Aufl., Basel 2018, Vor Art. 1 JStG N 35.

¹²⁰ GEISER THOMAS/ ETZENSBERGER MARIO, in: Geiser Thomas/ Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Band I, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 426 N 7.

¹²¹ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutzrecht, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 7001, vorliegend 7062 f. Ziff. 2.2.11.

¹²² BGE 138 III 593; bestätigt und vertieft in den Urteilen des Bundesgerichts 5A_614/2013 vom 22. November 2013; 5A_500/2014 vom 8. Juli 2014; 5A_692/2015 vom 11. November 2015 und 5A_617/2016 vom 9. November 2016.

grundsätzlich die erste Voraussetzung für eine fürsorgerische Unterbringung – den Schwächezustand – erfüllt. Das Bundesgericht beurteilte sodann in seinem Entscheid die Frage, inwieweit es notwendig ist, diese psychische Störung in einer geschlossenen Einrichtung zu behandeln (d.h. das Vorliegen eines Schutzbedürfnisses). Das Bundesgericht zieht dabei die Drittgefährdung als zusätzlichen Grund für das Vorliegen eines Schutzbedürfnisses heran. Es hält fest: «Tatsächlich ergibt sich aus dem Fremdgefährdungspotential eines Geisteskranken fast zwangsläufig ein Beistands- und Fürsorgebedürfnis: Wer die Sicherheit anderer bedroht, ist persönlich schutzbedürftig.» Und: «Nichts anderes ergibt sich grundsätzlich aus nArt. 426 ZGB, der ab dem 1. Januar 2013 die Voraussetzungen der fürsorgerischen Unterbringung umschreibt. Auch diese Bestimmung kennt den Einweisungsgrund der Fremdgefährdung nicht. Dennoch darf der Schutz Dritter in die Beurteilung einbezogen werden, zumal es letztlich ebenfalls zum Schutzauftrag gehört, eine kranke bzw. verwirrte Person davon abzuhalten eine schwere Straftat zu begehen.»¹²³ Das Bundesgericht kommt zu folgendem Schluss: «Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer an einer Geisteskrankheit leidet und bei ihm somit ein Schwächezustand im Sinn von Art. 397a Abs. 1 ZGB gegeben ist. Der Beschwerdeführer bedarf überdies der Fürsorge in Form der Behandlung seiner Krankheit, die ihm aufgrund der konkreten Gefährdungslage nur in einer Anstalt gewährt werden kann.»¹²⁴

Dieser Entscheid ist in der Lehre sehr umstritten. Die Kritiker gehen davon aus, das Bundesgericht lasse eine Drittgefährdung als alleinige Voraussetzung für einen fürsorgerischen Freiheitsentzug (resp. eine fürsorgerische Unterbringung) genügen. Sie warnen vor einer gefährlichen Vermischung von Fürsorge und Drittschutz.¹²⁵ Der fürsorgerische Freiheitsentzug (heute: fürsorgerische Unterbringung) werde zweckentfremdet. Er komme so einer stationären Massnahme des Erwachsenenstrafrechts oder einer Verwahrung gleich. Es würden strafrechtliche bzw. polizeirechtliche, und nicht zivilrechtliche Zwecke verfolgt. Wäre die betroffene Person volljährig gewesen, wäre sie nach Artikel 64 StGB verwahrt worden.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) kommt im Entscheid *T.B. c. Suisse*¹²⁶ zum Schluss, im oben dargestellten Fall sei die betroffene Person ohne gesetzliche Grundlage und nur zu präventiven Zwecken in der Strafanstalt

¹²³ BGE 138 III 593 E. 5.2.

¹²⁴ BGE 138 III 593 E. 9; die Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt es somit nicht zu, dass jemand nur aufgrund „seiner Gefahr für Dritte“ – d.h. nur gestützt auf Artikel 426 Absatz 2 ZGB, ohne Schwächezustand und ohne dass ein Bedürfnis für eine Behandlung besteht – fürsorgerisch untergebracht wird.

¹²⁵ Vgl. GEISER/ETZENSBERGER (Fn. 120), Art. 426 N 43a; MEYER LÖHRER BEDA, «Im Ergebnis eine rein polizeilich motivierte Fürsorge», *Plädoyer* 6/2012, 20 ff.; RÜTSCHKE BERNHARD, *Verwahrung aus Fürsorge*, *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK)* 1/2013, 30 ff.

Es gab allerdings auch zustimmende Reaktionen: AEBI-MÜLLER REGINA, *Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht*, *Jusletter* vom 6. Mai 2013, 43 f.; WOLF STEFAN/ THUT DANIEL/ SCHMUCKI DEBORAH, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012*, *ZBJV* 2013, 670 ff.; HÄBERLI THOMAS/ MEIER PHILIPPE, *Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (Juli bis Oktober 2012)*, *ZKE* 2012, 486 ff., 513.

¹²⁶ EGMR, *T.B./Schweiz*, Urteil vom 30. April 2019, Nr. 1760/15.

inhaftiert gewesen.¹²⁷ Der EGMR schickt voraus, dass gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs gestützt auf Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe e Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)¹²⁸ die Inhaftierung einer Person, die an einer psychischen Störung leidet, nicht nur dann möglich ist, wenn diese Person eine therapeutische Behandlung benötigt, sondern auch dann, wenn sie überwacht werden muss, um zu verhindern, dass sie sich selber oder Dritten Schaden zufügt.¹²⁹ Es sei zwar medizinisch belegt, dass die betroffene Person psychische Störungen aufweise und somit die erste Voraussetzung für eine fürsorgereische Unterbringung (den Schwächezustand) erfülle.¹³⁰ Im Zusammenhang mit der zweiten Voraussetzung (dem Schutzbedürfnis) stellt der EGMR aber fest, dass in Artikel 426 Absatz 2 ZGB die Aspekte der persönlichen Hilfe und der Sicherheit miteinander vermischt werden. Mit Bezugnahme auf die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Vormundschaftsrechts¹³¹ und den Grundsatzentscheid des Bundesgerichts¹³² hält er fest, dass der Schutz Dritter ein zusätzliches Element in der Beurteilung der Situation darstellen könne, jedoch für sich allein nicht ausschlaggebend sei. Er folgert daraus, dass Artikel 426 Absatz 2 ZGB als gesetzliche Grundlage die Inhaftierung der betroffenen Person nicht zu rechtfertigen vermöge¹³³ und stellt aufgrund dieser Elemente fest, dass die betroffene Person ohne gesetzliche Grundlage inhaftiert gewesen sei.

In einem aktuellen Entscheid hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und festgehalten, dass Artikel 426 ZGB keine genügende gesetzliche Grundlage für die Anordnung einer fürsorgereischen Unterbringung allein wegen Fremdgefährdung bilde.¹³⁴

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Revision des Vormundschaftsrechts sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine fürsorgereische Unterbringung gestützt auf Artikel 426 Absatz 1 ZGB angeordnet werden kann, wenn die betroffene Person eine psychische Störung aufweist und sie der Fürsorge in Form der Behandlung ihrer Krankheit bedarf, die ihr aufgrund der konkreten Gefährdungslage (Art. 426 Abs. 2 ZGB) nur in einer Anstalt gewährt werden kann.

Die EMRK lässt einen weitergehenden Freiheitsentzug zu: Gemäss der Rechtsprechung des EGMR ist gestützt auf Artikel 5 Ziffer 1 Buchstabe e EMRK die Inhaftierung einer Person, die an einer psychischen Störung leidet, nicht nur dann möglich, wenn diese Person eine therapeutische Behandlung benötigt, sondern auch dann, wenn sie überwacht werden muss, um zu verhindern, dass sie sich selber oder Dritten Schaden zufügt.

¹²⁷ Gegenstand des Entscheids des EGMR ist das Urteil des Bundesgerichts 5A_500/2014 vom 8. Juli 2014.

¹²⁸ SR **0.101**

¹²⁹ EGMR, *T.B./Schweiz* (Fn. 126), Ziff. 54.

¹³⁰ EGMR, *T.B./Schweiz.*, Ziff. 59.

¹³¹ BBl **2006** 7001 (Fn. 121), hier 7062 f. Ziff. 2.2.11.

¹³² BGE 138 III 593 E. 5.2.

¹³³ EGMR, *T.B./Schweiz* (Fn. 126), Ziff. 60-63.

¹³⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A_407/2019 vom 28. Oktober 2019 E. 8

In jedem Fall gilt,¹³⁵ dass eine fürsorgerische Unterbringung nicht allein zum Schutz Dritter (Art. 426 Abs. 2 ZGB) angeordnet werden kann.

3.1.3 Handlungsbedarf

Jugendliche Täter, die nicht erzogen oder behandelt werden können, müssen aus dem Vollzug einer Schutzmassnahme (allenfalls nach Verbüssung einer Reststrafe) entlassen werden, auch wenn sie für Dritte eine Gefahr darstellen. Das JStG sieht keine reine Sicherheitsmassnahme zum Schutz Dritter vor.

Die fürsorgerische Unterbringung nach ZGB, die im Anschluss an eine jugendstrafrechtliche Schutzmassnahme beantragt werden kann, ist nicht als Sicherheitsmassnahme für nicht erziehbare und nicht behandelbare Personen, die für Dritte eine schwerwiegende Gefahr darstellen, konzipiert. Sie kann diese Funktion gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR nicht erfüllen.

Der Wortlaut der Motion umfasst zwar alle Personen, die mit Erreichen der Altersgrenze von 25 Jahren als gefährlich eingeschätzt werden. Aus der Begründung geht jedoch hervor, dass es in erster Linie um diejenigen gefährlichen Personen geht, welche die Kriterien für eine fürsorgerische Unterbringung des Zivilrechts nach herrschender Lehre nicht erfüllen.

Die Motion geht zudem davon aus, dass ein gefährlicher jugendlicher Straftäter in jedem Fall bis zu seinem 25. Altersjahr gestützt auf Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe b JStG in einer geschlossenen Einrichtung untergebracht werden kann. In der Praxis ist man zwar bemüht, gefährliche Täter möglichst lange – wenn immer möglich bis zum Erreichen der Altersobergrenze – in der geschlossenen Unterbringung zu behalten. Gestützt auf Artikel 19 Absatz 1 JStG ist jedoch ein jugendlicher Straftäter aus der Unterbringung zu entlassen, wenn feststeht, dass diese keine erzieherische oder therapeutische Wirkung mehr entfaltet. D.h. der jugendliche Straftäter ist u.U. zu entlassen bevor er 25 Jahre alt ist, und dies sogar dann, wenn er in diesem Zeitpunkt eine Gefahr für Dritte darstellt. Bei der Umsetzung der Motion ist auch diesem Aspekt Rechnung zu tragen.

Eine Sicherheitsmassnahme kann sich schliesslich auch im Anschluss an einen Freiheitsentzug als notwendig erweisen. Dabei geht es zum einen um Jugendliche, die als nicht erziehbar oder nicht behandelbar aus der geschlossenen Unterbringung entlassen werden und den Rest eines Freiheitsentzugs verbüsst haben. Zum anderen geht es um jugendliche Täter, die im Zeitpunkt des Urteils weder psychisch gestört noch erziehbar oder therapierbar sind und gegen die daher keine jugendstrafrechtliche Unterbringung angeordnet, sondern nur eine Strafe verhängt worden ist.

Es bestehen daher Sicherheitslücken bei Personen, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

- sie haben als Minderjährige eine sehr schwere Straftat begangen;
- sie stehen vor der Entlassung aus einer Schutzmassnahme oder einer Strafe des Jugendstrafrechts,

¹³⁵ Sowohl gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Revision des Vormundschaftsrechts und der Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch gemäss dem Urteil des EGMR, *T.B./Schweiz*.

- sie stellen für Dritte eine schwerwiegende Gefahr dar (d.h. es besteht eine erhebliche Gefahr, dass sie wiederum sehr schwere Straftaten begehen, bei denen Dritte erheblich an Leib und Leben gefährdet oder verletzt werden) und
- sie erfüllen die Voraussetzungen für die fürsorgliche Unterbringung nach Artikel 426 ZGB nicht (sie weisen keinen Schwächezustand auf [d.h. sie leiden nicht an einer psychischen Störung oder einer geistigen Behinderung] oder aber sie weisen einen Schwächezustand auf, sind aber im Sinne des ZGB nicht schutzbedürftig).

Minderjährige werden zwar nicht selten wegen sehr schwerer Straftaten verurteilt.¹³⁶ Das heisst jedoch nicht, dass sie deshalb in jedem Fall als gefährlich eingestuft werden müssen. In der Praxis wurden in den vergangenen Jahren auch bei Jugendlichen, die eine vorsätzliche Tötung oder einen Mord begangen haben, eine offene Unterbringung oder eine persönliche Betreuung angeordnet (neben einem Freiheitsentzug). In den vergangenen 7 Jahren wurden zudem Jugendliche, die einen Mord, eine vorsätzliche Tötung oder einen qualifizierten Raub (Art. 140 Ziff. 4 StGB) begangen haben, in zahlreichen Fällen ausschliesslich mit Freiheitsentzug bestraft und keine Schutzmassnahme angeordnet.¹³⁷ Die angeordneten jugendstrafrechtlichen Sanktionen scheinen in den meisten Fällen erfolgreich zu sein, so dass beim grössten Teil dieser Täter bei ihrer Entlassung keine grosse Gefahr weiterer Taten mehr besteht. Eine Rückfallstudie des Bundesamtes für Statistik kommt allerdings zum Schluss, dass bei Jugendlichen, die eine Straftat gegen Leib und Leben begangen haben, eine doppelt so hohe Rückfallgefahr besteht wie bei Jugendlichen, die wegen einer anderen Straftat verurteilt wurden.¹³⁸

3.1.4 Anhörung von Experten

Am 13. November 2017 fand eine vom Bundesamt für Justiz organisierte Gesprächsrunde zur Umsetzung der Motion Caroni mit Experten statt.¹³⁹

¹³⁶ Im Jahr 2016 wurden folgende Verurteilungen von Minderjährigen registriert: Art. 111 StGB (Vorsätzliche Tötung): 5; Art. 112 StGB (Mord): 1; Art. 122 StGB (alle schweren Körperverletzungen): 47; Art. 140 Ziff. 4 StGB (qualifizierter Raub): 2; Art. 185 Ziff. 3 (schwerer Fall von Geiselnahme): 1; Art. 190 StGB (alle Vergewaltigungen): 11; Art. 221 StGB (alle Brandstiftungen): 63 (Quelle: Bundesamt für Statistik).

