

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



LA CONFÉRENCE DES PRÉSIDENTS
CH - 1000 Lausanne 14
Tél. +41 (0) 21 318 91 11
Courriel direktion@bger.ch
Dossier 003.1

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du Département fédéral de
justice et de police DFJP
3003 Berne

au préalable par courriel à :
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Lausanne, le 19 juin 2020/web

Procédure de consultation – Modification du code pénal et du droit pénal des mineurs (Train de mesures. Exécution des sanctions)

Madame la Consiellère fédérale,

Nous nous référons à votre courrier du 6 mars 2020 et vous remercions d'avoir bien voulu nous consulter dans le cadre de la procédure de consultation mentionnée en titre. Nous vous soumettons, par la présente, la prise de position du Tribunal fédéral :

Relativement à la modification de l'art. 81 LTF telle que prévue, il paraît opportun de reconnaître à l'autorité d'exécution cantonale la qualité pour recourir lorsqu'il s'agit de décisions portant sur l'exécution des peines et des mesures et sur la levée, la modification ou la prolongation de mesures.

Actuellement, selon la teneur de la LTF et la jurisprudence du Tribunal fédéral (notamment ATF 139 I 51 consid. 2.3), seul le ministère public a qualité pour recourir. Dans le domaine de l'exécution des mesures, cela est souvent source de difficultés dès lors que le ministère public n'est pas informé ni même ne participe aux procédures postérieures au jugement.

Il est donc souhaitable que le recours en matière pénale soit ouvert aux autorités d'exécution et en ce sens la modification doit être approuvée.

Pour ce qui concerne les modifications du Code pénal et du droit pénal des mineurs, le Tribunal fédéral n'a de prise de position spécifique à faire valoir.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'assurance de notre haute considération.

TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE

La Présidente de la Conférence des
Présidents



Christina Kiss

Le Secrétaire général



Paul Tschümperlin

Copie à (par courriel) :

– Tribunal pénal fédéral

Per E-Mail: annemarie.gasser@bj.admin.ch
Bundesamt für Justiz (BJ)
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Schweizerische Eidgenossenschaft
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 24. September 2020

**Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes
(Massnahmenpaket Sanktionenvollzug)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) nehmen innert Frist Stellung zu den Vorlagen Massnahmenpaket Sanktionenvollzug.

Es wird folgender Antrag gestellt: Das Bundesamt für Justiz sei zu beauftragen, einen komplett neuen Vorentwurf auszuarbeiten. Dieser Antrag wird in zwei Teilen begründet:

- Im ersten Teil erfolgt zunächst eine Auslegeordnung über die Malaise des Präventionsstrafrechts (I.), die sich im gesamte Massnahmenpaket manifestiert. Darauf aufbauend wird aufgezeigt, welcher legislatorische Handlungsbedarf eigentlich besteht (II.). Den Abschluss des ersten Teiles bilden konzeptionelle Vorschläge, welche die Missstände des Massnahmenrechtes abmildern können (III.).
- Im zweiten Teil wird kursorisch bereits Stellung genommen zu den einzelnen Bestimmungen des derzeitigen Massnahmenpakets. Diese Vorschläge können beim kommenden Vorentwurf eingearbeitet werden. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, dass die derzeitigen Revisionsvorschläge sowohl betreffend das Strafgesetzbuch (II.) als auch das Jugendstrafgesetz (III.) die aufgezeigte Malaise des Massnahmenrechtes noch zu zementieren drohen.

Erster Teil

I. Auslegeordnung

Das Massnahmenpaket Sanktionenvollzug reiht sich ein in eine bedenkliche Entwicklung der Strafgesetzgebung. Die Beseitigung von festgestellten konventionswidrigen Zuständen ist kein Thema. Und dies selbst im Wirkungsbereich des zentralen strafrechtlichen Prinzips der richterlichen Haftprüfung (*Habeas Corpus*). Stattdessen wird der strafrechtliche Diskurs zunehmend von der irreführenden Vorstellung geprägt, dass Taten bei gebührender Sorgfalt der Behörden sicher hätten verhindert werden können und hätten verhindert werden müssen. Insgesamt lässt sich eine Tendenz zur Überwachung und Verhinderung potenzieller Taten anstatt der Aufarbeitung vergangener Delinquenz feststellen. Strafrechtspolitik wird zur Überwachungspolitik. Die Angst vor künftig Möglichem ersetzt die Vergeltung für Vergangenes. Dabei ist in Fachkreisen unumstritten, dass der grösste Teil der mittels Massnahmen Weggesperrten in Freiheit nicht mehr rückfällig würde, also fälschlicherweise als gefährlich taxiert wird (sogenannte *false positives*). Seriöse Schätzungen gehen von 80 Prozent falsch Positiven aus, das entspricht in der Schweiz heute zirka 600–700 zu Unrecht weggeschlossenen Personen. Die Angst vor Rückfällen hat den Strafvollzug bei ihren Entscheidungen längst in Geiselhaft: Es dominiert eine Gefährlichkeitsvermutung gegenüber den einmal Verurteilten. Die zahlreichen *false positives* und die massive Verletzung von deren Grundrechten wird in Kauf genommen. Das technokratische Sachzwangdenken führt Regie.

Exemplarisch gewinnen stationäre psychiatrische Massnahmen nach Artikel 59 des Strafgesetzbuchs seit einem Jahrzehnt markant an Bedeutung. Solche Massnahme können gemäss der derzeitigen Rechtsprechung auf unbestimmte Zeit verlängert werden und dauern oft länger als die schuldangemessene Strafe. Die Massnahmen werden oft nicht in spezialisierten Therapiezentren, sondern in Hochsicherheitsgefängnissen vollzogen und stellen damit aus der Sicht der Betroffenen keinen Unterschied zu herkömmlichen Strafen dar. Über den Verbleib in Massnahmen entscheidet dabei nicht primär die Tat, sondern das Profil der betroffenen Person. Diese Massnahmen verdrängen klassische, zeitlich begrenzte Sanktionen und werden deshalb auch kleine Verwahrung genannt. Aber auch die Verwahrung nach Art. 64 StGB bleibt bedeutend, da das Massnahmenrecht insgesamt Hochkonjunktur hat. Derzeit befinden sich in der Schweiz rund 800 Menschen in freiheitsentziehenden Massnahmen. Tendenz nach wie vor steigend. Davon würden gemäss seriösen Schätzungen höchstens zirka 20 Prozent tatsächlich erneut eine Straftat gehen, während über 600 Personen zu Unrecht weggeschlossen werden. Das läuft dem tradierten Ethos der hiesigen Rechtstradition fundamental zuwider, weshalb das Konzept des Massnahmenrechts als gescheitert gelten muss. Die Situation ist mittlerweile so prekär, dass es an forensischen Klinikbetten mangelt. Die Weggeschlossenen werden älter und älter. Das Gefängnispersonal muss daher ergänzt werden durch Geriatriefachleute. Gefängnisse müssen rollstuhlgängig ausgebaut werden und beginnen an hochgesicherte Geriatriezentren zu erinnern.

Möglich geworden ist diese bedenkliche Entwicklung durch das Fehlen von gesetzlichen Schranken, die solchen Freiheitsentzügen Grenzen setzen. Obwohl die Strafrechtstradition der Aufklärung an sich nach wie vor die entscheidende menschen- und verfassungsrechtliche Leitlinie der Straf-, Strafprozess- und Strafvollzugsgesetze wäre, findet gleichsam hinter den Kulissen ein Paradigmenwechsel von der rechtsstaatlichen Grammatik der Freiheit zu einer Sicherheits- und Kontrolllogik statt. Während die Anzahl der Personen in stationären Massnahmen steigt, nimmt aber auch die Kritik im Schrifttum und in der Rechtsprechung des EMGR zu. Neben grundlegenden Erwägungen wird auch die konkrete Ausgestaltung der freiheitsentziehenden Massnahmen kritisiert. Auch an zahlreichen Rechtsinstituten und Rechtspraxen im Massnahmenrecht werden rechtsstaatliche Bedenken angemeldet. Seit mehreren Jahren findet ein kritischer interdisziplinärer Diskurs statt, welcher im vorliegenden Massnahmenpaket ausser Acht gelassen wurde. An sich müsste angenommen werden, dass in einem Rechtsstaat die juristischen Rahmenbedingungen solide zu vermessen seien, da es um massive Freiheitseinschränkungen geht. Doch das Gegenteil ist der Fall. Das Massnahmenpaket Sanktionenvollzug schafft keine Abhilfe. Obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in den Fällen Derungs und Fuchser zweimal klar festgestellt hat, dass die Haftprüfung in der Schweiz vor der EMRK nicht standhält (EGMR Fuchser gegen Schweiz, Urteil Nr. 55894/00, 13. Juli 2006; Derungs gegen Schweiz, Urteil Nr. 52089/09, 10. Mai 2016). Doch statt der Malaise im Massnahmenrecht Abhilfe zu schaffen, werden neue rechtsstaatlich bedenkliche Normen eingefügt.

II. Handlungsbedarf

Ausgehend von den beschriebenen Missständen im Massnahmenrecht bestehen aktuell drei Gesetzesbaustellen materieller, prozessualer und struktureller Art, welche akuten Handelns des Parlaments bedürfen:

- das Stärken von materiell-rechtlichen Korrektiven (1.),
- die profunde prozessuale Überprüfung von Massnahmen (2.), sowie
- das Beheben der konventionswidrigen Unterhöhlung der Judikativen (3.).

Diese Gesichtspunkte finden aktuell keine Berücksichtigung. Der Vorentwurf ist daher von Grund auf neu zu konzipieren und das neu zu schaffende Massnahmenpaket hat sich von diesen drei Punkten des Handlungsbedarfs leiten zu lassen.

1. Bedarf der Stärkung von materiell-rechtlichen Korrektiven

Der erste wichtige Handlungsbedarf ist eine Stärkung der materiell-rechtlichen Korrektiven im Massnahmenrecht. Dies schafft Rechtssicherheit. Derzeit findet sich im Gegenteil eine Tendenz zur Flexibilisierung. Die vormalige Bedeutung der Rechtskraft eines Urteils wurde aufgehoben. Für die Verurteilten nehmen die Rechtssicherheit und Berechenbarkeit ab. Statt das Verhältnismässigkeitsprinzip zu konturieren und materiell-rechtliche Korrektiven zu stärken, werden

die Massnahmen sowohl bei der Revision des Strafgesetzbuches als auch bei der Revision des Jugendstrafgesetzes weiterhin in erster Linie auf den höchst unsicheren Begriff der Gefährlichkeit gestützt. Mit dem Konzept der Gefährlichkeit wird versucht, Eingriffe in die Freiheitsrechte von Personen zu legitimieren. Es ist der Schlüsselbegriff des Präventionsstrafrechts. Dabei wird nicht beachtet, dass Gefährlichkeit ein zugeschriebenes statistisches Risiko ist. Es handelt sich nicht um eine Eigenschaft einer Person. Und die Prognose dieses Risikos ist mit grösster Unsicherheit behaftet. Dieses Konstrukt der Gefährlichkeit stellt damit keine legitime Basis von Freiheitsentzug dar.

Das Massnahmenrecht muss sich an der Verhältnismässigkeit orientieren. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist in Art. 5 BV und in Art. 56 StGB festgehalten. Die Definition von Abs. 2 des Art. 56 StGB gibt eine sachgerechte Lösung aber nicht wieder. Es wird bisher lediglich die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten als Prüfungsmassstab der Verhältnismässigkeit genannt. Eine solche Abwägung hängt in der Luft und ist zu ergänzen. Regelmässig gelingt schon die Quantifizierung der Wahrscheinlichkeit drohender Straftaten kaum, von der Vorhersage bestimmter Straftaten ganz zu schweigen. Daher sind die Anlasstat und die zuvor begangenen Taten in die Abwägung miteinzubeziehen. Nur so lassen sich unbeschränkte Eingriffe in die Rechtstellung von betroffenen Personen verhindern, da die Anlasstat eine gewisse Sicherheit in die Abwägung bringt. Würde die Verhältnismässigkeit nur zwischen der Wahrscheinlichkeit der drohenden Straftat und der Intensität des Freiheitsentzugs hergestellt, führte dies zu einem erheblichen Ausmass an Unschärfe. Diese Forderung stützt sich auch darauf, dass die begangene Tat das aussagekräftigste Indiz für die Gefährlichkeit ist. Sodann ist diese Betrachtungsweise ohnehin einzunehmen, will man sich zumindest noch mit einem Bein auf dem Boden des Schuldstrafrechts bewegen. Sodann ist auch festzuhalten, dass der bisherige Freiheitsentzug bei Folgeentscheiden zu beachten ist.

Es bedarf vor diesem Hintergrund einer Stärkung von materiell-rechtlichen Korrektiven im Massnahmenrecht. Es braucht klare Kriterien betreffend den Eintritt, die Form und die Länge des Verbleibs sowie den Austritt aus einer Massnahme. Weiter unten werden konzeptionelle Vorschläge präsentiert (vgl. III. 1.).

2. Bedarf der profunden prozessualen Überprüfung von Massnahmen

Neben der Stärkung von materiell-rechtlichen Korrektiven bedürfen Massnahmen einer ständigen prozessualen Überprüfung. Hier besteht Handlungsbedarf, um eine profunde Überprüfung von massnahmenrechtlichen Freiheitsentzügen in Strafverfahren zu ermöglichen. Diese Überprüfung versagt derzeit.

In Umwandlungs- oder im Massnahmenverlängerungsverfahren kommen Expertenberichten eine zentrale Rolle zu, die im Strafvollzug von Therapeuten, Sozialarbeitenden, sogenannten Fachkommissionen oder Sachverständigen in nicht kontradiktorischen Verfahren generiert werden. Sie liefern die tatsächlichen Grundlagen, die vom Gericht bei ihrer Entscheid oftmals weitgehend übernommen werden. Die Beweise für strafrechtliche Massnahmen werden vielfach fern von

strafprozessualen Grundsätzen, im Strafvollzug, das heisst in einer totalen Institution erhoben. Auf diese Weise werden Beschuldigtenrechte und die kontradiktorische Anlage des Strafverfahrens weitgehend ausgehebelt. Die Kontrolle ist zu einer Routineübung verkommen. Die verschiedenen Akteure des Vollzuges überprüfen statt der Legitimation des weiteren Eingriffs in die Grundrechte lediglich ihre eigene Arbeit. Die Kontrolle gleicht damit einem bürokratischen Leerlauf, da sie selbstreferenziell ist.

Um eine wirkliche profunde Prüfung von freiheitsentziehenden Massnahmen zu ermöglichen sind die prozessualen Voraussetzungen der Bedeutung der Entscheide anzupassen. Es muss eine effektive anwaltliche Interessenvertretung vorgesehen werden. Sodann ist die externe Begutachtung zu forcieren, um zu verhindern, dass sich Falscheinschätzungen von Institutionen festschreiben. Dies entspricht der Basis jeder Qualitätssicherung: externe Kontrolle. Die konkreten konzeptionellen Vorschläge erfolgen sogleich (vgl. III. 2.).

3. Beheben der konventionswidrigen Unterhöhlung der Judikativen

Wie gesehen wird die Strafrechtspolitik zunehmend zu einer Überwachungs politik. Aber nicht nur die inhaltliche Stossrichtung, sondern auch die Verfahrensstruktur hat sich verändert: Es finden eine konventionswidrige Unterhöhlung der Judikativen statt. Es ist ein uralter rechtsstaatlicher Grundsatz, dass über die Freiheit respektive Unfreiheit einer Person ein Gericht entscheiden soll. Dieser Grundsatz wird im Massnahmenrecht nicht geachtet. Trotz der beiden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Fuchser respektive Derungs gegen die Schweiz wird weiter an einer EMRK-widrigen Verfahrensstruktur festgehalten. Weiterhin entscheiden Verwaltungsbehörden über die Freiheit oder Unfreiheit von Personen in strafrechtlichen Massnahmen. Dadurch wird die dritte Gewalt entkernt und eine Verschiebung zur Exekutiven weiter forciert. Die Exekutive tritt namentlich in Form der Behörden des Strafvollzuges auf. Der Strafvollzug ist staatsrechtlich in die Exekutive und nicht die Judikative einzuordnen. Er ist damit deutlich politisierter und es dominiert die Angst: Sowohl für die behandelnden Therapeutinnen und Therapeuten als auch die im Strafvollzug beigezogenen Sachverständigen und die Vollzugsbehörden ist handlungs- und wegleitend, was im öffentlichen Diskurs passieren könnte, wenn ein Insasse rückfällig würde. Das Strafrecht, der Prüfstein jeder Rechtsstaatlichkeit, wird zunehmend geprägt durch eine Expertokratie mit einer mechanistisch-bürokratischen Sicherheitslogik der Vollzugsbehörden. Bereits bei der Anordnung solcher Massnahmen kommt psychiatrischen Sachverständigen eine Schlüsselrolle zu. Die Gerichte bleiben formal Entscheidungsträger, stützen sich aber wesentlich auf Expertenmeinungen ab. Die Experten und Expertinnen werden damit faktisch zu «Richtern in Weiss». Diese Entwicklung höhlt die Justizförmigkeit des Strafverfahrens aus. Ihr ist durch konzeptionelle Änderungen entgegenzutreten (vgl. III. 3.).

III. Konzeptionelle Vorschläge

Die konzeptionellen Vorschläge, die der Korrektur und Präzisierung des Massnahmenrechts dienen und für die praktische Rechtsanwendung von eminenter Bedeutung sind, um der Malaise des Massnahmenrecht entgegenzuwirken, werden anhand des bestehenden Handlungsbedarfes gegliedert.

1. Konzeptionelle Vorschläge zur Stärkung von materiell-rechtlichen Korrektiven

a) *Präzisierung Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 56 Abs. 2 StGB)*

Das Verhältnismässigkeitsprinzip fliesst bundesrechtlich aus Art. 5 BV. In Art. 56 StGB wird das Verhältnismässigkeitsprinzip im Massnahmenrecht aufgenommen. Die Definition von Abs. 2 des Art. 56 StGB ist aber eindimensional auf die Legalprognose gemünzt. Es wird lediglich die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten als Prüfungsmassstab der Verhältnismässigkeit genannt. Wie gesehen ist eine solche Abwägung nicht sachgerecht. Schon die Quantifizierung einer Wahrscheinlichkeit gelingt bei drohenden Straftaten kaum, ganz zu schweigen von der Vorhersage bestimmter Straftaten. Daher sind in die Abwägung miteinzubeziehen die Anlasstat und die zuvor begangenen Taten sowie die schuldangemessene Strafe. Nur so lassen sich unbeschränkte Eingriffe in die Persönliche Freiheit von Betroffenen verhindern, da diese retrospektiven Elemente eine gewisse Sicherheit in die Abwägung bringen. Würde die Verhältnismässigkeit nur zwischen der Wahrscheinlichkeit der drohenden Straftat und der Intensität des Freiheitsentzugs hergestellt, führte dies zu einem erheblichen Ausmass an Unschärfe. Diese Forderung stützt sich auch darauf, dass die begangene Tat das aussagekräftigste Indiz für die Gefährlichkeit ist. Sodann ist diese Betrachtungsweise wie gezeigt ohnehin einzunehmen, will man sich zumindest noch mit einem Bein auf dem Boden des Schuldstrafrechts bewegen. Es überrascht dann auch nicht, dass das Bundesgericht bereits präzisierend festgestellt hat:

«Die beabsichtigte Massnahme und die damit verbundene Grundrechtsbeschränkung ist mit den Anlasstaten und der Schwere der in Freiheit zu erwartenden Taten abzuwägen.»

(BGer 6B_746/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 1.4.3)

Der Abs. 2 des Art. 56 ist folglich zu präzisieren: Auch die Anlasstaten und die Dauer der schuldangemessenen Strafe sind mit in die Verhältnismässigkeitsabwägung der Erstanordnung sowie bei Verlängerungen und Umwandlungen einzubeziehen. Sodann ist die Verhältnismässigkeit auch im Hinblick auf die Schuldangemessenheit der Sanktion zu präzisieren. Er muss folglich legiferiert werden:

Neu Art. 56 Abs. 2 StGB:

«Die Anordnung einer Massnahme setzt voraus, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten sowie der Anlasstat nicht unverhältnismässig ist. Ein (präventiver) Freiheitsentzug,

der die Dauer der schuldangemessenen Strafe übersteigt, bedarf einer besonderen Begründung.»

b) Dauer von stationären Massnahmen (Art. 59 Abs. 4 StGB)

Die Anordnung von stationären therapeutischen Massnahmen nach Art. 59 StGB weist eine Höchstdauer von fünf Jahren auf (Abs. 4). Eine Verlängerung sollte gemäss Gesetzestext und der Botschaft die Ausnahme bleiben. Auch das Bundesgericht betont den Ausnahmecharakter der Verlängerung einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB (BGE 135 IV 139, E. 2.1).

Dieser Vorgabe wird leider in der Praxis nicht genügend nachgelebt. Dem Ausnahmecharakter einer Verlängerung muss gesetzlich Nachachtung verschafft werden. Als Grundsatz ist daher festzuhalten, dass der Freiheitsentzug im Rahmen der stationären therapeutischen Massnahme nicht länger als die schuldangemessene Strafe dauern sollte. Es drängt sich sodann auf, analog zu Art. 60 und 61 StGB eine absolute Höchstfrist vorzusehen, die im Detail noch festzusetzen wäre.

c) Präzisierung Wahrscheinlichkeit bei der Verwahrung (Art. 64 Abs. 1 Bst. a StGB)

Die Verwahrung ist die schwerste Sanktion des schweizerischen Strafrechts. In Art. 64 Abs. 1 Bst. a StGB wird dafür namentlich verlangt, dass «ernsthaft zu erwarten ist» die Person verübe weitere Katalogtaten. Diese Definition der Wahrscheinlichkeit ist für eine Sanktion, die ihre Legitimation alleine auf eine zugeschriebene Gefährlichkeit zu stützen sucht, viel zu unbestimmt und tief angelegt. Es braucht einen mindestens zu erreichenden Schwellenwert. Diese Wahrscheinlichkeit ist bei mindestens 50 Prozent vorzusehen. Vorgeschlagen wird daher die präzisierende Formulierung des Art. 64 Abs. 1 Bst. a StGB:

«[...] auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht»

d) Gesetzliche Ungefährlichkeitsvermutung nach 10 Jahren (neu Art. 64e StGB)

Das deutsche Recht weist betreffend die Sicherungsverwahrung gewisse Schranken auf, die auch für das Massnahmenrecht in der Schweiz zu übernehmen sind. Ein Beispiel ist die Regelung des § 67d Abs. 3 D-StGB: Die Norm enthält eine gesetzliche Vermutung nach 10 Jahren Freiheitsentzug. Nach dieser Zeitspanne setzt eine legiferierte Ungefährlichkeitsvermutung ein, die explizit widerlegt werden muss.

Eine Fortsetzung der Verwahrung jenseits der Zehnjahresgrenze sollte auch hierzulande nur bei denjenigen in Betracht kommen, deren nunmehr gesetzlich vermutete Ungefährlichkeit widerlegt ist. Daher ist in einem neu zu schaffenden Art. 64e StGB festzuhalten: Sind zehn Jahre der Unterbringung in einem massnahmenrechtlichen Freiheitsentzug vollzogen worden, so erklärt das Gericht die

Massnahme für erledigt, wenn nicht die weit überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die untergebrachte Person Straftaten nach Art. 64 Abs. 1 StGB begehen wird, durch welche sie die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt. Es ist zu betonen, dass sich die Behörden ohnehin bei jedem Entscheid an einer Ungefährlichkeitsvermutung zu orientieren haben. Eine gesetzlich vorgesehene Regelung geht aber mit einer erhöhten Prüfungs- und Begründungsdichte einher.

2. Konzeptionelle Vorschläge der profunderen prozessualen Prüfung von Massnahmen

Sodann erfolgen konzeptionelle Vorschläge um dem Handlungsbedarf betreffend die profundere prozessuale Prüfung von Massnahmen zu begegnen.

a) Voraussetzung für Entlassung und Aufhebung (Art. 62 Abs. 1 StGB)

Der Art. 62 Abs. 1 StGB befasst sich mit der Entlassung und der Aufhebung von Massnahmen. Um eine angemessenere prozessuale Prüfung von Massnahmen zu garantieren, ist sicher zu gehen, dass sich der Entscheid nicht alleine auf den Zustand der Person bezieht. Dies kann dadurch umgesetzt werden, dass im Gesetzestext explizit eingefügt wird, dass auch die Dauer des bisherigen Freiheitsentzuges bei der Frage der Entlassung und Aufhebung zu beachten ist. Dies zwingt die Entscheidbehörde dazu, sich zu dieser Verhältnismässigkeitsfrage zu äussern.

b) Prozessrechtliches zur Überprüfung bedingter Entlassung und Aufhebung (Art. 62d und 64b StGB)

Die Art. 62d und 64b StGB befassen sich mit der Prüfung der Entlassung und der Aufhebung von stationären Massnahmen respektive der Verwahrung. Beschuldigtenrechte und die kontradiktorische Anlage des Strafverfahrens wurden weitgehend ausgehebelt. Die Kontrolle der Massnahmen ist zu einer Routineübung verkommen, in welcher sich die Vollzugsbehörden selbst überprüfen, statt die Legitimation des weiteren Eingriffs in die Grundrechte zu überprüfen. Die Kontrolle ist selbstreferenziell und gleicht einem bürokratischen Leerlauf. Daher sind externe Begutachtung zu forcieren, um zu verhindern, dass sich Falscheinschätzungen von Institutionen festschreiben. Externe Kontrolle entspricht gängigen Standards jeder Qualitätssicherung.

Es ist sicherzustellen, dass mindestens alle zwei Jahre und bei der Verwahrung alle drei Jahre eine tiefgreifende Prüfung zu erfolgen hat. Diese Überprüfung hat stets unter Berücksichtigung einer externen, sachverständigen Expertise und mit Bestellung einer notwendigen Verteidigung zu erfolgen. Eine anstaltsinterne Einschätzung genügt dem nicht. Zur neuen Zuständigkeit des Gerichtes sogleich detailliert (vgl. III. 3. a)).

3. Konzeptionelle Vorschläge zum Beheben der konventionswidrigen Unterhöhlung der Judikativen

Schliesslich ist dem Handlungsbedarf betreffend die konventionswidrige Unterhöhnung der Judikativen mit folgenden konzeptionellen Vorschlägen zu begegnen.

a) *Gerichtliche Haftprüfung bei der bedingten Entlassung und Aufhebung (Art. 62d StGB)*

Dass über Freiheit respektive Unfreiheit einer Person ein Gericht entscheiden soll, ist ein uralter rechtstaatlicher Grundsatz. Dieser Grundsatz wird in der Schweiz im Massnahmenrecht nicht geachtet und dies trotz der beiden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Fuchser respektive Derungs gegen die Schweiz (EGMR Fuchser gegen Schweiz, Urteil Nr. 55894/00, 13. Juli 2006; Derungs gegen Schweiz, Urteil Nr. 52089/09, 10. Mai 2016). Die bedingte Entlassung aus einer freiheitsentziehenden Massnahme ist kein blosser Vollzugsentscheid, sondern betrifft wie die Aufhebung oder Beendigung den Bestand der Massnahme. Ein solcher bedeutender materieller Entscheid über den Bestand der Sanktion hat durch das Sachgericht zu erfolgen. Es ist daher die Kompetenzordnung zwingend zu ändern.

Die für den Vollzugsentscheid zuständige Behörde hat bei Entlassungsgesuchen unverzüglich über das Gewähren der bedingten Entlassung respektive Aufhebung zu entscheiden. Sie begleitet den Fall ohnehin und muss daher kein Erkenntnisverfahren mehr durchführen. Über eine Entlassung respektive Aufhebung kann sie in eigener Kompetenz entscheiden. Dies ist eine Art kurzes Vorverfahren, ähnlich dem Vorgehen bei einem Haftentlassungsgesuch nach Art 228 StPO. Lehnt die für den Vollzugsentscheid zuständige Behörde eine beantragte Entlassung oder Aufhebung ab, hat sie den Fall innert drei Tagen dem Sachgericht zu überweisen. Das Sachgericht hat dann über die bedingte Entlassung respektive Aufhebung zu entscheiden.

b) *Einsetzung von Vollzugsgerichten erleichtern (neu Art. 14 Abs. 4^{bis} StPO)*

Im Jugendstrafrecht besteht die Möglichkeit, dass die Kantone interkantonal zuständige Jugendstrafbehörden vorsehen können (vgl. Art. 8 Abs. 2 JStPO). Damit soll die Einführung spezialisierter Gerichte vereinfacht werden (BBl 2006 1358).

Diese Möglichkeit ist auch im Erwachsenenstrafrecht vorzusehen, um gerade kleineren Kantonen die Einsetzung von Vollzugsgerichten zu ermöglichen, wie sie beispielsweise der Kanton Wallis kennt.

IV. Zwischenfazit und Antrag auf Rückweisung

Zusammenfassend konnte in einer Auslegeordnung gezeigt werden, welche grundsätzliche Malaise das Massnahmenrecht derzeit aufweist. Darauf aufbauend wurde aufgezeigt, welcher legislatorische Handlungsbedarf materieller, prozessualer und struktureller Art eigentlich besteht. Es geht um

- das Stärken von materiell-rechtlichen Korrektiven,
- die profunde prozessuale Überprüfung von Massnahmen, sowie
- das Beheben der konventionswidrigen Unterhöhlung der Judikativen.

Diese Gesichtspunkte fanden aktuell keine Berücksichtigung. Es wird daher beantragt, den Vorentwurf von Grund auf neu zu konzipieren und sich für das neu zu schaffende Massnahmenpaket von diesem

drei Punkten des Handlungsbedarfs leiten zu lassen. Welche Gesetzesrevisionen dabei im Detail wie anzugehen sind, wurde anhand von diversen konzeptionellen Vorschlägen aufgezeigt.

Zweiter Teil

I. Betreffend das derzeitige Massnahmenpaket Sanktionenvollzug insgesamt

Der Vollständigkeit halber wird cursorisch bereits Stellung genommen zu den einzelnen Bestimmungen des derzeitigen Massnahmenpakets. Auch diese Kritikpunkte können beim kommenden Vorentwurf bereits eingearbeitet werden. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, dass viele Vorschläge sowohl betreffend das Strafgesetzbuch (II.) als auch das Jugendstrafgesetz (III.) die aufgezeigte Malaise des Massnahmenrechts noch zu zementieren drohen. Sowohl der materiell-rechtliche als auch der prozessuale und strukturelle Handlungsbedarf wurde nicht einfach nur übergangen, es wurde sogar entgegen dem Handlungsbedarf legiferiert.

1. Einleitende Gesamtwürdigung

Die beiden Vorlagen sind gebündelt unter dem Namen «Massnahmenpaket Sanktionenvollzug». Der Sanktionenvollzug befasst sich mit der Ausgestaltung und Durchsetzung von staatlichen Sanktionen. Das Vollzugsrecht wird zum formellen Recht gezählt. Neben dem Sanktionenvollzug betreffen die vorgeschlagenen Änderungen als zweites Rechtsgebiet aber auch das Sanktionenrecht an sich. Das Sanktionenrecht befasst sich mit dem Entstehen und Untergehen des staatlichen Sanktionsanspruchs. Das Sanktionenrecht wird zum materiellen Recht gezählt. Es handelt sich folglich eigentlich um ein Massnahmenpaket sowohl zum Sanktionenvollzug als auch zum Sanktionenrecht. Diese Unterscheidung ist nicht rein terminologisch, sondern ist von Bedeutung, um die Zuständigkeit der Vollzugsbehörden respektive der Strafgerichte zu bestimmen.

Sowohl der Sanktionenvollzug als auch das Sanktionenrecht sind bedeutende und komplexe Rechtsgebiete. Derzeit besteht in diesen Rechtsgebieten ein kantonaler Wildwuchs. Es erscheint daher grundsätzlich sachgerecht, einheitliche Bestimmungen auf Bundesebene zu schaffen. Die DJS lehnen die geplante Revision in ihrer vorläufigen Form wie bereits erwähnt aber ab. Insbesondere vermissen wir die Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Malaise des Präventionsstrafrechts und dem materiellen, prozessualen und strukturellen Handlungsbedarf, wie er im ersten Teil aufgezeigt wurde.

2. Anknüpfung am Begriff der Gefährlichkeit (u.a. Art. 91b VE-StGB sowie VE-JStG)

Sowohl die Revision des Strafgesetzbuches als auch die Revision des Jugendstrafgesetzes gehen zentral vom Begriff der Gefährlichkeit aus. Er wird an verschiedenen Stellen vorausgesetzt und stellt die zentrale Tatbestandsvoraussetzung zahlreicher Normen sowohl des Vollzugs- als auch des Sanktionenrechts dar.

Neu soll der Begriff der Gefährlichkeit im Strafgesetzbuch definiert werden (Art. 91b VE-StGB). Der Vorschlag lautet:

«Gefährlichkeit ist anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter eine neue Straftat begeht, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt.»

Der Begriff der Gefährlichkeit soll damit auf drohende schwere Delinquenz beschränkt bleiben. Darüber hinaus ist die Definition aber nichtssagend. Was das verwendete Wort der «Gefahr» bedeuten soll, bleibt unklar und offen. Es scheint sich um eine zirkuläre Definition zu handeln. Vor diesem Hintergrund hätte es sich anerbieten, nicht nur zu versuchen, den Begriff der Gefährlichkeit zu definieren, sondern auch das dahinterliegende Konzept zu erklären.

a) *Gefährlichkeit als statistisches Risiko*

Das Konzept der Gefährlichkeit wird dazu verwendet, Eingriffe in die Freiheitsrechte von Personen zu legitimieren. Es ist der Schlüsselbegriff des Präventionsstrafrechts. Das Konzept der Gefährlichkeit ersetzt zunehmend das Konzept der Schuld. Ob schuldangemessen sanktioniert wird, spielt eine abnehmende Rolle. Wem eine Gefährlichkeit zugeschrieben wird, soll weggeschlossen werden dürfen, auch wenn die schuldangemessene Strafe verbüsst ist. Doch wann ist es legitim, jemanden einzusperren nicht aufgrund einer Tat, die er begangen hat, sondern der Zuschreibung einer möglichen künftigen Tat?

Um diese Frage zu beantworten, ist zu betrachten, wie das Konzept der Gefährlichkeit strukturiert ist. Bei der Gefährlichkeit geht es neben der Schwere der drohenden Tat um die Wahrscheinlichkeit, dass diese begangen wird. Zusammen ergeben diese beiden Faktoren ein Risiko. Die betroffene Person wird in diesem Sinne nicht als frei handelnder Mensch behandelt, sondern objektiviert und als ein Risiko betrachtet. In Gerichtsverfahren wird die prognostizierte Wahrscheinlichkeit des Rückfalls in Prozent ausgedrückt. So wurden in der Vergangenheit Personen weggeschlossen, weil angenommen wurde, sie begingen zu 58 Prozent in 5 Jahren ein Gewalt- oder Sexualdelikt (BGer 6B_796/2019 vom 16.10.2019 E. 4.1). In einem anderen Fall ging das Gericht von 30–50 Prozent Wahrscheinlichkeit eines künftigen Deliktes aus (BGer 6B_489/2019 vom 15.07.2019 E. 2.2). Schliesslich haben sogar 15 Prozent Wahrscheinlichkeit eines Hands-on Delikte schon genügt, um eine Freiheitsentziehung zu begründen (BGer 6B_582/2017 vom 19.06.2018). Im Umkehrschluss gingen die Gerichte in den Beispielen davon aus, dass die Personen zu 42 Prozent, zu 50–70 Prozent respektive zu 85 Prozent in der Zukunft keine Tat begehen würden. Zugespitzt werden also Person nach der schuldangemessenen Strafe weggeschlossen für Delikte, die sie in der Zukunft wahrscheinlich nie begehen würden.

Dies ist der Hintergrund des Begriffes der Gefährlichkeit und der sogenannt gefährlichen Personen. Ist das Label «gefährliche Person» in diesen Fällen wirklich angebracht und legitim? Nach unserer Auffassung wäre eine höhere Schwelle der zu fordernden Wahrscheinlichkeit geboten. Siehe auch die weiteren Änderungsvorschläge (vgl. oben).

b) *Unsicherheit der Prognose*

Neben der Frage der Legitimation von Freiheitsentzügen aufgrund eines Risikos stellt sich noch ein weiteres grundsätzliches Problem: die Unsicherheit von Prognosen. Die Risikoeinschätzung bezieht sich auf mögliche zukünftige Straftaten. Die Zukunft ist nur sehr begrenzt vorhersagbar. Diese Schwierigkeit ist keine Frage der Beweiswürdigung, sondern jeder Prognose inhärent. Die Unsicherheit der Prognose gilt insbesondere für komplexe Sachverhalte wie die Vorhersage von menschlichem Verhalten. Verschärft wird die Problematik noch, wenn sich eine solche Prognose über mehrere Jahre erstrecken soll. Bei Ersttätern sind zuverlässige Prognosen dann gemäss herrschender Auffassung nur sehr schwer möglich. Bei jugendlichen Straftätern sind längerfristige Prognosen gar praktisch unmöglich.

c) *Zwischenfazit zum verwendeten Begriff der Gefährlichkeit*

Die Problematik des Konzeptes der Gefährlichkeit wurde im Bericht zum Vorentwurf nicht behandelt. Es wird mit den Labeln «Gefährlichkeit» und «gefährliche Straftäter» argumentiert, ohne den Vernehmlassungsteilnehmern den Hintergrund dieses Konzepts bewusst zu machen. Die führt zu Verzerrungen. Nur vor diesem Hintergrund lässt sich erklären, dass eine zugeschriebene Gefährlichkeit dann fast zwangsläufig eine Sicherheitslücke bedeuten solle (Erläuternder Bericht, S. 55 f.) und die Grundrechte der betroffenen Personen stiefmütterlich behandelt werden, da diese das Label «Gefährlich» tragen. Eine Auseinandersetzung mit Grundrechten der Betroffenen und dem Verhältnismässigkeitsprinzip fehlt völlig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich das Präventionsrecht und das vorliegende Massnahmenpaket nur sachgerecht erörtern lassen, wenn man sich das dahinterliegende Konzept des Gefährlichkeitsbegriffes vor Augen führt:

- Gefährlichkeit ist ein zugeschriebenes statistisches Risiko. Es handelt sich nicht um eine Eigenschaft einer Person.
- Die Prognose dieses Risikos ist mit grosser Unsicherheit behaftet. Diese Unsicherheit akzentuiert sich nochmals bei Ersttätern sowie bei jugendlichen Straftätern.

Im neu zu entwerfenden Vorentwurf und bei der Beurteilung des Momenten Entwurfes ist diesen Umständen Rechnung zu tragen.

II. Stellungnahme zu den Bestimmungen im Vorentwurf StGB (Vorlage 1)

Die Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs StGB wird in sieben Themenbereichen erstattet. Diese Gliederung folgt grob dem Aufbau des erläuternden Berichts (vgl. Erläuternder Bericht, S. 3 respektive 29 ff.):

- Verbot unbegleiteter Urlaube im Verwahrungsvollzug (1.)
- Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung (2.)

- Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen (3.)
- Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung sowie Entlassung aus therapeutischen Massnahmen (4.)
- Rechtmittellegitimation der Vollzugsbehörden (5.)
- Arbeitsweise, Zusammensetzung und Beizug der Fachkommissionen (6.)
- Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen (7.)

1. Verbot unbegleiteter Urlaube im Verwahrungsvollzug (Art. 84 Abs. 6^{bis} und 6^{ter}, 90 Abs. 4^{bis} VE-StGB)

Bisher sind auch für verwahrte Personen Vollzugsöffnungen und damit unbegleitete oder begleitete Urlaube vorgesehen (Art. 84 Abs. 6 i.V.m. Art. 90 Abs. 4 und Art. 90 Abs. 2^{bis} StGB). Der Vorentwurf sieht nun ein Verbot von unbegleiteten Hafturlauben und Ausgängen für verwahrte Personen vor.

Dieser Vorschlag steht im Widerspruch zur EMRK. Wie nicht nur der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg, sondern auch das Deutsche Verfassungsgericht mehrfach festgehalten hat, muss der Freiheitsentzug auch in einer Massnahme in jedem Fall freiheitsorientiert sein. Sodann sind bereits jetzt unbegleitete Urlaube von Verwahrten sehr selten. Die Vollzugsbehörden treffen diese Entscheidungen. Dabei ist zu beachten, dass die Gefährlichkeit einer Person eine Zuschreibung und keine statische Charakter- oder Persönlichkeitseigenschaft ist. Diese Prognose muss daher laufend aktualisiert werden. Eine solche Aktualisierung ist nur möglich, wenn Informationen über das Verhalten der Person gesammelt werden können. Nur auf diese Weise kann der präventive Freiheitsentzug langfristig legitimiert und Sicherheit gewährleistet werden. Diese Möglichkeit der Vollzugslockerung ist weiterhin vorzusehen. Die Entscheidung über Vollzugsöffnungen und deren Ausgestaltung sollte auch weiterhin den Vollzugsbehörden überlassen werden.

Zusammenfassend ist auf die Änderung der Art. 84 Abs. 6^{bis} und 6^{ter}, 90 Abs. 4^{bis} VE-StGB zu verzichten.

2. Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung (Art. 64b Abs. 3 VE-StGB)

Nach geltendem Recht 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 (Art. 64b Abs. 1 Bst. a StGB). Im erläuternden Bericht wird vorgebracht, die jährliche Überprüfung der bedingten Entlassung verursache einen hohen administrativen Aufwand. Innerhalb dieser Zeitspanne verringere sich bei verwahrten Tätern das Rückfallrisiko kaum in einem solchen Mass, dass diese Vollzugsöffnung realistisch wäre (Erläuternder Bericht, S. 13).

Mit dem Term des «administrativen Aufwands» werden entscheidende Folgen der Änderung verdeckt. Effektiv scheint die Änderung auch mit einer quantitativen Verringerung des Rechtsschutzes der betroffenen Person einherzugehen. Es stimmt zwar, dass eine Entlassung jederzeit verlangt werden kann. Betroffenen Personen sind im Vollzug regelmässig aber nicht anwaltlich vertreten und können ihre Rechte nicht effektiv wahrnehmen. Bereits jetzt gibt es das Problem der vergessenen Massnahmenhäftlingen. Die jährliche Prüfung verkommt oftmals zu einer Pflichtübung. Es werden dabei keine neuen Gutachten eingeholt und oftmals wird lediglich jährlich der Status Quo fortgeschrieben. Hier ist es wichtig, eine profunde Überprüfung der Massnahmen vorzunehmen. Dafür ist eine notwendige Verteidigung zu gewähren und eine externe psychiatrische Expertise zwingend. In diesem Sinne ist zu fordern, dass ein verringertes Intervall zu einer erhöhten Prüfungsdichte führt.

3. Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen (Art. 57a VE-StGB)

Die Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen soll legiferiert werden. Dieses Vorhaben ist aber nur teilweise gelungen. Einer Präzisierung bedürfen noch folgende Fälle:

- Anrechnung von vorzeitigem Massnahmenvollzug
- Anrechnung von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft, respektive von Sicherheitshaft nach Art. 365a und 365b E-StPO.

a) Anrechnung von vorzeitigem Massnahmenvollzug

Im vorzeitigem Massnahmenvollzug befindet sich die Person bereits in einer Massnahme im Sinne des Strafgesetzbuches. Die Zeit im vorzeitigen Massnahmenvollzug ist daher auf die im Sachentscheid angeordnete Massnahme anzurechnen. Diese Folge erscheint evident bei den Massnahmen nach Art. 60 und Art. 61 StGB. Ansonsten drohten deren zwingende Höchstdauern überschritten zu werden. Es darf einer betroffenen Person in dieser Situation nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie sich freiwillig und frühzeitig einer solchen Therapie unterzieht.

Nichts Anderes kann aber auch betreffend der stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB gelten. Auch diese Massnahme weist eine Höchstdauer von fünf Jahren auf. Eine Verlängerung ist zwar möglich, sollte gemäss Gesetz und Botschaft aber die Ausnahme bleiben. Auch das Bundesgericht betont den Ausnahmecharakter der Verlängerung einer stationären therapeutischen Massnahme (BGE 135 IV 139, E. 2.1). Auch wenn dieser Vorgabe in der Praxis nicht genügend nachgelebt wird, ist es doch wichtig, hier eine korrekte Berechnung durchzuführen. Der vorzeitige Antritt einer stationären therapeutischen Massnahme ist ein mit der Massnahme verbundener Freiheitsentzug, wie ihn der Abs. 4 des Art. 59 StGB vorsieht. Die Dauer ist folglich anzurechnen.

- b) *Anrechnung von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft respektive von Sicherheitshaft nach Art. 365a und 365b E-StPO*

Schliesslich ist zu präzisieren, dass auch eine vollzugsrechtliche Sicherheitshaft respektive eine Sicherheitshaft nach Art. 365a und 365b E-StPO ein mit der stationären therapeutischen Massnahme verbundener Freiheitsentzug darstellt. Folglich ist auch die Dauer dieser Haft im Urteilszeitpunkt festzustellen und auf die Massnahmendauer anzurechnen.

- c) *Fazit zur Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen*

Zusammenfassend muss der Gesetzeswortlaut des Art. 57a VE-StGB präzisiert werden. Es sollte daraus hervorgehen, dass sowohl der vorzeitige Massnahmenvollzug als auch die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft respektive die Sicherheitshaft nach Art. 365a und 365b E-StPO auf die Massnahmendauer anzurechnen sind.

4. Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung sowie Entlassung aus therapeutischen Massnahmen **(Art. 62c Abs. 1 und 5, 62d Abs. 1, 63a Abs. 1 und 2 VE-StGB)**

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.

- a) *Vorgeschlagene Änderung*

Der Vorentwurf sieht vor, diese nicht sachgerechte Zweispurigkeit aufzuheben. Damit wird verhindert, dass sich zwei Behörden teilweise mit fast gleichlautenden Fragestellungen beschäftigen. Bereits heute führen einige Kantone die Kompetenzen in der Hand des Gerichtes zusammen. Diese Zuteilung hat sich bewährt, bedeutet aber keinen wesentlichen Fortschritt, da die Aufhebung der verfahrensrechtlichen Zweispurigkeit betreffend die bedingte Entlassung noch zu ergänzen ist.

- b) *Zusätzlich: Bedingte Entlassung durch unabhängige Gerichte statt weisungsabhängige Vollzugsbehörden*

Der Vorentwurf zielt darauf ab, die Zuständigkeiten über den Bestand von therapeutischen Massnahmen einheitlich zu regeln und die Zuständigkeit zur Aufhebung in jedem Fall dem Strafgericht zuzuweisen (Erläuternder Bericht, S. 21). Dabei ging aber ein wichtiger Entscheid vergessen: die bedingte Entlassung aus der Massnahme. Diese Lücke ist umso verwunderlicher, als bereits heute die Kompetenz des Sachgerichtes für den bedingten Entlassungsentscheid aus einer Verwahrung in gewissen Fällen beim Sachgericht vorgesehen ist (vgl. Art. 64 Abs. 3 StGB).

Dass über Freiheit respektive Unfreiheit einer Person ein Gericht entscheiden soll, ist ein uralter rechtsstaatlicher Grundsatz. Die Zuständigkeit des Sachgerichtes ist vorzusehen, weil sonst Art. 5 Ziff. 4 EMRK verletzt wird. Dies haben nicht zuletzt die beiden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für

Menschenrechte Fuchser respektive Derungs gegen die Schweiz gezeigt (EGMR Fuchser gegen Schweiz, Urteil Nr. 55894/00, 13. Juli 2006; Derungs gegen Schweiz, Urteil Nr. 52089/09, 10. Mai 2016). Der Entscheid über den Bestand der Sanktion hat durch das Sachgericht zu erfolgen. Es ist daher die Kompetenzordnung zwingend zu ändern.

Die bedingte Entlassung aus einer freiheitsentziehenden Massnahme ist damit kein Vollzugsentscheid, sondern betrifft wie die Aufhebung oder Beendigung den Bestand der Massnahme. Hier unterscheidet sich das Massnahmenrecht vom übrigen Strafrecht. Bei Freiheitsstrafen ist die bedingte Entlassung durchaus eine Frage des blossen Vollzugsrechts. Das hängt damit zusammen, dass Freiheitsstrafen zeitlich befristet sind. Die bedingte Entlassung ist hier gleichsam eine Frage des Übergangsmanagements. Bei Massnahmen hingegen gibt es grundsätzlich keine vordefinierte Länge. Die betroffene Person wird erst durch die Aufhebung respektive bedingte Entlassung aus der Sanktion entlassen. Der Entscheid über die bedingte Entlassung ist damit eine materiell-rechtliche Entscheidung, da er den Bestand der Sanktion an sich beschlägt.

Ein bedeutender materieller Entscheid über den Bestand der Sanktion hat eine unabhängige und nicht weisungsgebundene Behörde zu treffen. Vollzugsbehörden sind nicht unabhängig. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass in verschiedenen Kantonen Weisungen bestehen, wie diese Behörden wann zu entscheiden haben (vgl. Rohner, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Zürich 2016, N 636 ff.). Hinter vorgehaltener Hand geben Vollzugsmitarbeitende sodann an, dass sie von den politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern auch Anordnungen im Einzelfall erhalten. Dies ist ein systemisches Problem der Weisungsgebundenheit dieser hierarchischen Behörde. Es ist erfreulich, dass beispielsweise der Kanton Wallis schon heute für die Frage der bedingten Entlassung ein unabhängiges Gericht vorsieht. Diese bewährte Zuständigkeit ist auch im Bundesrecht zu übernehmen. Statt den weisungsabhängigen Vollzugsbehörden ist der Entscheid über die bedingte Entlassung von unabhängigen Gerichten zu treffen. Nur eigentliche Vollzugsfragen sollen weiterhin in der Kompetenz des Strafvollzugs und damit der weisungsgebundenen Exekutive bleiben.

Es ist deshalb eine sachgemässe Kompetenzordnung vorzusehen. Die für den Vollzugsentscheid zuständige Behörde hat unverzüglich über das Gewähren der bedingten Entlassung respektive Aufhebung zu entscheiden. Sie begleitet den Fall ohnehin und muss daher kein Erkenntnisverfahren mehr durchführen. Über eine Entlassung respektive Aufhebung kann sie daher in eigener Kompetenz entscheiden. Dies ist eine Art kurzes Vorverfahren, ähnlich dem Vorgehen bei einem Haftentlassungsgesuch nach Art 228 StPO. Lehnt die für den Vollzugsentscheid zuständige Behörde eine beantragte Entlassung oder Aufhebung ab, hat sie den Fall innert drei Tagen dem Sachgericht zu überweisen. Das Sachgericht entscheidet dann über die bedingte Entlassung respektive Aufhebung.

c) *Fazit betreffend Änderung der Zuständigkeit*

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die geplanten Änderungen der Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung von therapeutischen Massnahmen ergänzt werden müssen durch eine Zuständigkeit der Gerichte auch bei bedingten Entlassungen. Art. 5 Ziff. 4 EMRK fordert hier ein Gericht.

Diese Kompetenzverschiebung von den weisungsabhängigen Vollzugsbehörden an die unabhängigen Gerichte zeitigt noch weitere Folgen. Im Rahmen der bedingten Entlassung durch das Gericht sind keine Fachkommissionsempfehlungen mehr einzuholen. Die Fachkommissionen sind Beratergremien des Vollzuges und nicht Einflussfaktoren auf die Judikative (vgl. auch unten II. 6.).

5. Rechtsmittellegitimation der Vollzugsbehörden **(Art. 65a VE-StGB sowie Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 8 VE-BGG)**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fehlt der Vollzugsbehörde ein rechtlich geschütztes Interesse zum Einlegen eines Rechtsmittels. Rechtsmittel sind durch die Staatsanwaltschaft zu vertreten. Neu sollen auch die Vollzugsbehörden bei Entscheiden über die Aufhebung, Verlängerung oder Änderung von therapeutischen Massnahmen ein Rechtsmittel ergreifen können.

Dieser Vorschlag ist abzulehnen. Bei der Aufhebung, Verlängerung oder Änderung von therapeutischen Massnahmen handelt es sich nicht um Vollzugsentscheide. Es handelt sich um materielle Entscheide über das Bestehen des weiteren Sanktionsanspruchs. Hier ist bereits aus strukturellen Gründen nicht die Vollzugsbehörde angesprochen, sondern wie schon im erstinstanzlichen Verfahren die Staatsanwaltschaft. Diese Rolle kommt der Staatsanwaltschaft zu. Die Vollzugsbehörden haben sich dagegen auf Vollzugsfragen zu konzentrieren und sind für die Resozialisierung während des Vollzuges und das Übergangsmanagement zuständig. Die Vollzugsbehörden können ihre Beobachtungen während des Vollzuges den Parteien im Strafverfahren zukommen lassen. Dabei ist das rechtliche Gehör zu gewähren. Parteistellung soll diese Verwaltungsbehörde nicht erlangen.

Zusammenfassend ist die vorgeschlagene Änderung der Rechtsmittellegitimation der Vollzugsbehörden abzulehnen. Dies betrifft sowohl die geplante Revision des StGB als auch des BGG.

6. Arbeitsweise, Zusammensetzung und Beizug der Fachkommissionen **(Art. 62c Randtitel, 62d Abs. 2, Art. 62e, 64 Abs. 5, 64a Randtitel, 64b Abs. 2 Bst. c, 75a Abs. 1 und 3, 90 Abs. 1 und 1^{bis}, 91a und 91b VE-StGB, Art. 28 Abs. 3 VE-JStG)**

Bei den Änderungen betreffend die Fachkommissionen sollen die Ausstandsvorschriften präzisiert werden. Ansonsten trägt der Vorentwurf bisher nichts dazu bei, die Unwucht dieses Konstrukts in rechtsstaatliche Bahnen zu lenken. Rechtstheoretisch solid vermessen wurde dieses Gremium im Entstehungsprozess nie. Seine Genese ist eine Reaktion einer tagespolitisch geprägten Praxis auf ein letztlich massiv ge- oder übersteigertes Sicherheitsbedürfnis der Öffentlichkeit und einen internationalen Trend hin zu einer Sicherheitsgesellschaft. Diese sozialhistorischen

Rahmenbedingungen erklären dessen juristisch einmalige, ausserhalb der herkömmlichen Rechtstradition stehende Charakteristik.

a) *Arbeitsweise und Zusammensetzung der Fachkommissionen*

Bereits die Arbeitsweise der Fachkommissionen genügt rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht. Die Kommissionen tagen nicht öffentlich und einsehbare Protokolle über deren Sitzungen existieren nicht. Es ist nicht festgelegt, auf welchen Grundlagen die Meinungsäusserung der Kommission zu fussen hat. Regelmässig wird in Empfehlungen auf vorhandenes Aktenmaterial, namentlich Gutachten und Therapieberichte, Bezug genommen. Die betroffene Person weiss in der Regel aber nicht abschliessend, auf welcher Basis die Fachkommission ihren Entscheid gefällt hat. Die Akten, welche der Kommission vorliegen, werden nicht offengelegt. Teilweise werden sogar eigene zusätzliche Abklärungen getätigt. Dabei stellt sich nicht nur die Frage des Akteneinsichtsrechts, sondern auch weiterer Parteirechte. Die Anhörungen des Verurteilten oder der Vollzugsbehörde sind selbstverständlich zu protokollieren. Es dürften keine Beweiserhebungen, die später indirekt in den Entscheid einfliessen, unter Ignorierung der Parteirechte durchgeführt werden.

Die Fachkommissionen sind sodann einseitig zusammengesetzt. Bereits in der gesetzlichen Konzeption der personellen Regelung kommt damit eine repressive Grundhaltung zum Ausdruck. Die Kantone können zwar neben den vom Gesetz vorgesehenen noch zusätzlich andere Vertretungen, beispielsweise Richter, Verteidigerinnen oder Opfervertreter in die Kommission berufen. Zumindest in der Deutschschweiz ist dies soweit ersichtlich kaum erfolgt. Die Fachkommissionen vermögen damit das Anliegen der Pluridisziplinarität nicht zu erfüllen. Der Stratenwerth'sche Paukenschlag aus dem Jahre 1999 scheint nicht an Aktualität verloren zu haben: Die Kommission gewährleiste in ihrer Zusammensetzung nur eines, nämlich des Übergewicht kustodialer Interessen über Persönlichkeitsrechte (Stratenwerth, Die freiheitsentziehenden Massnahmen im bundesrätlichen Entwurf für die Revision des AT StGB, ZStrR 1999, S. 277, 289).

b) *Kein erweiterter Beizug der Fachkommissionen*

Fachkommissionen geben Empfehlungen zuhanden der Vollzugsbehörden ab. Fachkommissionen beschränken sich im Gegensatz zu Gutachtern aber nicht darauf, eine sachverständige Expertise zu erstatten, sondern sind explizit dazu aufgerufen, auch juristisch zu würdigen und Rechtsfragen vor dem eigentlichen Entscheid zu beantworten. Diese Feststellung spiegelt sich auch in der Literatur. Fast unisono werden die Fachkommissionen als faktisches Entscheidungsgremium bezeichnet.

Die Fachkommissionen sind zusammenfassend aus mehreren Gründen rechtsstaatlich bedenklich und es wäre angezeigt, von ihnen abzusehen. Der Vorentwurf geht aber in die entgegengesetzte Richtung und will ihre Position stärken, indem der Anwendungsbereich ausgedehnt wird. Der Vorentwurf sieht die Einholung von solchen Empfehlungen nun sogar im Hinblick auf Gerichtsentscheidungen des Sachgerichtes vor (vgl. Art. 62e Bst. c, Art. 64b Abs. 2 Bst. c, Art. 95a Abs. 5 VE-StGB). Und auch im Jugendstrafrecht soll die Fachkommission nun ihre Empfehlungen abgeben (Art. 19 Abs. 1^{bis}, Art. 19c

Abs. 2 Bst. c, Art. 27 Abs. 2 Bst. c VE-JStG). Explizit soll darüber hinaus festgehalten werden, dass die Fachkommissionen ihre Empfehlung abgehen im Hinblick auf den gerichtlichen Entscheid der Aufhebung einer Massnahme (vgl. Art. 91a Abs. 2 Bst. c VE-StGB). Es kann nicht angehen, dass die Fachkommission über ihre heutige Rolle hinweg sogar noch als einseitiges Beratungsgremium des Gerichts auftreten. Mindestens sind daher die Fälle zu beschränken, wann die Fachkommissionen beigezogen werden. Bei materiell-rechtlichen Entscheiden des Gerichts wie beispielsweise den neu bei Gericht vorzusehenden bedingten Entlassungen ist die Fachkommission in keinem Fall beizuziehen. Der Vorentwurf ist somit anzupassen.

7. Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen

(Art. 41a, 62 Abs. 4 Bst. b und Abs. 5, 62f, 89a, 93, 94, 95 Randtitel und Abs. 2, 95a VE-StGB, Art. 34a^{bis} VE-MStG)

Ein Übergangsmanagement ist wichtig für die Legalbewährung der betroffenen Person. Dieses Übergangsmanagement hat aber in erster Linie vor der Entlassung der Person zu erfolgen und sollte zeitlich beschränkt werden. Nach Verbüßung der verschuldensabhängigen Strafe und vollendetem Sanktionsvollzug sind weitere Eingriffe in die Freiheitsrechte eines Betroffenen nicht mehr gerechtfertigt.

Über diese grundsätzlichen Bedenken hinaus, vermögen auch die faktischen Möglichkeiten der Regelung nicht zu überzeugen. Die Konsequenzen einer Widerhandlung gegen Bewährungshilfe und Weisungen können nur leicht sein, um mit der BV und EMRK vereinbar zu sein. Sowohl das Doppelbestrafungsverbot als auch Art. 5 EMRK setzen dabei Schranken. Es ist beispielsweise nicht möglich, durch eine Rückversetzung auf die bereits beendete Massnahme zurückzukommen. Eine Busse, wie sie Art. 295 StGB bei Missachtung von Bewährungshilfe und Weisungen maximal androhen kann, ist kaum sachgerecht.

Es kann schliesslich nicht angehen, dem Staat – allenfalls sogar lebenslänglich – die Verantwortung für die Verhinderung künftiger Straftaten zu überbinden. Die vorgesehene Ausweitung der Bewährungshilfe weckt falsche Erwartungen und überträgt dem Justizvollzug eine letztlich nicht erfüllbare Aufgabe. Der Vorentwurf scheint hier eine trügerische Sicherheit für die weitere Legalbewährung einer Person zu wecken, die so nicht eingehalten werden können.

Zusammenfassend ist auf den Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen zu verzichten.

III. Stellungnahme zu den Bestimmungen im Vorentwurf JStG (Vorlage 2)

Die Vorlage 2 stellt eine Gefährdung der Prinzipien des Jugendstrafrechts dar. Der Vorentwurf ist nicht sachgerecht und in Gänze zu verwerfen.

1. Gefährdete Prinzipien des Jugendstrafrechts

a) *Ausrichtung des Jugendstrafrechts*

Das Jugendstrafrecht folgt einem Schutz- und Erziehungsgedanken. Es beruht auf zwei grundlegenden Annahmen:

- Zum einen ist die Straftat eines jugendlichen Menschen auch vor dem Hintergrund seines Reifungszustandes und seiner persönlichen Entwicklung zu sehen.
- Zum anderen ist die jugendliche Person in ihren Einstellungen und ihrem Verhalten noch nicht festgelegt und deshalb für erzieherische Beeinflussung erreichbar.

Bei der Beurteilung jugendlicher Straftäter sind daher andere Massstäbe heranzuziehen und die strafrechtlichen Sanktionen anders zu gestalten als bei erwachsenen Straftätern. Das Jugendstrafrecht setzt sich den Schutz und die Erziehung der Jugendlichen zum Ziel (JStG Art. 2 Abs. 1). Diese Stossrichtung hat sich in der Praxis ausserordentlich gut bewährt.

b) *Paradigmenwechsel durch Vermengung von Jugend- und Erwachsenenstrafrecht*

Die Vorlage 2 sieht einen Paradigmenwechsel für das Jugendstrafrecht vor. Neu sollen gegen jugendliche Straftäter ohne eine neue Anlasstat freiheitsentziehende Sanktionen des Erwachsenenstrafrechts verhängt werden können.

Dieser Vorentwurf stellt eine Durchbrechung der Trennung zwischen Jugendstrafrecht und Erwachsenenstrafrecht dar. Es überrascht, dass dieser Paradigmenwechsel nicht explizit thematisiert wird und diese neue Verwahrung für jugendliche Straftäter als «naheliegend» bezeichnet wird. Die Aufhebung der Trennlinie ist entgegen dem erläuternden Bericht neu und von grosser Tragweite. Es mag zwar sein, dass schon heute jugendstrafrechtliche Massnahme in Ausnahmefällen in Anstalten für Erwachsene vollzogen werden können (so Erläuternder Bericht, S. 62). Dabei handelt es sich aber um Vollzugsmodalitäten im Einzelfall. Es geht nicht um eine Anwendung des materiellen Erwachsenenstrafrechts auf jugendliche Straftäter. Der fundamentale Unterschied zwischen Jugendstrafrecht und Erwachsenenstrafrecht liegt darin, ob eine erwachsene Person eine strafbare Handlung begeht, oder eine Person, die noch mitten in ihrer persönlichen Entwicklung steht und in einem andauernden Reifungsprozess begriffen ist. Diese Person ist eine Jugendstraftäterin oder ein Jugendstraftäter. Das spätere Volljährigwerden dieser Person macht sie nicht nachträglich zu einem Erwachsenenstraftäter.

c) *Schädliche Auswirkungen auf das Jugendstrafrecht als Ganzes*

Die vorgeschlagene Änderung hat nicht den Schutz und die Erziehung des Jugendlichen zum Ziel, sondern bezweckt Vergeltung und Sicherung. Die Vorlage untergräbt damit die Ziele des Jugendstrafrechts. Es steht zu befürchten, dass diese Durchbrechung sich auf das Jugendstrafrecht als Ganzes auswirkt. Betroffen sind in erster Linie die Entscheidungsträger und Vollzugsverantwortlichen. Sie haben nicht mehr nur eine möglichst jugendgerechte Sozialisierung oder Resozialisierung als Aufgaben, sondern es werden ihnen Verwahrungsinstrumente an die Hand

gegeben. Auch der Jugendstraftäter selbst hat im Vollzug gerade bei therapeutischen Gesprächen zu befürchten, dass eine spätere Verwahrung droht. Eine Mitarbeit in der Therapie kann aus Sicht der Betroffenen heikel sein und wäre wohl aus anwaltlicher Sicht oftmals nicht mehr geboten. Jugendliche werden unter das Damoklesschwert der lebenslangen Wegsperrung gestellt. Der angebliche Nutzen der vorgeschlagenen Bestimmungen in Einzelfällen, steht damit in keinem Verhältnis zu den möglichen negativen Auswirkungen auf das gesamte Jugendstrafrecht.

2. Braucht es die (aufgeschobene) Verwahrung für Jugendliche?

a) Vorgeschlagene Regelung

Bisher endeten Sanktionen gegen Jugendliche spätestens mit ihrem 25. Lebensjahr. Der Vorentwurf schlägt nun eine Regelung vor, die es erlaubt, im Anschluss an die jugendstrafrechtliche Sanktion eine Massnahme des StGB anzuordnen. Zu Diskussion steht eine aufgeschobene Verwahrung für Jugendliche. Die Anordnung würde zu einem Zeitpunkt erfolgen, wenn die verschuldensabhängige Jugendstrafe bereits verbüsst wäre. Sodann wäre die Anordnung an keine neue Anlasstat geknüpft.

b) Unzuverlässige Prognose bei Kindern und Jugendlichen

Folglich sprechen wir in den betroffenen Fällen von Person, die als Jugendliche eine schwere Straftat gegangen haben, die seither aber während mindestens sieben Jahren aber keine Tat mehr begangen haben. Weder beging sie anstaltsintern eine solche Tat, noch während einer Vollzugslockerung. Die Legitimation der der nachträglichen Massnahme findet sich folglich weder in der Schuld noch in einer neuen Anlasstat. Vielmehr soll die Massnahme alleine auf die Zuschreibung von Gefährlichkeit gestützt werden.

Es wurde bereits dargelegt, dass die Gefährlichkeit ein zugeschriebenes statistisches Risiko darstellt. Es handelt sich nicht um eine Eigenschaft einer Person. Sodann ist die Prognose eines Risikos ohnehin schon mit grosser Unsicherheit behaftet. Diese Unsicherheit akzentuiert sich nochmals bei Ersttätern. Die Verwahrung von Ersttätern war schon im Erwachsenenstrafrecht umstritten. Diese Unsicherheit wird nochmals verstärkt bei Jugendlichen Straftäterinnen oder Straftätern. Selbst die forensische Psychiatrie spricht davon, dass eine Prognose in solchen Fällen nicht zuverlässig zu stellen ist (vgl. Erläuternden Bericht, S. 57).

Wenn man sich dies Ausgangslage vor Augen führt, fragt sich, ob tatsächlich von einer klaffenden «Sicherheitslücke» betreffend gefährliche Jugendstraftäter ausgegangen werden kann. Bei einem jugendlichen Ersttäter, der während seines mehrjährigen jugendstrafrechtlichen Vollzugs keinen Rückfall erlitten hat, kann schlechterdings nicht zuverlässig auf eine Gefährlichkeit geschlossen werden. Daran ändern auch die im erläuternden Bericht vorgetragenen Einzelfälle nichts. Es ist bezeichnend, dass auf den Einzelfall T.B. gegen die Schweiz Bezug genommen wird (Erläuternder Bericht, S. 57). Dieser angebliche Grund für die massive Verschärfung wurde nach dem Strassburger Verdikt freigelassen und befindet sich gemäss einem neueren bundesgerichtlichen Entscheid in einem

Wohnexternat in Zürich. Dort lebt er in einem begleiteten Wohnheim und wird bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt unterstützt (BGer 5F_14/2019 vom 22. Juni 2020, E. Sachverhalt A.g). Es gilt deshalb nicht nur im Englischen: «Hard cases make bad laws», sondern auch im Schweizer Jugendstrafrecht: Aus vermeintlich gefährlichen Einzelfällen sollte kein abstraktes Gesetz entspringen, welches die Grundprinzipien des Jugendstrafrechts als Ganzes gefährdet.

c) Ohnehin: Aufgeschobene Verwahrung kollidiert mit der BV und der EMRK

Der Verzicht ist umso gebotener, als eine auf diese Weise aufgeschobene Verwahrung mit dem Doppelbestrafungsverbot und dem Art. 5 EMRK kollidiert. Es kann ohne neue Anlasstat keine neue Sanktion ausgesprochen werden, die im Urteilszeitpunkt nicht möglich gewesen wäre. Das Jugendgericht hätte keine Verwahrung des Jugendlichen anordnen können. Deshalb kann diese nachträgliche Sanktionierung auch unmöglich einen genügenden Konnex zum jugendstrafrechtlichen Verfahren aufweisen (Art. 5 EMRK) und verletzt darüber hinaus das Doppelbestrafungsverbot. Die Dispositivziffer mit einem Vorbehalt ändert daran nichts.

d) Fazit zur aufgeschobenen Verwahrung von Jugendlichen

Zusammenfassend ist auf die Änderungen betreffend die aufgeschobene Verwahrung von Jugendlichen zwingend zu verzichten.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Ausführungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen



Melanie Aebli
Vorstandsmitglied DJS



Manuela Hugentobler
Geschäftsleiterin DJS

STELLUNGNAHME

Zur Änderung des Jugendstrafgesetzes (Vorlage 2); Vernehmlassung zuhanden des Bundesamts für Justiz

1. Ausgangslage Motion Caroni 16.3142

Im heutigen Recht der jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen (Art. 12 ff. JStG) gibt es eine Lücke. Die Behörde kann einen Täter in einer geschlossenen Einrichtung unterbringen lassen, entweder für den persönlichen Schutz oder für die Behandlung der psychischen Störung oder für den Schutz Dritter vor schwerwiegender Gefährdung durch den Jugendlichen (Art. 15 Abs. 2 Bst. b JStG). Sobald der Jugendliche aber das 25. Altersjahr vollendet hat, enden alle Massnahmen des Jugendstrafrechts (Art. 19 Abs. 2 JStG). Anschließende Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts sind nur bei Personen zulässig, die wegen psychischer Störung bzw. wegen geistiger Behinderung od. schwerer Verwahrlosung schutzbedürftig sind (Art. 426 ZGB). Eine reine Drittgefährdung kann aber nach aktueller Bundesgerichtspraxis keine Grundlage für einen Freiheitsentzug im Rahmen einer FU bilden (BGE 145 III 441). Kann keine restliche Freiheitsstrafe vollzogen werden, so muss die betroffene Person in die Freiheit entlassen werden, auch wenn sie noch für Drittpersonen gefährlich ist.

Es wird nun vorgeschlagen, diese Lücke dahingehend zu schließen, als dass bei einem Jugendlichen, der eine sehr schwere Straftat begangen hat, im jugendstrafrechtlichen Grundurteil Massnahmen nach den Artikeln 59-61 und 64 Abs. 1 StGB vorbehalten werden können, wenn im Zeitpunkt des Grundurteils von einer Rückfallgefahr auszugehen ist. Die vorbehaltenen Massnahmen sollen dann später vom Erwachsenengericht auf Antrag der Vollzugsbehörde angeordnet werden, wenn die betroffene Person volljährig geworden ist und wenn am Ende ihrer jugendstrafrechtlichen Strafe oder Massnahme die ernsthafte Gefahr besteht, dass sie wieder eine sehr schwere Tat begehen wird.

2. Stellungnahme zur Vorlage

2. a. Zielsetzung

- Die Vorlage 2 stellt für spezifische Einzelfälle ein Vorschlag dar, um die in der Motion benannten und oben aufgeführten Lücke zu schließen, um so dem Präventionsanspruch der Gesellschaft Rechnung zu tragen.

- Wenn die Person die Altersobergrenze von 25 Jahren erreicht hat oder wenn die geschlossene Unterbringung wegen fehlender Wirkung oder fehlendem Platzangebot aufgehoben wird, kann dann im Anschluss an die geschlossene Unterbringung eines Jugendlichen, bei nach wie vor bestehendem Gefährdungspotential für Drittpersonen, eine Massnahme des StGB angeordnet werden.
- Ganz grundsätzlich sind stationären Massnahmen des StGB (Art. 59, 60, 61 und 64 StGB) geeignet, eine geschlossene Unterbringung nach Jugendstrafrecht abzulösen.

Allerdings sprechen auch Gründe gegen das vorgeschlagene Modell:

2. b. Kritikpunkte

- Grundsätzlich wird der Vorschlag 2 eine Verschärfung der bisherigen Gesetzgebung bringen, was sich auch in der praktischen Umsetzung auswirken wird, im Sinne eines allgemein restriktiveren Umgangs mit minderjährigen Straftätern.
- Insbesondere drängt sich dabei die Frage auf, ob die vorgeschlagenen Anpassungen der geltenden Gesetzgebung (mit Blick auf die potenziellen Systemauswirkungen) aufgrund nur sehr weniger Einzelfälle gerechtfertigt sind. Wie die Gesprächsrunden im Rahmen der Anhörung der Experten ergeben haben (siehe „Erläuternder Bericht zur Änderung des Strafgesetzbuches und zur Änderung des Jugendstrafgesetzes“ (Vorlage 2); Kapitel 3.1.4. „Anhörung von Experten“; S. 57), gibt es in der Schweiz nur eine sehr kleine Anzahl minderjähriger Straftäter (5-7), die aus dem jugendstraf-rechtlichen Straf- und Massnahmenvollzug entlassen werden müssen und bei denen eine anschließende Sicherungsmassnahme notwendig ist (in dieser Zahl sind die jugendlichen Straftäter, die nach Entlassung aus dem Strafvollzug in eine Fürsorgerische Unterbringung (FU) eingewiesen werden, eingeschlossen!). **Die Gesetzgebung und insbesondere das Jugendstrafgesetz sollten sich nicht an wenigen schwerwiegenden Einzelfällen orientieren und danach ausrichten.**
- Auch wenn stationäre Massnahmen des StGB (Art. 59, 60, 61 und 64 StGB) grundsätzlich geeignet sind, eine geschlossene Unterbringung nach Jugendstrafrecht abzulösen, stellt sich schon die Frage, wie sinnvoll es ist, dass wenn unter dem Art 15 Abs. 2 Bst.b JStG keine Fortschritte erzielt

werden konnten, die Massnahme im StGB (die u.U. am selben Ort weitergeführt wird), vorzubehalten. Dies gilt insbesondere für die therapeutischen Massnahmen.

- Trotz des Deliktatalogs wäre der Anwendungsbereich für die Möglichkeit vorbehaltener Massnahmen nach Erwachsenenstrafrecht zu weit. Damit würde dem Ermessen der Verfahrensleitung zu viel Raum bleiben, zumal es bei schweren Delikten wohl aufgrund von Reputationsüberlegungen fast systematisch zur Anwendung des Vorbehalts käme, um sich nicht ex post den Vorwurf machen zu müssen, wenn sich ein Fall nicht wie vorhergesehen entwickelt. Damit wäre eine inflationäre Anwendung dieser Ausnahmeregelung absehbar.
- Bereits die Diskussion um die Frage, wie hoch die Rückfallgefahr bzw. Rückfallwahrscheinlichkeit sein muss, damit die Anordnung eine Massnahme nach Erwachsenenstrafrecht gerechtfertigt ist, macht klar, wie schwierig es sein wird, eine solche Frage verlässlich zu beantworten. Im Jugendalter ist es kaum möglich und schon gar nicht über mehrere Jahre hinweg, verlässliche Prognosen zu stellen. Es fehlt an entsprechenden, wissenschaftlich evaluierten Instrumenten und verbindliche Richt- und Leitlinien, wie ein solcher Vorbehalt durch die Behörden bzw. Sachverständigen begründet bzw. untermauert werden kann. Es ist daher zu befürchten, dass ein sogenanntes „Bauchgefühl“ seitens der Behörden bzw. des Sachverständigen richtungsweisend wird.
- Wenn ein Straftäter, der zum Zeitpunkt der Tat 16 oder 17 Jahre alt war und weder erziehbar noch therapierbar war, aber dann seinen schuldangemessenen Freiheitsentzug ohne Probleme abgesessen hat, wird es die Vollzugsbehörde schwer haben, die vorbehaltene Massnahme zu verlangen. Die Einschätzung der Gefahr, die von einer bestimmten Person ausgeht, mit einer erneuten schweren Tat rückfällig zu werden, ist auch vom Kontext und vom Empfangsraum abhängig. Es ist zu befürchten, dass die Vollzugsbehörde auf diese Fragestellung keine klare Antwort zur Verfügung stellen kann.
- Ein straffälliger Jugendlicher hat weder in der Wahl der Institution noch in der Wahl des Therapeuten ein Mitspracherecht. Die geschlossene Unterbringung bzw. die Behandlung kann auch gegen seinen Willen durchgesetzt werden. Es ist aber bekannt, dass diesbezügliche Passungsprobleme den Verlauf negativ beeinflussen können. Ebenso können Negativeffekte (negative Einflüsse von einschlägigen Peerkontakten) im Rahmen von Vollzugseinrichtungen eine Rolle spielen. Betrachtet man diese Aspekte, ergibt sich, dass ein den Vorbehalt aktivierenden Sachverhalt (d.h. eine negative Entwicklung im Laufe

des Vollzugs einer Schutzmassnahme) nicht immer dem Jugendlichen, sondern auch dem Versorgungssystem zugeschrieben werden kann. Entsprechend scheint es ungerecht, Jugendliche später mit der Anordnung einer erwachsenenstrafrechtlichen Massnahme die Nachteile vollständig tragen zu lassen, wenn auch systemische Probleme zu diesem Ergebnis beigetragen haben.

- Ein im Grundurteil eingebrachter Vorbehalt kann auch ein Labelingeffekt haben, was auf der einen Seite den Umgang des Umfeldes mit dem minderjährigen Straftäter prägt. Andererseits kann aber auch ein Vorbehalt die kriminelle Einstellung des Jugendlichen verfestigen, insofern als dass die sehr häufig zu findende, feindliche Einstellung des Jugendlichen gegenüber dem justiziellen System sich noch verschärft. Auch besteht die Gefahr, dass kriminelle Peers es besonders „cool“ finden, dass sie ein Vorbehalt im Grundurteil haben, und die Jugendlichen sich dann auch dann dementsprechend verhalten.

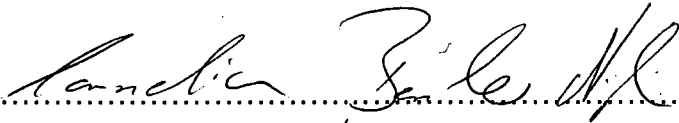
2. c. Fazit

Zwar könnte mit dem Vorschlag in der Tat eine Problematik bei hochgefährlichen Personen adressiert werden. Wir sind aber trotzdem der Ansicht, dass aufgrund des anzunehmenden ausweitenden Charakters der vorgeschlagenen Regelung (Gefahr der systematischen Anwendung anstelle der vorgesehenen Fokussierung auf Einzelfälle), unnötiger Weise zu viele junge Menschen im justiziellen System festgehalten werden. Zudem werden mit dem Vorschlag 2 Fragestellungen aufgetan, für die zurzeit keine fachlichen Antworten zur Verfügung stehen: Gerade im Jugendalter ist es kaum möglich und schon gar nicht über mehrere Jahre hinweg, verlässliche Prognosen zu stellen. Insbesondere fehlt es an entsprechenden wissenschaftlich evaluierten Instrumenten und verlässlichen Leitlinien, wie ein solcher Vorbehalt im jugendstrafrechtlichen Grundurteil durch die Behörden bzw. durch Sachverständige begründet bzw. untermauert werden soll. Mit dem Einbringen eines Vorbehalts im jugendstrafrechtlichen Grundurteil können zudem die im Anwendungsbereich des JStG erfolgenden Wiedereingliederungsbemühungen auf Seiten der Behörden und des Jugendlichen abgeschwächt werden.

Zürich, 25.08.2020

Zürich, 25.08.2020

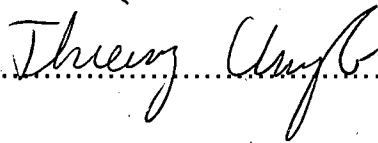
Cornelia Bessler Nigl



Volker Schmidt



Thierry Urwyler



Dr. med. Cornelia Bessler Nigl

Präsidentin EFCAP-CH

www.efcap.ch/

Forschung & Entwicklung Justizvollzug und Wiedereingliederung Kanton Zürich

www.zh.ch/de/direktion-der-justiz-und-des-innern/justizvollzug-wiedereingliederung/forschung-entwicklung.html

Dr. med. Volker Schmidt

Präsident der Sektion Kinder- und Jugendforensik

der Schweizerischen Gesellschaft für Forensische Psychiatrie SGFP

www.swissforensic.ch/

zebt. | Zentrum für Begutachtung und Therapie

www.zebt.ch

Dr. iur. Thierry Urwyler

Universität Luzern

<https://www.unilu.ch/>

A-Post Plus

Frau
Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Vorsteherin EJPD
3003 Bern

Per Mail auch an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Zug, 2. September 2020

Änderung des Strafgesetzbuches (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug) Stellungnahme zu der geplanten Gesetzesänderung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Die Fachkonferenz Bewährungshilfe des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz (FKB) nimmt zu den geplanten Gesetzesänderungen in Bezug auf den Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen wie folgt Stellung:

Die Gesetzesvorlage beabsichtigt durch Ausweitung der Bewährungshilfe und Weisungen auf die Zeit nach Verbüssung einer Freiheitsstrafe (Endstrafe) bzw. nach einer Aufhebung einer Massnahme eine Sicherheitslücke zu schliessen. Dabei sollen Verlängerungen sooft möglich sein, wie «es im Einzelfall erforderlich ist».

Diese Neuerung ist aus Sicht der FKB sowohl aus praktischen, rechtsstaatlichen und sicherheitstechnischen Gründen gefährlich bzw. bedenklich und daher abzulehnen.

Durch Anordnung von Bewährungshilfe und/oder Weisungen, wird sich eine Person in Freiheit, die sich im Vollzugssetting renitent und uneinsichtig gezeigt hat, nicht beeinflussen lassen. Die konstruktive Zusammenarbeit einer solchen Anordnungen setzt ein Mindestmass an Kooperationsbereitschaft und Verlässlichkeit voraus. Die Personen aus der für diese neuen Regelungen vorgesehenen Zielgruppe, fehlen oftmals diese Voraussetzungen. Die Mittel und Werkzeuge bzw. die juristischen Konsequenzen, welche den Bewährungsdiensten (welche im Regelfall für die Umsetzung dieser Anordnungen zuständig sind) zur Verfügung stehen, vermögen die vom Gesetzgeber beabsichtigte Sicherheit nicht zu gewährleisten. Die Erwartungen, die mit solchen Anordnungen verbunden sind, können daher mit den gegebenen Mitteln nicht erfüllt werden. Dies in Bezug auf die Erwartungen aus Politik/Gesellschaft versus Hilflosigkeit bei Nichtbefolgen durch den Täter und in Verbindung mit dem bestehenden politischen Wunsch, die «Verantwortlichen» für allfällige Rückfälle haften zu lassen.

Weiter stellt sich die Frage, für wie lange ein Täter im «strafrechtlichen» Setting behalten werden kann/soll (Verhältnismässigkeit) Diese Fälle können zudem in ein kantonales Bedrohungsmanagement aufgenommen werden, sofern die nötigen Instrumente fehlen. Dies erachten wir als zielführender und praktikabler. Der Bewährungshilfe die Verantwortung zur Verhinderung künftiger Straftaten bei untherapierbaren Tätern aufzubürden, welche die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung nicht erfüllen (und bei denen von einem erheblichen Rückfallrisiko ausgegangen wird), ist nicht akzeptabel.

Die Aufnahme einer Regelung betreffend griffiger Reaktionsmöglichkeiten bei Nichteinhalten der Bewährungshilfe und Weisungen wäre wirkungsvoller als das geplante Vorgehen. Mit der vorliegenden Lösung können die Anordnungen wohl verlängert oder abgeändert werden, der Täter kann ermahnt werden und es kann eine Busse ausgesprochen werden. Eine Rückversetzung ist bei abgelaufenen Strafen oder aufgehobenen Massnahmen nicht mehr möglich. Auch die Anordnung einer Sicherheitshaft oder eines polizeilichen Sicherheitsgewahrsams nach StPO ist aus rein präventiven Gründen zum heutigen Zeitpunkt nicht möglich. So bleiben die angeordnete Bewährungshilfe und die Weisungen wie bis anhin «zahnlos», wobei durch die vorgesehene Ausweitung keinerlei Verbesserung erwartet werden kann. Im Gegenteil wecken diese falschen Erwartungen bezüglich einer vermeintlichen Sicherheit.

Die FKB lehnt diesen Gesetzesentwurf daher entschieden ab.

Freundliche Grüsse



Beatrice Würsch
Co-Präsidentin der FKB NWI-CH

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Vorsteherin EJPD
3003 Bern

Per Mail auch an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Basel, 20. August 2020

Stellungnahme der Fachkonferenz der Einweisungs- und Vollzugsbehörde (FKE) des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweizer Kantone zur Änderung des Strafgesetzbuches (Sicherheit im Straf- und Massnahmenvollzug: Gezielte Massnahmen zur Verbesserung)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die FKE erlaubt sich auch ohne Einladung zur geplanten Änderung des Strafgesetzbuches Stellung zu nehmen. Mit der geplanten Änderung soll gezielt der Schutz vor gefährlichen Straftätern weiter verbessert werden. Mit diesem Augenmerk werden die Gesetzesvorschläge in der nachfolgenden Stellungnahme analysiert und entsprechend Stellung bezogen.

Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug (Ziff. 1.2.2 / 1.3.1 / 2.1)

Das Verbot von unbegleiteten Ausgängen in dem der Verwahrung vorausgehenden Vollzug der Freiheitsstrafe steht im Widerspruch zum durch die Vorlage tel quel belassenen und in diesem Kontext nicht erwähnten Art. 64 Abs. 3 StGB und dem dafür nötigen Stufenvollzug bzw. den stufenweisen Lockerungen. Gemäss Art. 64 Abs. 3 StGB kann der Inhaftierte nämlich aus dem vorausgehenden Vollzug der Freiheitsstrafe bedingt entlassen werden. Der neue Art. 84 Abs. 6^{bis} StGB schliesst aber grundsätzlich unbegleitete Urlaube aus, mithin auch während des offenen Vollzugs. Wie soll man aber ohne diese Progressionsstufe erkennen können, ob "anzunehmen sei, der Täter werde sich in Freiheit bewähren"? Zwischen diesen beiden Gesetzesbestimmungen besteht ein unauflösbarer Widerspruch.

Einen weiteren Widerspruch in sich enthält der im Bericht, S 19, festgehaltene Satz: *"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 sind und sich in offenen Vollzugsformen befinden."* Demgegenüber sollen gemäss Bericht die begleiteten Urlaube im geschlossenen Vollzug entweder durch die Polizei oder entsprechend geschultes Personal (in der Praxis Mitarbeitende des Sicherheitsdienstes) begleitet werden. Diese Begleitpersonen sind lediglich hinsichtlich Sicherheit geschult aber nicht, was die während des Ausgangs einzuschätzenden Verhaltensweisen betrifft. Insofern können aus solchen Urläuben keine Rückschlüsse auf die Gefährlichkeit des Inhaftierten gezogen werden. Selbst dann nicht, wenn zusätzlich eine therapeutisch geschulte Person anwesend ist, da der Urlaub unter derart strengen Sicherheitsmassnahmen keine realistische Einschätzung mehr zulässt. Dies wäre aber Voraussetzung, um eine Versetzung in ein offenes Setting unter dem Aspekt der Gefährlichkeit überhaupt prüfen zu können. Sollte aber so verfahren werden, wie in der Gesetzesrevision vorgesehen, müsste quasi eine Risikoeinschätzung im Hinblick auf die Versetzung in den offenen Vollzug

aufgrund des im geschlossenen Vollzugs intramural gezeigten Verhaltens erfolgen, was aber nur sehr beschränkte bzw. gar keine Aussagekraft besitzt.