¹³⁷ Quelle: Bundesamt für Statistik.

¹³⁸ Bundesamt für Statistik, Risikofaktoren für eine Wiederverurteilung straffälliger Minderjähriger im Erwachsenenalter, 1999-2015, Neuchâtel 2018, einsehbar unter www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/rueckfall/analysen.assetdetail.5787282.html (Stand: 18.7.2019).

¹³⁹ Teilnehmer: Marcel Riesen-Kupper, Leitender Oberjugendanwalt des Kantons Zürich; Fabienne Proz Jeaneret, Jugendrichterin Kanton Genf; Hans Melliger, Leiter Jugendanwaltschaft des Kantons Aargau; Gregor Tönnissen, Direktor Massnahmenzentrum Uitikon; Alexandre Comby, Leiter Erziehungsanstalt Pramont; Dr. med. Christian Perler, Ärztlicher Bereichsleiter Jugendforensik, Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel; Dr. med. Steffen Lau, Leiter Zentrum für Stationäre Forensische Therapie, Stv. Direktor Klinik für forensische Psychiatrie/ Chefarzt Rheinau; Dr. Oliver Bilke-Hentsch, Chefarzt und Stv. Geschäftsleiter Modellstation SOMOSA, sozialpädagogische Heimeinrichtung und jugendpsychiatrische Klinik Winterthur; Prof. Diana Wider, Institut für Sozialarbeit und Recht Hochschule Luzern, Generalsekretärin der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES; Prof. Christof Riedo, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Freiburg.

Die Gesprächsrunde hat ergeben, dass es heute in der Schweiz eine sehr kleine Anzahl (5-7) minderjähriger Straftäter gibt, die aus dem jugendstrafrechtlichen Straf- und Massnahmenvollzug entlassen werden müssen und bei denen eine anschliessende Sicherheitsmassnahme notwendig ist. In dieser Zahl sind die jugendlichen Straftäter, die nach Entlassung aus dem Strafvollzug in eine Fürsorgerrische Unterbringung (FU) eingewiesen werden, eingeschlossen.

Die Meinungen über den gesetzgeberischen Handlungsbedarf und die Art der vorzusehenden Sicherheitsmassnahmen gingen allerdings auseinander.

Einzelne Experten haben sich dafür ausgesprochen, dass im Anschluss an eine jugendstrafrechtliche Unterbringung, die mit Erreichen des 25. Altersjahrs der betroffenen Person beendet werden muss, eine Verwahrung nach Erwachsenenstrafrecht angeordnet werden kann. Ein Übergang in die Verwahrung vor dem 25. Altersjahr wurde eher abgelehnt. Es wurde zudem die Meinung vertreten, die Verwahrung müsse bereits im jugendstrafrechtlichen Grundurteil vorbehalten werden.

Von Experten aus der forensischen Psychiatrie wurde darauf hingewiesen, dass eine Zukunftsprognose bei einer minderjährigen Person praktisch nicht möglich sei. Es wurde zudem darauf hingewiesen, dass die Hirnreifung beim Menschen erst spätestens mit dem 23.-24. Lebensjahr abgeschlossen ist, wobei diese bei Frauen schneller einsetzt (ca. mit 21 Jahren). Darum sollten Gutachten bei jugendlichen Straftätern in der Form von Verlaufsgutachten erstellt werden.

In der Expertengruppe wurde zudem der Vorschlag gemacht, als Anlassstat für eine nachträgliche (bzw. eine vorbehaltene) Verwahrung allein den Mord vorzusehen.

Ein weiterer Vorschlag war, dass man auch eine Massnahme nach den Artikeln 59 StGB (Behandlung von psychischen Störungen) und 61 StGB (Massnahmen für junge Erwachsene) für die Tätergruppe der psychisch Kranken und Behandelbaren (die jedoch die Voraussetzungen für die fürsorgerrische Unterbringung nicht erfüllen) vorsehen könnte.

3.1.5 Geprüfte Varianten und gewählte Lösung

3.1.5.1 Keine Gesetzesänderung

Gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Revision des Vormundschaftsrechts sowie der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Urteils des EGMR T.B. c. Suisse¹⁴⁰ kann eine fürsorgerrische Unterbringung nach Artikel 426 ZGB nicht allein aufgrund einer Drittgefährdung angeordnet werden. Es besteht somit eine Sicherheitslücke in Bezug auf Straftäter, die am Ende der jugendstrafrechtlichen Sanktion als gefährlich eingestuft werden und bei denen kein Schwächezustand (psychische Störung, geistige Behinderung oder schwere Verwahrlosung) und/oder kein Schutzbedürfnis besteht. Der Verzicht auf eine Gesetzesänderung ist daher keine adäquate Lösung.

¹⁴⁰ Siehe oben, Ziff. 3.1.2.

3.1.5.2 Ausdehnung des Anwendungsbereichs der fürsorgerischen Unterbringung nach Artikel 426 ZGB

Eine erste gesetzgeberische Lösung könnte darin bestehen, den Anwendungsbereich der fürsorgerischen Unterbringung nach Artikel 426 ZGB auf Personen auszudehnen, die in erster Linie für Dritte gefährlich sind, das heisst auf Personen, bei denen sich unabhängig vom Vorliegen eines Schwächezustands das Schutzbedürfnis daraus ergibt, dass sie für Dritte gefährlich sind.

Für diese Lösung spricht, dass die Jugendstrafbehörden während des Vollzugs einer Strafe oder Massnahme nach JStG eng mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) zusammenarbeiten. Das Jugendstrafrecht, das auf Erziehung und Behandlung ausgerichtet ist, hat grosse Ähnlichkeit mit dem Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Eine Ausdehnung der fürsorgerischen Unterbringung wird daher in der Jugendstrafrechtsliteratur und von Praktikern als geeignete Massnahme angesehen, insbesondere von Autoren und Praktikern, die eine jugendstrafrechtliche Verwahrung ablehnen.¹⁴¹

Andererseits dient die fürsorgerische Unterbringung heute in erster Linie dem Schutz der betroffenen Person, und nicht dem ihrer Umgebung. Eine Fremdgefährdung ist weder erforderlich noch hinreichend für eine Unterbringung. Die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde in der Lehre heftig kritisiert,¹⁴² und es wurde vor einer gefährlichen Vermischung von Fürsorge und Drittschutz gewarnt.¹⁴³

Zudem ist fraglich, ob bei gefährlichen Straftätern eine zivilrechtliche Massnahme die logische Weiterführung einer jugendstrafrechtlichen Massnahme darstellt. Dies kann zwar bei Tätern der Fall sein, die in erster Linie behandlungsbedürftig sind. Eine fürsorgerische Unterbringung für nicht therapierbare gefährliche Straftäter käme jedoch einer Verwahrung, das heisst einer strafrechtlichen Massnahme, gleich. Eine fürsorgerische Unterbringung, die bei allen Personen angeordnet werden kann, die für Dritte als gefährlich eingestuft werden, ohne dass sie wegen einer schweren Straftat verurteilt wurden, würde weit über die Anliegen der Motion hinausgehen.

3.1.5.3 Neue polizeirechtliche Massnahme

Eine Sicherheitsmassnahme für gefährliche Täter, die aus einer Strafe oder Massnahme nach Jugendstrafrecht entlassen werden müssen, dient der Gefahrenabwehr und hat daher auch polizeirechtlichen Charakter. Es stellt sich daher die Frage, ob sie im «Polizeirecht» des Bundes verankert werden könnte.

In seinem Bericht zum Postulat Malama¹⁴⁴ nimmt der Bundesrat u.a. zur Frage Stellung, welche Rechtsetzungskompetenzen die geltende BV dem Bund im Bereich der inneren Sicherheit einräumt.

Es gibt im Bundesrecht keine Zuständigkeit zum Erlass von rein polizeirechtlichen Sicherheitsmassnahmen für Personen, die aus einer jugendstrafrechtlichen Strafe

¹⁴¹ Vgl. unten, Ziff. 3.1.5.4.

¹⁴² Vgl. oben, Ziff. 3.1.2.

¹⁴³ Vgl. GEISER/ETZENSBERGER (Fn. 120), Art. 426 N 43a; MEYER LÖHRER (Fn. 125), 20 ff.; RÜTSCHKE (Fn. 125), 30 ff.

¹⁴⁴ Bericht des Bundesrates vom 2. März 2012 in Erfüllung des Postulates Malama 10.3045 vom 3. März 2010, Innere Sicherheit. Klärung der Kompetenzen, BBl 2012 4459.

oder Massnahme entlassen werden müssen, für Dritte eine Gefahr darstellen und die Voraussetzungen für eine fürsorgliche Unterbringung nicht erfüllen.

Polizeirechtliche Sicherheitsmassnahmen, die mit einem Freiheitsentzug verbunden sind, stellen zudem in der Regel relativ kurzfristige Interventionen dar. Sie werden aufgrund einer zukünftigen Gefahr, die jemand für Dritte darstellt, ergriffen. Stellen sie auf eine begangene Straftat ab, so sind sie Übergangslösungen bis zur Ausfällung des Strafurteils.

So enthält die StPO zwar mit der Untersuchungshaft, die u.a. bei Wiederholungsgefahr angeordnet werden kann (Art. 221 Abs. 1 StPO), eine Sicherheitsmassnahme. Diese dient jedoch in erster Linie der Verfahrenssicherung und ist – soweit sie der Verhinderung von Straftaten dient – nur eine Übergangslösung bis zur Ausfällung des Urteils.

Die StPO enthält zudem eine polizeirechtliche Sicherheitsmassnahme, die es erlaubt, eine Person in Haft zu nehmen, wenn die Gefahr besteht, dass sie ein schweres Verbrechen begeht, mit dem sie gedroht hat (Art. 221 Abs. 2 StPO). Für diese Sicherheitsmassnahme in der StPO fehlt jedoch nach Auffassung der Lehre¹⁴⁵ die Verfassungsgrundlage. Sie stellt eine typische polizeirechtliche Sicherheitsmassnahme dar, für welche die Kantone zuständig sind.

Eine polizeirechtliche Sicherheitsmassnahme¹⁴⁶ würde Personen erfassen, die allein aufgrund ihres Verhaltens als gefährlich eingestuft werden, ohne dass sie eine konkrete Straftat begangen haben. Eine solche Massnahme würde weit über die Anliegen der Motion hinausgehen. Es fehlt zudem die Verfassungsgrundlage, um eine solche Norm auf Bundesebene zu erlassen.

Es soll allerdings auch nicht den Kantonen überlassen werden, eine Sicherheitsmassnahme im Sinne der Motion Caroni zu schaffen. Zum einen wäre dabei in Kauf zu nehmen, dass die Kantone ganz unterschiedliche Lösungskonzepte verfolgen. Zum andern ist zu berücksichtigen, dass ein polizeirechtlicher Freiheitsentzug auch auf kantonaler Ebene nicht auf eine längere Dauer ausgerichtet ist, wie das zur Umsetzung der Motion Caroni notwendig wäre.

3.1.5.4 Neue jugendstrafrechtliche Sicherheitsmassnahme

Bereits vor rund zehn Jahren wurde die Einführung einer Verwahrung bzw. einer Sicherungsmassnahme für Jugendliche diskutiert. Die Meinungen zu einer Verwahrung für Jugendliche lagen weit auseinander.¹⁴⁷

In der Literatur und in der Praxis wird die Verwahrung für Jugendliche eher abgelehnt. Es werden hauptsächlich die folgenden Gründe angeführt:

¹⁴⁵ RUCKSTUHL NIKLAUS/ DITTMANN VOLKER/ ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht, Zürich 2011, Rz. 680.

¹⁴⁶ D.h. losgelöst von einer konkreten Anlasstat (die im JStG und im StGB für die Anordnung einer Massnahme massgebend ist) sowie losgelöst von einem Schwächezustand und einem Schutzbedürfnis der betroffenen Person (die für die fürsorgliche Unterbringung nach ZGB verlangt werden).

¹⁴⁷ Vgl. u.a. *Der Bund* vom 18. August 2009, «Verwahrung auch für Jugendliche». Der leitende Jugendanwalt der Jugendanwaltschaft BS war einer der wenigen Praktiker, der sich für eine Verwahrung im Jugendstrafrecht aussprach; vgl. BURKHARD BEAT, Gewalttätige Jugendliche «verwahren» – ein Tabu?, SZK 1/2010, 28 ff.