Zudem ist zu bedenken, dass mittlerweile in allen Kantonen bei Verwahrten bedeutend strengere Massstäbe angewendet werden und hinsichtlich Öffnungen grösste Zurückhaltung besteht, so dass solchen Lockerungen regelmässig eine gutachterliche Stellungnahme und/oder eine Beurteilung der Fachkommission vorausgeht, womit letztlich wirklich nur Verwahrten Lockerungen bewilligt werden, bei denen es verantwortbar ist.

Aus den genannten Gründen wird dieser Gesetzesvorschlag abgelehnt.

Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung (Ziff. 1.2.3 / 1.3.2. / 2.2)

Im Sinne der Verfahrensökonomie wird dieser Vorschlag unterstützt. Redaktionell ergibt sich aber folgende Frage: Wenn die Vollzugsbehörde nach 3 Jahren die bedingte Entlassung prüft und ablehnt, erfolgt dann die nächste Prüfung erst wieder nach 3 Jahren oder gilt dann in der Folge, dass erneut dreimal in Folge jährlich eine Ablehnung erfolgen muss, damit die erneute 3-jährliche Prüfung greift? Um diese Unsicherheit zu beseitigen, würden wir es begrüssen, dies entweder im Gesetzestext oder aber zumindest in der Botschaft zu klären.

Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen (Ziff. 1.2.4 / 1.3.3 / 2.3)

Es ist zu begrüssen, dass der Zeitpunkt des "rechnerischen Massnahmenantritts" gesetzgeberisch gelöst werden soll. Nachdem weder der Gesetzesentwurf noch der Kommentar sich zur Frage einer allfälligen Anrechnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft äussern, gehen wir davon aus, dass dies nicht erfolgen soll. Nachdem zuletzt die Frage der Anrechnung durch das Bundesgericht offen gelassen wurde (Urteil 6B_95/2020 vom 20. Februar 2020, E. 2.10.) wäre es im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert, dies explizit in Art. 57a StGB oder wenigstens im Bericht zu erwähnen.

Sodann fällt auf, dass die Abs. 1 und 2 gegenüber 3 unterschiedlich formuliert sind: hier "ist... zu berechnen", da "beginnt...", was zur Frage führt, ob damit inhaltliche Unterschiede beabsichtigt sind, wovon allerdings nicht ausgegangen wird. Um solche Unklarheiten von vornherein auszuschliessen, wäre es angezeigt, die Abs. 1 und 2 gleich zu gestalten wie Abs. 3 ("...so berechnet sich die ...").

Zuständigkeiten bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme; Rechtsmittellegitimation Vollzugsbehörde (Ziff. 1.2.5 / 1.3.4 / 2.4)

Die Lösung, dass künftig die Gerichte auf Antrag der Vollzugsbehörde über die Aufhebung der Massnahme entscheiden, überzeugt nicht: Als Argument wird ausgeführt, dass die bisherige Zweiteilung zu widersprüchlichen Entscheiden führe (Bericht S. 14). Die Möglichkeit besteht durchaus, allerdings ändert die vorgesehene Kompetenzneuverteilung daran nichts: Gemäss Bericht (S. 32) muss die Vollzugsbehörde immer einen Antrag an das Gericht stellen, wenn die betroffene Person ein schriftliches und begründetes Gesuch um Aufhebung einreicht. Nun kann es sein – und dies kommt in der Praxis nicht selten vor – dass die Vollzugsbehörde bei der jährlichen Prüfung (Art. 62d Abs. 1 StGB) eine Weiterführung der Massnahme als indiziert erachtet. Im Rahmen der jährlichen Prüfung einer stationären Massnahme ist sie in der Folge verpflichtet, dies auch zu verfügen (wogegen der Inhaftierte natürlich rechtsmittellegitimiert ist). Stellt der Betroffene aber gleichzeitig ein Gesuch um Aufhebung muss die Vollzugsbehörde Antrag ans Gericht auf Nichtaufhebung der Massnahme stellen, womit sich genau wieder diese Zweiteilung auftut. Wenn die Zweiteilung nicht gewünscht wird, so müssten konsequenterweise sämtliche mit dem Vollzug zu treffenden Entscheide, wie z.B. im Rahmen der jährlichen Prüfung der Massnahme, den Gerichten zugewiesen werden.

Als weiteres Problemfeld wird ausgeführt, dass das geltende Recht in gewissen Konstellationen nach Aufhebung der alten und vor der Anordnung der neuen Massnahme der Freiheitsentzug nach den Bestimmungen der Sicherheitshaft aufrechterhalten bleibe. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich mit der neuen Kompetenzzuordnung nichts ändern wird. Zu denken ist an die Fälle, bei denen vor Entscheid des Strafgerichts die Massnahmendauer abläuft. Auch in diesen Fällen wird zur Aufrechterhaltung des

Freiheitsentzuges Sicherheitshaft anzuordnen sein (eine provisorische Verlängerung der Massnahme ist weder im StGB noch in der StPO vorgesehen). Zudem ist es nicht richtig, dass mit Anordnung der Sicherheitshaft immer eine Versetzung in eine Strafanstalt erfolgt. Dies dürfte nämlich überwiegend die Fälle betreffen, bei denen die stationäre Massnahme rechtskräftig aufgehoben und ein Antrag ans Strafgericht auf Verwahrung gestellt wurde. Bei Anträgen auf Verlängerung und Anordnung von Sicherheitshaft beispielsweise erfolgt der Vollzug der Letzteren regelmässig in der gewohnten Massnahmeninstitution.

Sodann ist richtig, dass das EGMR die analoge Anwendung im Nachverfahren als konventionswidrig bezeichnet hat. Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in seinem Folgeentscheid 1B_24/2020 vom 3. Februar 2020 festgehalten hat, dass sich seine Praxis entgegen den Ausführungen des EGMR durchaus auf eine konstante Rechtsprechung stützen lasse, weshalb es an der analogen Anwendung festhalte (Erw. 3.2. ff.). Im Übrigen wäre es auch ein leichtes, mit dieser Gesetzesvorlage die Gelegenheit zu nutzen, nun endlich auf Bundesebene eine Gesetzesgrundlage für die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft zu schaffen.

Bezüglich des im Bericht genannten Fallbeispiels ist Folgendes festzuhalten: Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb das Gericht im Wissen um die rechtlichen Folgen der Vollzugsbehörde nicht entweder die Möglichkeit eingeräumt hat, ihren Antrag zurückziehen, die Massnahme aufzuheben und einen Antrag auf Verwahrung zu stellen oder zumindest in ihrem Entscheid der Vollzugsbehörde eine kurze Frist eröffnete, um entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Dies wäre an sich die pragmatische und der Sicherheit der Bevölkerung dienende Vorgehensweise gewesen.

Um künftig dieses erkannte Problem endgültig zu lösen, wird Folgendes vorgeschlagen: Im Gegensatz zur heutigen Rechtslage soll das Gericht im Nachverfahren ohne Abwarten der Rechtskraft des Aufhebungsentscheides einen Nachentscheid fällen können. D.h., sollte das Gericht dem Antrag der Vollzugsbehörde auf Verlängerung der stationären Massnahme nicht nachkommen, kann es selbständig die Massnahme aufheben und – wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind – die Verwahrung anordnen.

Abgesehen von dem soeben erwähnten Ausnahmefall gibt es keine Gründe dafür, dass der Abbruch immer und generell durch ein Gericht beurteilt werden müsste. Der damit verbundene zusätzliche Aufwand für alle Beteiligten (Vollzugsbehörde, Staatsanwaltschaft, Gericht) ist nicht zu rechtfertigen. Insgesamt erachten wir die neue Kompetenzverteilung als verfehlt und unnötig.

Zusammensetzung und Beizug der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern (Ziff. 1.2.6 / 1.3.5 / 2.5)

Die erhebliche Ausweitung der zwingenden Begrüssung der Fachkommission ist völlig unnötig, bzw. ist nicht ersichtlich, welches (nicht-)Problem damit gelöst werden soll: Unseres Wissens war eine allfällige nicht-Begrüssung der Fachkommission in keinem der dramatischen Fälle der letzten Jahre Teil des Problems. Diese Ausweitungen ziehen teilweise zeit- und kostenintensive Leerläufe mit sich, welche Verfahren unnötig verlängern und Ressourcen sowohl der Fachkommission als auch der Vollzugsbehörden für andere, wichtige Dinge bindet.

Dazu noch eine grundsätzliche Anmerkung: Die Vollzugsbehörden sind, auch wenn es für sie keine Bestimmung im Sinne des neuen Art. 91a StGB gibt, in fachlicher Hinsicht sehr gut aufgestellt (verfügen sie doch mehrheitlich über eine tertiäre Ausbildung und entsprechende forensische Weiterbildungen), arbeiten sehr professionell und sind sich ihrer Verantwortung bestens bewusst. Zudem hat mit der Einführung des Risikoorientierten Sanktionenvollzugs (ROS) in beiden deutschsprachigen Konkordaten eine weitere Professionalisierung stattgefunden. Bei geringsten Zweifeln werden die Fälle der FK vorgelegt und sei es nur zum Selbstschutz. Die vorgeschlagene schematische Vorlagepflicht trägt dieser Entwicklung zu wenig Rechnung und führt ohne Mehrwert für die Sicherheit zu einer erheblichen Überlastung der Fachkommission, die in einigen Bereichen bereits heute grosse Mühe hat, das erforderliche Personal zu rekrutieren.

Insgesamt erscheint die Änderung rein politisch motiviert zu sein, zumal ein Nichtproblem mit diesem Ansatz gelöst werden soll.

Desgleichen gilt für den Art. 91a Abs. 3 StGB, der was wie folgt festhält: *«Falls die Kommission die Einweisung in eine offene Einrichtung oder die Gewährung von Vollzugsöffnungen befürwortet, gibt sie eine Empfehlung zu den Vollzugsmodalitäten ab.»* Auch hier ist nicht ersichtlich, welches Problem gelöst werden soll. Aufgabe der Fachkommission ist die Einschätzung von geplanten Vollzugsöffnungen vor dem Hintergrund der individuellen Gefährlichkeit. Dabei skizziert die Vollzugsbehörden die nötigen flankierenden Massnahmen (Vollzugsmodalitäten) zu denen die Fachkommission Stellung nehmen kann. Keinesfalls aber ist der Mechanismus umzudrehen, so dass die Fachkommission sich ungefragt zu allfälligen Vollzugsmodalitäten äussert. Dies wäre ein schwerer Eingriff in die Vollzugskompetenzen der Vollzugsbehörde, der so nicht hinnehmbar ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit der schematischen Vorlagepflicht und der Übergabe der Bestimmung der Vollzugsmodalitäten an die Fachkommission eine erhebliche (und vor allem unnötige) Beschneidung der Kompetenzen der Vollzugsbehörden erfolgt, welche wohlgerne mittlerweile auf einem höchst professionellen Niveau arbeiten. Dies wiederum hätte zur Folge, dass sehr gut qualifizierte Mitarbeitende zu quasi Wasserträgern degradiert und damit demotiviert würden. Letztlich hiesse dies, dass ausgerechnet für die Fallführung bei als gefährlich einzustufenden Klienten weniger qualifiziertes Personal rekrutiert werden könnte.

Eine etwas ausführlichere Regelung der Fachkommission ist durchaus in Ordnung, einschliesslich der Ausdehnung der (in der Praxis meist längst längst erweitert angewandten) Ausstandsregeln.

Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen (Ziff. 1.2.7 / 1.3.6 / 2.6)

Hier liegt einer der Kernbereiche. Allerdings behandelt die Vorlage nur einen Teilbereich und lässt das grössere Problem ungelöst: Verlängerungen der Probezeit / Weisungen / Bewährungshilfe oder (neu) deren selbständige Anordnung nach Ende der Sanktion mögen in bestimmten Fällen nützlich oder notwendig sein. Aber viel vordringlicher, auch im Fall des Kantons SO dramatisch zu Tage getreten, ist die Frage der Reaktionsmöglichkeiten auf die Nichteinhaltung von Weisungen. Darauf gibt die Vorlage leider keine Antwort. Die blosser Verlängerung irgendwelcher Anordnungen, Ermahnungen, weitere (in der Folge genauso nicht eingehaltene) Weisungen etc. sowie die Möglichkeit von Bussen nach Art. 295 StGB sind äusserst zahnlose Instrumente, und die neuen Möglichkeiten der Anordnung nach Sanktionsende "erben" diese Zahnlosigkeit und sind damit gerade in renitenten Fällen ihrerseits ebenso hilflos wie unwirksam. Die neuen Bestimmungen erwecken Erwartungen, welche in der Praxis – wegen Zahnlosigkeit – nicht eingelöst werden können, für die involvierten Behörden und Stellen bedeuten aber eine grosse, weder beeinfluss- noch bewältigbare Belastung.

Das eigentliche Problem ist, wie auch im Fall des Kantons SO ersichtlich, dass es für den Fall der Nichtbeachtung von Weisungen etc. keine wirksamen Instrumente gibt, weder für die direkt damit befasste Bewährungshilfe noch für die anordnenden Behörden (Gericht oder Vollzugsbehörde). Genau dieses Problem wird jedoch durch die Vorlage nicht behoben. Das eine, gesetzliche Kriterium "Rückversetzung erst bei neuen Delikten" passt nicht auf das andere "Sicherung bei Gefährlichkeit (welche sich nicht durch neue Straftaten äussert)". Ohnehin ist eine Rückversetzung bei einer abgeschlossenen Strafe nicht möglich; das zeigt aber das grundsätzlichere Problem dieses "Approachs" auf, nämlich, dass der Bereich "Strafrecht" verlassen wird und man sich im Bereich "Bedrohungsmanagement" befindet. Die Vorlage vermischt dies auf eine unseres Erachtens ungeschickte Art. Gerade der Fall des Kantons SO zeigt exemplarisch auf, dass ohne griffige Instrumente bei Renitenz des Betroffenen keine erfolgreiche Einwirkung stattfinden kann.

Wir befürworten deshalb, ausserhalb des Strafrechts eigenständige Instrumente für das Bedrohungsmanagement zu schaffen. Das StGB könnte sich dann für weitere Massnahmen nach Vollzugsende ähnlich Art. 62c Abs. 5 StGB auf einen Hinweis betreffend frühzeitige Meldungen an die für das Bedrohungsmanagement zuständigen Behörden beschränken. Das freilich würde voraussetzen, dass es a) solche Behörden flächendeckend gibt und diesen b) entsprechende griffige präventive Instrumente zur Verfügung stehen.

Sodann ist die Passage auf S. 27 des Berichtes nicht nachvollziehbar: *"Wenn diesbezüglich eine schwere Gewalttat zu befürchten wäre, könnte nach den Regeln der StPO gegebenenfalls eine Sicherheitshaft oder ein kantonaler polizeilicher Sicherheitsgewahrsam angeordnet werden."*

Die StPO enthält, wie die Vorlage 2 Absätze weiter unten ausführt, bezüglich künftiger, noch nicht begangener Delikte keine gesetzliche Grundlage hierfür. Ebenso wenig kantonrechtliche Bestimmungen des Polizeirechts. Sowohl die Bestimmungen der StPO wie auch die kantonrechtlichen Bestimmungen beziehen sich auf Fälle, bei denen sich die betroffene Person noch im Vollzug befindet nicht aber auf Fälle nach definitivem Sanktionsende.

Die Vorlage erörtert wortreich und weitgehend zutreffend, weshalb sie keine erhöhten Strafdrohungen oder gar Präventiv- oder Sicherheitshaft schaffen will oder kann - aber nochmals: Eine Ausweitung (inhaltlich wie zeitlich) von Kontrollmöglichkeiten (und damit auch –verantwortung) ist ohne entsprechende Reaktionsmöglichkeiten ungriffig und führt eben nicht zu der gewünschten Prävention. Der Absatz auf S. 25 *"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)."* ist eine gefährliche Vorspiegelung von reinem Wunschdenken: mit der Erweiterung allein kann bei renitenten Personen – und nur diese führen zu den bekannten dramatischen Fällen – rein gar nichts verhindert werden. Die neuen Regelungen hätten nach den verfügbaren Informationen im Fall des Kantons SO überhaupt nichts geändert.

Es wird deshalb die Auffassung vertreten, dass die zeitliche und inhaltliche Erweiterung rein gar nichts bringt ausser falsche, nicht einlösbare Erwartungen an die involvierten Behörden. Die Ausführungen betreffend die Schwierigkeiten, wirksame Reaktionsmöglichkeiten bei Nichtbeachtung der Weisungen zu schaffen, sind insgesamt sicherlich zutreffend, aber damit bleibt das eigentliche Problem genauso ungelöst wie bisher. Insofern ist die Ausweitung in renitenten Fällen genauso unbeholfen und unwirksam wie der Status quo.

Insgesamt wird deshalb diese Änderung abgelehnt.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, unser Fachwissen im Rahmen dieser Stellungnahme einbringen zu können und hoffen sehr, dass Sie diese berücksichtigen.

Hochachtungsvoll für die FKE

lic. iur. Sabine Uhlmann
FKE Präsidentin



Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen
Fédération Suisse des Psychologues
Federazione Svizzera delle Psicologhe e degli Psicologi

Ansprechpartner: Muriel Brinkrolf
Direktnummer: +41 31 388 88 41
muriel.brinkrolf@fsp.psychologie.ch

Bern, 29. September 2020

Elektronischer Versand
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Stellungnahme der FSP zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter

Die Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen (FSP) begrüsst den Schritt des Bundesrats, mit gezielten Massnahmen in den zwei separaten Vorlagen Verbesserungen im Straf- und Massnahmenvollzug zu erreichen. Als Berufsverband der Psychologinnen und Psychologen vertritt die FSP in diesem Vernehmlassungsverfahren die Interessen ihrer Mitglieder, die in Institutionen des Straf- und Massnahmenvollzug arbeiten sowie jene, die als Dienstleistungserbringer im Bereich der Forensischen Psychologie und der Rechtspsychologie tätig sind. Die FSP äussert sich dabei zu den einzelnen Schwerpunkten beider Vorlagen und bringt Änderungsvorschläge an.

Vorlage 1: StGB

Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte

(Art. 84 Abs. 6^{bis} und 6^{ter}, Art. 90 Abs. 4^{bis})

In Erfüllung der vom Ständerat abgeänderten Motion 11.3767 Rickli sollen Artikel 84 und 90 dahingehend abgeändert werden, dass unbegleitete Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte ausgeschlossen sind. Die FSP unterstützt diese Änderungen sowie die Regelung, dass auch im vorausgehenden Strafvollzug keine unbegleiteten Urlaube gewährt werden können. Im Hinblick auf die Wichtigkeit von Vollzugsöffnungen für die Prognosestellung für eine mögliche bedingte Entlassung unterstützt die FSP klar die Regelung in Artikel 90 Abs 2^{bis}. Diese erlaubt, dass verwahrten Tätern, die jedoch von den zuständigen Behörden als nicht mehr gefährlich eingestuft werden, die Möglichkeit geboten werden kann sich bei Vollzugsöffnungen wie beispielsweise unbegleiteten Ausgängen zu bewähren.

Obwohl die Thematik der Haftbedingungen in der Verwahrung nicht Gegenstand dieser Revision ist, möchte die FSP trotzdem bei dieser Gelegenheit auf den Handlungsbedarf im Bereich der Verbesserung der Lebensqualität für Verwahrte hinweisen. In aller Regel bleiben Verwahrte, die ihre Strafe verbüsst haben, in den gleichen Institutionen und unter den gleichen Bedingungen inhaftiert wie solche im Strafvollzug, obwohl sie ab dann einzig wegen ihrer Gefährlichkeit resp. aus präventiven Gründen eingeschlossen bleiben. Die Haftbedingungen im Verwahrungsvollzug sind nicht vom verübten Strafdelikt abhängig zu machen, sondern liberaler als im Strafvollzug auszugestalten. Gerade die Tatsache, dass sich Verwahrte in der Regel durch ihr Alter, durch die lange Dauer ihrer Haft und ihre oft schlechte psychische Gesundheit stark von anderen Inhaftierten unterscheiden, verlangt, dass die damit verbundenen besonderen Bedürfnisse und Herausforderungen in der Ausgestaltung des Verwahrungsvollzugs angemessen berücksichtigt werden.

Überprüfung der Verwahrung

(Art. 64b Abs. 3)

Die FSP erachtet es als sinnvoll, die jährliche Überprüfung der bedingten Entlassung so anzupassen, dass diese nach dreimaligem negativen Entlassungsentscheid erst nach drei Jahren von Amtes wegen wieder zu prüfen ist. Hier erachten wir es als richtig, sich nicht wie die Motion 17.3572 forderte auf das negative Gutachten zu beziehen, sondern auf den Entscheid der Vollzugsbehörde, der sich auf die Gutachten stützt. Gutachten werden nicht zwingend jährlich erstellt, sondern dann, wenn sie wegen veränderter Verhältnisse ihre Aussagekraft eingebüsst haben. Somit kann sich die Vollzugsbehörde beim Entscheid über die bedingte Entlassung auch auf die Ergebnisse aus einer früheren Expertise abstützen.

Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

(Art. 57 a)

Die FSP befürwortet die Kodifizierung und Präzisierung der bundesrechtlichen Rechtsprechung zur Erlangung einer einheitlichen Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden Massnahmen in der Praxis. Die Bestimmungen unter Artikel 57 räumen die Unsicherheiten bezüglich der Berechnung der Fristen aus, was wir begrüssen.

Zuständigkeiten bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme

(Art. 62c Abs. 1 und 5, Art. 62d, Abs. 1, Art. 63a Abs 1 und 2)

Die FSP teilt die Meinung des Bundesrats, dass die zweigeteilte Zuständigkeit bei der Änderung einer Sanktion in der Praxis Schwierigkeiten bereitet und ineffizient ist und eine Gefahr besteht, dass widersprüchliche Entscheide getroffen werden. Wir befürworten somit die vorgeschlagenen Änderungen zu den Artikeln 62 und 63 nach der Variante A, welche bewirken, dass dieselbe Behörde welche über eine Änderung, Verlängerung oder Aufhebung einer Massnahme entscheidet, in einem ersten Schritt über deren Aufhebung urteilt. Die FSP ist damit einverstanden, dass diese Entscheide in jedem Fall in die Zuständigkeit des Gerichts fallen sollen. Variante B erachten wir als weniger effizient und nicht sachgerecht.

Zusammensetzung und Beizug der Fachkommission

Die FSP begrüsst es, dass mit den vorgeschlagenen Präzisierungen zu Artikel 62d, 64 und 75a sowie den neuen Bestimmungen in den Artikeln 62e und 95a die Fälle, in denen die Fachkommission beizuziehen ist, klar definiert werden und damit eine gewisse Vereinheitlichung in den Verfahren der neun verschiedenen Fachkommissionen erreicht wird.

In Bezug auf die Zusammensetzung der Fachkommission begrüsst die FSP die Öffnung für andere Fachpersonen als die bisher abschliessend genannten Kategorien. Damit wird eine Anpassung vorgenommen, die in einigen der Kommissionen bereits gelebte Praxis ist. Speziell begrüssen wir die Ergänzung in der Kategorie «Vertreter der Psychiatrie» mit dem Zusatz «oder Psychologie». Damit wird der wichtige Beitrag aus dem Fachbereich der Rechtspsychologie und der Forensischen Psychologie in der Gefährlichkeits- und Risikobeurteilung klar anerkannt. Im Sinne der Qualitätssicherung begrüssen wir die neue Bestimmung in Artikel 91a Abs 4, die sicherstellt, dass die Fachkommissionsmitglieder die nötige Qualifikation für ihre Aufgabe mitbringen. Gleichermassen erachten wir die Ausdehnung der Frage der Befangenheit auf alle Mitglieder der Fachkommission als unabdingbar.

Ausbau der Bewährungshilfe und Weisungen

Die FSP unterstützt den vom Bundesrat vorgeschlagenen Ausbau der Bewährungshilfe und Weisungen, um die Sicherheitslücke zu schliessen, die sich daraus ergibt, dass ein Täter nicht therapierbar ist, aber die Voraussetzungen für eine Verwahrung nicht erfüllt. Wir sind einig mit dem Bundesrat,

dass davon abgesehen werden muss, den Anwendungsbereich der Verwahrung für die Behebung dieses Sicherheitsproblems auszudehnen. Wir teilen auch die ablehnende Haltung des Bundesrats gegenüber der Einführung einer neuen Aufsichtsmassnahme für die Schliessung der Sicherheitslücke.

Vorlage 2: JStG

Die FSP begrüsst es, dass der Bundesrat eine Gesetzesänderung vorgesehen hat, um die Sicherheitslücke, welche besteht, wenn Straftäter, die am Ende der jugendstrafrechtlichen Sanktion weiter als gefährlich eingestuft werden, jedoch die Kriterien für eine fürsorgliche Unterbringung nicht erfüllen, zu beheben. Die Tatsache, dass es laut Experten heute in der Schweiz nur eine sehr kleine Anzahl (5-7) von minderjährigen Straftätern betrifft (vgl. erl. Bericht S. 57), welche aus dem Jugendstrafrechtlichen Straf- und Massnahmenvollzug entlassen werden müssen, schwächt den Handlungsbedarf unserer Meinung nach nicht.

Die FSP teilt die Meinung des Bundesrats, dass es viele Gründe gibt, eine stationäre Massnahme des Erwachsenenstrafrechts im Anschluss an eine Entlassung aus dem jugendstrafrechtlichen Vollzug anzuordnen. Im Hinblick darauf, dass die vorgeschlagene Neuerung sich darauf beschränkt, die Motion Caroni umzusetzen und nur die kleine Gruppe sehr gefährlicher Straftäter erfassen will, unterstützt die FSP die vorgeschlagene Änderung des JStG.

Einbezug von Fachpersonen aus dem Bereich Kinder- und Jugendpsychologie oder -psychiatrie

In Bezug auf die Begutachtung bei der Beantragung einer stationären Massnahme nach Art. 19c ist die FSP der Meinung, dass die Vollzugsbehörde ihren Antrag nicht wie in Art. 91c Abs. 2 Bst. b vorgeschlagen nur auf die Einschätzung einer Fachperson aus dem Erwachsenenbereich beschränken soll. Gerade weil das Delikt im Jugendalter begangen wurde, sollte zwingend eine Fachperson aus dem Bereich der Kinder- und Jugendpsychologie (Kinder-/Jugend-Rechtspsychologie oder Forensik) oder -psychiatrie beigezogen werden, um sicherzustellen, dass die entwicklungspsychologischen und -psychiatrischen Aspekte Berücksichtigung finden und in die Beurteilung einfließen. Gleiches schlagen wir für die analoge Regelung unter Art. 27a Abs. 2 Bst. b vor, wenn es um die Beantragung einer vorbehaltenen Massnahme geht.

Die FSP bedankt sich für die Möglichkeit der Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Yvik Adler
Co-Präsidentin FSP

Stephan Wenger
Co-Präsident FSP

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
CH-3000 Bern

Per E-Mail: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Winterthur, 30. September 2020

Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmepaket Sanktionenvollzug); Vorlage 2

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, uns im Rahmen des obengenannten Vernehmlassungsverfahrens äussern zu können.

Kinderanwaltschaft Schweiz als unabhängiger, überkonfessioneller und parteipolitisch neutraler Verein bietet Kindern und Jugendlichen in allen sie betreffenden rechtlichen Verfahren unabhängige Hilfe und Unterstützung. Der Verein fördert und unterstützt auf Grundlage der UN-Kinderrechtskonvention und der Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz mit gezielten Massnahmen die Sensibilisierung und die Umsetzung einer kindgerechten Justiz in der Schweiz.

Die Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz (im folgenden *Leitlinien*) basieren auf bereits bestehenden internationalen und europäischen Standards für eine kindgerechte Justiz vor, während und nach Gerichtsverfahren.

Kinderanwaltschaft Schweiz begrüsst grundsätzlich das Anliegen bestehende Sicherheitslücken zu schliessen. Dies darf aber nicht zu Lasten der Kinderrechte geschehen. Insbesondere gelten die Kinderrechte auch für beschuldigte Jugendliche. Die vorgeschlagene Änderung des Jugendstrafgesetzes stellt unseres Erachtens nicht den richtigen Weg dar.

Das Jugendstrafgesetz wurde mit dem Grundgedanken von Schutz und Erziehung der minderjährigen Straftäter*innen geschaffen, wie es auch in Art. 2 JStG festgehalten ist. Es soll in erster Linie keine Strafe im eigentlichen Sinn angeordnet werden, sondern Massnahmen, um Jugendlichen die Chance eines weiteren straffreien Lebens zu geben. Die vorgeschlagene Änderung widerspricht diesem Leitgedanken, indem sie für bestimmte Täter*innen Ausnahmen davon schaffen will.

Die Vorlage sieht die Möglichkeit einer Anordnung stationärer Massnahmen nach Art. 59, 60, 61 und 64 Abs. 1 StGB vor. Sprich die Behandlung von psychischen Störungen, Suchtbehandlung, Massnahmen für junge Erwachsene und die Verwahrung. Es handelt sich dabei um freiheitsentziehende Massnahmen.

Wie im erläuternden Bericht zu dieser Vorlage erwähnt, ist die Hirnreifung beim Menschen erst spätestens mit dem 23. – 24. Lebensjahr abgeschlossen. Vor diesem Hintergrund erscheint es stossend, Jugendlichen aufgrund einer Tat, welche sie noch in der Phase ihrer persönlichen Entwicklung begangen haben, in Aussicht zu stellen, im schlimmsten Fall auf unbestimmte Zeit verwahrt zu werden.

Auch wenn es sich im Zeitpunkt des jugendstrafrechtlichen Urteils erst um den Vorbehalt einer verlängernden freiheitsentziehenden Massnahme handelt, ist diese Möglichkeit so schwerwiegend, dass sie unter Umständen die Arbeit mit dem Jugendlichen zur Resozialisierung erschweren oder gar verhindern kann. Mit der Angst leben zu müssen, allenfalls sehr lange oder gar nicht mehr frei zu kommen, kann sich hemmend auf die Entwicklung auswirken. Jugendliche brauchen konkrete Ziele und die Sicherheit, zu welchem Zeitpunkt sie wieder in Freiheit sind.

Sie müssen eine Perspektive haben und die Möglichkeit, ohne Angst in ihre Zukunft blicken zu können. Dieser Grundgedanke ist auch in Art. 40 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention festgehalten. Demnach soll jedes Kind, das der Verletzung der Strafgesetze verdächtigt, beschuldigt oder überführt wird, in einer Weise behandelt werden, die das Gefühl des Kindes für die eigene Würde und den eigenen Wert fördert, seine Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten anderer stärkt und das Alter des Kindes sowie die Notwendigkeit berücksichtigt, seine soziale Wiedereingliederung sowie die Übernahme einer konstruktiven Rolle in der Gesellschaft durch das Kind zu fördern.

Massnahmen und Strafen, die gegen Kinder verhängt werden, die mit dem Gesetz in Konflikt geraten sind, sollten stets konstruktive und auf die Einzelperson zugeschnittene Antworten auf die begangene Tat sein. Dabei sind der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, das Alter des Kindes, sein körperliches und seelisches Wohlergehen und seine Entwicklung sowie die Umstände des Falls berücksichtigt werden (Leitlinien, Erster Teil, Abschnitt IV, lit. E, Ziff. 82).

Art. 37 lit. a der UN-Kinderrechtskonvention verpflichtet die Vertragsstaaten zudem keine lebenslangen Freiheitsstrafen ohne Aussicht auf vorzeitige Entlassung für Straftäter unter 18 Jahren zu verhängen. Auch wenn eine solche frühzeitige Entlassung nicht ausgeschlossen wird, so kann diese Änderung im Resultat doch zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe führen. Sie missachtet den Grundgedanken, jugendlichen Straftätern die Möglichkeit einer Resozialisierung zu geben.

Auch die Leitlinien halten fest, dass jede Form des Freiheitsentzugs bei Kindern auf das angemessene Minimum beschränkt werden muss (Leitlinien, Erster Teil, Abschnitt IV, lit. A, Ziff. 19) und eine Rehabilitation und Reintegration sollten garantiert sein (Leitlinien, Erster Teil, Abschnitt IV, lit. E, Ziff. 82).

Die vorgeschlagene Änderung richtet sich gegen grundlegende Gedanken der UN-Kinderrechtskonvention, der Leitlinien und des Jugendstrafrechts. Kinderanwaltschaft Schweiz kann sich deshalb nicht hinter die vorgeschlagene Änderung stellen und wünscht eine erneute Auseinandersetzung mit dem Thema.

Für die Berücksichtigung unserer Standpunkte danken wir Ihnen.

Freundliche Grüsse

Kinderanwaltschaft Schweiz



Katja Cavalleri Hug

lic.iur.

Stv. GF, Leiterin Behörden und Gerichte
und Kinderanwält*innen



Corina Ringli

MLaw

Juristische Mitarbeiterin
Kinder und Jugendliche



Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
3003 Bern

Bern, 30. September 2020
10.18.01/hof

Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug); Stellungnahme der KKJPD

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Vorstand der KKJPD bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme und für die Fristverlängerung bis Ende September 2020.

I. Änderungen des Strafgesetzbuches (Vorlage I)

Die Bemühungen, Unklarheiten im Sanktionenrecht zu beheben und Schwachstellen auszumerzen, werden vom Vorstand der KKJPD begrüsst. Allerdings weist der vorliegende Entwurf in verschiedener Hinsicht Mängel auf, die eine Überarbeitung erforderlich machen. Auch wurde es unseres Erachtens verpasst, weitere dringende Anliegen im Sanktionenrecht aufzunehmen.

Vorab halten wir deshalb Folgendes fest:

1. Zentral sind für uns taugliche Handlungsmöglichkeiten, wenn Sexual- bzw. Gewaltstraftäter mit einer ungünstigen Legalprognose aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug entlassen werden müssen, weil beispielsweise eine therapeutische Massnahme gescheitert ist und die Voraussetzungen für die Anordnung der Verwahrung nicht gegeben sind. Die Vorschläge zum Ausbau der Bewährungshilfe sind ungenügend und können unsererseits in der vorliegenden Form nicht unterstützt werden (vgl. unten lit. F).
2. Der moderne Sanktionenvollzug in der Schweiz erfolgt risikoorientiert (siehe auch Ziff. 3.3. und 3.4. des Grundlagenpapiers der KKJPD für den strafrechtlichen Sanktionenvollzug vom 13. November 2014). Wir würden es begrüssen, wenn der risikoorientierte Sanktionenvollzug auf Gesetzesstufe verankert und als einheitliche Vorgabe ins StGB aufgenommen würde.
3. Der Informationsaustausch unter den Behörden und mit den anderen, an einem Straf- oder Massnahmenvollzug beteiligten Stellen ist zentral für die interdisziplinäre, auf das gemeinsame Ziel der Rückfallvermeidung ausgerichtete Zusammenarbeit. Dies gilt namentlich auch für die Zusammenarbeit mit therapeutischen Fachpersonen im Rahmen von forensischen Behandlungen. Um Risikofaktoren zu erkennen und das Rückfallrisiko beurteilen zu können, braucht es eine breit abgestützte Informationsbasis (siehe Ziff. 2.3 des Grundlagenpapiers der KKJPD für den

strafrechtlichen Sanktionenvollzug vom 13. November 2014). Dafür sollte eine einheitliche und klare gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Zudem besteht in der Praxis der Bedarf, Informationen zum Umfeld und den Kontakten des Täters einholen bzw. überprüfen sowie Drittpersonen orientieren zu können, wenn diese ein überwiegendes, schützenswertes Interesse an der Information haben. Eine Regelung dieser praktischen Fragestellungen auf Gesetzesstufe erachten wir ebenfalls als prüfenswert.

4. Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, ob die Probezeit bei teilbedingten Strafen – wie vom Bundesgericht am 9. November 2017 (6B_257/2017) entschieden – von Gesetzes wegen um die Zeit des Strafvollzugs verlängert wird. Die vorliegende Gesetzesänderung sollte genutzt werden, diese Unsicherheit mit allenfalls weitreichenden Folgen für die betroffenen Personen mit einer eindeutigen Regelung zu beseitigen.
5. Die derzeitige Regelung in Art. 87 StGB schränkt die Möglichkeiten in der Nachbetreuung (Bewährungshilfe und Weisungen) für die Vollzugsbehörden stark ein. Die gesetzliche Minimaldauer von einem Jahr erweist sich in der Praxis für eine wirksame Nachbetreuung häufig als zu kurz. Diesem Umstand könnte begegnet werden, indem die Dauer der Probezeit (wie früher) in der Entlassungsverfügung (unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes) festgelegt würde. Eine entsprechende Anpassung des Gesetzestextes ist zu prüfen.

Zu den einzelnen Themenbereichen in der Vorlage nehmen wir gerne wie folgt Stellung:

A. Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug ausschliessen

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

Nach dem entsprechenden Motionsauftrag sollen unbegleitete Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte ausgeschlossen werden (vgl. Ziff. 1.2.2 des erläuternden Berichts). Unbegleitete Ausgänge sind in diesem Setting bereits heute die Ausnahme. Wir begrüssen es, dass mit einer entsprechenden Bestimmung in diesem Bereich Klarheit geschaffen werden soll. Dabei sollte die Formulierung in Art. 84 Abs. 6^{bis} VE-StGB derjenigen in Art. 90 Abs. 4^{bis} VE-StGB angepasst werden. Unbegleitete Urlaube sollten unseres Erachtens sowohl während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs als auch während des Vollzugs der Verwahrung gleichermassen ausgeschlossen werden, solange die betroffene Person in einer geschlossenen Einrichtung untergebracht ist. Dabei ist zu beachten, dass die Formulierung von der bestehenden in Art. 76 Abs. 2 StGB (geschlossene Strafanstalt oder geschlossene Abteilung einer offenen Strafanstalt) abweicht, was zu Unklarheiten führen kann.

Allerdings wird mit der vorliegenden Regelung dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass gemäss Art. 64 Abs. 3 StGB das Gericht auch bei einer der Verwahrung vorausgehenden Freiheitsstrafe eine bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe anordnen kann, wenn schon während dem Vollzug der Freiheitsstrafe zu erwarten ist, dass der Täter sich in Freiheit bewährt. Eine bedingte Entlassung lässt sich aber in aller Regel nur verantworten, wenn zuvor Vollzugslockerungen gewährt wurden, mithin die Versetzung in den offenen Vollzug sowie unbegleitete Urlaube. Soll die Möglichkeit der bedingten Entlassung aus dem vorausgehenden Strafvollzug gemäss Art. 64 Abs. 3 StGB beibehalten werden, müssen somit auch künftig bereits in dieser Phase Vollzugslockerungen und Urlaube möglich sein. Solche Vollzugslockerungen können nach heutigem Recht durch die Vollzugsbehörden gewährt werden. Dies führt allerdings dazu, dass die Vollzugsbehörden faktisch die gerichtliche Beurteilung der Gefährlichkeit eines Täters unterlaufen können, bevor sich die Frage des geeigneten Verwahrungsvollzugs überhaupt stellt. Auch wird der Entlassungsentscheid des Gerichts gemäss Art. 64 Abs. 3 StGB dadurch präjudiziert.

Im Sinne der Kohärenz schlagen wir deshalb vor, nebst der Beschränkung unbegleiteter Ausgänge aus dem Freiheitsentzug in geschlossenen Einrichtungen zu prüfen, ob Vollzugslockerungen im Sinne einer Versetzung in den offenen Strafvollzug (bei welchem letztlich auch unbegleitete Urlaube möglich sind) bei einer der Verwahrung vorausgehenden Freiheitsstrafe nur mit Zustimmung des Gerichts erfolgen können, welches auch über die bedingte Entlassung zu entscheiden hätte (Art. 64 Abs. 3 StGB) beziehungsweise welches die Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB angeordnet hat.

B. Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung (Artikel 64b Absatz 3 VE-StGB)

Die vorgeschlagene Neuregelung wird begrüsst, zumal sie den administrativen Aufwand bei der Vollzugsbehörde vermindert. Es bleibt jedoch unklar, was dies für die Überprüfung der Umwandlung in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 64b Abs. 1 Bst. b StGB bedeutet. Falls diese Überprüfung trotzdem von Amtes wegen im Zweijahresrhythmus erfolgen muss (davon scheint die Botschaft auszugehen), kann der angestrebte Effizienzgewinn nicht bzw. nur teilweise erreicht werden. Für die Überprüfung der Umwandlung in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 64b Abs. 1 Bst. b StGB sollte daher das gleiche Intervall vorgesehen und Art. 64b Absatz 3 VE-StGB entsprechend ergänzt werden. Zudem sollte auch bei der Verwahrung die Stellungnahme der Fachkommission nur eingeholt werden müssen, wenn die Vollzugsbehörde erwägt, dem Täter die bedingte Entlassung zu gewähren.

C. Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen (Artikel 57a VE-StGB)

Wir begrüssen es, dass bezüglich der Berechnung der Massnahmendauer im Gesetz Klarheit geschaffen werden soll. Der vorliegende Entwurf berücksichtigt aber die Besonderheiten der Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB nicht. Für diese beiden Massnahmen ist eine gesetzliche Höchstdauer vorgesehen, weshalb die Zeit im vorzeitigen Massnahmenvollzug (im Gegensatz zur verlängerbaren Massnahme nach Art. 59 StGB) von Gesetzes wegen berücksichtigt werden muss. Ansonsten werden die Personen benachteiligt, die sich mit dem vorzeitigen Antritt einer Suchtbehandlung oder einer Massnahme für junge Erwachsene einverstanden erklärt haben.

Zudem sollte aufgrund der Unklarheiten, die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung entstanden sind, klargestellt werden, dass die strafprozessuale Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht an die Massnahmendauer angerechnet wird.

D. 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)

Diese Regelung trägt zur Klarheit bei den Zuständigkeiten von Gerichten und Vollzugsbehörden bei, da für sämtliche Entscheide über den Bestand einer Massnahme ein Gericht und für Entscheide über Vollzugsmodalitäten die Vollzugsbehörde zuständig sein soll. Wir begrüssen es von daher grundsätzlich, wenn das Gericht bei Nachverfahren künftig sowohl über die Aufhebung wie über die Rechtsfolgen entscheidet. Dass die Gerichte aber auch dann über die Aufhebung entscheiden sollen, wenn keine weiteren Anordnungen getroffen werden (beispielsweise bei erfolgreichem Verlauf einer problemlosen ambulanten Suchtbehandlung), schiesst weit über das Ziel hinaus. Eine solche Regelung führte ohne erkennbaren Mehrwert bloss dazu, dass die Verfahren aufwändiger und langwieriger werden und das System mehr belastet wird. Um unnötige Leerläufe zu vermeiden, soll das Gericht nur entscheiden, wenn mit einem Nachentscheid in die Freiheitsrechte der betroffenen Person eingegriffen werden soll.

Die zu erwartende Mehrbelastung des Systems würde ausserdem noch dadurch verstärkt, dass gemäss Botschaft ein Aufhebungsgesuch der betroffenen Person in jedem Fall an das Gericht zu leiten ist, auch wenn die Vollzugsbehörde die Voraussetzungen für eine Aufhebung verneint. Der Unterschied für die betroffene Person zu einer Ablehnung eines Entlassungsgesuchs durch die Vollzugsbehörde (mit entsprechender Anfechtungsmöglichkeit) ist nicht ersichtlich. Es genügt, wenn die betroffene Person eine ablehnende Verfügung (wie die Abweisung eines Gesuchs um bedingte Entlassung) anfechten und so gerichtlich überprüfen lassen kann.

Die Legitimation der Vollzugsbehörde zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Nachverfahren wird als sinnvoll erachtet und begrüsst. Dabei ist für uns nicht nachvollziehbar, weshalb diese Möglichkeit auf therapeutische Massnahmen nach Art. 59 – 61 beschränkt wird. Die Möglichkeit sollte auf alle Nachverfahren ausgedehnt werden. Zudem erlauben wir uns den Hinweis, dass diese Bestimmungen insbesondere bei Kantonen, welche heute Strafvollzugsgerichte kennen, zu Bedenken hinsichtlich der Gewaltentrennung führen.

E. 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)

In Art. 62e VE-StGB wird entgegen der bestehenden Regelungen und der Praxis die zwingende Vorlage aller Vollzugsöffnungen bei stationären Massnahmen eingeführt. Dies auch ohne dass die Vollzugsbehörde - wie in Art. 75a Abs. 1 StGB vorgesehen - "Zweifel bezüglich der Gefährlichkeit des Täters" hat. Zudem wird das Einholen einer Stellungnahme verlangt, bevor dem Gericht die Aufhebung der Massnahme beantragt wird. Dies ist nicht sachgerecht, weil es dabei nicht um eine Stellungnahme zu möglichen Gefährdungen von Drittpersonen bzw. zur Verantwortbarkeit einer Vollzugsöffnung geht. Die Regelung führt zu einer hohen Mehrbelastung des Systems, vor allem der Fachkommissionen, und damit auch zu Mehrkosten für die Kantone, ohne einen erkennbaren Nutzen zu generieren.

Aufgabe der Fachkommission ist es, das Risiko für neue Straftaten in einer konkreten Vollzugssituation zu beurteilen und der Vollzugsbehörde Handlungsempfehlungen abzugeben. Dies sollte in den Gesetzestexten klarer zum Ausdruck gebracht werden.

Der Inhalt von Art. 91a Abs. 4 VE-StGB wird grundsätzlich unterstützt.

Die übrigen Bestimmungen in diesem Zusammenhang erscheinen sinnvoll und werden vom Vorstand der KKJPD befürwortet.

F. 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)

Die unter diesem Titel vorgeschlagene Gesetzesänderung wird in der vorliegenden Form abgelehnt. Das Bundesamt für Justiz hat zur Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Straftätern» am 20. November 2018 einen Bericht veröffentlicht. Dieser wurde in Zusammenarbeit mit den Kantonen erarbeitet. Dabei wurde auch eine «Aufsichtsmassnahme für gefährliche Straftäter» (Ziff. 7.1.1, S. 27 des Berichts) in Betracht gezogen. Die Ergebnisse im Bericht wurden auch von den Vertretern der KKJPD als sinnvoll erachtet. Wir sind jedoch der Meinung, dass die nun vorliegenden Bestimmungen nicht geeignet sind, das verfolgte Ziel zu erreichen.

Durch Anordnung von Bewährungshilfe und/oder Weisungen, welche grundsätzlich in Freiheit vollzogen/durchgeführt werden, wird sich eine Person, die sich im stationären Vollzugssetting renitent und uneinsichtig gezeigt hat und der deswegen keine günstige Legalprognose gestellt werden kann, erfahrungsgemäss nicht beeinflussen lassen. Die blosser Kontrolle, auch wenn sie mit elektronischer Überwachung unterstützt wird, kann im ambulanten Setting nie so engmaschig durchgeführt werden, dass bei wenig kooperativen Personen neue Straftaten verhindert werden könnten.

Dazu kommt, dass im Gesetzesentwurf wirksame Handlungsmöglichkeiten fehlen, wenn sich die betroffene Person nicht an die Rahmenbedingungen hält. So ist beispielsweise eine Rückversetzung in den Vollzug bei abgelaufenen Strafen oder aufgehobenen Massnahmen nicht vorgesehen. Wenn sich die Ausgangslage in einem solchen Fall ändert, so muss es auch möglich sein, die Auflagen anzupassen und zeitnah und effizient zu intervenieren. In diesem Bereich sollten im Rahmen der rechtsstaatlichen Grenzen zusätzliche Handlungsmöglichkeiten für die zuständigen Behörden geprüft werden. Wenn es nicht möglich ist, die Auflagen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit durchzusetzen, dann sollten sie auch nicht angeordnet werden.

Im Ergebnis wird den Behörden des Justizvollzugs die Verantwortung zur Verhinderung künftiger Straftaten bei untherapierbaren Tätern auferlegt, bei denen von einem erheblichen Rückfallrisiko ausgegangen wird. Und dies, ohne ihnen bei einem problematischen Verlauf, der neue Straftaten befürchten lässt, wirksame Reaktionsmöglichkeiten in die Hand zu geben. Die Behörden sollten bei konkreten Anzeichen für eine negative Entwicklung der Gefahr neuer Delinquenz rasch und nötigenfalls mit sofortiger Unterbringung in einen stationären Rahmen eingreifen können. Ansonsten werden falsche Erwartungen geweckt und dem Justizvollzug eine letztlich nicht erfüllbare Aufgabe übertragen.

II. Änderungen des Jugendstrafgesetzes (Vorlage 2)

Die gesetzgeberische Absicht, die von der Motion Caroni 16.3142 vorgebrachte Sicherheitslücke im Jugendstrafrecht zu schliessen, wird vom Vorstand der KKJPD begrüsst. Die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Massnahmen mit den Zielen des Jugendstrafrechts sowie auch der Kinderrechtskonvention betrachten wir jedoch kritisch. Wegleitend für die Anwendung des Jugendstrafgesetzes sind der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen. Wenn nun im Rahmen einer Beurteilung eines Jugendlichen nach Jugendstrafgesetz bereits im Grundurteil über Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts, bis hin zur Verwahrung nach Art. 64 StGB, entschieden werden soll, erachten wir diese Ziele als gefährdet. Es bestünden auch erhebliche praktische Schwierigkeiten, weil eine Gefährlichkeitsbeurteilung auf viele Jahre hinaus gerade im Jugendalter kaum möglich und mit grossen Unsicherheiten behaftet wäre. Zudem ist schwer vorstellbar, dass eine therapeutische Massnahme des Erwachsenenrechts, ausgenommen vielleicht die Behandlung einer anhaltenden psychischen Störung, nach jahrelangen Bemühungen im Rahmen der jugendrechtlichen Sanktion Aussicht auf Erfolg haben kann. Mit den vorgeschlagenen Regelungen lässt sich das Ziel der Vorlage unseres Erachtens nur teilweise erreichen und deren Umsetzung erachten wir als problematisch. Daher sollte noch einmal geprüft werden, ob es nicht möglich wäre, nachträglich geeignete Sicherheitsmassnahmen (z.B. eine Verwahrung) im Sinne einer Ablösung der jugendstrafrechtlichen Sanktionen anzuordnen.

Aus diesen Gründen beantragen wir Ihnen, unter Einbezug der Kantone eine Überarbeitung der beiden Vorlagen in den aufgeführten Punkten vorzunehmen. In diesem Sinne bieten wir Ihnen unsere Mitarbeit an.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Urs Hofmann
Präsident



KKLJV CCSPC CDSPC

KKLJV/CCSPC/CDSPC, Gerechtigkeitsgasse 36, Postfach, 3001 Bern

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Vorsteherin Eigenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

übermittelt per E-Mail an annemarie.gasser@bj.admin.ch

28. September 2020

Vernehmlassung Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug); Stellungnahme KKLJV

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 6. März 2020 haben Sie die Konferenz der Kantonalen Leiter Justizvollzug (KKLJV) zur Vernehmlassung in titelerwähnter Sache eingeladen. Wir bedanken uns und nehmen gerne fristgemäss wie folgt Stellung.

1) Allgemeine Bemerkungen zu den Änderungen im StGB (Vorlage 1)

Die in Vorlage 1 vorgeschlagenen Änderungen bezwecken, die Sicherheit der Gesellschaft durch bessere Einwirkungsmöglichkeiten auf gefährliche Straftäterinnen und Straftäter zu verbessern. Dieses Ansinnen wird grundsätzlich begrüsst.

Der aktuelle Vorentwurf ist aus unserer Sicht jedoch in weiten Teilen vollzugsfremd, unübersichtlich, stark strafrechtstheoretisch geprägt und schliesst die von den Kantonen monierten Lücken kaum, sondern führt teilweise noch zu Verschlechterungen, die sich aus Sicht der Kantone als sicherheitsrelevant erweisen. Gleichzeitig wird mit der Vorlage in die bewährten Organisationsstrukturen und Abläufe der Kantone eingegriffen. Zusätzlich, und das wiegt aus unserer Sicht am Schwerwiegendsten, wird das Ziel der Vorlage, die Sicherheit der Gesellschaft zu verbessern, im Endergebnis nicht erreicht. Gleichzeitig werden die Kantone durch den resultierenden Mehraufwand (Kosten, Personal) bei den Vollzugs- und Bewährungsdiensten sowie bei den Gerichten massiv finanziell belastet.

Unverständnis haben wir auch, weil teilweise Themen neu geregelt werden, welche bis anhin zu keinerlei Problemen geführt haben und andererseits werden die bereits heute effektiv bestehenden Probleme nicht gelöst. So gibt die Vorlage insbesondere keine Antworten auf das Problem, dass es für den Fall der Nichtbeachtung von Weisungen etc. keine wirksamen Instrumente gibt, weder für die direkt damit befassten Bewährungsdienste, noch für die anordnenden Behörden (Gericht oder Vollzugsbehörde).

Die Frage, wie die Gesellschaft vor verurteilten Straftätern geschützt werden kann, die nach der Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe oder nach Aufhebung der freiheitsentziehenden Massnahme (aufgrund Erfolglosigkeit) nachwievor rückfallgefährdet für Gewalt- und / oder Sexualstraftaten sind, ist unbestrittenermassen sehr bedeutsam. Diese Kontrollaufgabe den Bewährungsdiensten zu überbinden, ohne entsprechende Reaktionsmöglichkeiten vorzusehen, bleibt jedoch wirkungslos. Zudem werden hier zivilrechtliche und polizeiliche Massnahmen mit dem Justizvollzug vermischt.

Die KKLJV lehnt daher den Vorentwurf in der vorliegenden Form in vielen Punkten unmissverständlich ab. Damit die Vorlage unterstützt werden kann, bräuchte es eine grundsätzliche Überarbeitung.

2) Im Einzelnen

Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im Vollzug ausschliessen

(Artikel 84 Absatz 6bis und 6ter und Artikel 90 Absatz 4bis VE-StGB)

Der Vollzug der Freiheitsstrafe geht der Verwahrung voraus. Eine allfällige bedingte Entlassung aus dem der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzug ist gesetzlich vorgesehen, fällt aber in die Kompetenz des zuständigen Gerichts.

Mit dem neuen Art. 84 Abs. 6bis VE-StGB sollen nun während des der Verwahrung vorausgehenden Vollzugs der Freiheitsstrafe unbegleitete Urlaube grundsätzlich verboten werden. Andere Vollzugsöffnungen, wie z.B. die Verlegung in eine offene Institution oder eine bedingte Entlassung, sind von diesem Verbot hingegen nicht betroffen (dies im Gegensatz zu den lebenslänglich Verwahrten; vgl. Art. 84 Abs. 6ter VE-StGB).

Das Verbot unbegleiteter Urlaube wird für den nachfolgenden eigentlichen Verwahrungsvollzug in Art. 90 Abs. 4bis VE-StGB auf Urlaube aus geschlossenen Einrichtungen beschränkt.

Vor dem Hintergrund, dass Vollzugsöffnungen bis zur bedingten Entlassung sowohl während des vorangehenden Strafvollzugs wie auch im anschliessenden Verwahrungsvollzug weiterhin gesetzlich vorgesehen bleiben, macht das Verbot der unbegleiteten Urlaube keinen Sinn.

In der Praxis sind heute unbegleitete Urlaube aus dem der Verwahrung vorausgehenden geschlossenen Strafvollzug sehr selten. Solche würden nur in ausserordentlichen Konstellationen, abgesichert durch Gutachten und Stellungnahmen der Fachkommission, bewilligt, sofern eine längerfristige reale und konkrete Öffnungsperspektive besteht. Ein generelles Verbot, welches sich, wie vorgeschlagen, auch auf den offenen Vollzug (respektive auf den geschlossenen Verwahrungsvollzug) bezieht, erachten wir als sehr restriktiv und unnötig. Zumal Straftäter mit einer Verurteilung zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe und anschliessender Verwahrung nie den eigentlichen Verwahrungsvollzug antreten werden.

Sollte an dieser Bestimmung festgehalten werden, beantragen wir, das Verbot unbegleiteter Urlaube in Art. 84 Abs. 6bis VE-StGB auf den geschlossenen Strafvollzug zu beschränken.

Soll sichergestellt werden, dass der vorausgehende Strafvollzug nur im geschlossenen Rahmen erfolgen darf, müssten konsequenterweise auch alle anderen Vollzugsöffnungen,

namentlich die Verlegung in eine offene Anstalt, untersagt werden. Art. 64 Abs. 2 StGB müsste entsprechend ergänzt werden. Dies wäre jedoch mit Blick auf Art. 64 Abs. 3 StGB de lege lata nicht sachgerecht, da durch ein Verbot jeglicher Vollzugsöffnungen eine bedingte Entlassung aus dem vorangehenden Strafvollzug faktisch verunmöglicht würde. Wenn dies hingegen politisch gewünscht wird, sollte dies explizit auch so gesetzlich geregelt werden.

Nach Ziff. 2.1. des erläuternden Berichts müssen "gefährliche Täter" bei Urlauben von "Sicherheitsfachleuten" begleitet werden. Eine therapeutische Begleitung sei nicht ausreichend. Diese Ausführungen gehen von falschen Voraussetzungen aus und können nicht geteilt werden: Auch begleitete Urlaube dürfen nur durchgeführt werden, wenn sie aufgrund einer Analyse des konkreten Risikos für eine Flucht oder eine neue Straftat in Berücksichtigung des Zwecks und der konkreten Modalitäten der geplanten Öffnung sowie der aktuellen Situation der eingewiesenen Person verantwortet werden können. Bestehen aufgrund dieser Analyse gerade bei einer verwahrten Person erhöhte Risiken während des Urlaubs, darf dieser nicht durchgeführt werden. Dass auch die Begleitpersonen keinen Gefahren ausgesetzt werden dürfen, gilt natürlich nicht nur für Therapiepersonen, sondern auch für Sicherheitsfachleute. Ausserdem sei darauf hingewiesen, dass die Kompetenzen der Sicherheitsfachleute kantonale unterschiedlich geregelt sind. In gewissen Kantonen dürfen Sicherheitsfachleute der Justizvollzugsanstalten ausserhalb der Anstalt keinen unmittelbaren Zwang ausüben. Wollte man diese begleiteten Urlaube wirklich sicher durchführen, müsste die Begleitung durch die Polizei erfolgen – dies ist weder leistbar noch entspräche es Sinn und Geist der Urlaube.