- Eine Verwahrung für Jugendliche widerspreche dem Erziehungs- und Schutzgedanken des Jugendstrafrechts.¹⁴⁸
- Eine zuverlässige Zukunftsprognose sei sehr problematisch.¹⁴⁹
- Eine Anhebung der Altersgrenze von 22 auf 25 Jahre reiche aus. Damit werde den Bedürfnissen des Eingewiesenen als auch dem Schutzbedürfnis der Öffentlichkeit hinreichend Rechnung getragen, ohne dass das Jugendstrafrecht als Täterstrafrecht in unzulässiger Weise aufgeweicht werde.¹⁵⁰
- Die gemäss Jugendstrafrecht für die Erziehung und Behandlung zur Verfügung stehende Zeit sei im Vergleich zum Erwachsenenstrafrecht lang und genüge, um bei einem Jugendlichen eine Sozialverträglichkeit aufzubauen. Es wird allerdings die Schaffung von Institutionen als notwendig erachtet, die in der Lage sind, die Eingewiesenen an der Flucht zu hindern und mit Gewalt und Renitenz umzugehen.¹⁵¹
- Stelle der Jugendliche mit 25 immer noch eine Gefahr dar, habe man mit dem fürsorglichen Freiheitsentzug eine geeignete Massnahme.¹⁵² Als Alternative zu einer Verwahrung sei ein Ausweichen auf das Zivilrecht vorzuziehen. Dabei müsste allenfalls die «Gefährlichkeit» als Kriterium für die Anordnung der fürsorglichen Unterbringung geprüft werden.¹⁵³
- Wenn eingewiesene Jugendliche nochmals eine Straftat begehen, die eine Verwahrung rechtfertige, seien sie in aller Regel volljährig und für das neue Delikt dem Erwachsenenrecht unterstellt. Eine Verwahrung könne somit im Rahmen des neuen Verfahrens angeordnet werden.¹⁵⁴
- Es sei richtig, dass das geltende Recht keine Verwahrung für Jugendliche vorsehe. Es gebe allerdings Fälle, in denen die Entlassung des Jugendlichen im (damals) 22. Altersjahr verfrüht erscheine. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche eine fürsorgliche Unterbringung bei Drittgefährdung zulasse, selbst wenn keine Schutzbedürftigkeit bestehe, bedeute im Ergebnis allerdings nichts anderes als eine Verwahrung ohne Anlasstat.¹⁵⁵

Eine Sicherheitsmassnahme im JStG könnte darin bestehen, dass die betroffene Person nicht aus der geschlossenen Unterbringung nach Artikel 15 Absatz 2 JStG entlassen wird, solange sie als gefährlich eingestuft wird. Auch diese jugendstrafrechtliche Sicherheitsmassnahme müsste jedoch einmal beendet werden (z.B. wenn die betroffene Person 25 oder 30 Jahre alt wird) und wenn nötig durch eine neue Sicherheitsmassnahme abgelöst werden.

¹⁴⁸ Aussage anlässlich der Gesprächsrunde mit Experten; vgl. oben, Ziff. 3.1.4. Vgl. auch HOLDEREGGER NICOLE, Die Schutzmassnahmen des Jugendstrafgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in den Kantonen Schaffhausen und Zürich, Zürich 2009, Rz. 859.

¹⁴⁹ Aussage anlässlich der Gesprächsrunde mit Experten; vgl. oben, Ziff. 3.1.4. Vgl. u.a. auch BURKHARD CHRISTOPH, Verwahrung – eine Option im Jugendstrafrecht?, SZK 1/2010, 33 ff.

¹⁵⁰ HOLDEREGGER (Fn. 148), Rz. 859.

¹⁵¹ BURKHARD (Fn. 149), 33 ff.

¹⁵² HOLDEREGGER (Fn. 148), Rz. 859.

¹⁵³ STUDER MICHAEL, Jugendliche Intensivtäter in der Schweiz, Zürich 2013, 271 ff.

¹⁵⁴ BURKHARD (Fn. 149), 33 ff.

¹⁵⁵ RIEDO CHRISTOF, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013, 118 f.

3.1.5.5 "Ablösung" der jugendstrafrechtlichen Massnahme durch eine Massnahme des Erwachsenenstrafrechts:

Eine Lösung mit Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts (z.B. einer nachträglichen Verwahrung) steht in einem starken Spannungsverhältnis zu den Prinzipien des Jugendstrafrechts, woraus negative Auswirkungen auf die jugendstrafrechtliche Praxis entstehen könnten. Es könnte z.B. die Motivation des jugendlichen Straftäters, zu seiner Besserung und Heilung beizutragen, darunter leiden, dass das «Danklesschwert» einer möglichen Verwahrung über ihm schwebt. Aber auch die Arbeit der Vollzugsbehörden könnte durch die Möglichkeit, eine Massnahme des Erwachsenenstrafrechts vorbehalten zu können, dahingehend beeinflusst werden, dass der unmittelbare Druck, einen jugendlichen Straftäter in der zur Verfügung stehenden (kurzen) Zeit zu (re-)sozialisieren, wegfiel.

Die Schwierigkeit bzw. Herausforderung einer Lösung mit Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts besteht darin, für sehr wenige Ausnahmefälle eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die keine negativen Auswirkungen auf das übrige Jugendstrafrecht hat. Es bleibt auch ein Grundsatzproblem, dass die Anlasstat für eine nachträgliche Verwahrung als Erwachsener von der betroffenen Person als Jugendlicher begangen wurde, also in einem Zustand, in welchem die Hirnreife noch nicht vollendet war.

Folgende Gründe lassen eine Lösung mit Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts dennoch als sinnvoll und naheliegend erscheinen:

a. Die betroffenen Personen sind volljährig

Die Personen, für die eine Sicherheitsmassnahme vorgesehen werden soll, haben zwar als Minderjährige eine Straftat begangen und wurden daher gestützt auf das Jugendstrafrecht mit einer Sanktion belegt. Mit der jugendstrafrechtlichen Sanktion konnte der Gefährlichkeit der betroffenen Person jedoch nicht begegnet werden. Da die betroffene Person inzwischen volljährig geworden ist, erscheint es schlüssig, Massnahmen für volljährige Täter in Erwägung zu ziehen.

b. Die dem Jugendstrafrecht nachfolgenden Massnahmen müssen nicht kontraproduktiv sein

Es könnte eingewendet werden, dass mit einer auf die jugendstrafrechtliche Sanktion folgende Massnahme des StGB der Druck auf die Vollzugsbehörden wegfällt, den jugendlichen Straftäter in der zur Verfügung stehenden Zeit zu (re-)sozialisieren. Dieser Einwand kann jedoch gegenüber allen Massnahmen erhoben werden, die im Anschluss an eine jugendstrafrechtliche Sanktion angeordnet werden können. So könnte man auch einwenden, die fürsorgliche Unterbringung, die im Anschluss an eine jugendstrafrechtliche Sanktion angeordnet werden kann, sei kontraproduktiv, was aber offensichtlich nicht der Fall ist.

c. Die geschlossene Unterbringung nach JStG dient z.T. bereits Sicherungszwecken

Wegleitend für die Anwendung des JStG ist der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen (Art. 2 Abs. 1 JStG). Gleichzeitig dient das JStG bereits heute auch der Sicherheit Dritter. So hat die Unterbringung nach Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe b

JStG, die bei schwerer Drittgefährdung angeordnet wird, nicht nur den Schutz und die Erziehung zum Ziel, sondern verfolgt klar auch spezialpräventive Zwecke. Im Übrigen wird der reine Schutz- und Erziehungsgedanke des JStG relativiert, wenn man berücksichtigt, dass das JStG nicht nur Schutzmassnahmen, sondern auch Strafen, wenn auch vergleichsweise milde, vorsieht.

d. Die Unterbringung von jugendlichen Straftätern kann in einer Anstalt für junge Erwachsene vollzogen werden

Nach Artikel 16 Absatz 3 JStG kann die Unterbringung in einer Einrichtung für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) vollzogen oder weitergeführt werden, wenn der Jugendliche das 17. Altersjahr vollendet hat. Bereits heute besteht somit eine Durchlässigkeit vom Jugend- zum Erwachsenenstrafrecht.

e. Die fürsorgerische Unterbringung von gefährlichen Straftätern kann in Anstalten für Erwachsene vollzogen werden

Gefährliche Straftäter, bei denen im Anschluss an die Unterbringung nach Artikel 15 JStG eine fürsorgerische Unterbringung angeordnet wird, werden bereits heute in Anstalten des Straf- und Massnahmenvollzugs für Erwachsene eingewiesen, wenn es keine anderen geeigneten Vollzugsinstitutionen gibt. Sie befinden sich somit in den Anstalten, in denen sie sich auch befinden würden, wenn eine Massnahme des Erwachsenenstrafrechts angeordnet worden wäre.

f. Mit der Verwahrung nach Artikel 64 StGB steht eine Sicherheitsmassnahme für gefährliche Straftäter zur Verfügung

Es ist nicht notwendig, in einem Bereich ausserhalb des StGB eine neue Sicherheitsmassnahme zu schaffen. Eine Sicherheitsmassnahme, die präventiven Charakter hat und der Verhinderung schwerer Straftaten dient – die somit einen polizeirechtlichen Einschlag hat – ist nämlich die Verwahrung nach Artikel 64 StGB. Sie kann nicht allein gestützt auf eine schlechte Zukunftsprognose angeordnet werden, sondern nur bei Personen, die bereits eine schwere Straftat begangen haben. Sie könnte somit die Vorgaben der Motion Caroni erfüllen, ohne den Kreis der betroffenen Personen zu stark auszudehnen.

g. Kosten

Die Kosten einer strafrechtlichen Massnahme werden sowohl in der Deutschschweiz als auch in der Romandie von den Kantonen übernommen. Bei einer zivilrechtlichen Lösung werden die Kosten einer fürsorgerischen Unterbringung von den Gemeinden getragen.

3.1.5.6 Fazit

Es besteht eine Sicherheitslücke in Bezug auf jugendliche Straftäter, die bei ihrer Entlassung aus dem jugendstrafrechtlichen Straf- und Massnahmenvollzug als gefährlich eingestuft werden.

Auf eine Gesetzesänderung kann nicht verzichtet werden.

Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der fürsorgerischen Unterbringung nach Artikel 426 ZGB auf Personen, die ausschliesslich für Dritte gefährlich sind, würde

diese Massnahme zweckentfremden und im Ergebnis weit über die Anliegen der Motion hinausgehen.

Eine freiheitsentziehende polizeirechtliche Sicherheitsmassnahme stellt in der Regel nur eine relativ kurzfristige Intervention dar. Sie würde auch Personen erfassen, die allein aufgrund ihres Verhaltens als gefährlich eingestuft werden, ohne dass sie eine konkrete Straftat begangen haben, und damit weit über die Anliegen der Motion hinausgehen. Für eine solche Massnahme auf Bundesebene fehlt die Verfassungsgrundlage.

Mit einer jugendstrafrechtlichen Sicherheitsmassnahme würde das Sicherheitsproblem nur hinausgeschoben, da auch eine solche Massnahme einmal beendet und wenn nötig durch eine neue Sicherheitsmassnahme abgelöst werden müsste. In der Literatur und in der Praxis wird zudem eine Verwahrung für Jugendliche mehrheitlich abgelehnt.

Es spricht vieles dafür, bei jugendlichen Straftätern, die im Zeitpunkt ihrer Entlassung aus dem Straf- und Massnahmenvollzug volljährig sind und als gefährlich eingestuft werden, eine stationäre Massnahme des Erwachsenenstrafrechts anzuordnen.

3.1.6 Zusätzliche Änderungen

In Artikel 19 Absatz 4 JStG ist vorgesehen, dass ein Tätigkeitsverbot und ein Kontakt- und Rayonverbot nach Artikel 16a JStG in Form der analogen Verbote nach StGB weitergeführt werden können. In der Literatur wird festgestellt, dass diese Regelung Fragen aufwirft. So seien insbesondere die in Artikel 67 Abs. 1, 3 und 4 StGB vorausgesetzten Strafmasse nicht mit den gemäss JStG vorgesehenen Strafen vergleichbar.¹⁵⁶ Im Vorentwurf werden daher Änderungen vorgeschlagen, um Unklarheiten in Bezug auf die Anordnung, die Dauer und den Vollzug eines Tätigkeitsverbots nach StGB zu beseitigen.

Bei dieser Gelegenheit soll Artikel 14 Absatz 2 JStG angepasst werden, damit eine ambulante Behandlung auch mit einem Tätigkeitsverbot und einem Kontakt- und Rayonverbot verbunden werden kann.

In den Artikeln 4, 12 Absatz 3, Artikel 13 Absatz 4, Artikel 15 Absatz 4, Artikel 19 Absatz 3 (Art. 19a Abs. 1 VE-JStG) und Artikel 45 Absatz 2 JStG wurden gewisse redaktionelle Anpassungen gemäss der Terminologie des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)¹⁵⁷ vorgenommen.

3.1.7 Nicht vorgenommene Änderungen

In der Vorlage zur Änderung des StGB (Vorlage 1) werden Neuerungen für Täter vorgesehen, die am Ende einer Strafe oder bei Aufhebung einer therapeutischen Massnahme als gefährlich eingestuft werden, ohne dass eine andere Massnahme des StGB angeordnet werden kann. In diesen Fällen sollen für die Zeit nach der Freiheitsstrafe oder der therapeutischen Massnahme Bewährungshilfe angeordnet und Weisungen erteilt werden können. Es geht dabei insbesondere um Täter, die zwar als

¹⁵⁶ HUG/ SCHLÄFLI/ VALÄR (Fr. 119), Art. 19 JStG N 18d f.

¹⁵⁷ AS 2011 725

gefährlich eingestuft werden, jedoch die Voraussetzungen für eine Verwahrung, resp. eine nachträgliche Verwahrung nicht erfüllen.

Diese Neuerungen könnten auch im JStG sinnvoll sein. Sie beziehen sich allerdings nicht auf die kleine Gruppe der sehr gefährlichen Straftäter, für welche die Motion Caroni Änderungen des JStG verlangt. Sie würden zudem eine grundlegende Überarbeitung des Massnahmenrechts des JStG (insbesondere der Bestimmungen über die Änderung und die Beendigung der Massnahmen) nach sich ziehen, welche den Rahmen der Motion Caroni sprengen würde. Dies gilt im Übrigen auch für weitere Anpassungen des JStG, die in der Literatur geltend gemacht werden und die zu einer grundlegenden Überprüfung von Teilen des JStG führen würden.¹⁵⁸

Die Vorlage zur Änderung des JStG beschränkt sich daher auf Neuerungen für die kleine Gruppe von sehr gefährlichen Straftätern, die von der Motion Caroni erfasst wird.

3.2 Die vorgeschlagenen Neuregelungen im Überblick

3.2.1 Zusammenfassung

Es wird eine Regelung vorgeschlagen, die es erlaubt, im Anschluss an die jugendstrafrechtliche Sanktion eine Massnahme des StGB anzuordnen.

Es ist selten, dass ein jugendlicher Straftäter durch alle Netze des Jugendstrafrechts fällt und als «gefährlicher Straftäter» aus einer Sanktion des JStG entlassen werden muss. Das geltende Jugendstrafrecht soll daher nicht grundsätzlich geändert, sondern es sollen lediglich Sicherheitslücken geschlossen werden. Die geplante Regelung soll eng gefasst werden, damit sie die Grundsätze des Jugendstrafrechts möglichst nicht gefährdet.

Die geplante Regelung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Hat ein Jugendlicher eine sehr schwere Straftat begangen, so soll im jugendstrafrechtlichen Grundurteil eine Massnahme nach den Artikel 59-61 und 64 Absatz 1 StGB vorbehalten werden können, wenn zu diesem Zeitpunkt von einer Rückfallgefahr auszugehen ist. Die vorbehaltene Massnahme soll vom Erwachsenengericht auf Antrag der Vollzugsbehörde angeordnet werden, wenn die betroffene Person volljährig geworden ist und am Ende ihrer jugendstrafrechtlichen Strafe oder Massnahme die ernsthafte Gefahr besteht, dass sie wieder eine sehr schwere Tat begehen wird.

Die Anordnung einer Massnahme des StGB knüpft an die jugendstrafrechtliche Massnahme oder Strafe an und basiert auf demselben Grundurteil. Sie stellt eine Änderung der Sanktion dar, wie sie im Erwachsenenstrafrecht (Art. 62c Abs. 4 und 6 sowie Art. 65 Abs. 1 StGB) und im Jugendstrafrecht (Art. 19 Abs. 4 JStG) ohne Vorbehalt im Grundurteil bereits möglich ist.

3.2.2 Anlasstaten

Die Anordnung einer Massnahme des StGB soll nur bei Personen möglich sein, die als Minderjährige **sehr schwere Taten** begangen haben.

¹⁵⁸ Vgl. HUG/ SCHLÄFLI/ VALÄR (Fn. 119), Vor Art. 1 JStG N 40 f.

Als Massstab könnte der Deliktskatalog für die Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1 StGB dienen. Er umfasst alle Verbrechen, die mit einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren oder mehr bedroht sind, und sich gegen die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer Person richten. Dieser Katalog ist u.E. zu weit, er würde jedes Jahr weit mehr als 100 jugendliche Täter erfassen.

Nach Meinung verschiedener Teilnehmer der Gesprächsrunde zur Umsetzung der Motion Caroni¹⁵⁹ müsste der Straftatenkatalog sehr viel enger gefasst werden; so würden sie nur den Mord (Art. 112 StGB) als Anlasstat für eine nachträgliche (resp. vorbehaltene) Verwahrung gelten lassen. Dieser Ansatz ist u.E. zu eng.

Neben dem Mord sollten weitere schwerste Gewaltdelikte gegen Menschen zu einer vorbehaltenen Massnahme führen können. In Frage kommen Taten wie die vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), qualifizierter Raub (Art. 140 Ziff. 4 StGB), qualifizierte Geiselnahme (Art. 185 Ziff. 2 StGB), qualifizierte sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 3 StGB), qualifizierte Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 3 StGB) und qualifizierte Brandstiftung (Art. 221 Abs. 2 StGB). Dies entspricht im Wesentlichen den Anlasstaten, die von der Generalklausel nach Artikel 25 Absatz 2 Buchstabe a JStG erfasst werden.

Artikel 25 Absatz 2 Buchstabe a JStG erfasst zudem die Delikte Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und verschiedene Kriegsverbrechen. Diese Delikte stehen bei der Umsetzung der Motion Caroni nicht im Vordergrund. Weil sie jedoch schwerste Gewalttaten gegen Menschen darstellen, die mit einer Mindeststrafe von drei Jahren oder mehr Freiheitsstrafe bestraft werden, sollen sie ebenfalls als Anlasstat für eine vorbehaltene Massnahme mit einbezogen werden.

Auch die Straftaten nach Artikel 25 Absatz 2 Buchstabe b JStG rechtfertigen zwar einen Freiheitsentzug bis zu 4 Jahren. Die Mindeststrafen in diesen Strafbestimmungen sind allerdings tiefer als drei Jahre (6 Monate, 1 Jahr, 2 Jahre), womit z.T. auch leichtere Straftaten erfasst werden. Die Qualifikation in Buchstabe b, wonach der Jugendliche besonders skrupellos gehandelt haben muss, hat zudem nicht zur Folge, dass in jedem Fall eine schwerste Gewalttat gegen Menschen vorliegt, wie das für den Vorbehalt einer Massnahme des StGB vorausgesetzt werden soll. Die Straftaten nach Absatz 2 Buchstabe b sollen daher einen Vorbehalt nur dann rechtfertigen, wenn der Jugendliche zusätzlich zum besonders skrupellosen Handeln eine schwerste Gewalttat gegen Menschen begeht.

3.2.3 Negative Prognose (im Urteilszeitpunkt / bei der Anordnung)

Damit eine Massnahme des StGB angeordnet werden kann, muss **ernsthaft zu erwarten sein**, dass die betroffene Person in Zukunft **weitere gleichartige schwere Straftaten** begehen wird.

Es stellt sich die Frage, wie hoch die Rückfallgefahr oder Rückfallwahrscheinlichkeit sein muss, damit die Anordnung einer Massnahme nach Erwachsenenstrafrecht gerechtfertigt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine bestimmte Rückfallwahrscheinlichkeit für einen bestimmten Zeithorizont gilt. Im geltenden Recht werden folgende Rückfallgefahren vorausgesetzt:

¹⁵⁹ Siehe oben, Ziff. 3.1.4.

- Für die geschlossene Unterbringung nach Artikel 15 Absatz 2 JStG wird eine «schwer wiegende Gefährdung» von Dritten vorausgesetzt.
- Für eine therapeutische Massnahme nach den Artikeln 59 - 61 StGB genügt «die Gefahr weiterer Taten» (die mit seiner psychischen Störung, Drogenabhängigkeit oder gestörten Persönlichkeitsentwicklung in Zusammenhang stehen).
- Die normale Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1 StGB setzt voraus, dass «ernsthaft zu erwarten ist», dass jemand weitere schwere Taten einer bestimmten Art begeht.
- Für die lebenslängliche Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1^{bis} StGB wird eine «sehr hohe Wahrscheinlichkeit» weiterer Verbrechen einer bestimmten Art vorausgesetzt.

Angesichts des einschneidenden Charakters der vorbehaltenen Massnahme kann es angezeigt erscheinen, eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit neuer Taten vorauszusetzen. Andererseits sollen die schwersten Straftaten, die das Strafgesetzbuch kennt, verhindert werden. Unter diesem Gesichtspunkt könnte es auch gerechtfertigt sein, eine weniger hohe Rückfallgefahr vorauszusetzen. Es wird vorgeschlagen, in Anlehnung an die Voraussetzungen für die Verwahrung eine Prognose vorauszusetzen, wonach «ernsthaft zu erwarten ist», dass erneut schwere Taten begangen werden.

Bei minderjährigen Straftätern ist eine Prognose sehr schwierig, weil ihre Persönlichkeitsentwicklung noch nicht abgeschlossen ist.¹⁶⁰ Aufgrund der Persönlichkeit, des Vorlebens und der Tat des Jugendlichen (insbesondere bei Jugendlichen, die bereits eine kriminelle Karriere haben) können zwar erste Prognosen gestellt werden. Diese sollen genügen, um im Zeitpunkt des jugendstrafrechtlichen Urteils eine Massnahme des StGB vorzubehalten. Die ausschlaggebende Prognose, die zur Anordnung einer Massnahme nach Erwachsenenrecht führen kann, soll jedoch erst im Zeitpunkt der Beendigung der jugendstrafrechtlichen Strafe oder Massnahme gestellt werden.

Vorausgesetzt wird die Gefahr, dass die betroffene Person in Zukunft gleichartige Taten begeht. Es muss sich freilich nicht um denselben Straftatbestand handeln (z.B. Mord). Da es sich bei allen Anlasstaten um schwerste Gewalttaten gegen Menschen handelt, kann man sie als gleichartig bezeichnen. Es könnte somit für eine vorbehaltenen Massnahme genügen, dass jemand wegen einer vorsätzlichen Tötung verurteilt wurde und bei seiner Entlassung aus dem Jugendstrafrechtsvollzug zu befürchten ist, er werde weitere schwere Straftaten im Sinne von Artikel 25 Absatz 2 JStG begehen, bei denen Menschen schwer verletzt werden.

3.2.4 Vorbehalt der Massnahme im Grundurteil

Die Anordnung einer Massnahme des Erwachsenstrafrechts soll im jugendstrafrechtlichen Grundurteil vorbehalten werden. Der definitive Entscheid über eine

¹⁶⁰ Vgl. u.a. HUSSMANN MARCUS, Diagnose und Individualprognose als Kernproblem des Umgangs mit Jugendkriminalität, in: Dollinger Bernd/ Schmidt-Semisch Henning (Hrsg.), Handbuch der Jugendkriminalität, Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog, 2. Aufl., 335 ff.

Massnahme des StGB soll am Ende des jugendstrafrechtlichen Freiheitsentzugs von einem Erwachsenengericht getroffen werden.

Die therapeutischen Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts könnten zwar als eine Weiterführung der jugendstrafrechtlichen Unterbringung angesehen werden und würden daher nicht unbedingt einen Vorbehalt im Grundurteil voraussetzen.

Die Verwahrung ist jedoch keine therapeutische Massnahme und stellt – insbesondere, wenn sie im Anschluss an einen Freiheitsentzug angeordnet wird – eine zusätzliche Sanktion dar, die im Grundurteil vorbehalten werden muss. Weil auch die allfällige Anordnung einer therapeutischen Massnahme einen schweren Eingriff in die Freiheitsrechte der betroffenen Person darstellt, soll die Hürde für das Aussprechen einer solchen Massnahme möglichst hoch sein. Darum sollen alle diese Massnahmen im Grundurteil vorbehalten werden. Der mit der Massnahme verbundenen Freiheitsentzug hält damit auch den Anforderungen der EMRK stand.¹⁶¹

3.2.5 Die Massnahmen des StGB

Es sollen stationäre **Massnahmen nach den Artikeln 59, 60, 61 und 64 Absatz 1 StGB** vorbehalten und angeordnet werden können.

Grundsätzlich sind alle stationären Massnahmen des StGB geeignet, eine geschlossene Unterbringung nach Jugendstrafrecht abzulösen. In den Fällen, in denen die betroffene Person behandlungsbedürftig ist (und die jugendstrafrechtliche Massnahme wegen Erreichens der Altersobergrenze aufgehoben werden muss), kann eine stationäre Massnahme nach Artikel 59 (Behandlung von psychischen Störungen), Artikel 60 (Suchtbehandlung) oder Artikel 61 (Massnahme für junge Erwachsene) StGB sinnvoll sein. Ist die betroffene Person nicht behandlungsbedürftig, nicht behandelbar oder wurde sie nur zu einem Freiheitsentzug verurteilt, so ist eine Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1 StGB zu prüfen.

3.2.6 Massnahmen des StGB im Anschluss an die geschlossene Unterbringung

Die Anordnung einer Massnahme des StGB soll nach der geschlossenen Unterbringung nach Artikel 15 Absatz 2 JStG möglich sein, wenn diese wegen Erreichens der Altersobergrenze von 25 Jahren wegfällt (Kern der Mo. Caroni). Sie soll darüber hinaus möglich sein, wenn die geschlossene Unterbringung wegen fehlender Wirkung oder fehlendem Platzangebot aufgehoben wird, bevor die betroffene Person das 25. Altersjahr erreicht. Die betroffene Person muss jedoch volljährig sein.

Personen, die sich in einer offenen Unterbringung nach Artikel 15 Absatz 1 JStG befinden, sind nicht so gefährlich, als dass diese Massnahme nach ihrem Wegfall durch eine Massnahme des Erwachsenenstrafrechts ersetzt werden müsste. Dasselbe gilt für die übrigen Schutzmassnahmen des Jugendstrafrechts.

¹⁶¹ Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziffer 7.2.2.

3.2.7 Massnahmen des StGB im Anschluss an den Freiheitsentzug

Die Anordnung einer Massnahme des StGB soll auch am Ende eines Freiheitsentzugs nach Artikel 25 Absatz 2 JStG möglich sein, sofern die betroffene Person volljährig ist.

In bestimmten Fällen wird gegen jugendliche Täter, die eine sehr schwere Straftat begangen haben, zum Zeitpunkt der Tat 16 oder 17 Jahre alt waren und weder erziehbar noch therapierbar sind, keine jugendstrafrechtliche Unterbringung angeordnet, sondern nur eine schuldangemessene Strafe verhängt, in der Regel ein Freiheitsentzug. Auch in diesen Fällen ist es möglich, dass die betroffene Person am Ende des Freiheitsentzugs eine Gefahr für Dritte darstellt. Ihr soll ebenfalls mit Massnahmen des StGB wirksam begegnet werden.

Um die Anordnung einer Massnahme des StGB auf die wirklich schweren Fälle zu begrenzen, soll eine Mindestdauer der jugendstrafrechtlichen Freiheitsstrafe von drei Jahren vorausgesetzt werden.

3.2.8 Zuständigkeit zur Anordnung der Massnahme

Die Anordnung einer Massnahme des StGB soll gemäss Artikel 59 Absatz 1, Artikel 60 Abs. 1, Artikel 61 Abs. 1 und Artikel 64 Abs. 1 StGB auf Antrag der Vollzugsbehörde **von einem Erwachsenengericht** vorgenommen werden.