Es gehört zur sorgfältigen Risikoanalyse durch die Bewilligungsbehörde, die im konkreten Einzelfall geeignete(n) Begleitperson(en) zu bestimmen.

Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung

(Artikel 64b Absatz 3 VE-StGB)

Die Änderung wird grundsätzlich begrüsst, zumal sie den administrativen Aufwand bei den Vollzugsbehörden vermindert.

Der Gesetzestext wie auch der Bericht lassen jedoch Interpretationsspielraum im Hinblick auf die Frage, ob der 3-Jahresrhythmus fortlaufend beibehalten wird, oder ob die bedingte Entlassung zuerst wieder dreimal in Folge abgelehnt werden muss. Hier wünschen wir uns eine Präzisierung.

Unklar ist weiter, was die Verlängerung des Überprüfungsintervalls für die Überprüfung der Umwandlung in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 64b Abs. 1 Bst. b StGB bedeutet. Falls diese Überprüfung trotzdem von Amtes wegen im Zweijahresrhythmus erfolgen muss (davon scheint der Bericht auszugehen), kann der angestrebte Effizienzgewinn nicht bzw. nur teilweise erreicht werden.

Gemäss heutiger Rechtslage erfolgt die Prüfung wie folgt (ab Antritt der Verwahrung):

Bedingte Entlassung: 2 / 3 / 4 / 5 / 6 ff. Jahre

Umwandlung in Massnahme Art. 59 StGB: 0 / 2 / 4 / 6 / 8 ff. Jahre

Für die Überprüfung der Umwandlung in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 64b Abs. 1 Bst. b StGB soll daher nach der dritten Überprüfung das gleiche Intervall (alle

drei Jahre) vorgesehen werden. Das hiesse, dass ab dem 4. Vollzugsjahr beide Überprüfungen im Gleichschritt gemacht werden könnten:

Bedingte Entlassung: 2 / 3 / 4 / 7 / 10 / 13 ff. ... Jahre

Umwandlung in Massnahme Art. 59 StGB: 0 / 2 / 4 / 7 / 10 / 13 ff. ... Jahre

Wir beantragen deshalb eine entsprechende Ergänzung resp. Präzisierung von Art. 64b Absatz 3 VE-StGB. Gleichzeitig müsste der Begriff «Vollzugsbehörde» durch «zuständige Behörde» ersetzt werden (wie in Art. 64b Abs. 1 und 2 StGB).

Auch bei der Überprüfung der Verwahrung sollte die Stellungnahme der Fachkommission nur eingeholt werden müssen, wenn die Vollzugsbehörde erwägt, dem Täter die bedingte Entlassung tatsächlich auch zu gewähren. Wenn die Vollzugsbehörde eine Abweisung erwägt, ist das Einholen einer Stellungnahme nicht sinnvoll.

Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

(Artikel 57a VE-StGB)

Die Bestimmung schafft Klarheit bezüglich des rechnerischen Beginns der Massnahmendauer, was zu begrüssen ist. Abs. 2 legt zudem richtigerweise fest, dass falls die Massnahme erst nach Rechtskraft des Sachurteils aus Freiheit angetreten wird, dieses Antrittsdatum fristauslösend wirkt. Um bei einer Verlängerung die Massnahmen nahtlos aneinander zu fügen, bestimmt Abs. 3, dass die Wirkung der Verlängerung rückwirkend eintritt. Diese Bestimmung ändert aber nichts daran, dass sich im Zusammenhang mit der Verlängerung einer freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahme immer die Frage nach dem Haftsitz für die Zeit zwischen Ablauf der Höchstdauer und Rechtskraft des Verlängerungsentscheids stellt. Auch wenn für diese Phase des gerichtlichen Nachverfahrens eine eigenständige Bestimmung in der Strafprozessordnung geschaffen werden soll (Sicherheitshaft), droht jeweils die Gefahr aufgrund unterschiedlicher Anordnungsvoraussetzungen, dass es zu einer Entlassung vor einem allfälligen rechtskräftigen Verlängerungsentscheid kommt.

Sinnvollerweise würde sich, sofern vor Ablauf der Höchstdauer ein Antrag um Verlängerung beim zuständigen Gericht eingegangen ist, diese Höchstdauer um die Zeit der Verfahrensdauer verlängern. Um diese Dauer zu begrenzen, könnten den zuständigen Gerichten gesetzliche Fristen gesetzt werden. **Art. 57a VE-StGB ist entsprechend zu ergänzen.**

Sprachlich sollte die Bestimmung ebenfalls präzisiert werden. Der Begriff der «Anordnung» sollte durch **«Sachurteil»** ersetzt werden, zudem wird die Dauer der Massnahme vom Gericht vorgegeben – diese muss also nicht berechnet werden, sondern geregelt wird, dass die Dauer ab diesem Datum **beginnt**.

Gemäss Bericht (Ziff. 2.3) fällt auch der Spezialfall von Art. 63 Abs. 3 StGB unter diese Bestimmung. Bei der Anordnung der vorübergehenden stationären Behandlung handelt es sich um einen Vollzugsentscheid der jeweils kantonale zuständigen Behörde, gegen welchen in verschiedenen Kantonen die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen entzogen ist. **Wir schlagen deshalb vor, dass der Anwendungsfall von Art. 63 Abs. 3 StGB nicht vom Regelungsgehalt von Art. 57a VE-StGB erfasst wird.**

Der VE berücksichtigt ausserdem die Besonderheiten der Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB nicht. Für diese beiden Massnahmen sind gesetzliche Höchstdauern vorgesehen, weshalb die Zeit im vorzeitigen Massnahmenvollzug (im Gegensatz zur verlängerbaren Massnahme nach Art. 59 StGB) berücksichtigt werden müsste (vgl. die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts). Ansonsten werden diejenigen Straftäter benachteiligt, die sich mit einem vorzeitigen Antritt einer Suchtbehandlung oder einer Massnahme für junge Erwachsene einverstanden erklärt haben. **Sinnvollerweise wird Art. 57a VE-StGB mit einer Bestimmung zu den Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB ergänzt.**

Wünschenswert ist zudem, dass die Frage der Anrechnung der erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft im Hinblick auf den an den Massnahmenvollzug anzurechnenden Freiheitsentzug gesetzlich geregelt würde. Hier kommt es in der Praxis wie auch in der Rechtsprechung immer wieder zu Unklarheiten.

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)

Ursprung dieser Änderungen waren wenige Vollzugsfälle, bei denen die zuständige Vollzugsbehörde eine freiheitsentziehende stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben und beim zuständigen Gericht die Anordnung einer Verwahrung beantragt hat. Ist das Gericht diesem Antrag nicht gefolgt, musste unter Umständen ein gefährlicher Straftäter aus dem Vollzug entlassen werden. Der Fall, der in den Erläuterungen (S. 14) exemplarisch aufgeführt wird (Verlängerung einer stationären Massnahme nach Ablauf der Höchstdauer), wird auch unter den neuen Bestimmungen eintreten können, da es in diesem Fall gar keinen behördlichen Aufhebungsentscheid braucht.

Den Kantonen war es zudem aufgrund der bisherigen gesetzlichen Regelung freigestellt, vollzugsrelevante Entscheidungen (Aufhebungen von Massnahmen oder Gewährung der bedingten Entlassung) einem Vollzugsgericht zu übertragen. Von dieser Gelegenheit haben diverse Kantone auch Gebrauch gemacht und spezialisierte Vollzugsgerichte eingesetzt.

Dennoch strebt nun der Vorentwurf einen gänzlichen Systemwechsel an, wonach zukünftig für sämtliche Entscheide über den Bestand einer Massnahme in allen Kantonen ein Gericht (und nicht mehr die Vollzugsbehörde) zuständig sein soll.

Ein solch umfassender bundesrechtlich vorgegebener Systemwechsel wird von denjenigen Kantonen abgelehnt, welche diese Entscheide gemäss kantonalem Recht ihren Vollzugsbehörden vorbehalten haben.

Das ursächliche Problem für den Fall, dass eine Massnahme aufgrund Aussichtslosigkeit aufzuheben ist und die Voraussetzungen für die Anordnung einer anderen Massnahme (in der Regel eine Verwahrung) nicht gegeben sind, wird durch die Vereinigung der Entscheide beim Gericht auch weiterhin nicht gelöst.

Generell schiessen diese neuen Bestimmungen über das Ziel hinaus und führen dazu, dass die Verfahren aufwändiger, langwieriger und teurer werden. Die Gerichte müssten in Zukunft über jegliche Aufhebungen entscheiden. Dies selbst dann, wenn eine Massnahme aufgehoben wird, ohne dass weitere Anordnungen getroffen werden müssen (z.B. auch bei erfolgrei-

chem Verlauf einer problemlosen ambulanten Suchtbehandlung [Art. 63 Abs.1 VE-StGB]). Dem Hinweis im Bericht (S. 21), wonach dieser Systemwechsel bei den Vollzugsbehörden zu einer Entlastung führen wird, kann nicht gefolgt werden. Das Einreichen von Anträgen bei Gericht (inkl. Aufbereiten der Akten), die Teilnahme am Schriftenwechsel sowie an den Verhandlungen ist sehr aufwändig, so dass am Schluss nicht nur für die Gerichte, sondern auch für die Vollzugsbehörden ein beträchtlicher Mehraufwand entsteht.

Die zu erwartende Mehrbelastung des Systems wird ausserdem noch dadurch verstärkt, dass gemäss Bericht ein Aufhebungsgesuch der betroffenen Person in jedem Fall an das Gericht zu leiten ist, auch wenn die Vollzugsbehörde die Voraussetzungen für eine Aufhebung verneint. Heisst das Gericht in diesem Fall ein Gesuch um Aufhebung gut, kommt es zu Entlassungen aus dem Massnahmenvollzug, ohne dass die entsprechenden Vorbereitungen durch die Vollzugsbehörde getroffen werden konnten.

Eine strikte Vermeidung der Zweiteilung der Kompetenzen lässt sich auch mit der Neuregelung nicht verhindern. Stellt die verurteilte Person im Rahmen der von der Vollzugsbehörde vorzunehmenden jährlichen Überprüfung gleichzeitig ein Gesuch um Aufhebung der Massnahme, dann entscheiden die Vollzugsbehörde (über Fortführung respektive bedingte Entlassung) und das Gericht (über Aufhebung der Massnahme) getrennt voneinander.

Sollte der Gesetzgeber jedoch an dieser Zuständigkeitsänderung festhalten wollen, empfehlen wir, dass der Variante B (vgl. Bericht S. 21) der Vorzug gegeben wird. Das heisst, dass das Gericht nur beizuziehen ist, wenn es im Zusammenhang mit der Aufhebung der Massnahme gleichzeitig um die Anordnung einer freiheitsentziehenden Sanktion geht.

Art. 62c Abs. 2 StGB soll gemäss Vorentwurf nicht geändert werden. Diese Bestimmung ist allerdings unklar. Namentlich unklar sind die Zuständigkeiten betreffend Entscheide über die bedingte Entlassung einerseits und den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe andererseits. Es ist allerdings schwer vorstellbar, dass nach Aufhebung der Massnahme aufgrund Erfolglosigkeit die Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug gegeben sein sollen, nachdem die Anordnung der Massnahme ja eine ungünstige Prognose voraussetzte. Da das Gericht die Dauer der Freiheitsstrafe im Grundurteil festgelegt hat und die Dauer des mit der Massnahme verbundenen Freiheitsentzugs von Gesetzes wegen (Art. 57 Abs. 3 StGB) anzurechnen ist, braucht es keinen gerichtlichen Nachentscheid.

Art. 62c Abs. 2 StGB soll deshalb wie folgt abgeändert werden: «Ist der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug kürzer als die aufgeschobene Freiheitsstrafe, ordnet die Vollzugsbehörde den Vollzug der Reststrafe an. Hat der Gefangene zwei Drittel seiner Strafe, mindestens aber drei Monate verbüsst, prüft die Vollzugsbehörde von Amtes wegen, ob dieser gestützt auf Art. 86 bedingt entlassen werden kann.».

Bei **Art. 62d Abs. 1 VE-StGB** wird im ersten Satz neu explizit die Vollzugsbehörde aufgeführt (bisher: zuständige Behörde). Auch diese Bestimmung sollte es weiter den Kantonen überlassen, die zuständige Behörde festzulegen. **Wir beantragen deshalb, dass der Begriff «Vollzugsbehörde» durch «zuständige Behörde» ersetzt wird.**

Die Legitimation der Vollzugsbehörde zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Nachverfahren wird als sinnvoll erachtet und begrüsst. Dabei ist hingegen nicht nachvollziehbar, weshalb diese Möglichkeit nur auf stationäre therapeutische Massnahmen nach Art. 59 – 61 StGB beschränkt wird. Die Möglichkeit sollte auf alle Nachverfahren ausgedehnt werden. Zudem sind wir der Ansicht, dass diese Bestimmung in die Strafprozessordnung gehört (Art. 363 ff.).

Ausserdem regen wir an, im gleichen Zug den Vollzugsbehörden für das kantonale Verfahren ebenfalls Parteistellung und eine Beschwerdelegitimation einzuräumen. Es ist widersprüchlich, wenn die Vollzugsbehörde zwar Beschwerde in Strafsachen bei Bundesgericht einlegen kann, aber im innerkantonalen Verfahren keine Parteistellung innehat. Die Frage der Legitimation der Vollzugsbehörden müsste somit abschliessend bundesrechtlich geregelt werden, dies auch in Abgrenzung zu den Kompetenzen der Staatsanwaltschaft.

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)

Das Zusammenspiel mit den Fachkommissionen zur Beurteilung der Gefährlichkeit hat sich im Nachgang an die StGB-Revision von 2007 in allen Kantonen und Konkordaten eingespielt. Gerade der in Art. 75a Abs. 1 Bst. b StGB festgehaltene Grundsatz, dass eine Vorlage nur erfolgen soll, wenn die Vollzugsbehörde die Frage nach der Gemeingefährlichkeit nicht eindeutig beantworten kann, hat sich in der Praxis sehr bewährt. Auch die anfänglichen Unsicherheiten des Einbezugs der Fachkommission unter dem Aspekt von Art. 62d StGB haben sich geklärt (auch hier gilt keine absolute Vorlagepflicht). Wie die Praxi zeigt, gehen die Vollzugsbehörden mit diesem Handlungsspielraum sehr verantwortungsvoll um, dies je nach internen Weisungen und Arbeitsabläufen, Fachqualifikationen der Mitarbeitenden und dem Einbezug der Erkenntnisse aus ROS. Es ist uns denn auch in den letzten 10 Jahren keine schwere Rückfalltat eines Straftäters bekannt, die auf einen mangelnden Einbezug der Fachkommission zurückzuführen wäre. Der Handlungsbedarf in diesem Bereich ist somit in keiner Art und Weise ausgewiesen. Eine Vorlagepflicht bei Vollzugsöffnungen bei stationären Massnahmen wird deshalb von allen Kantonen konsequent abgelehnt. **Art. 62e VE-StGB kann ersatzlos gestrichen werden.** Der Verweis auf den Beizug der Fachkommission (wie bisher in Art. 62d StGB) würde genügen. Eine Vorlagepflicht bei der Einweisung in eine offene Einrichtung würde zudem zu einer massiven Zunahme der Fallvorlagen und zu einer Verzögerung der Inkraftsetzung der Massnahmen führen, da zwar viele zu einer Massnahme nach Art. 60 oder 61 StGB verurteilte Straftäter z.B. im Zusammenhang mit Beschaffungskriminalität auch wegen Raub verurteilt wurden, diese dennoch nicht als gefährlich im Sinne von Art. 91b VE-StGB gelten und heute sehr oft direkt zum Massnahmeantritt in eine offene Einrichtung eintreten.

Auch die vorgesehene Einholung der Stellungnahme der Fachkommission vor dem Antrag der Vollzugsbehörde beim Gericht auf Aufhebung einer Massnahme ist systemfremd – in diesem Fall geht es ja nicht um die Beurteilung der Gefährlichkeit im Kontext einer bevorstehenden Vollzugsöffnung, sondern um die Frage, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung einer freiheitsentziehenden Massnahme erfüllt sind oder nicht.

Begrüsszt wird hingegen die Vorlagepflicht, wenn die Vollzugsbehörde einem verwahrten Straftäter Vollzugsöffnungen gewähren will (**Art. 64 Abs. 5 VE-StGB**). Aus unserer Sicht bräuchte es aber noch eine Klärung, wie sich diese neue Bestimmung zu Art. 64b Abs. 2 Best. c VE-StGB verhält. Danach trifft die zuständige Behörde die Entscheide nach Abs. 1 von Art. 64b StGB (bedingte Entlassung aus Verwahrung / Umwandlung in eine stationäre

therapeutische Behandlung) gestützt auf die Anhörung einer Kommission nach Art. 91a VE-StGB. In unserem Verständnis müsste die Anhörung somit nur erfolgen, wenn die zuständige Behörde eine bedingte Entlassung ernsthaft in Erwägung zieht. Die Umwandlung in eine stationäre therapeutische Behandlung ist zudem keine Frage, die der Fachkommission zu unterbreiten ist. **Wir regen deshalb an, Art. 64b Abs. 2 Bst. c VE-StGB entsprechend zu präzisieren.**

Art. 75a Abs. 2 StGB (der unverändert bestehen bleibt) subsumiert unter den Vollzugsöffnungen explizit die «Verlegung in eine offene Anstalt». Neu wird nun in Art. 75a Abs. 1 Bst. a VE-StGB die «Einweisung in eine offene Einrichtung» zusätzlich zu Bst. b (Gewährung von Vollzugsöffnungen) explizit aufgeführt. Dadurch wird betont, dass es zwischen dem Strafantritt in einer offenen Institution (Bst. a) und der Verlegung von einer geschlossenen in eine offene Institution (Bst. b) eine Unterscheidung gibt. Dies weil es sich beim erstmaligen Strafantritt in eine offene Institution nicht um eine eigentliche Vollzugsöffnung handelt.

Art. 91a VE-StGB ist eine neue Bestimmung. Sie enthält begrüßenswerte Regeln zur Zusammensetzung (Abs. 1) und zu den Ausstandsgründen (Abs. 6) der Mitglieder der Fachkommission. Fraglich ist hingegen die systematische Einordnung unter «3. Vollzug der Massnahmen». Es würde aus unserer Sicht genügen, bei den Massnahmen auf die Bestimmung von Art. 75a VE-StGB zu verweisen, dann könnte dort in einer einzigen Bestimmung der Regelungsgehalt zur Fachkommission zusammengefasst werden.

Aus unserer Sicht sind die in Abs. 2 Bst. c (Aufhebung einer Massnahme) sowie Bst. d (Aufhebung von Bewährungshilfe und Weisungen) keine Fragen, die von der Fachkommission beurteilt werden sollten. **Abs. 2 kann somit aufgehoben werden**, zumal der Regelungsgehalt von Bst. a und b bereits in Art. 75a Abs. 1 VE-StGB enthalten ist.

Abs. 3 kann ebenfalls ersatzlos gestrichen werden. Es liegt nicht an der Fachkommission, Empfehlungen zu den Vollzugsmodalitäten abzugeben. Es fehlt den Mitgliedern in der Regel auch das notwendige Know-How über die Settings der jeweiligen Institutionen.

Abs. 4 regelt an sich eine Selbstverständlichkeit – ansonsten dürfte auch nicht von Fachkommission gesprochen werden. Zudem gehört eine solche Bestimmung nicht ins Strafbuch, sondern in die kantonalen bzw. konkordatlichen Regelungen, die das Wahlverfahren für die Mitglieder der Fachkommissionen regeln. **Abs. 4 kann daher ersatzlos gestrichen werden.**

Die neue Begriffsdefinition von Gefährlichkeit in **Art. 91b VE-StGB** wird mehrheitlich begrüsst. Insbesondere der Umstand, wonach die Fluchtgefahr kein Indikator mehr für die Beurteilung der Gefährlichkeit darstellt, wird gutgeheissen.

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 34abis VE-MStG)

Die unter diesem Titel vorgeschlagenen Bestimmungen sollen zu einem grösseren Schutz der Allgemeinheit vor schweren Rückfalltaten beitragen. Sie sind jedoch als zahnlos zu qualifizieren, erzeugen im Ergebnis nur eine Scheinsicherheit und überbinden den Bewährungsdiensten Aufgaben, die mit den vorgeschlagenen rechtlichen Mitteln nicht zu bewältigen sind.

Bewährungshilfe und Weisungen sind danach konzipiert, um Straftäter, die aufgrund einer guten Legalprognose bedingt entlassen oder zu einer bedingten Strafe verurteilt wurden, während der Probezeit unterstützend, aber auch kontrollierend zu begleiten. Das heisst, Voraussetzung ist eine gewisse Bereitschaft zur Kooperation, Transparenz, Verlässlichkeit und Mitwirkung. Dies immer vor dem Hintergrund, dass ansonsten eine Rückversetzung oder ein Widerruf der bedingt ausgesprochenen Strafe ausgesprochen werden kann.

Neu sollen nun auch Bewährungshilfe und/oder Weisungen für Straftäter mit schlechter Legalprognose im Hinblick auf Gewalt- und/oder Sexualdelikte angeordnet werden können. Es geht also um eine spezialpräventive Gefahrenabwehr mit Mitteln, die dazu nicht geschaffen wurden. Erfahrungsgemäss lässt sich die vom Gesetzgeber ins Auge gefasste Zielgruppe, welche sich im stationären Vollzug renitent, wenig einsichtig und nicht therapiebereit zeigte, durch die zur Verfügung stehenden Instrumente der Bewährungsdienste nur wenig beeindrucken. Eine positive Beeinflussung, auch wenn wünschenswert, ist mehr Hoffnung als Realität. Selbst die blosser Kontrolle, auch wenn sie mit elektronischer Überwachung unterstützt wird, kann im ambulanten Setting nie so engmaschig durchgeführt werden, dass bei wenig kooperativen Personen neue Straftaten verhindert werden könnten. Dies wurde leider in der Vergangenheit durch mehrere schwere Rückfallstraftaten von Personen unter elektronischer Überwachung bewiesen.

Generell fehlen zudem griffige Sanktionierungsmöglichkeiten. Eine Rückversetzung ist bei vollverbüssten Freiheitsstrafen oder aufgehobenen Massnahmen gemäss Gesetzesentwurf nicht möglich. Es wird zwar z.B. die Weisung für "den Aufenthalt an einem den Bedürfnissen des Täters entsprechenden Ort" vorgesehen. Die (vorübergehende) Unterbringung in einem stationären Setting ist denn bei solchen Tätern aus rückfallpräventiver Sicht auch häufig notwendig. Es fehlt aber ein Instrumentarium, um eine solche Weisung bei fehlender oder mangelhafter Kooperation auch durchsetzen zu können. Zumal sich in diesen Situationen zuerst einmal die Frage stellt, wer für diesen behördlich angeordneten stationären Aufenthalt kostenpflichtig ist. Die Androhung einer Geldstrafe vermag diese Tätergruppe ebenfalls nicht abzuschrecken (zumal eine solche ja in den meisten Fällen ohnehin nicht einbringlich ist).

Die (bis zu lebenslänglich mögliche) Verantwortung zur Verhinderung künftiger Straftaten bei untherapierbaren Tätern, die die Voraussetzung für eine bedingte Entlassung nicht erfüllten (und bei denen von einem erheblichen Rückfallrisiko ausgegangen wird), ohne entsprechende Reaktionsmöglichkeiten den Behörden des Justizvollzugs aufzubürden, erscheint insgesamt nicht zielführend.

Durch die vorgesehene Ausweitung der Bewährungshilfe und Weisungen wird in keiner Weise eine Verbesserung zur derzeitigen Regelung geschaffen – im Gegenteil: diese weckt falsche Erwartungen, überträgt dem Justizvollzug eine letztlich nicht erfüllbare Aufgabe. Der wünschbare Schutz der Bevölkerung vor schweren Rückfalltaten kann damit nicht erreicht werden. Wobei der Aufwand für die Kantone beträchtlich steigt: neben den zusätzlichen personellen Ressourcen für die Bewährungsdienste, neuen kostenpflichtige Kontrollmöglichkeiten (Anordnung von Electronic Monitoring [Art. 94 Abs. 4 VE-StGB]), treiben auch die zusätzlichen Verfahrensvorschriften die Kosten in die Höhe (Pflicht zur Einholung einer sachverständigen Begutachtung [Art. 94 Abs. 3 VE-StGB]; jährliche Beschlussfassung über Weiterführung von Bewährungshilfe und Weisungen [Art. 95a Abs. 4 VE-StGB]; Einholen von Stellungnahmen bei der Fachkommission [Art. 95a Abs. 5 VE-StGB]).

Die Pflicht, neu auch für Weisungen betreffend den Aufenthalt des Täters oder seine ärztliche oder psychologische Betreuung zwingend ein forensisch-psychiatrisches Gutachten zu verlangen, schiesst weit über das Ziel hinaus. Diese Regelung ist kostenintensiv, schwer in die oft enge zeitliche Vollzugsplanung integrierbar und im Endeffekt kontraproduktiv, weil dadurch in vielen Fällen, gerade bei bedingten Entlassungen aus kürzeren Freiheitsstrafen, auf die Anordnung solcher Weisungen, z.B. im Zusammenhang mit einem deliktrelevanten Alkoholkonsum, verzichtet wird. Zudem wird die Weisung der ärztlichen und psychologischen Betreuung gemäss Art. 94 Abs. 2 Bst. c VE-StGB häufig im Strafbefehlsverfahren angewendet. Zu denken ist dabei beispielsweise an die zahlreichen minderschweren Fälle von häuslicher Gewalt. So wird insbesondere die Weisung, sich einem Lernprogramm für gewaltausübende Personen zu unterziehen, gestützt auf Art. 94 StGB und neu entsprechend Art. 94 Abs. 2 Bst. c VE-StGB erteilt bzw. erteilt werden. Die Pflicht, derartige Weisungen nur gestützt auf ein Gutachten anordnen zu können, verhindert eine rasche Reaktion und Intervention bei derartigen Straftaten und behindert damit eine Deeskalation für eine längere Zeit. Es stellt sich schliesslich auch die Frage nach der Verhältnismässigkeit, wenn beispielsweise in jedem Verfahren aufgrund häuslicher Gewalt betreffend wiederholten Tötlichkeiten ein Gutachten zur Frage der Zuweisung zum Lernprogramm eingeholt werden müsste. Zuletzt dürfte dies auch zu massiv höheren Verfahrenskosten führen, die mit der ausgesprochenen Sanktion in keinem Verhältnis mehr stehen. Im erläuternden Bericht auf Seite 47 wird hierzu ausgeführt, dass es nicht zu begründen wäre, dass für eine ambulante Behandlung einer nicht inhaftierten Person ein Gutachten eingeholt werden müsste, nicht aber für eine Weisung, welche eine vergleichbare Therapie zum Gegenstand habe. Es besteht indessen ein wesentlicher Unterschied zwischen einer ambulanten Massnahme und einer Weisung hinsichtlich der Konsequenzen bei Missachtung der Weisung bzw. festgestellter Aussichtslosigkeit oder Erfolgslosigkeit der Massnahme (Art. 63b StGB und Art. 95 StGB). Eine unterschiedliche Handhabung bezüglich Begutachtung liesse sich somit durchaus begründen. Auf die Pflicht zu Einholung eines entsprechenden Gutachtens ist daher zu verzichten.

Auch das Einholen der Stellungnahme der Fachkommission nach Art. 95a Abs. 5 StGB bringt keinen Nutzen, solange keine griffigen Reaktionsmöglichkeiten bestehen, selbst wenn dem Täter ein hohes Risiko für neue schwere Straftaten bescheinigt wird.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass wir die Art. 62 Abs. 4 Bst. b VE-StGB geschaffene Möglichkeit zur mehrmaligen Verlängerung der Probezeit bei Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB begrüssen, wir aber darauf hinweisen, dass eine Rückversetzung aufgrund der Alterslimite von 30 Jahren (gem. Art. 61 Abs. 4 StGB) oder aufgrund des Erreichens der absoluten Höchstdauer nicht, oder nur für kurze Zeit, möglich sein wird.

Aus unserer Sicht müssen sämtliche Bestimmungen unter diesem Titel noch einmal im Sinne der obgenannten Überlegungen überarbeitet werden.

Folgendes ist noch zu den einzelnen Bestimmungen zu bemerken

Die Bestimmung von **Art. 41a VE-StGB** würde die Gerichte vor grosse Probleme stellen, da insbesondere am Anfang des Strafvollzugs nicht absehbar ist, inwieweit sich die verurteilte Person im Strafvollzug bewähren wird, sich auf Therapien einlässt oder inwiefern sich das Gefährdungspotential einer solchen Person entwickelt. Auf welchen Grundlagen würde eine solche Einschätzung basieren?

Die untere Grenze von 2 Jahren Freiheitsstrafe wird im Hinblick auf die Milderung der Strafe bei verminderter Schuldfähigkeit gem. Art. 19 StGB ebenfalls kritisch betrachtet.

Vollzugspraktisch stellen sich zudem weitere Schwierigkeiten:

- Wie ist das Verhältnis zur strafrechtlichen Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB? Müsste in diesen Fällen kein entsprechender Vorbehalt angebracht werden, da Bewährungshilfe und Weisung im Ausland nicht vollzogen werden können?
- Die Erfahrung zeigt, dass bei Strafen mit einer Sanktionsdauer von wenigen Jahren im Zeitpunkt der Rechtsraft des Urteils die Vollzugsdatenlage aufgrund der Anrechnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft oder vorzeitigem Strafvollzug bereits derart fortgeschritten ist, dass praktisch keine Zeit mehr für einen Antrag an das Gericht bleibt, geschweige denn, dass Zeit zur Einholung eines Gutachtens (gem. Art. 94 Abs. 3 VE-StGB neu eine Voraussetzung für die Anordnung bestimmter Weisungen) zur Verfügung steht.