Für die Anordnung einer Massnahme nach Erwachsenenstrafrecht sollen alle Voraussetzungen gelten, die in den Artikeln 56 ff. StGB vorgesehen sind. Zu nennen ist insbesondere das Erfordernis des durch einen unabhängigen Sachverständigen verfassten Gutachtens (Art. 56 Abs. 3 und 4 StGB). Daneben sind natürlich auch die Prinzipien der Verhältnismässigkeit (Art. 56 Abs. 2 StGB) zu beachten, und es müssen die vorausgesetzten Prognosen in Bezug auf die Therapierbarkeit und die Gefährlichkeit vorliegen.

3.2.9 Fürsorgerische Unterbringung

Mit der geplanten Regelung sollen die bestehenden Möglichkeiten des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts nicht eingeschränkt werden.

Gegen eine Person, die am Ende einer jugendstrafrechtlichen Sanktion als gefährlich eingestuft wird, soll die fürsorgerische Unterbringung nach wie vor angeordnet werden können, wenn deren Voraussetzungen (Schwächezustand und Schutzbedürfnis) erfüllt sind.

Nach Artikel 19 Absatz 3 JStG kann eine geeignete Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahme beantragt werden, wenn der Wegfall einer Schutzmassnahme für den Betroffenen selber oder für die Sicherheit Dritter mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden ist.

Dem steht nicht entgegen, dass die fürsorgerische Unterbringung nicht ausschliesslich aufgrund einer Drittgefährdung angeordnet werden kann.¹⁶² Die in Artikel 19 Absatz 3 JStG erwähnten Nachteile für die Sicherheit Dritter sind nur eine Voraus-

¹⁶² Vgl. oben, Ziff. 3.1.2.

setzung für die *Beantragung* einer geeigneten Erwachsenenschutzmassnahme.¹⁶³ Sie bedeuten nicht, dass diese Massnahme allein zum Schutz Dritter angeordnet werden kann. Wie zudem aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts hervorgeht, ergeben sich aus Artikel 19 Absatz 3 JStG keine zusätzlichen Elemente für die Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung; deren Voraussetzungen sind ausschliesslich in Artikel 426 ZGB geregelt.¹⁶⁴

Artikel 19 Absatz 3 JStG - der nicht nur auf die fürsorgerische Unterbringung angelegt ist - muss daher aufgrund des Urteils des EGMR T.B. c. Suisse¹⁶⁵ nicht geändert werden.

Hingegen soll klargestellt werden, dass eine vorbehaltene Massnahme des StGB erst angeordnet werden kann, wenn keine geeignete Erwachsenenschutzmassnahme in Frage kommt.¹⁶⁶

3.2.10 Vollzug der Massnahme

Die Massnahme des StGB soll nach den Bestimmungen des StGB vollzogen und beendet werden.

Die betroffenen Personen haben zwar als Jugendliche eine Straftat begangen, sind jedoch im Zeitpunkt der Anordnung der Massnahme des StGB volljährig. Gleichzeitig sind sie «junge Erwachsene», für die das StGB in Artikel 61 StGB eine besondere Massnahme vorsieht. Es stellt sich daher die Frage, ob Begrenzungen im Sinne von Artikel 61 Absatz 4 StGB (Höchstdauer der Massnahme, Altersobergrenze) auch bei den vorbehaltenen Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts angezeigt sind.

Eine solche Begrenzung würde zwar dazu beitragen, den vorbehaltenen Massnahmen die grösste Härte zu nehmen (d.h. die unbestimmte Dauer der Massnahmen nach Art. 59 und 64 StGB). Gleichzeitig würde damit aber eine neue Grenze gesetzt, die bei sehr gefährlichen Tätern nicht begründet werden kann. Es sollte genügen, dass die Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts von Amtes wegen jährlich überprüft werden und die betroffene Person jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen kann (Art. 62d und 64b StGB).

3.2.11 Prozessrecht

Jugendstrafprozessordnung (JStPO)¹⁶⁷

Nach Artikel 24 Buchstabe a JStPO muss der Jugendliche verteidigt werden, wenn ihm ein Freiheitsentzug von mehr als einem Monat oder eine Unterbringung droht. Damit ist auch sichergestellt, dass er verteidigt wird, wenn der Vorbehalt einer Massnahme des StGB im jugendstrafrechtlichen Grundurteil in Aussicht steht.

¹⁶³ HUG/SCHLÄFLI/VALÄR (Fn. 119), Art. 19 JStG N 18a.

¹⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A_228/2016 vom 11. Juli 2016 E. 4.3.1.

¹⁶⁵ EGMR, T.B./Schweiz (Fn. 126).

¹⁶⁶ Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_564/2018 vom 2. August 2018 E. 2.5.2.

¹⁶⁷ SR 312.1

Strafprozessordnung (StPO)

Die Anordnung der vorbehaltenen Massnahme stellt einen selbständigen nachträglichen Entscheid des Erwachsenengerichts dar. Nach den Artikeln 19*b* Absatz 1, 19*c* Absatz 1 und 27*a* Absatz 1 VE-JStG ist das Gericht am Wohnsitz des jugendlichen Straftäters zuständig. Für das Verfahren und den Entscheid sind die Artikel 364 und 365 StPO anwendbar.

3.2.12 Strafregisterrecht

Der vorgeschlagene Vorbehalt einer Massnahme des StGB im Grundurteil und die Anordnung einer vorbehaltenen Massnahme in einem nachträglichen Entscheid hat keine Anpassung des geltenden oder des neuen¹⁶⁸ Strafregisterrechts auf Gesetzesstufe zur Folge.

Zahlreiche Anpassungen des Strafregisterrechts sind hingegen aufgrund der vorgeschlagenen Regelung notwendig, wonach der Vorbehalt in ein neues Urteil zu übernehmen ist (Art. 15*a* Abs. 3 und 25*a* Abs. 3 VE-JStG). Diese Anpassungen sind die logische Folge der im VE-JStG vorgeschlagenen Regelung und für deren Verständnis nicht notwendig. Da dieser Regelungsbereich zudem noch starke Änderungen erfahren kann, wird im jetzigen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens darauf verzichtet, die Anpassungen des Strafregisterrechts im Vorentwurf im Detail darzustellen.

4 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der Vorlage 2

4.1 Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003

Artikel 3 Absatz 2 und 3

Der Vorbehalt einer stationären Massnahme des StGB soll auch im wohl eher seltenen Fall möglich sein, in dem gegen einen Täter, der vor und nach seinem 18. Geburtstag delinquent hat und eine sehr schwere Straftat begangen hat, gestützt auf Artikel 3 Absatz 2 JStG nicht eine Massnahme nach StGB, sondern eine geschlossene Unterbringung nach Artikel 15 Absatz 2 JStG angeordnet wird.

Der Vorbehalt in Verbindung mit einem Freiheitsentzug nach Artikel 25*a* VE-JStG muss hier nicht erwähnt werden, weil in den Fällen von Artikel 3 Absatz 2 lit. a VE-JStG hinsichtlich der Strafen immer das StGB anwendbar ist.

Mit der vorgeschlagenen Ergänzung würde der bereits heute nicht einfache Artikel 3 Absatz 2 JStG sechs Sätze enthalten. Damit er besser verständlich ist, soll er neu gliedert und in zwei Absätze aufgeteilt werden.

Artikel 14 Absatz 2

Artikel 14 Absatz 2 JStG wird angepasst, damit eine ambulante Behandlung auch mit einem Tätigkeitsverbot und einem Kontakt- und Rayonverbot verbunden werden

¹⁶⁸ Bundesgesetz vom 17. Juni 2016 über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA (Strafregistergesetz, StReG); BBl 2018 4871. Das Strafregistergesetz wird voraussichtlich auf Anfang 2023 in Kraft gesetzt.

kann. Damit wird eine Lücke geschlossen, die in der Literatur als gesetzgeberisches Versehen bezeichnet wird.¹⁶⁹

Artikel 15a

Absatz 1

Der Vorbehalt einer Massnahme des StGB nach den Artikeln 59-61 und 64 Absatz 1 StGB soll aufgrund der in Buchstabe a genannten Anlasstaten in Verbindung mit den in Buchstabe b genannten Voraussetzungen im jugendstrafrechtlichen Grundurteil angebracht werden.

Auf den Artikel 64 Absatz 1^{bis} StGB (lebenslängliche Verwahrung) wird nicht verwiesen. Dieser setzt u.a. voraus, dass der Täter als dauerhaft nicht therapierbar eingestuft wird, weil die Behandlung langfristig keinen Erfolg verspricht. Dies ist umso schwieriger festzustellen, je jünger der Täter ist.

Bei Feststellung einer Wiederholungsgefahr wird im jugendstrafrechtlichen Grundurteil ein Vorbehalt angebracht. Die Prognose kann sich bei jugendlichen Straftätern sehr schwierig gestalten, da die Hirnreife je nach Fall erst im Alter von 22 oder 23 Jahren erreicht wird.¹⁷⁰ Es handelt sich daher zum Zeitpunkt des jugendstrafrechtlichen Grundurteils erst um eine (erste) Einschätzung der Gefährlichkeit des Täters. Ob die vorbehaltene Massnahme dann auch tatsächlich angeordnet wird, erfordert eine erneute Prüfung nach Vollzug der jugendstrafrechtlichen Sanktion.

Absatz 2

Der Vorbehalt einer Massnahme nach StGB soll grundsätzlich so lange wirksam sein, als die betroffene Person als gefährlich eingestuft wird und sich daher in der geschlossenen Unterbringung oder im anschliessenden Freiheitsentzug befindet (Abs. 2 Bst. a und c).

Aus Sicherheitsüberlegungen wird zudem vorgesehen, dass der Vorbehalt so lange wirksam bleiben soll, als sich die betroffene Person in einer Massnahme befindet, die gestützt auf Artikel 18 JStG im Anschluss an die geschlossene Unterbringung angeordnet wurde (Abs. 2 Bst. b). Eine solche Massnahme kann bei guter Prognose im Sinne einer stufenweisen Entlassung angezeigt sein. In diesem Fall soll gemäss Artikel 19c Absatz 1 Buchstabe b VE-JStG am Ende einer mildereren Schutzmassnahme keine Massnahme des StGB beantragt werden können. Sollte sich die günstige Prognose als falsch herausstellen, so kann wenn nötig gestützt auf Artikel 18 JStG wieder eine geschlossene Unterbringung angeordnet werden, bei deren Wegfall eine Massnahme nach StGB beantragt werden kann.

Absatz 3

Für jugendliche Täter, bei denen eine Massnahme des StGB vorbehalten wurde und die nach Vollendung des 18. Altersjahres (im Vollzug einer Sanktion nach JStG oder nach der Entlassung) eine neue schwere Tat begehen, stehen genügend Massnahmen zur Verfügung, um den Täter zu betreuen und die Sicherheit zu gewährleisten.

¹⁶⁹ HUG/ SCHLÄFLI/ VALÄR (Fn. 119), Art. 14 JStG N 6.

¹⁷⁰ Dazu schon oben, Ziff. 3.1.4.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Sicherheit auch gewährleistet ist, wenn der jugendliche Straftäter vor dem vollendeten 18. Altersjahr im Straf- und Massnahmenvollzug eine neue einschlägige Straftat begeht, die keine Anlasstat für einen Vorbehalt darstellt, jedoch den Vorbehalt bestätigt (z.B. eine nicht qualifizierte schwere Körperverletzung). Eine analoge Frage stellt sich in Fällen der retrospektiven Konkurrenz. Hier kann im Jugendstrafrecht ein neues Urteil gefällt werden, bei dem das Gericht eine Gesamtwürdigung vornimmt. Es berücksichtigt dabei die im ersten Urteil (Grundurteil) ausgefallenen Sanktionen und bezieht die sich aufgrund der neuen Straftat anders darstellenden pädagogischen Aspekte mit ein.¹⁷¹ Stellt die neue Straftat keine Anlasstat für einen Vorbehalt dar, so würde der im ersten Urteil (Grundurteil) enthaltene Vorbehalt dahinfallen. Die Regelung nach Absatz 3 soll sicherstellen, dass ein Vorbehalt nicht durch eine neue Straftat (die vor oder nach dem ersten Urteil begangen wurde) beseitigt wird (oder gezielt beseitigt werden kann).

Artikel 19 Absatz 1^{bis} und 1^{ter}

Artikel 19 JStG soll nur die Regelungen enthalten, welche direkt die Beendigung der Massnahmen betreffen. Die geltenden Absätze 3 und 4 von Artikel 19 JStG werden daher systematisch neu eingeordnet (vgl. unten, Art. 19a Abs. 1 und 19b VE-JStG).

Absatz 1^{bis}

Über die bedingte Entlassung aus einem Freiheitsentzug, der nach Artikel 25 Absatz 2 JStG verhängt wurde, entscheidet die Vollzugsbehörde nach Anhörung einer Kommission nach Artikel 62d Absatz 2 StGB (Art. 28 Abs. 3 JStG). Diese Regelung wird auch gelten, wenn gestützt auf die vorgeschlagenen Änderungen in Verbindung mit dem Freiheitsentzug nach JStG eine Massnahme des StGB vorbehalten wurde.

Es erscheint aus Sicherheitsgründen sinnvoll, dass die Vollzugsbehörde auch beim Entscheid über die Aufhebung einer geschlossenen Unterbringung die Kommission nach Artikel 62d Absatz 2 StGB anhört, wenn im Grundurteil eine Massnahme des StGB vorbehalten wurde.

Absatz 1^{ter}

Der Schutz Dritter vor schwerwiegender Gefährdung durch den Jugendlichen stellt zwar eine Voraussetzung für die Anordnung der geschlossenen Unterbringung dar (Art. 15 Abs. 2 Bst. b JStG). Das Ziel der geschlossenen Unterbringung ist jedoch die Erziehung und Behandlung des Jugendlichen.

Nach Artikel 19 Absatz 1 Satz 2 JStG hebt die Vollzugsbehörde eine Massnahme auf, wenn ihr Zweck erreicht ist oder feststeht, dass sie keine erzieherischen oder therapeutischen Wirkungen mehr entfaltet. Die geschlossene Unterbringung kann somit unabhängig von der Gefährdung Dritter aufgehoben werden, wenn sie keine erzieherische oder therapeutische Wirkung mehr entfaltet. Darunter fällt auch die Konstellation, in welcher die betroffene Person jegliche Kooperation verweigert, damit sie nach Verbüssen einer zumeist kurzen Reststrafe in die Freiheit entlassen wird.

¹⁷¹ HUG/SCHLÄFLI/VALÄR (Fn. 119), Art. 1 JStG N 11 ff.

Mit der neuen Bestimmung soll sichergestellt werden, dass die geschlossene Unterbringung nicht aufgehoben werden muss, bevor das Gericht über die von der Vollzugsbehörde beantragte, vorbehaltene Massnahme des StGB rechtskräftig entschieden hat.

Nach Artikel 32 Absatz 3 JStG entscheidet die *urteilende Behörde*, ob und wieweit der Freiheitsentzug noch zu vollziehen ist, wenn die Unterbringung aufgehoben wird, weil sie keine erzieherischen oder therapeutischen Wirkungen mehr entfaltet. Sie wird in ihrem Entscheid neu berücksichtigen müssen, dass eine Massnahme des StGB vorbehalten wurde und abwägen, inwieweit unter diesen Voraussetzungen der Vollzug der Reststrafe sinnvoll ist. Die Vollzugsbehörde wird bei einer bestehenden Reststrafe zuerst den Entscheid der urteilenden Behörde abwarten müssen, bevor sie gestützt auf Artikel 19c VE-JStG beim Gericht die Anordnung einer Massnahme des StGB beantragt.

Es gilt weiterhin Artikel 19 Absatz 2 JStG, wonach alle Massnahmen mit Vollen- dung des 25. Altersjahres enden. Hat das Gericht in diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig über die von der Vollzugsbehörde beantragte Massnahme des StGB entschieden, so kann aufgrund eines Entscheids des EGMR nicht in analoger An- wendung im Nachverfahren Sicherheitshaft nach den Artikeln 220 ff. StPO ange- ordnet werden.¹⁷² Die gesetzliche Grundlage, um in solchen Situationen Sicher- heitshaft anordnen zu können, soll mit der zurzeit im Parlament hängigen Revision der StPO geschaffen werden.¹⁷³

Artikel 19a

Im neuen Artikel 19a VE-JStG sollen die Voraussetzungen festgehalten werden, unter denen für die Zeit nach Beendigung einer Schutzmassnahme eine zivil- oder strafrechtliche Anschlussmassnahme beantragt werden kann. Es soll folgendes Kaskadenprinzip gelten: Die Beantragung von Kindes- und Erwachsenenschutz- massnahmen kommt erst zum Zug, wenn den mit dem Wegfall der Schutzmassnah- me verbundenen Nachteilen nicht auf andere Weise begegnet werden kann; straf- rechtlichen Massnahmen kommen erst zum Zug, wenn die zivilrechtlichen Massnahmen nicht ausreichen.

Absatz 1

Diese Regelung entspricht dem geltenden Artikel 19 Absatz 3 JStG. Sie wird redak- tionell an die Terminologie des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2008 (Erwach- senenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)¹⁷⁴ angepasst

Absatz 2

Strafrechtliche Anschlussmassnahmen sollen erst angeordnet werden können, wenn keine geeigneten Erwachsenenschutzmassnahmen zur Verfügung stehen (vgl. auch Art. 27a Abs. 1 Bst. c VE-JStG). Das kann bedeuten, dass entweder die Vorausset-

¹⁷² EGMR, IL./Schweiz, Urteil vom 3. Dezember 2019, Nr. °72939/16 (§ 52 ff).

¹⁷³ Vgl. Art. 364a Entwurf zur Änderung der StPO, BB1 2019 6789 und Botschaft vom 28. August 2019 zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung), BB1 2019 6697

¹⁷⁴ AS 2011 725

zungen für solche zivilrechtlichen Massnahmen nicht gegeben sind oder dass zwar bestimmte zivilrechtliche Massnahmen ergriffen werden können, diese aber für sich allein nicht genügen, um den Nachteilen für die Sicherheit Dritter zu begegnen.

Während die Massnahmen nach Absatz 1 sowohl den Schutz des Betroffenen selber als auch den Schutz Dritter zum Ziel haben können, dienen die strafrechtlichen Anschlussmassnahmen ausschliesslich dem Schutz Dritter (vgl. Art. 19b Abs. 1 und 19c Abs. 1 Bst. b VE-JStG).

Artikel 19b

Der neue Artikel 19b VE-JStG basiert auf der Regelung des geltenden Artikel 19 Absatz 4 JStG, wobei verschiedene Unklarheiten des geltenden Rechts beseitigt werden sollen.

Absatz 1

Ein Tätigkeitsverbot oder ein Kontakt- und Rayonverbot nach Artikel 16a JStG kann heute nur aufgrund einer Sexualstraftat an Minderjährigen oder anderen besonders schutzbedürftigen Person angeordnet werden (Art. 16a JStG). Gestützt auf Artikel 19 Absatz 4 JStG kann im Anschluss an das jugendstrafrechtliche Verbot ein Tätigkeitsverbot nach Artikel 67 Absatz 2, 3 oder 4 StGB angeordnet werden. Zudem soll das Gericht in diesen Fällen ein Verbot von einem bis zu zehn Jahren anordnen, d.h. ein lebenslängliches Verbot – wie es in Artikel 67 Absätze 2^{bis}, 3 und 4 StGB vorgesehen ist – wird ausgeschlossen.

Es ist nicht klar, inwieweit eine nach JStG verurteilte Person die Voraussetzungen eines Tätigkeitsverbots nach Artikel 67 Absatz 3 oder 4 StGB erfüllen kann, weil die im StGB für das Tätigkeitsverbot vorausgesetzten Sanktionen nicht alle mit den Sanktionen des JStG vergleichbar sind. Da in Artikel 19 Absatz 4 JStG zudem ein lebenslanges Verbot, wie es in Artikel 67 Absätze 3 und 4 StGB vorgesehen ist, ausgeschlossen wird, bleibt im Ergebnis die Anordnung eines Tätigkeitsverbots nach Artikel 67 Absatz 2 StGB übrig. Dieses Verbot genügt, um das Tätigkeitsverbot, das gestützt auf das JStG angeordnet wurde, weiterzuführen. Die Regelung des geltenden Artikel 19 Absatz 4 JStG wird daher in Artikel 19b Absatz 1 VE-JStG entsprechend neu formuliert.

Absatz 2

Das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot werden vom Gericht nach den Bestimmungen des StGB angeordnet. Das heisst, es berücksichtigt nicht nur die Voraussetzungen nach den Artikeln 67 Absatz 2 resp. 67b Absatz 1 StGB, sondern auch die Vorgaben in den Artikeln 67a und 67b Absatz 2 StGB. In Absatz 2 wird zudem klargestellt, dass kein lebenslängliches Tätigkeitsverbot verhängt werden darf, was gestützt auf Artikel 67 Absatz 2^{bis} StGB für Verbote nach Artikel 67 Absatz 2 StGB möglich wäre.

Neu wird präzisiert, dass für die Anordnung des Verbots ein «Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts» (Art. 363 ff. StPO) durchgeführt wird. Die zuständige Behörde nach Artikel 363 StPO wird in Absatz 1 bestimmt; es ist das Gericht am Wohnort der betroffenen Person. Für das Verfahren und den Entscheid gelten die Artikel 364 und 365 StPO.

Absatz 3

Der Vollzug der Verbote soll sich nach den Bestimmungen des Erwachsenenstrafrechts richten, das heisst insbesondere nach Artikel 67c StGB. Um bestehende Unklarheiten zu beseitigen wird ausdrücklich festgehalten, dass die Verbote gestützt auf die entsprechenden Bestimmungen des StGB auch verlängert und erweitert werden dürfen und dass ein zusätzliches Verbot angeordnet werden kann.

Artikel 19c

Absatz 1

Absatz 1 legt fest, unter welchen Voraussetzungen die Vollzugsbehörde eine vorbehaltene Massnahme des StGB beim Gericht beantragen kann.

Der Vorentwurf sieht zwar keine Pflicht der Vollzugsbehörden vor, in jedem Fall vor dem Ende der jugendstrafrechtlichen Sanktion die Notwendigkeit einer vorbehaltenen Massnahme zu prüfen und einen formellen Entscheid zu fällen. Sie wird jedoch nicht umhinkommen, die Gefährlichkeit der betroffenen Person abzuklären, um über das weitere Vorgehen zu entscheiden.

Kommt die Vollzugsbehörde zum Schluss, vom Täter gehe keine Gefahr mehr aus oder es sei eine zivilrechtliche Massnahme angezeigt, so kann sie die entsprechenden Schritte einleiten (nach Anhörung der Fachkommission). Andernfalls beantragt sie dem Gericht eine geeignete Massnahme des StGB.

Das Gericht entscheidet somit nur in den Fällen, in denen die Vollzugsbehörde eine Massnahme des StGB als notwendig erachtet und beantragt.

In Absatz 1 Buchstabe b umfasst der Ausdruck «Wegfall» sowohl das Ende der Massnahme mit Vollendung des 25. Altersjahres als auch die Aufhebung der Massnahme vor diesem Zeitpunkt. Die im Anschluss an die Unterbringung vollzogene Reststrafe (Freiheitsentzug nach JStG oder Freiheitsstrafe nach StGB) ist zu Ende, wenn der Freiheitsentzug (oder in besonderen Fällen nach Artikel 3 Absatz 2 JStG eine Freiheitsstrafe) vollständig vollzogen worden ist.

Der Vorbehalt dauert gemäss Artikel 15a Absatz 2 Buchstabe b VE-JStG zwar auch während einer im Anschluss an die geschlossene Unterbringung gestützt auf Artikel 18 JStG angeordneten Schutzmassnahme. Eine vorbehaltene Massnahme soll jedoch nur beantragt werden können, wenn sich die betroffene Person in einer geschlossenen Unterbringung (oder in einem im Anschluss daran vollzogenen Freiheitsentzug oder einer Freiheitsstrafe) befindet (Einleitungssatz von Abs. 1).

Eine bedingte Entlassung aus dem an die Unterbringung anschliessenden Freiheitsentzug ist zwar nach Artikel 28 JStG – sofern keine schlechte Prognose vorliegt – auch dann möglich, wenn im Grundurteil eine Massnahme des StGB vorbehalten wurde. Die Voraussetzungen nach Absatz 1 sind auf die Fälle ausgerichtet, in denen eine schlechte Prognose besteht und daher eine Massnahme des StGB beantragt wird. In diesen Fällen kommt keine bedingte Entlassung in Frage.

Absatz 2

Absatz 2 legt fest, welche Informationen die Vollzugsbehörde einholen muss, um ihren Antrag für die Anordnung einer vorbehaltenen Massnahme des StGB zu begründen.

Grundlage bildet der Bericht der Vollzugseinrichtung. Um zu beurteilen, ob eine therapeutische Massnahme nach den Artikeln 59-61 StGB oder eine Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1 StGB beantragt werden soll, erscheint das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen erforderlich. Da die Gefährlichkeit der betroffenen Person eine zentrale Rolle spielt, soll auch die Fachkommission nach Artikel 62d Absatz 2 StGB angehört werden. Schliesslich ist vorgesehen, dass auch der Eingewiesene anzuhören ist.

Absatz 3

Das Gericht entscheidet über die Anordnung einer Massnahme des StGB gestützt auf die Artikel 56 ff. StGB. Das heisst, es stützt sich auf das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen nach Artikel 56 Absätze 3 und 4 StGB und entscheidet nach Massgabe der Voraussetzungen, die in den Artikeln 59-61 oder 64 Absatz 1 StGB festgelegt sind. Soweit das Gutachten des unabhängigen Sachverständigen, das für den Antrag der Vollzugsbehörde eingeholt wurde, noch aktuell ist, muss das Gericht kein zusätzliches Gutachten einholen.

Analog zu Artikel 19b Absatz 2 VE-JStG wird festgehalten, dass für das Verfahren und den Entscheid die Artikel 364 und 365 StPO gelten.

Das Gericht soll bei Anordnung einer Massnahme des StGB im selben Verfahren auch eine noch bestehende geschlossene Unterbringung aufheben. Damit wird vermieden, dass zwei Massnahmen gleichzeitig bestehen oder dass eine Sicherheitslücke entsteht, weil die Unterbringung zuerst durch die Vollzugsbehörde rechtskräftig aufgehoben werden muss, bevor die Massnahme des StGB vom Gericht angeordnet werden kann.¹⁷⁵

Der Vollzug der Massnahmen richtet sich nach den Bestimmungen des StGB, das heisst namentlich nach den Artikeln 62–62d, 64–64b, 74 und 90–96 StGB.

Artikel 25a

Absatz 1

Bei einer Person, die nur zu einem Freiheitsentzug verurteilt wurde, kommt zwar in der Regel im Anschluss an diese Strafe nur eine Verwahrung in Frage. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sich erst während des Vollzugs des Freiheitsentzugs herausstellt, dass jemand therapiebedürftig ist. In diesen Fällen sieht das JStG keine nachträgliche Anordnung einer Schutzmassnahme vor, wie das im Erwachsenenstrafrecht möglich ist (vgl. Art. 65 Abs. 1 StGB). Es wird daher vorgeschlagen, dass nicht nur die Verwahrung, sondern auch eine stationäre therapeutische Massnahme nach den Artikeln 59–61 StGB vorbehalten und am Ende eines Freiheitsentzugs angeordnet werden kann.