Bei **Art. 89a VE-StGB** stellt sich insbesondere bei denjenigen Kantonen, die bereits heute ein Vollzugsgericht eingesetzt haben, die Frage, ob es sinnvoll ist, die Anordnung von Bewährungshilfe / Weisungen beim «Urteilsgericht» zu beantragen (vgl. Bericht S. 43), oder ob es nicht sinnvollerweise den Kantonen überlassen bleiben soll, das zuständige Gericht im Sinne von Art. 363 Abs. 1 StPO zu bestimmen.

Die in **Art. 93 VE-StGB** hergestellte Kausalität zwischen sozialer Integration und Rückfälligkeit besteht so in vielen Fällen nicht (z.B. sind pädophile Sexualstraftäter oft bestens beruflich wie sozial in die Gesellschaft integriert). Ausserdem können mit Bewährungshilfe keine Rückfälle verhindert werden, sondern das Risiko für Rückfälle wird *vermindert*. **Wir schlagen deshalb eine Neuformulierung vor.**

Art. 93 Abs. 3 StGB, der gestrichen werden soll, muss aus unserer Sicht beibehalten werden. Die Berichtseinforderung ist ein wichtiges Instrument, gerade bei weiteren laufenden Strafverfahren. Art. 95a VE-StGB, auf welchen sich der Bericht bezieht, regelt einzig die Bewährungshilfe für die Zeit nach dem Straf- und Massnahmenvollzug und ersetzt somit Art. 93 Abs. 3 StGB nicht.

3) Folgende Punkte hätten bei dieser Gelegenheit ebenfalls in die Vorlage 1 aufgenommen werden sollen:

- **Schaffung einer Grundlage für die Möglichkeit des Informationsaustausches:**
Der Informationsaustausch unter den Behörden und mit den anderen, an einem Straf- oder Massnahmenvollzug beteiligten Stellen ist zentral für die interdisziplinäre, auf das gemeinsame Ziel der Rückfallvermeidung ausgerichtete Zusammenarbeit. Dies gilt namentlich auch für die Zusammenarbeit mit therapeutischen Fachpersonen im Rahmen von forensischen Behandlungen. Um Risikofaktoren zu erkennen und das Rückfallrisiko beurteilen zu können, braucht es eine breit abgestützte Informationsbasis (siehe Ziff. 2.3 des Grundlagenpapiers der KKJPD für den strafrechtlichen Sanktionenvollzug vom 13. November 2014). Dafür sollte eine einheitliche und klare gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Zudem besteht in der Praxis der Bedarf, Informationen zum Umfeld und den Kontakten des Täters einholen bzw. überprüfen sowie Drittpersonen orientieren zu können, wenn diese ein überwiegendes, schützenswertes Interesse an der Information haben. Eine gesetzliche Regelung auch dieser praktischen Bedürfnisse sollte geprüft werden.
- **Dauer der Probezeit bei teilbedingten Freiheitsstrafen:** Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, ob die Probezeit bei teilbedingten Strafen – wie vom Bundesgericht am 9. November 2017 (6B_257/2017) entschieden – von Gesetzes wegen um die Zeit des Strafvollzugs verlängert wird. Die Gelegenheit sollte genutzt werden, diese Unsicherheit mit allenfalls weitreichenden Folgen für die betroffenen Personen mit einer eindeutigen gesetzlichen Regelung zu beseitigen.
- **Dauer der Probezeit bei Entlassung aus dem Strafvollzug:** Die derzeitige Regelung in Art. 87 StGB schränkt die Möglichkeiten in der Nachbetreuung (Bewährungshilfe und Weisungen) für die Vollzugsbehörden stark ein. Wir erachten es als zielführend, wenn die Probezeit wie früher in der Entlassungsverfügung (unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zwischen einem bis zu höchstens fünf Jahren) festgelegt wird, um dem Einzelfall besser Rechnung zu tragen. Die gesetzliche Minimdauer von einem Jahr erweist sich in der Praxis für eine wirksame Nachbetreuung häufig als zu kurz. Eine Verlängerung ist nach Art. 87 Abs. 3 StGB nur bei 64er-Delikten möglich (es ergibt sich aus dem Urteil aber nicht ohne weiteres, ob ein Straftatbestand die Anforderungen nach Art. 64 StGB tatsächlich erfüllt); zudem ist eine Rückversetzung bei verlängerter Probezeit nicht mehr möglich. Dadurch werden die Interventionsmöglichkeiten bei der verlängerten Probezeit stark eingeschränkt, was die Bestimmung zu einem grossen Teil sinnentleert und den mit der Vorlage angestrebten Zielen klar widerspricht. Wir empfehlen daher, den letzten Satz von Art. 87 Abs. 3 StGB zu streichen.

4) Änderungen im Jugendstrafrecht (Vorlage 2):

Die KKLJV äussert sich ebenfalls zu den vorgeschlagenen Änderungen im JStG, zumal in diversen Kantonen die mit dem Justizvollzug befassten Ämter auch für den Vollzug jugendstrafrechtlicher Sanktionen zuständig sind. Gleichzeitig würden alle Ämter für Justizvollzug von den Änderungen des JStG insofern berührt sein, als neu vorgesehen ist, dass in besonderen Ausnahmefällen im Anschluss an den Vollzug jugendstrafrechtlicher Sanktionen auch therapeutische und sichernde Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts angeordnet werden können. Damit sollen die bestehenden Lücken am Übergang vom Jugend- zum Erwachsenenstraf- und Massnahmenvollzug für jugendliche Straftäter mit grossem Gefährdungspotential für schwerste Gewalt- und / oder Sexualdelikte behoben werden. Diese Absicht wird von der KKLJV grundsätzlich begrüsst.

Die KKLJV steht hingegen den vorgeschlagenen Änderungen im JStG mehrheitlich sehr kritisch gegenüber und lehnt diese deshalb ab. In Bezug auf die Begründung unserer Haltung schliessen wir uns den Stellungnahmen der Schweizerischen Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege (SVJ) sowie der KKJPD an.

Wir bedanken uns bei Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, für die Entgegennahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit hochachtungsvollen Grüssen



Sylvie Bula
Präsidentin KKLJV/CCSPC/CDSPC



Stefan Weiss
Vizepräsident KKLJV/CCSPC/CDSPC



KONFERENZ DER KANTONALEN **POLIZEIKOMMANDANTEN**

Der Präsident

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 15. Juni 2020

Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug); Stellungnahme der KKPKS

1. Ausgangslage

Die vorgesehenen Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB) und des Jugendstrafgesetzes (JStG) betreffen verschiedene Massnahmen, welche einerseits der Resozialisierung gefährlicher Straftäter dienen und andererseits den Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern bezwecken. Zudem sind Änderungen vorgesehen, welche für die Polizei kaum Bedeutung haben, wie z.B. die Neuregelung der Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen, die Festlegung der Zuständigkeiten bei der Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme sowie die terminologischen Bereinigungen. Nachfolgend wird nur auf die für die Polizei relevanten Änderungen kurz eingegangen.

2. Vorlage 1: Änderungen des Strafgesetzbuches

2.1. Verbot unbegleiteter Urlaube für verwahrte Straftäter im geschlossenen Vollzug

Gemäss Art. 84 Abs. 6^{bis} StGB (neu Art. 84 Abs. 6^{ter} VE-StGB) werden lebenslänglich verwahrten Straftätern während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs keine Urlaube oder andere Vollzugsöffnungen gewährt. Es ist vorgesehen, diese Bestimmung dahingehend zu ergänzen, dass verwahrten Straftätern während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs keine unbegleiteten Urlaube gewährt werden (Art. 84 Abs. 6^{bis} VE-StGB). Die KKPKS begrüsst diese Bestimmung, da sie zu mehr Sicherheit der Öffentlichkeit beiträgt. Wenn verwahrten Straftätern, welche sich im geschlossenen Straf- oder Massnahmenvollzug befinden, Urlaube gewährt werden, so geschieht dies neu nur noch in Begleitung von Sicherheitspersonal. Dadurch ist sichergestellt, dass das begleitende Sicherheitspersonal bei einer drohenden Straftat oder Flucht sofort eingreifen und diese verhindern kann. Wenn sich der verwahrte Straftäter jedoch in einer offenen Vollzugsform befindet, sollen ihm als Vorbereitung für sein späteres Leben in Freiheit je nach Situation kurz vor Ende des Vollzugs auch unbegleitete Urlaube gewährt werden, sofern er von den zuständigen Behörden als nicht gefährlich eingestuft wird. Diese Abstufung erscheint gerechtfertigt.

Der Präsident

2.2. Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung

Die vorgesehene Änderung, dass die Vollzugsbehörde, wenn sie die bedingte Entlassung aus der Verwahrung dreimal in Folge abgelehnt hat, diese frühestens nach drei Jahren wieder von Amtes wegen prüft (Art. 64b Abs. 3 VE-StGB), wird begrüsst. Durch diese Änderung können die Vollzugsbehörde sowie die anderen involvierten Stellen, insbesondere auch die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit, entlastet werden. Aus rechtsstaatlichen Gründen hat der verurteilte Straftäter selbstverständlich die Möglichkeit, innert diesen drei Jahren ein Gesuch um Prüfung seiner Entlassung einzureichen, welches von der Vollzugsbehörde behandelt wird.

2.3. Zusammensetzung und Beizug der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern

Die vorgesehene Änderung in Art. 64 Abs. 5 VE-StGB, dass die Vollzugsbehörde beim Erwägen, ob einem verwahrten Straftäter Vollzugsöffnungen zu gewähren sind, zwingend die Stellungnahme der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit einholen muss, wird befürwortet. Dadurch ist gewährleistet, dass die Einschätzung der Gefährlichkeit durch Spezialisten vorgenommen wird und eine Einheitlichkeit besteht. Die Zusammensetzung der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit wird gegenüber dem geltenden Recht geöffnet auf weitere Personen, insbesondere auf Vertreter der Psychologie (Art. 91a Abs. 1 VE-StGB). Dadurch besteht neu die Möglichkeit, dass z.B. auch Rechtspsychologen in der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit sein können. Dies wird aus Sicht der KKPKS begrüsst, denn solches Fachwissen kann ebenfalls von grossem Nutzen sein. Selbstverständlich sollen jedoch nur solche Personen in der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit sein, welche über entsprechendes Fachwissen verfügen. Dies wird in Art. 91a Abs. 4 VE-StGB auch so festgehalten. Weiter wird die neue Regelung begrüsst, dass die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit beim Befürworten der Einweisung in eine offene Einrichtung oder der Gewährung von Vollzugsöffnungen eine Empfehlung zu den Vollzugsmodalitäten abgeben muss (Art. 91a Abs. 3 VE-StGB). Diese Empfehlung der Spezialisten stellt sicher, dass nicht leichtfertig allfällige Lockerungen beschlossen werden und sich die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit detailliert mit den Vollzugsöffnungen befasst hat.

Die Gefährlichkeit wird neu in Art. 91b VE-StGB definiert, wobei zu begrüssen ist, dass die Einschränkung auf die Gemeingefährlichkeit wegfällt, da ein Straftäter auch nur für einen beschränkten Personenkreis gefährlich sein kann. Auch der Wegfall der Voraussetzung der Fluchtgefahr wird begrüsst, denn ein Straftäter kann auch in einer Institution für das Personal oder die Mitinsassen gefährlich sein, ohne dass bei ihm eine Fluchtgefahr vorliegt.

2.4. Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen

Die Einführung der Möglichkeit der Anordnung von Bewährungshilfe und Erteilung von Weisungen für die Zeit nach der endgültigen Entlassung aus dem Vollzug einer Freiheitsstrafe (Art. 41a VE-StGB) oder stationären therapeutischen Massnahme (Art. 62f VE-StGB) mit unbeschränkten Verlängerungsmöglichkeiten (Art. 89a Abs. 6 VE-StGB und Art. 62f Abs. 6 VE-StGB) wird begrüsst, da sie die öffentliche Sicherheit stärkt. Dadurch kann verhindert werden, dass ein gefährlicher Straftäter nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe oder stationären therapeutischen Massnahme ohne Überwachung oder Begleitung, welche die Wiedereingliederung fördern würden, entlassen werden muss. Auch die Einführung der zeitlich unbeschränkten Verlängerung einer ambulanten Behandlung, von Bewährungshilfe oder Weisungen bei einer

Der Präsident

bedingten Entlassung aus einer Suchtbehandlung oder Massnahme für junge Erwachsene (Art. 62 Abs. 4 VE-StGB) wird aus Gründen der öffentlichen Sicherheit befürwortet.

Für die Anordnung von Bewährungshilfe und Erteilung von Weisungen nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe ist im Gegensatz zur Anordnung von Bewährungshilfe und Erteilung von Weisungen nach dem Vollzug einer stationären therapeutischen Massnahme ein Vorbehalt im Grundurteil notwendig (vgl. Art. 41a, Art. 62f Abs. 1 und Art. 89a Abs. 1 und Abs. 2 VE-StGB). Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Hürde bei der Freiheitsstrafe eingebaut wurde. Wenn das Gericht zum Zeitpunkt des Grundurteils zum Schluss kommt, dass die Tatumstände und die Persönlichkeit des Täters nicht erwarten lassen, dass er erneut ein Verbrechen begeht, durch welches er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigt, so bringt es keinen Vorbehalt im Urteil an. Falls im Verlaufe des Vollzugs der Freiheitsstrafe jedoch Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Straftäter rückfällig werden könnte, ohne dass er jedoch eine weitere Straftat begangen hat, so könnten nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe keine Bewährungshilfe erteilt und keine Weisungen angeordnet werden, da es an der Voraussetzung des Vorbehalts im Grundurteil fehlt. Dies gilt es zu verhindern, weshalb die Voraussetzung des Vorbehalts von Bewährungshilfe und Weisungen nach dem Vollzug einer Freiheitsstrafe im Grundurteil gestrichen werden soll.

Gegenüber dem geltenden Recht werden in Art. 94 Abs. 2 VE-StGB mehr mögliche Weisungen aufgezählt. Es wird zwar begrüsst, dass diese Liste nach wie vor nicht abschliessend ist, doch es ist unklar, inwieweit durch die umfangreichere Aufzählung ein grösserer Nutzen entstehen soll. Die neue Regelung, dass zur Überwachung gewisser Weisungen und zur Feststellung des Standortes des Täters der Einsatz technischer Geräte angeordnet werden kann, die mit dem Täter fest verbunden sind, werden vom Sicherheitsaspekt her unterstützt.

3. Vorlage 2: Änderungen des Jugendstrafgesetzes

Das geltende Recht sieht in Art. 19 Abs. 2 JStG vor, dass alle Massnahmen (spätestens) mit Vollendung des 25. Altersjahres enden. Dies bedeutet, dass die betroffene Person aus dem Straf- und Massnahmenvollzug zu entlassen ist, auch wenn sie noch gefährlich ist. Die Anordnung einer Fürsorgerischen Unterbringung gemäss Art. 426 ZGB ist nur möglich, wenn die betroffene Person an einer psychischen Störung oder an einer geistigen Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, nicht jedoch, wenn lediglich eine Fremdgefährdung vorliegt. Die vorgesehenen Änderungen des JStG sehen vor, dass die Vollzugsbehörde rechtzeitig die Anordnung einer geeigneten Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahme beantragt, wenn der Wegfall einer Schutzmassnahme für die betroffene Person selber oder für die Sicherheit Dritter mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden ist und diesen nicht auf andere Weise begegnet werden kann (Art. 19a Abs. 1 VE-JStG). Subsidiär kann eine Massnahme gemäss StGB beantragt werden (Art. 19a Abs. 2 VE-JStG), nämlich einerseits ein Tätigkeitsverbot und Kontakt- und Rayonverbot sowie andererseits eine stationäre Massnahme.

Die KKPKS begrüsst die vorgesehene Änderung. Es muss aus Sicherheitsgründen verhindert werden, dass ein jugendlicher Straftäter trotz bestehender Gefährlichkeit mit Vollendung des 25. Altersjahres entlassen werden muss. Die Vergangenheit zeigte auf, dass es vereinzelt solche Fälle gab. Zum Schutz der Öffentlichkeit muss diese Lücke im JStG geschlossen werden. Problematisch erscheint lediglich die Voraussetzung des Vorbehalts im Grundurteil, dass zu diesem Zeitpunkt die Tatumstände und die Persönlichkeit des Jugendlichen ernsthaft erwarten lassen müssen, dass er erneut eine Straftat gemäss lit. a begehen wird (Art. 25a Abs. 1 lit. d VE-JStG), denn bekanntlich sind bei Jugendlichen Prognosen schwierig.



KONFERENZ DER KANTONALEN POLIZEIKOMMANDANTEN

Der Präsident

Es ist zu hoffen, dass im Zweifel der Vorbehalt im Grundurteil angebracht wird, so dass nicht später bei einer Verschlechterung des Verhaltens des Jugendlichen keine Anschlussmassnahme angeordnet werden kann, weil die Voraussetzung des Vorbehalts im Grundurteil fehlt. Wenn dies von den urteilenden jugendstrafrechtlichen Behörden nicht so gehandhabt würde, müsste der Zweck dieses Massnahmenpakets bezweifelt werden.

Die vorgesehene Änderung in Art. 19 Abs. 1^{ter} VE-JStG, dass die Vollzugsbehörde eine geschlossene Unterbringung nicht aufhebt, wenn sie gestützt auf Art. 19c VE-JStG eine stationäre Massnahme gemäss StGB beantragt hat und diese vom Erwachsenengericht noch nicht rechtskräftig beurteilt worden ist, wird grundsätzlich begrüsst. Es fragt sich jedoch, welche Bestimmung Vorrang hat, wenn die betroffene Person den Rechtsmittelweg beschreitet und die Sache zum Zeitpunkt des Erreichens ihres 25. Altersjahres noch beim Erwachsenengericht oder einer Rechtsmittelinstanz hängig ist. Um dem Zweck des Schutzes der Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern gerecht zu werden, muss Art. 19 Abs. 1^{ter} VE-JStG vorgehen und die betroffene Person darf bis zum rechtskräftigen Entscheid des Erwachsenengerichts oder der Rechtsmittelinstanz nicht aus der geschlossenen Unterbringung entlassen werden, obwohl sie ihr 25. Altersjahr erreicht hat.

Gemäss Art. 19b Abs. 2 VE-JStG kann im Gegensatz zu Art. 67 Abs. 2^{bis} StGB kein lebenslängliches Tätigkeitsverbot angeordnet werden. Dies ist unverständlich, denn die betroffene Person ist zu diesem Zeitpunkt volljährig. Die vorgesehenen Änderungen in Bezug auf die Verlängerungsmöglichkeit sowie die nachträgliche Anordnung eines (zusätzlichen) Verbots oder die Erweiterung eines Verbots werden begrüsst, da sie es erlauben, gezielt auf das veränderte Verhalten der betroffenen Person einzugehen.

Mit freundlichen Grüssen

Der Präsident



Dr. Stefan Blättler

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
Bundeshaus West,
3003 Bern

(per E-Mail zugestellt an: annemarie.gasser@bj.admin.ch)

Luzern, 30. September 2020

Stellungnahme zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir beziehen uns auf die am 6. März 2020 eröffnete Vernehmlassung zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes. Obwohl unsere Konferenz bei den direkt angeschriebenen Vernehmlassungsadressaten nicht aufgeführt ist und entsprechend nicht angeschrieben wurde, erlauben wir uns, uns dennoch zu äussern.

Für unsere Konferenz ist lediglich die Vorlage 2 relevant, entsprechend **äussern wir uns nur in Bezug auf die Vorlage 2**. Bei der Vorlage 2 geht es um die Schliessung der Sicherheitslücke, die dadurch entsteht, dass das Jugendstrafgesetz aktuell keine reine Sicherheitsmassnahme zum Schutz Dritter vorsieht.

Unsere Konferenz war bei den Vorbereitungsarbeiten zu dieser Gesetzesänderung involviert, und zwar im Rahmen von bilateralen Austauschen mit dem Bundesamt für Justiz sowie der Teilnahme an der im Begleitbericht erwähnten Gesprächsrunde am 13. November 2017. Wir haben uns jeweils dafür eingesetzt, dass die Lösung ausserhalb des ZGB gesucht wird. Eine Lösung über das Zivilrecht, konkret über die Bestimmungen der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB), hätte der Zweckbestimmung des Erwachsenenschutzes ganz grundsätzlich widersprochen, weshalb wir uns bei den Vorbereitungsarbeiten dezidiert dagegen ausgesprochen haben.

Wir begrüssen nun den Vorschlag, dass bei besonders gefährlichen Jugendlichen direkt im Anschluss an die jugendstrafrechtliche Sanktion eine Massnahme des Erwachsenenstrafrechts ermöglicht wird. Mit der getroffenen Lösung können der Zweck des Erwachsenenschutzes sowie die praktischen Probleme auf adäquate Weise gelöst werden.

Die KOKES unterstützt die vorgeschlagene Lösung vollumfänglich und verzichtet auf eine detaillierte Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen.

Herausnehmen möchten wir einzig folgende Hinweise:

- **Art. 15 Abs. 4 VE-JStG:** Die aktuelle Formulierung „Beistandschaft nach Art. 393-398 ZGB“ ist mit „Vormundschaft nach Art. 327c ZGB“ zu ersetzen. Beistandschaften nach Art. 393-398 ZGB sind Massnahmen des Erwachsenenschutzes, die bei Jugendlichen nicht angeordnet werden können.
- **Art. 19a Abs. 2 VE-JStG:** Bei der jetzigen Formulierung wird das im Erwachsenenschutz wichtige Prinzip der Subsidiarität unnötig strapaziert. Erwachsenenschutzrechtlich gilt, dass behördliche Massnahmen nur angeordnet werden dürfen, wenn keinerlei anderweitige

Unterstützung greift; dieses Subsidiaritätsprinzip ist in Art. 389 ZGB ausdrücklich verankert. In der jetzigen Formulierung würde Art. 19a Abs. 2 VE-JStG dieses Prinzip für einen Sonderbereich umkehren, was nicht ohne Weiteres einsichtig ist. Allenfalls kann die Regelung an dieser Stelle auch ganz unterbleiben, da sich die Koordination zwischen Straf- und Zivilbehörden grundsätzlich aus Art. 20 JStG ergibt.

Wir bedanken uns für die gute Zusammenarbeit und stehen bei Fragen gerne zur Verfügung.
Freundliche Grüsse

**Konferenz für Kindes- und
Erwachsenenschutz KOKES**

Kathrin Schweizer,
Präsidentin

Diana Wider,
Generalsekretärin

Frau Bundesrätin
Karin Keller-Sutter
Vorsteherin EJPD
3003 Bern

Per Mail auch an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Düdingen/Stans, 1. September 2020/KKF/Bfb

Vernehmlassungsantwort des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweizer Kantone zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes: Massnahmenpaket Sanktionenvollzug

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Nordwest- und Innerschweizer Strafvollzugskonkordat, dem 11 Kantone angehören¹, nimmt zur titelvermerkten Vernehmlassung wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkungen

Gemäss Artikel 123 Absatz 2 und 3 der Bundesverfassung sind die Kantone für die Organisation der Gerichte, die Rechtsprechung in Strafsachen sowie den Straf- und Massnahmenvollzug zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.

Traditionell stellt die Umsetzung der verschiedenen Formen des Freiheitsentzuges, inklusive das dazu anwendbare Verfahrensrecht, prinzipiell eine kantonale Aufgabe dar. Es handelt sich dabei um eine hoheitliche, staatliche Tätigkeit, welche im Grundsatz nicht durch Private erledigt werden darf.² Die 26 Kantone sind somit verpflichtet, die notwendige Haftinfrastruktur zu bauen und zu betreiben, d. h. Anstalten für die Untersuchungs- und Sicherheitshaft, für den Straf- und Massnahmenvollzug sowie für die Ausschaffungshaft. Zudem müssen sie die für die Vollstreckung der Strafentscheide notwendige Behördenorganisation und die dazu erforderlichen rechtlichen Grundlagen schaffen.

Der Bundesgesetzgeber hat bisher nur sehr zurückhaltend von seiner Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Justizvollzugs gebraucht gemacht, was die Kantone begrüssen.

Der Freiheitsentzug in der Schweiz stellt somit eine klassische Verbundaufgabe zwischen dem Bund und den Kantonen dar. Die einschlägigen rechtlichen Grundlagen sind aufgrund der

¹ Die Kantone Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Zug, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Aargau bilden zusammen seit dem 4. März 1959 das Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweiz. Reihenfolge der Kantone gemäss Art. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung.

² Vgl. dazu Art. 379 StGB.



gewählten und gelebten Organisationsform auf den verschiedensten Hierarchieebenen verteilt. Es finden sich Regelungen im Völkerrecht, in der Bundesverfassung, in der Bundesgesetzgebung auf Gesetzes- und Verordnungsstufe. Interkantonales Recht im Rahmen der Konkordatsverträge und deren Ausführungsbestimmungen verfeinern den rechtlichen Rahmen. Abschliessend ist jedoch jeder der 26 Kantone verpflichtet, die Rechte und Pflichten der Insassen und des Vollzugspersonals zu normieren, wie auch die Behördenorganisation und das Verfahren für die Vollstreckung der Strafurteile zu regeln. Dies gilt es immer zu bedenken, wenn der Bundesgesetzgeber punktuell in die Gesetzgebungshoheit der Kantone eingreift, wie dies bei der vorliegenden Vorlage der Fall ist.

Leider weist der vorliegende Vernehmlassungsentwurf kaum mehr Elemente auf, die im Rahmen der vom Bundesamt für Justiz einberufenen Expertengruppe durch die kantonalen Vollzugspartier vorgeschlagen und im Bericht des BJ vom 20. November 2018 aufgenommen wurden.³ Diese u.E. ausgewogenen Vorschläge wurden in einer zweiten Phase innerhalb des Bundesamtes für Justiz - für uns aus unverständlichen Gründen - stark abgeändert und erscheinen den Kantonen, die für deren Umsetzung abschliessend zuständig sein werden, nicht mehr als annehmbar.

Der aktuelle Vorentwurf ist in weiten Teilen vollzugsfremd, stark strafrechtstheoretisch geprägt und schliesst die von den Kantonen monierten Lücken kaum, sondern führt teilweise noch zu Verschlechterungen, die sich aus Sicht der Kantone als sicherheitsrelevant erweisen.

Die vorliegende Revision hat zum Ziel, die Sicherheit der Gesellschaft durch bessere Einwirkungsmöglichkeiten auf gefährliche Straftäterinnen und Straftäter zu verbessern und eine grössere Klarheit bezüglich der Handhabung von bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, namentlich in Bezug auf die Zuständigkeiten der Gericht und Vollzugsbehörden, zu schaffen. Diese grundsätzlichen Stossrichtungen der Revisionsvorlage unterstützen wir ausdrücklich.

Obwohl das Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweizer Kantone die grundsätzlich die Stossrichtungen der vom Bund vorgeschlagenen Änderungen befürwortet, lehnt es den Vorentwurf in der vorliegenden Form in vielen Punkten ab. Die Vorlage bedarf aus Sicht der betroffenen kantonalen Vollzugspraktiker verschiedener Anpassungen. Der vorgesehene Ausbau der Bewährungshilfe und der Weisungen bedarf unserer Ansicht nach einer grundsätzlichen Überarbeitung.

2. Inhaltliche Anmerkungen

2.1. Risikoorientierter Sanktionenvollzug

Das Grundlagenpapier der KKJPD für den strafrechtlichen Sanktionenvollzug vom 13. November 2014, welches durch die 26 Kantone verabschiedet worden ist, sieht vor, dass der Sanktionenvollzug risikoorientiert zu erfolgen hat.⁴ Um schwere Rückfallstraftaten zu vermeiden, habe die 19 Deutschschweizer Kantone deshalb in den letzten Jahren das sog. ROS-Fallführungssystem eingeführt. ROS steht für risikoorientierte Sanktionenvollzug.⁵ Die Westschweizer Kantone sind aktuell daran, eine vergleichbare Konzeption aufzubauen. Die Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats fordert einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern. Es ist deshalb unverständlich, dass der Vorentwurf keine diesbezüglichen Bestimmungen enthält.

Wir fordern deshalb folgende Ergänzungen:

Art. 75 StGB Abs. 1 zweiter Satz:

Neu: Der Strafvollzug erfolgt *risikoorientiert* und hat ...

³ Vgl. Bericht des BJ vom 20. November 2018 zur Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Straftätern». Dieser Bericht wurde in Zusammenarbeit mit kantonalen Vollzugsexperten erstellt (einsehbar unter: www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/verbesserungen-smv.html).

⁴ Einsehbar unter: SSED 50.1 www.konkordate.ch/konkordatliche-erlasse-ssed.

⁵ Vgl. dazu www.rosnet.ch/ und www.konkordate.ch/risikoorientierter-sanktionenvollzug-ros.

**Neuer Abs. 2:**

Die risikoorientierte Vollzugsarbeit richtet sich an den Delikten, dem Risikopotenzial sowie dem Entwicklungsbedarf und den Entwicklungsmöglichkeiten des Gefangenen aus. Der Gefangene soll,

- a) an der Verwirklichung der Vollzugsziele aktiv mitwirken;*
- b) sich mit seinen Straftaten sowie deren Ursachen und Folgen auseinandersetzen.*

Art. 90 StGB Abs. 2:

Neuer erster und zweiter Satz: Der Vollzug der Massnahme erfolgt risikoorientiert. Art. 75 Abs. 2 ist sinngemäss anwendbar.