Der Vorbehalt einer Massnahme des StGB soll aufgrund derselben Taten möglich sein, die für den Vorbehalt in Verbindung mit einer geschlossenen Unterbringung massgebend sind (Bst. a.). Obwohl es sich dabei aufgrund des Tatbestands und der Strafdrohung um sehr schwere Taten handelt, soll auch die im konkreten Einzelfall verhängte Strafe berücksichtigt werden. Weil gemäss den Grundzügen der Vorla-

¹⁷⁵ BGE 134 IV 246 E. 3.4; 141 IV 49 E. 2.4 f.

ge¹⁷⁶ nur die sehr schweren Fälle erfasst werden sollen, soll ein Freiheitsentzug von mindestens 3 Jahren vorausgesetzt werden (Bst. b.).

Wird ein Freiheitsentzug in Verbindung mit einer geschlossenen Unterbringung angeordnet, so soll eine Massnahme des StGB gestützt auf Artikel 15a VE-JStG vorbehalten werden (Bst. c.).

Zur Prognose (Bst. d) siehe bereits oben zu Artikel 15a Absatz1 VE-JStG.

Absatz 2

Diese Bestimmung entspricht im Kern der Regelung, wie sie für die Anordnung eines Tätigkeitsverbots vorgesehen ist (vgl. Art. 67 Abs. 5 StGB).

Absatz 3

Der Vorbehalt einer Massnahme nach StGB soll auch während der Probezeit nach einer bedingten Entlassung aus dem Freiheitsentzug und während einer allfälligen Rückversetzung gelten.

Zudem soll der Vorbehalt im Grundurteil nicht durch ein neues Urteil beseitigt werden können (vgl. oben zu Art. 15a Abs. 3 VE-JStG).

Artikel 27a

Absatz 1

Die Voraussetzungen für den Antrag der Vollzugsbehörde entsprechen denjenigen von Artikel 19c Absatz 1 VE-JStG.¹⁷⁷ Da ein Freiheitsentzug von 3 Jahren nur bei Jugendlichen möglich ist, die das 16. Altersjahr vollendet haben, werden sie zwar am Ende der vollständig vollzogenen Strafe volljährig sein. Diese Voraussetzung für die Anordnung einer Massnahme des StGB wird der Klarheit halber trotzdem ausdrücklich aufgeführt.

Analog zum Grundsatz nach Artikel 19a Absatz 2 VE-JStG¹⁷⁸ soll eine Massnahme des StGB nur angeordnet werden, wenn keine geeignete Erwachsenenschutzmassnahme des Zivilrechts zur Verfügung steht.

Erfüllt die betroffene Person die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung nach Artikel 28 Absatz 1 JStG, so soll diese gewährt werden können (in Analogie zu Art. 64 Abs. 3 StGB). Allerdings wird der Vorbehalt einer Massnahme des StGB auch während der Probezeit gelten.

Absatz 2

Die Grundlagen für den Antrag der Vollzugsbehörde entsprechen der Regelung nach Artikel 19c Absatz 2 VE-JStG.¹⁷⁹

Absatz 3

Die Bestimmung über das vom Gericht anzuwendende Recht, das Verfahren und den Vollzug entspricht der Regelung nach Artikel 19c Absatz 3 VE-JStG.¹⁸⁰ Eine

¹⁷⁶ Vgl. oben, Ziff. 3.1.3.

¹⁷⁷ Vgl. oben zu Art. 19c Abs. 1 VE-JStG.

¹⁷⁸ Vgl. oben zu Art. 19a Abs. 2 VE-JStG.

¹⁷⁹ Vgl. oben zu Art. 19c Abs. 2 VE-JStG.

¹⁸⁰ Vgl. oben zu Art. 19c Abs. 3 VE-JStG.

geschlossene Unterbringung wurde in dieser Konstellation nicht angeordnet und muss daher von Gericht nicht aufgehoben werden.

5 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist in der Botschaft vom 29. Januar 2020 zur Legislaturplanung 2021 – 2023 angekündigt. In den Jahreszielen des Bundesrates 2019 ist für das Massnahmenpaket (Vorlagen 1 und 2) folgendes vorgesehen: «Der Bundesrat hat die Vernehmlassung zu einer Änderung des Strafgesetzbuches für mehr Sicherheit bei gefährlichen Tätern (in Erfüllung der Mo. Rickli 11.3767, RK-N 16.3002, Caroni 16.3142, Guhl 17.3572) eröffnet.»¹⁸¹

6 Personelle und finanzielle Auswirkungen

6.1 Auswirkungen für den Bund

6.1.1 Vorlage 1 (StGB)

Der Strafvollzug betrifft primär die Kantone, weshalb keine direkten finanziellen und personellen Auswirkungen auf den Bund zu erwarten sind.

Mit dem Ausbau der Bewährungshilfe und der Weisungen gemäss dem Vorschlag des Bundesrates ist eine eher kleine technische Anpassung des Strafregisters (VOSTRA) verbunden. Es ist mit einmaligen Kosten von maximal 150 000 Franken zu rechnen, deren Finanzierung mit den bestehenden Mitteln im BJ sichergestellt werden kann.

6.1.2 Vorlage 2 (JStG)

Die in der Vorlage 2 vorgeschlagenen Neurungen werden keine personellen Auswirkungen auf den Bund haben.

Im Strafregisterinformatiksystem werden je nach Detailregelung des Vorbehalts Anpassungen notwendig sein. Der vorgeschlagene Vorbehalt im Grundurteil sollte keinen Informatikaufwand nach sich ziehen. Die Regelung, wonach der Vorbehalt in ein neues Urteil aufzunehmen ist (Art. 15a Abs. 3 und 25a Abs. 3 VE-JStG), hat indessen zur Folge, dass neu auch Jugendurteile in das Strafregister aufzunehmen sind, die bisher nicht aufgenommen wurden. Es muss daher auch definiert werden, welche Behörden während welcher Zeit diese Informationen einsehen dürfen. Damit verbunden sind neue Fristberechnungen im Strafregister und die Anpassung von Schnittstellen zu anderen Datenbanken. Die im VE-JStG vorgeschlagene Regelung würde einen Informatikaufwand des ISC-EJPD von rund 160 000 Franken nach sich ziehen, der mit den bestehenden Mitteln finanziert werden kann.

6.2 Auswirkungen für die Kantone

6.2.1 Vorlage 1 (StGB)

Durch die Umsetzung der Motion 17.3572 Guhl (Längeres Prüfungsintervall nach drei negativen Prüfungen der Verwahrung) sollte sich der administrative Aufwand für die Überprüfung der Verwahrung verringern.

Die Bündelung der Zuständigkeiten bei Aufhebung, Änderung und Verlängerung einer Massnahme bei einem Gericht dürfte finanzielle und personelle Mehraufwände zur Folge haben. In Kantonen, die bereits ein Strafvollzugsgericht eingeführt ha-

¹⁸¹ www.bk.admin.ch > Dokumentation > Führungsunterstützung > Jahresziele > Ziele des Bundesrates 2019 Band II, S. 13.

ben,¹⁸² sollte die vorgeschlagene Änderung freilich ohne Auswirkungen auf die Ressourcen bleiben.

Die vorgeschlagene Regelung zum Beizug und zur Zusammensetzung der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit dürfte je nach Kanton unterschiedliche Kosten zur Folge haben. Kostenfaktoren sind insbesondere die Zahl der Fälle, die der Kommission unterbreitet werden und die Anstellung zusätzlicher Fachpersonen, um der erweiterten Ausstandspflicht Rechnung tragen zu können. Die finanziellen Auswirkungen hängen jedenfalls davon ab, wie in den Kantonen der Beizug der Fachkommissionen gehandhabt wird und wie die Kommission organisiert wird.

Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Bewährungshilfe und Weisungen dürfte sich ebenfalls auf die Kantone auswirken. Die Kantone werden wohl zusätzliche Ressourcen bereitstellen müssen, um diese Fälle behandeln zu können. Begleitmassnahmen nach dem Vollzug dürften insbesondere bei Tätern angeordnet werden, bei denen eine langjährige stationäre therapeutische Massnahme erfolglos geblieben ist, und die nicht verwahrt, aber auch nicht mit einer günstigen Prognose entlassen werden können. Solche Täter dürften diese Begleitmassnahmen über eine lange Zeit benötigen. In diesem Rahmen wird die Person überwacht und begleitet. Das trägt zu ihrer Wiedereingliederung und zur Rückfallprävention bei und hilft somit auch, Kosten zu vermeiden, die mit neuen Verurteilungen oder der weiteren Unterbringung in einem geschlossenen Setting verbunden wären.

Weil der Bund die personellen und finanziellen Auswirkungen der Vorlage 1 für die Kantone nicht abschliessend einschätzen kann, sind die Kantone eingeladen, in der Vernehmlassung eine eigene Einschätzung abgeben.

6.2.2 Vorlage 2 (JStG)

Die vorgeschlagenen Neuerungen sollten nur ganz wenige Personen betreffen. Diese befinden sich heute z.T. in der fürsorgerischen Unterbringung nach Artikel 426 ZGB, die z.T. in einer Strafanstalt vollzogen wird und die entsprechenden Kosten verursacht.

Die Kosten einer fürsorgerischen Unterbringung werden in der Deutschschweiz in der Regel von den Gemeinden getragen. Allerdings gibt es auch Spezialregelungen, wonach einen Teil der Kosten die Invalidenversicherung, einen Teil die Wohnsitzgemeinde sowie einen Teil der Kanton übernommen hat.¹⁸³ In der Romandie übernimmt der Kanton die Kosten der fürsorgerischen Unterbringung.

Die Kosten für die hier vorgeschlagene vorbehaltene Massnahme nach StGB werden durch die Kantone zu tragen sein; der Verurteilte wird in angemessener Weise an den Kosten des Vollzugs beteiligt (Art. 380 StGB).

¹⁸² Kantone Genf, Tessin, Waadt und Wallis.

¹⁸³ Vgl. *Zentralplus* vom 23. September 2013, «Weggesperrt», abrufbar unter www.zentralplus.ch/de/news/gesellschaft/27745/Weggesperrt.htm (Stand:18.7.2019).

7 Rechtliche Aspekte

7.1 Verfassungsmässigkeit

7.1.1 Gesetzgebungskompetenz

Nach Artikel 123 BV ist der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts und Strafprozessrechts befugt.

Er kann Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen (Art. 123 Abs. 3 BV), übt sich aber in Zurückhaltung in diesem Gebiet. Die Kantone sind für den Straf- und Massnahmenvollzug zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 123 Abs. 2 BV).

7.1.2 Grundrechtskonformität

7.1.2.1 Neuerungen der Vorlage 1 (Änderung des StGB)

Mit Blick auf die Grundrechtskonformität und die Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen¹⁸⁴ scheint in Vorlage 1 vor allem der Vorbehalt von Bewährungshilfe und Weisungen (Art. 41a VE-StGB) relevant.

Die damit vorbehaltene Massnahme ist jedoch nicht wie die vorbehaltene Massnahme in Vorlage 2 (Änderung des JStG) freiheitsentziehend, sondern lediglich freiheitsbeschränkend.

Der Mechanismus des Vorbehalts ist in beiden Vorlagen analog ausgestaltet: Der Vorbehalt muss von einem Gericht ausgesprochen und die vorbehaltene Massnahme gegebenenfalls auch von einem Gericht angeordnet werden.

Für den Vorbehalt von Bewährungshilfe und Weisungen und deren Anordnung nach vollständiger Verbüsung einer Freiheitsstrafe gelten deshalb die nachfolgenden Ausführungen zur vorbehaltenen freiheitsentziehenden Massnahme gemäss Vorlage 2 (Ziff. 7.1.2.2 und Ziff. 7.2) analog.

7.1.2.2 Neuerungen der Vorlage 2 (Änderung des JStG)

Die zentrale Neuerung der Vorlage 2 liegt darin, dass im jugendstrafrechtlichen Grundurteil eine Massnahme des StGB vorbehalten werden kann, wenn eine minderjährige Person eine sehr schwere Straftat begangen hat.¹⁸⁵

Es wird vorgeschlagen, dass am Ende eines jugendstrafrechtlichen Freiheitsentzugs (geschlossene Unterbringung oder Freiheitsstrafe) nicht nur die Verwahrung gemäss Artikel 64 Absatz 1 StGB, sondern auch eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss den Artikeln 59-61 StGB angeordnet werden kann (Art. 15a Abs. 1 und Art. 25a Abs. 1 VE-JStG).

In diesem Zusammenhang stellen sich nicht nur Fragen der Grund- und Völkerrechtskonformität. Das StGB selber enthält auch Grundsätze, insbesondere zur Verhältnismässigkeit von Massnahmen. Darum sind in diesem Zusammenhang auch die Artikel 56, 56a, 74,¹⁸⁶ 90, 91 und 92 StGB von Interesse. Diese Bestimmungen kommen für die minderjährigen Straftäter gemäss Vorlage 2 auch zur Anwendung.

¹⁸⁴ Dazu unten Ziff. 7.2.

¹⁸⁵ Vgl. Ziff. 3.2.2.

¹⁸⁶ Vgl. nachfolgend Ziff. 7.1.2.2.1.

Die Artikel 90-92 StGB regeln den Vollzug der Massnahmen bzw. enthalten gemeinsame Bestimmungen für Gefangene und Eingewiesene zum Disziplinarrecht und zur Unterbrechung des Vollzugs.

7.1.2.2.1 Grundrechte

Massnahmen nach den Artikeln 59-61 und 64 StGB tangieren verschiedene verfassungsmässige und menschenrechtliche Garantien wie das Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 31 und 10 Abs. 2 BV, Art. 5 EMRK, Art. 9 Uno-Pakt II¹⁸⁷) sowie menschenwürdige Haftbedingungen, Verbot von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung und das Folterverbot (Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK, Art. 1 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe¹⁸⁸, Art. 7 Uno-Pakt II).

Grundsätzlich sind Grundrechtseinschränkungen mit der Verfassung vereinbar, wenn sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen, einem überwiegenden öffentlichen Interesse dienen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts wahren (Art. 36 BV). Insbesondere den Verhältnismässigkeitsgrundsatz gilt es zu beachten, wonach ein im öffentlichen Interesse liegender Eingriff in die Grundrechte geeignet, erforderlich und zumutbar sein muss.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip von Artikel 36 BV wird in Artikel 56 Absatz 2 StGB für Massnahmen konkretisiert,¹⁸⁹ indem bestimmt wird, dass der mit einer Massnahme verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig sein darf.¹⁹⁰ Artikel 56a Absatz 1 StGB statuiert den Grundsatz der Subsidiarität im Massnahmenrecht des StGB.¹⁹¹ Er sieht vor, dass von mehreren geeigneten Massnahmen die weniger eingreifende vorzuziehen ist. Das öffentliche Interesse liegt bei einer Verwahrung in der Sicherung der Öffentlichkeit vor weiteren Delikten der betroffenen Person und bemisst sich nach der Wahrscheinlichkeit und der Schwere zukünftiger Straftaten. Es muss eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an Sicherheit und der Schwere des Eingriffs in die Freiheitsrechte des Betroffenen vorgenommen werden.¹⁹²

Darüber hinaus darf der Massnahmenvollzug in keinem Fall gegen das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Bestrafung verstossen; die Menschenwürde ist zu achten (Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II,).

Das StGB greift diese Verfassungsgrundsätze in Artikel 74 StGB explizit auf. Die Menschenwürde des Gefangenen oder Eingewiesenen ist zu achten und seine Rechte

¹⁸⁷ SR **0.103.2**

¹⁸⁸ SR **0.105**

¹⁸⁹ BGE **142** IV 105 E. 5.4

¹⁹⁰ Es war das ausdrückliche Anliegen des Gesetzgebers, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz als Voraussetzung der äusserst einschneidenden strafrechtlichen Massnahme explizit zu nennen und zu konkretisieren; siehe dazu Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl **1999** 1979, hier 2070.

¹⁹¹ BBl **1999** 1979 (Fn. 190), hier 2071.

¹⁹² Urteil des Bundesgerichts 6B_63/2013 vom 4. März 2013 E. 3.2.1.

dürfen nur so weit eingeschränkt werden, als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung erfordern. Dieser allgemeine Verfahrensgrundsatz gilt sowohl für den Straf- als auch für den Massnahmenvollzug.

7.1.2.2.2 Fazit

Grundrechtseinschränkungen, die mit der Anwendung der Artikel 59-61 und 64 StGB einhergehen, werden – wenn es um Erwachsene geht – als mit den Grundrechten vereinbar angesehen. Da die Straftäter gemäss Vorlage 2 immer Erwachsene sind, wenn die vorbehaltene Massnahme des StGB definitiv angeordnet wird, ergeben sich keine Unterschiede in der Einschätzung, auch wenn es sich um ursprünglich jugendliche Straftäter handelt. Der Vorbehalt einer Massnahme nach Erwachsenenstrafrecht wird durch ein Gericht in einem ordentlichen Strafverfahren gemäss der JStPO verhängt.¹⁹³

7.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

7.2.1 EMRK und KRK

Die EMRK ist gleichermaßen auf Kinder wie auf Erwachsene anwendbar.

Ein anderer im vorliegenden Zusammenhang wichtiger Vertrag ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK).¹⁹⁴

Bei der Prüfung, ob die vorgeschlagenen Neuerungen mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar sind, werden insbesondere die Verwahrung oder therapeutische Massnahme als freiheitsentziehende Massnahmen, der Vorbehalt eine solcher Massnahmen im jugendstrafrechtlichen Grundurteil sowie der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht und ein faires Verfahren analysiert.

7.2.2 Artikel 5 EMRK: Recht auf Freiheit und Sicherheit

Ein mit Artikel 5 EMRK zu vereinbarenden Freiheitsentzug muss gesetzlich vorgesehen sein und die Voraussetzungen einer der in Ziffer 1 Buchstaben a bis f dieses Artikels abschliessend aufgezählten Haftgründe erfüllen.

Basierend auf Artikel 5 Ziffer 4 EMRK muss zudem eine periodische Überprüfung bei freiheitsentziehenden Strafen oder Massnahmen vorgesehen werden. Bei dieser Überprüfung ist gegebenenfalls zu untersuchen, ob sich die persönlichen Eigenschaften (z.B. eine psychische Krankheit) oder die Gefährlichkeit der inhaftierten Person zwischenzeitlich derart geändert haben, dass ein solcher Eingriff mit dem Schutz der Gesellschaft nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

Mit den vorgeschlagenen Änderungen in Vorlage 2 ist eine formell-gesetzliche Grundlage vorhanden, die das Anbringen eines Vorbehalts im jugendstrafrechtlichen Grundurteil zur späteren Anordnung einer Massnahme nach dem StGB ermöglicht.

Im jugendstrafrechtlichen Gerichtsverfahren über die Anlasstat wird die Gefährlichkeit des Jugendlichen geprüft. Der Vorbehalt wird gegebenenfalls im Grundurteil gemäss JStG ausgesprochen. Wenn die Gefährlichkeit nach dem Vollzug der jugendstrafrechtlichen Sanktion im nachträglichen Verfahren nach den einschlägigen

¹⁹³ Vgl. Ziff. 3.2.11.

¹⁹⁴ SR 0.107

Voraussetzungen des StGB und den Regeln der StPO bestätigt wird, führt der Vorbehalt zur endgültigen Anordnung der Massnahme. Da das Grundurteil die Grundlage der definitiven Anordnung einer vorbehaltenen Massnahme bildet, «aktualisiert» die spätere Entscheidung den Vorbehalt. Damit wird auch das ne bis in idem Prinzip berücksichtigt (Art. 9 BV, Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK und Art. 14 Ziff. 7 UNO-Pakt II¹⁹⁵). Das im nachträglichen Verfahren entscheidende Gericht ist an die tatsächliche und rechtliche Beurteilung der Anlasstat durch die urteilende jugendstrafrechtliche Behörde gebunden.

Demnach kann in Bezug auf die vorbehaltene therapeutische Massnahme bzw. Verwahrung gemäss VE-JStG von einem ausreichenden Kausalzusammenhang zwischen der Verurteilung aufgrund einer Anlasstat und dem Freiheitsentzug durch die Anordnung einer therapeutischen Massnahme bzw. Verwahrung ausgegangen werden. Schliesslich werden die Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts von Amtes wegen jährlich überprüft und die betroffene Person kann jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen (Art. 62d und 64b StGB).

Der VE-JStG sieht das Anbringen eines Vorbehaltes einer Massnahme im Grundurteil der minderjährigen Person, die eine schwere Katalogstraftat begangen hat, vor. Aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Persönlichkeitsentwicklung bei jugendlichen Straftätern,¹⁹⁶ wird die endgültige Beurteilung der Gefährlichkeitsprognose in ein zukünftiges Verfahren verlagert. Das Hinausschieben der endgültigen Bewertung der Gefährlichkeit dient der Qualität der zu treffenden Prognose.

Das jugendstrafrechtliche Grundurteil legt eine hinreichende Basis für die spätere Anordnung des Vollzugs, indem es über das Anbringen eines Vorbehalts das Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen für die Verwahrung bzw. therapeutische Massnahme feststellt. Der einzige Unterschied zur im nachträglichen Entscheid angeordneten Verwahrung bzw. therapeutischen Massnahme liegt darin, dass die Gefährlichkeit der betroffenen Person zwar im Moment der Entscheidung mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden kann, aber nicht für den Zeitraum nach dem Ende der zu vollziehenden jugendstrafrechtlichen Sanktion. Das Gericht, das später über die Anordnung definitiv zu entscheiden hat, ist an die Feststellungen und rechtliche Beurteilung der Tat durch das (jugendstrafrechtliche) Sachgericht gebunden. Es trifft lediglich hinsichtlich der Gefährlichkeit der betroffenen Person eigene, aktuelle Feststellungen.

Die spätere Anordnung einer Massnahme greift damit nicht zu Ungunsten der betroffenen Person in das frühere Urteil (Grundurteil) ein. Bei der vorbehaltenen Massnahme ist der erforderliche hinreichende kausale Zusammenhang zwischen Urteil und Freiheitsentzug somit gegeben. Der zeitlich später angeordnete Entscheid stellt kein neues Urteil dar, das den Kausalzusammenhang durchbricht, sondern ist ein Teil der gerichtlichen Entscheidung über die Rechtsfolgen einer Straftat. Der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug hält damit den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a EMRK stand, weil er nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht erfolgt.

¹⁹⁵ SR 0.101.07

¹⁹⁶ Dazu oben, Ziff. 3.2.3.

Eine vorbehaltene Massnahme ist für die betroffene Person weniger einschneidend als die im Urteil definitiv angeordnete therapeutische Massnahme bzw. Verwahrung. Sie erfolgt, um den Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen so klein wie möglich zu halten.

7.2.3 Art. 6 EMRK: Anspruch auf ein unabhängiges Gericht

Die Frage der Vereinbarkeit der JStPO mit dem Anspruch auf einen unabhängigen Richter im Sinne von Art. 6 Ziffer 1 EMRK stellte sich bereits bei der Vereinheitlichung der Jugendstrafprozessordnung.

Die JStPO stellt es den Kantonen frei, den Jugendstrafprozess nach Jugendrichter- oder Jugendanwaltsmodell zu organisieren (Art. 8 Abs. 1 JStPO). Das führt dazu, dass in Kantonen, die dem Jugendrichtermodell folgen, ein und dieselbe Person für die Untersuchung sowie für die richterliche Beurteilung des Kindes oder Jugendlichen zuständig ist (Art. 6 Abs. 1 und 2 JStPO). Wobei das Gesetz hier eine Einschränkung vorsieht. Gemäss Artikel 21 JStPO sind diejenigen Kantone, die dem Jugendrichtermodell folgen, verpflichtet, eine Jugendstaatsanwaltschaft vorzusehen. Diese hat die Aufgabe, Anklage vor dem Jugendgericht zu erheben, nachdem die Untersuchung durch einen Jugendrichter geführt worden ist (Art. 33 Abs. 2 Bst. a JStPO). Im Jugendanwaltsmodell hingegen wird die Anklage vor dem Jugendgericht durch dieselbe Behörde vertreten, die auch die Untersuchung geführt hat (Art. 6 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2 Bst. b JStPO).

Steht ein Freiheitsentzug von mehr als drei Monaten oder eine stationäre Schutzmassnahme im Raum, ist es sachgerecht, dass die Anklage vor dem Jugendgericht vom Jugendanwalt bzw. Jugendstaatsanwalt persönlich vertreten wird. Dies wird in Fällen einer vorbehaltenen Massnahme gemäss Erwachsenenstrafrecht regelmässig der Fall sein, muss diesen doch ein schwerwiegendes Delikt als Anlass tat vorangegangen sein.¹⁹⁷ Ausserdem kann der urteilsfähige beschuldigte Jugendliche oder sein gesetzlicher Vertreter gemäss Artikel 9 JStPO innert zehn Tagen seit Eröffnung des Strafbefehls bzw. der Zustellung der Anklageschrift verlangen, dass der Jugendrichter, der bereits die Untersuchung geführt hat, im Hauptverfahren nicht mitwirkt. Diese Bestimmung zielt ausschliesslich auf das Jugendrichtermodell ab. Sie bezweckt, das Recht auf einen unbefangenen und unabhängigen Richter umzusetzen (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziffer 1 EMRK). Dennoch besteht der Vorbehalt der Schweiz zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes weiterhin, wonach das Jugendstrafverfahren keine organisatorische und personelle Trennung zwischen untersuchenden und urteilenden Behörden sicherstellen muss (Art. 40 Vorbehalt).

7.2.4 Artikel 37 KRK

Als Kinder werden Menschen unter 18 Jahren definiert (Art. 1 KRK). Das Jugendstrafrecht kommt gegenüber Personen, die vor der Vollendung des 18. Altersjahres eine Straftat begangen haben, zur Anwendung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a JStG). Das Jugendstrafrecht kennt als Höchststrafe für über 16jährige Täter einen Freiheitsentzug bis zu 4 Jahren (Art. 25 Abs. 2 JStG). Das Jugendstrafrecht erstreckt sich in Bezug auf den Vollzug einer jugendstrafrechtlichen Sanktion über das 18. Altersjahr der betroffenen Person hinaus.

¹⁹⁷ Vgl. Ziff. 3.2.2.

Gemäss Artikel 37 Buchstabe a und b KRK sollen die Vertragsstaaten sicherstellen, dass kein Kind der Folter oder einer anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe unterworfen wird sowie, dass keinem Kind die Freiheit rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird. Für Straftaten, die von Personen vor Vollendung des achtzehnten Lebensjahrs begangen worden sind, darf weder die Todesstrafe noch lebenslange Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit vorzeitiger Entlassung verhängt werden. Festnahme, Freiheitsentziehung oder Freiheitsstrafe darf bei einem Kind im Einklang mit dem Gesetz nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden.

Mit der Einführung der Möglichkeit einer vorbehaltenen Massnahme für jugendliche Straftäter handelt es sich nicht um eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung. Es stellt sich die Frage, ob die Kinderrechtskonvention in diesem Fall überhaupt zur Anwendung kommt, weil die jugendlichen Täter im Falle einer Anordnung einer vorbehaltenen therapeutischen Massnahme oder Verwahrung immer bereits im Erwachsenenalter sind. Die Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts werden von Amtes wegen jährlich überprüft und die betroffene Person kann jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen (Art. 62*d* und 64*b* StGB).