2.2. Schaffung einer Rechtsgrundlage für den Informationsaustausch

Der Informationsaustausch unter den Behörden und mit den anderen, an einem Straf- oder Massnahmenvollzug beteiligten Stellen ist zentral für eine interdisziplinäre und risikoorientierte, auf das gemeinsame Ziel der Rückfallvermeidung ausgerichtete Zusammenarbeit. Dies gilt namentlich auch für die Kooperation mit therapeutischen Fachpersonen im Rahmen von forensischen Behandlungen. Um Risikofaktoren zu erkennen und das Rückfallrisiko beurteilen zu können, braucht es eine breit abgestützte Informationsbasis (siehe Ziff. 2.3 des Grundlagenpapiers der KKJPD für den strafrechtlichen Sanktionenvollzug vom 13. November 2014). Dafür sollte eine einheitliche und klare gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Wir fordern deshalb, dass die Grundsätze, die von der strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts in seinem Urteil vom 28. November 2011 festgehalten wurden, ins Gesetz überführt werden (vgl. dazu BGer 6B_4/2011 Erw. 2.9 f.).

Zudem besteht in der Praxis der Bedarf, Informationen zum Umfeld und den Kontakten des Täters einholen bzw. überprüfen sowie Drittpersonen orientieren zu können, wenn diese ein überwiegendes, schützenswertes Interesse an der Information haben. Eine gesetzliche Regelung auch dieser praktischen Bedürfnisse sollte geprüft werden.

2.3. Dauer der Probezeit bei teilbedingten Freiheitsstrafen

Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, ob die Probezeit bei teilbedingten Strafen – wie vom Bundesgericht am 9. November 2017 (6B_257/2017) entschieden – von Gesetzes wegen um die Zeit des Strafvollzugs verlängert wird. Die aktuelle Revision ist u.E. deshalb zu nutzen, um diese Unsicherheit, die teilweise weitreichende Folgen für die betroffenen Personen haben kann, mit einer eindeutigen gesetzlichen Regelung zu beseitigen.

2.4. Dauer der Probezeit bei Entlassung aus dem Strafvollzug

Die derzeitige Regelung in Art. 87 StGB schränkt die Möglichkeiten in der Nachbetreuung (Bewährungshilfe und Weisungen) für die Vollzugsbehörden stark ein. Wir erachten es als zielführend, wenn die Probezeit wie früher in der Entlassungsverfügung (unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zwischen einem bis zu höchstens fünf Jahren) festgelegt wird, um dem Einzelfall besser Rechnung zu tragen. Die gesetzliche Minimaldauer von einem Jahr erweist sich in der Praxis für eine wirksame Nachbetreuung häufig als zu kurz. Eine Verlängerung ist nach Art. 87 Abs. 3 StGB nur bei 64er-Delikten möglich (es ergibt sich aus dem Urteil aber nicht ohne weiteres, ob ein Straftatbestand die Anforderungen nach Art. 64 StGB tatsächlich erfüllt); zudem ist eine Rückversetzung bei verlängerter Probezeit nicht mehr möglich. Dadurch werden die Interventionsmöglichkeiten bei der verlängerten Probezeit stark eingeschränkt, was die Bestimmung zu einem grossen Teil sinnentleert und den mit der Vorlage angestrebten Zielen klar widerspricht. Wir empfehlen daher, den letzten Satz von Art. 87 Abs. 3 StGB zu streichen.



2.5. 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

- Nach dem Motionsauftrag sollen unbegleitete Hafturlaube und Ausgänge für Verwahrte ausgeschlossen werden (vgl. Ziff. 1.2.2 des erläuternden Berichts). Unbegleitete Ausgänge sind in diesem Setting bereits heute die Ausnahme. Mit einer gesetzlichen Regelung soll Klarheit geschaffen werden, was wir begrüssen. Die vorgeschlagene Regelung lässt jedoch ausser Acht, dass gemäss Art. 64 Abs. 3 StGB das Gericht auch bei einer der Verwahrung vorausgehenden Freiheitsstrafe eine bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe frühestens auf den Zeitpunkt hin, an welchem der Täter zwei Drittel der Freiheitsstrafe oder 15 Jahre der lebenslänglichen Freiheitsstrafe verbüsst hat, anordnen kann, wenn schon während dem Vollzug der Freiheitsstrafe zu erwarten ist, dass der Täter sich in Freiheit bewährt. Eine bedingte Entlassung lässt sich aber in aller Regel nur verantworten, wenn zuvor Vollzugslockerungen gewährt wurden, mithin die Versetzung in den offenen Vollzug sowie unbegleitete Urlaube. Soll die Möglichkeit der bedingten Entlassung aus dem vorausgehenden Strafvollzug gemäss Art. 64 Abs. 3 StGB beibehalten werden, müssen somit auch künftig bereits in dieser Phase Vollzugslockerungen und Urlaube möglich sein. Solche Vollzugslockerungen können nach heutigem Recht durch die Vollzugsbehörden gewährt werden. Dies führt allerdings dazu, dass die Vollzugsbehörden faktisch die gerichtliche Beurteilung der Gefährlichkeit eines Täters unterlaufen können, bevor sich die Frage des geeigneten Verwahrungsvollzugs überhaupt stellt. Auch wird der Entlassungsentscheid des Gerichts gemäss Art. 64 Abs. 3 StGB dadurch präjudiziert.

Im Sinne der Kohärenz schlagen wir deshalb vor, einerseits die Bestimmung in Art. 84 Abs. 6^{bis} VE-StGB dahingehend anzupassen, dass unbegleitete Urlaube während des vorausgehenden Strafvollzugs (nur) in einer geschlossenen Einrichtung ausgeschlossen sind, wie dies Art. 90 Abs. 4^{bis} VE-StGB für den Vollzug der Verwahrung vorsieht. Andererseits ist vorzusehen, dass Vollzugslockerungen im Sinne einer Versetzung in den offenen Strafvollzug (bei welchem letztlich auch unbegleitete Urlaube möglich sind und auch sein müssen) bei einer der Verwahrung vorausgehenden Freiheitsstrafe nur mit Zustimmung des Gerichts erfolgen können, welches auch über die bedingte Entlassung zu entscheiden hätte (Art. 64 Abs. 3 StGB) bzw. welches die Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB angeordnet hat.

- In Art. 84 Abs. 6^{bis} VE-StGB werden während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs unbegleitete Urlaube grundsätzlich verboten, andere Vollzugsöffnungen aber offenbar nicht (dies ist aus der Formulierung von Art. 84 Abs. 6^{ter} VE-StGB zu schliessen).
- Das Verbot unbegleiteter Urlaube sollte daher gleich wie in Art. 90 Abs. 4^{bis} VE-StGB auf Urlaube aus geschlossenen Einrichtungen beschränkt werden. Soll sichergestellt werden, dass der vorausgehende Strafvollzug nur im geschlossenen Rahmen erfolgen darf, müssten konsequenterweise auch alle anderen Vollzugsöffnungen, namentlich die Verlegung in eine offene Anstalt, untersagt werden. Art. 64 Abs. 2 StGB müsste dann entsprechend ergänzt werden. Dies wäre auch mit Blick auf Art. 64 Abs. 3 StGB nicht sachgerecht; durch ein Verbot jeglicher Vollzugsöffnungen würde eine Entlassung aus dem vorangehenden Strafvollzug verunmöglicht, was dem Geiste des Gesetzes widerspräche und mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht mit der EMRK im Einklang wäre.
- Nach Ziff. 2.1. des erläuternden Berichts müssen "gefährliche Täter" bei Urlauben von "Sicherheitsfachleuten" begleitet werden. Eine therapeutische Begleitung sei nicht ausreichend. Diese Ausführungen gehen von falschen Voraussetzungen aus und können nicht geteilt werden: Auch begleitete Urlaube dürfen nur durchgeführt werden, wenn sie aufgrund einer Analyse des konkreten Risikos für eine Flucht oder eine neue Straftat in Berücksichtigung des Zwecks und der konkreten Modalitäten der geplanten Öffnung sowie der aktuellen Situation der eingewiesenen Person verantwortet werden können. Bestehen aufgrund dieser Analyse gerade bei einer verwahrten Person erhöhte Risiken während des Urlaubs, darf dieser nicht durchgeführt werden. Dass auch die Begleitpersonen keinen Gefahren ausgesetzt werden dürfen, gilt natürlich nicht nur für Therapiepersonen, sondern auch für Sicherheitsfachleute.



Es gehört zur sorgfältigen Risikoanalyse durch die Bewilligungsbehörde, die im konkreten Einzelfall geeignete(n) Begleitperson(en) zu bestimmen. Auch ist nicht geklärt, was unter dem Begriff "Sicherheitsfachleuten" zu verstehen ist. Der erläuternde Bericht ist dementsprechend anzupassen.

- Die vorgeschlagene Neuregelung in Art. 84 Abs. 6^{bis} VE-StGB ist deshalb Art. 90 Abs. 4^{bis} VE-StGB anzugleichen:

«Während des Vollzugs der der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs in einer geschlossenen Einrichtung sind unbegleitete Urlaube ausgeschlossen.»

2.6. Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung

Artikel 64b Absatz 3 VE-StGB

- Die Änderung wird begrüsst, zumal sie den administrativen Aufwand bei der Vollzugsbehörde vermindert.
- Unklar ist jedoch, was dies für die Überprüfung der Umwandlung in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 64b Abs. 1 Bst. b StGB bedeutet. Falls diese Überprüfung trotzdem von Amtes wegen im Zweijahresrhythmus erfolgen muss (davon scheint die Botschaft auszugehen), kann der angestrebte Effizienzgewinn nicht bzw. nur teilweise erreicht werden.
- Für die Überprüfung der Umwandlung in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 64b Abs. 1 Bst. b StGB ist deshalb das gleiche Intervall vorzusehen und Art. 64b Absatz 3 VE-StGB entsprechend zu ergänzen.
- Auch bei der Verwahrung ist eine Stellungnahme der Fachkommission nur dann zwingend einzuholen, wenn die Vollzugsbehörde erwägt, dem Täter die bedingte Entlassung zu gewähren.

2.7. Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

Artikel 57a VE-StGB

- Die Bestimmung will Klarheit schaffen bezüglich der Berechnung der Massnahmendauer. Dies wird von uns begrüsst.
- Der Vorentwurf berücksichtigt jedoch die Besonderheiten der Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB nicht. Für diese beiden Massnahmen sind gesetzliche Höchstdauern vorgesehen, weshalb die Zeit im vorzeitigen Massnahmenvollzug (im Gegensatz zur verlängerbaren Massnahme nach Art. 59 StGB) von Gesetzes wegen berücksichtigt werden muss. Ansonsten werden die Personen benachteiligt, die sich mit einem vorzeitigen Antritt einer Suchtbehandlung oder einer Massnahme für junge Erwachsene einverstanden erklärt haben.
- Bei den Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB ist deshalb eine zusätzliche Bestimmung vorzusehen, welche den vorzeitigen Vollzug der Massnahmen bei der Dauer mitberücksichtigt.
- Zudem sollte aufgrund der Unklarheiten, die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung entstanden sind, klargestellt werden, dass die strafprozessuale Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht an die Massnahmendauer angerechnet wird (Untersuchungshaft ist nach Art. 51 StGB unter dem Titel der Strafzumessung auf die Strafe anzurechnen).
- Der Wortlaut von Art. 57a VE-StGB geht davon aus, dass die Massnahmendauer zu berechnen ist, was jedoch falsch ist. Die maximale Massnahmendauer wird vom Gericht mittels eines



Urteilsspruchs im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben verbindlich festgelegt. Dies gilt auch für die Vollzugsbehörden. Deshalb sind Abs. 1 und 2 der Bestimmung wie folgt anzupassen:

«¹Die freiheitsentziehende therapeutische Massnahme beginnt mit Rechtskraft der Anordnung.

²Befindet sich der Täter bei Eintritt der Rechtskraft der Anordnung in Freiheit, so beginnt die Massnahme ab dem Zeitpunkt des Freiheitsentzugs.

³Befindet sich der Täter bei Eintritt der Rechtskraft der Anordnung der freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahme nach den Artikeln 60 oder 61 bereits im vorzeitigen Massnahmenvollzug, beginnt diese Massnahme mit der Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs.» (vgl. dazu BGE 146 IV 58 E. 2.9 und BGE 146 IV 58 E. 2.9.).

2.8. 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

- Diese Regelung trägt grundsätzlich zur Klarheit der Zuständigkeiten von Gerichten und Vollzugsbehörden bei, wenn für sämtliche Entscheide über den Bestand einer Massnahme ein Gericht und für Entscheide über Vollzugsmodalitäten die Vollzugsbehörde zuständig ist.
- Die neuen Bestimmungen gehen jedoch viel zu weit und führen deshalb dazu, dass die Verfahren aufwändiger und langwieriger werden. Die Gerichte müssten in Zukunft über alle Aufhebungen, also z.B. auch bei erfolgreichem Verlauf einer problemlosen ambulanten Suchtbehandlung entscheiden (Art. 63 Abs.1 VE-StGB), was aus rechtstaatlicher Perspektive keinen Mehrwert erzeugt.
- Die vorgeschlagene Neuregelung kann deshalb von uns nur befürwortet werden, wenn sie im Sinn der folgenden Hinweise angepasst wird:
 - Wenn eine Massnahme aufgehoben wird, ohne dass weitere Anordnungen getroffen werden (z.B. Aufhebung einer erfolgreichen ambulanten Behandlung), ist ein Gerichtsentscheid unnötig. Um überflüssigen Leerlauf mit einer Mehrbelastung des Systems zu vermeiden, soll das Gericht nur dann entscheiden, wenn mit einem Nachentscheid in die Freiheitsrechte der betroffenen Person eingegriffen werden soll.
 - Die Vollzugsbehörde hat also zu prüfen, ob die Massnahme ohne weiteres aufgehoben werden kann, oder ob neue Anordnungen nötig sind. Im ersten Fall soll sie selber entscheiden können. Im zweiten Fall soll sie dem Gericht Bericht und Antrag stellen. Dieses muss dann über die Rechtsfolgen nach Art. 62c Abs. 2, 3, 4 oder 6 sowie Art. 63 b Abs. 2 bis 5 StGB entscheiden.
 - Die zu erwartende Mehrbelastung des Systems wird noch zusätzlich verstärkt, insofern gemäss Botschaft ein Aufhebungsgesuch der betroffenen Person in jedem Fall an das Gericht zu leiten ist, auch wenn die Vollzugsbehörde die Voraussetzungen für eine Aufhebung verneint. Der Unterschied für die betroffene Person zu einer Ablehnung eines Entlassungsgesuchs durch die Vollzugsbehörde (mit entsprechender Anfechtungsmöglichkeit) ist nicht ersichtlich.
 - Art. 62c Abs. 2 StGB ist in der Vorlage nicht aufgeführt und soll daher nicht geändert werden. Dies obwohl die Bestimmung unklar ist: Zu klären sind u.E. die Zuständigkeiten betreffend Entscheide über die bedingte Entlassung einerseits und den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe andererseits. Es ist auch schwer vorstellbar, dass nach Aufhebung der Massnahme nach nicht erfolgreichem Verlauf plötzlich die Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug gegeben sein sollen, nachdem die Anordnung der Massnahme ja eine ungünstige Prognose voraussetzte.



- Schliesslich ist, soweit ersichtlich, das Verhältnis zwischen Art. 62c Abs. 1 VE-StGB und Art. 59 Abs. 4 StGB nicht geregelt. Gerade die im Bereich der nachträglichen Anordnung oder Änderung einer Massnahme identifizierten Probleme (vgl. Bericht des Bundesamtes für Justiz zur Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern» vom 20.11.2018, Ziff. 6.4.3 Identifizierte Probleme, S. 25) sollten mit der vorliegenden Revision bereinigt werden. Insbesondere ist zuzüglich zu den neuen Zuständigkeitsbestimmungen zu erwarten, dass bundesrechtlich Klarheit darüber geschaffen wird, dass das zuständige Gericht künftig selbst in einem Verfahren auf Verlängerung einer stationären Massnahme nach Art. 59 Abs. 4 StGB ohne Weiteres, d.h. von Amtes wegen – bei gegebenen Voraussetzungen – die Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB anordnen kann, wenn es beispielsweise die therapeutische Erreichbarkeit anders beurteilt, als die antragstellende Vollzugsbehörde. Art. 62c Abs. 1 VE-StGB («auf Antrag der Vollzugsbehörde») lässt unseres Erachtens die Frage offen. Art. 59 Abs. 4 StGB könnte dahingehend präzisiert werden, dass das zuständige Gericht bei Nichtverlängerung nach den Regeln von Art. 62c StGB entscheidet. Art. 62c Abs. 4 könnte schliesslich dahingehend angepasst werden, dass das Gericht bei Aufhebung einer Massnahme, die aufgrund einer Straftat nach Art. 64 Abs. 1 angeordnet wurde, auf Antrag der Vollzugsbehörde oder von Amtes wegen die Verwahrung anordnet, wenn ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht.

Art. 62c Abs. 2 StGB ist deshalb wie folgt anzupassen:

«Ist der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug kürzer als die aufgeschobene Freiheitsstrafe, ordnet das Gericht den Vollzug der Reststrafe an. Hat der Gefangene zwei Drittel seiner Strafe, mindestens aber drei Monate verbüsst, prüft die Vollzugsbehörde von Amtes wegen, ob dieser gestützt auf Art. 86 bedingt entlassen werden kann.»

- Die Legitimation der Vollzugsbehörde zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Nachverfahren wird als sinnvoll erachtet und begrüsst. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb diese Möglichkeit auf therapeutische Massnahmen nach Art. 59 – 61 beschränkt wird. Die Legitimation der Vollzugsbehörde zur Ergreifung von Rechtsmitteln ist auf alle Nachverfahren auszuweiten.

2.9. 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 1bis, Artikel 91a und 91b VE-StGB, Artikel 28 Absatz 3 VE-JStG

- Mit Art. 62e VE-StGB wird entgegen der bestehenden Regelungen und Praxis die zwingende Vorlage aller Vollzugsöffnungen bei stationären Massnahmen eingeführt. Und dies vor allem ohne, dass die Vollzugsbehörde - wie in Art. 75a Abs. 1 StGB vorgesehen - "Zweifel bezüglich der Gefährlichkeit des Täters" hat. Diese Änderung wird von uns klar abgelehnt.
- Zudem wird das Einholen einer Stellungnahme verlangt, bevor dem Gericht die Aufhebung der Massnahme beantragt wird. Dies ist systemwidrig, weil es dabei nicht um eine Stellungnahme zu möglichen Gefährdungen von Drittpersonen bzw. zur Vertretbarkeit einer Vollzugsöffnung geht.
- Die Neuregelung schränkt den Handlungsspielraum der Vollzugsbehörden erheblich und unnötig ein.
- Die Regelung führt zu einer hohen Mehrbelastung des Systems, vor allem der Fachkommissionen, und damit auch zu Mehrkosten für die Kantone, ohne einen erkennbaren Nutzen zu generieren. Im Gegenteil, dies könnte dazu führen, dass für die einzelnen Dossiers nicht mehr genügend zeitliche Ressourcen zur Verfügung stehen, was klar gegen das erklärte Ziel der Revision, der Stärkung der Anliegen der öffentlichen Sicherheit, verstossen würde.



- Wir lehnen deshalb Art. 62e VE-StGB ab; er ist ersatzlos zu streichen. Es genügt, auf Art. 75a VE-StGB zu verweisen.
- Aufgabe der Fachkommission ist es, das Risiko für neue Straftaten in einer konkreten Vollzugssituation zu beurteilen und der Vollzugsbehörde Handlungsempfehlungen abzugeben. Dies soll in den Gesetzestexten klarer zum Ausdruck gebracht werden. In Art. 75a Abs. 1 und Art. 91a Abs. 2 VE-StGB soll der Begriff «Stellungnahme» daher durch den Begriff «Beurteilung» ersetzt werden. Der ganze Gesetzestext soll entsprechend angepasst werden.
- Art. 91a Abs. 3 VE-StGB soll zudem wie folgt formuliert werden:

«Falls die Kommission die Einweisung in eine offene Einrichtung oder die Gewährung von Vollzugsöffnungen empfiehlt, gibt sie weitere Empfehlungen zu den Rahmenbedingungen ab.»

- Der Inhalt von Art. 91a Abs. 4 VE-StGB wird grundsätzlich unterstützt. Es wird aber auch festgestellt, dass die vorgeschlagene Regelung nicht justiziabel ist. Sie gehört sodann nicht ins Strafgesetzbuch, sondern in die kantonalen bzw. konkordatlichen Regelungen, die das Wahlverfahren für die Mitglieder der Fachkommissionen regeln. Art. 91a Abs. 4 VE-StGB soll daher ersatzlos gestrichen werden.

Die übrigen Bestimmungen in diesem Zusammenhang erscheinen sinnvoll und werden von uns befürwortet.

2.10. 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

Mit der Regelung in der vorliegenden Form wird die Verantwortung für die Verhinderung künftiger Straftaten den Vollzugsbehörden übertragen, ohne dass diese eine entsprechende Reaktionsmöglichkeit bei Missachtung haben. Dies weckt betreffend das Sicherheitsgefühl eine falsche Erwartung und überträgt den Vollzugsbehörden eine letztlich nicht erfüllbare Aufgabe. Sie wird deshalb durch das Strafvollzugskonkordat in der vorliegenden Form klar abgelehnt.

- Das Bundesamt für Justiz hat zur Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Straftätern» am 20. November 2018 einen Bericht veröffentlicht. Dieser wurde in Zusammenarbeit mit den Kantonen erstellt. Dabei wurde auch eine «Aufsichtsmassnahme für gefährliche Straftäter» (Ziff. 7.1.1, S. 27 des Berichts) in Betracht gezogen. Von den Vorschlägen im Bericht ist in der nun vorliegenden Vorlage nicht mehr viel vorhanden. Deren Umsetzung wird als untauglich beurteilt und entspricht in keiner Weise dem ursprünglich verfolgten Ziel.
- Durch Anordnung von Bewährungshilfe und/oder Weisungen, welche grundsätzlich in Freiheit vollzogen/durchgeführt werden, wird sich eine Person, die sich im stationären Vollzugssetting renitent und uneinsichtig gezeigt hat und der deswegen keine günstige Legalprognose gestellt werden kann, erfahrungsgemäss nicht beeinflussen lassen. Die blosser Kontrolle, auch wenn sie mit elektronischer Überwachung unterstützt wird, kann im ambulanten Setting nie so engmaschig durchgeführt werden, dass bei wenig kooperativen Personen neue Straftaten verhindert werden könnten. Dies wurde leider in der Vergangenheit durch mehrere schwere Rückfallstraftaten von Personen unter elektronischer Überwachung bewiesen.
- Die Mittel und Werkzeuge bzw. die juristischen Konsequenzen, welche den Bewährungsdiensten (welche im Regelfall für die Umsetzung dieser Anordnungen zuständig sind) zur Verfügung stehen, vermögen die vom Gesetzgeber beabsichtigte Sicherheit nicht zu gewährleisten.
- Eine Rückversetzung ist bei abgelaufenen Strafen oder aufgehobenen Massnahmen gemäss Gesetzesentwurf nicht möglich. Es wird zwar die Weisung für "den Aufenthalt an einem den Bedürfnissen des Täters entsprechenden Ort" vorgesehen. Die (vorübergehende) Unterbringung in einem stationären Setting ist denn bei solchen Fällen aus rückfallpräventiver Sicht



auch häufig notwendig. Es fehlt aber ein Instrumentarium, um eine solche Weisung bei fehlender oder mangelhafter Kooperation auch durchsetzen zu können.

- Die (bis zu lebenslänglich mögliche) Verantwortung zur Verhinderung künftiger Straftaten bei nicht therapierbaren Tätern, die die Voraussetzung für eine bedingte Entlassung nicht erfüllen (und bei denen von einem erheblichen Rückfallrisiko ausgegangen wird), ohne entsprechende Reaktionsmöglichkeiten den Behörden des Justizvollzugs aufzubürden, ist nicht zielführend und gaukelt eine Scheinsicherheit vor.
- Wichtiger als die zeitlich uneingeschränkt möglichen Bewährungshilfen und Weisungen wäre die Aufnahme einer Regelung, die bei Nichteinhalten der Auflagen griffige Reaktionen ermöglicht. Eine Busse, wie sie Art. 295 StGB bei Missachtung von Bewährungshilfe und Weisungen weiterhin androht, genügt in keiner Art und Weise. Eine solche Strafandrohung erlaubt es nicht, dass bei konkreten Anzeichen für eine negative Entwicklung mit Abgleiten in neue Delinquenz eingegriffen werden könnte.
- Durch die vorgesehene Ausweitung der Bewährungshilfe und Weisungen wird in keiner Weise eine Verbesserung zur derzeitigen Regelung geschaffen – im Gegenteil: diese weckt falsche Erwartungen, überträgt dem Justizvollzug eine letztlich nicht erfüllbare Aufgabe und ist dadurch sogar gefährlich.
- Die Pflicht, nun auch für Weisungen betreffend den Aufenthalt des Täters oder seine ärztliche oder psychologische Betreuung zwingend ein forensisch-psychiatrisches Gutachten zu verlangen, schiesst sodann weit über das Ziel hinaus.
- Auch das Einholen einer Stellungnahme der Fachkommission nach Art. 95a Abs. 5 StGB bringt keinen Nutzen, solange keine griffigen Reaktionsmöglichkeiten bestehen, selbst wenn dem Täter ein hohes Risiko für neue schwere Straftaten bescheinigt wird.
- Die an sich sinnvolle Möglichkeit, nach vollständiger Verbüssung einer Freiheitsstrafe oder nach einer bedingten Entlassung aus einer stationären Massnahme beziehungsweise nach deren Aufhebung bei einer als gefährlich beurteilten Person Bewährungshilfe anzuordnen oder Weisungen zu erteilen, darf daher nur dann umgesetzt werden, wenn die Verweigerung der Zusammenarbeit mit der Bewährungshilfe und / oder die Missachtung von Weisungen auch spürbar und effektiv sanktioniert werden kann. Ansonsten schafft der Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen bloss eine Scheinsicherheit. Die in Art. 95a VE-StGB vorgesehenen Sanktionierungsmöglichkeiten gehen offenkundig zu wenig weit. Die Vollzugsbehörden werden zwar ermächtigt, Anordnungen im Interesse der öffentlichen Sicherheit zu treffen. Mangels wirksamer Sanktionsmöglichkeiten erweisen sich diese jedoch ohne Kooperationsbereitschaft der betroffenen Personen als nicht durchsetzbar, so dass angesichts der in diesen Konstellationen oft renitenten Klientel im Ergebnis auch keine Verbesserung der Sicherheit erreicht werden kann. Es ist daher eine vertiefte Prüfung weitergehender Sanktionsmöglichkeiten für die Missachtung von Bewährungshilfe und Weisungen vorzunehmen.
- Des Weiteren ist zu prüfen, ob Bewährungshilfe und Weisungen nach dem Vollzug einer Freiheitsstrafe nicht nur zum Urteilszeitpunkt, sondern auch später noch angeordnet werden können. Gerade bei langen Freiheitsstrafen ist nicht ausgeschlossen, dass sich das Bedürfnis nach Bewährungshilfe und / oder Weisungen erst während dem Strafvollzug ergeben kann, z.B. wenn neue Erkenntnisse vorliegen. Soweit die generelle Möglichkeit der nachträglichen Anordnung von Bewährungshilfe oder Weisungen aus rechtsstaatlichen Erwägungen als nicht zulässig erachtet wird, müsste zumindest eine Regelung in Analogie zu Art. 65 Abs. 2 StGB (nachträgliche Anordnung der Verwahrung) getroffen werden.

2.11. Weitere Bemerkungen und Hinweise zu einzelnen Bestimmungen

Art. 62d Abs. 1 StGB

Im Gesetzestext ist nebst dem Antrag auf Aufhebung auch der *Antrag auf Verlängerung* explizit vorzusehen.



Art. 93 StGB

Hinweis: Die Bestimmung zur Schweigepflicht der Bewährungshilfe wird mit dem Vorentwurf aufgehoben.

Art. 93 Abs. 3 StGB muss u.E. jedoch beibehalten werden. Die Verlagerung der Bestimmung in Art. 95a VE-StGB genügt nicht, da diese Regelung (die wie oben ausgeführt abgelehnt wird) ohnehin nur für die Zeit nach dem Straf- und Massnahmenvollzug gelten würde.

Mit freundlichen Grüssen

**Strafvollzugskonkordat
der Nordwest- und Innerschweizer Kantone**

Regierungsrätin Karin Kayser-Frutschi
Konkordatspräsidentin

Dr. Benjamin F. Brägger
Konkordatssekretär

Kopien z.K.

Für den Justizvollzug zuständige Regierungsräte der NWI-CH Kantone
GS KKJPD
Sekretariate OSK & CL

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Sekretariat:
Joe Keel, lic.iur. RA
Oberer Graben 32
9001 St. Gallen
Tel: 058 229 36 04
E-Mail: joe.keel@sg.ch
www.osk-web.ch

Zürich, 16. September 2020

Änderung des Strafgesetzbuches (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 6. März 2020 laden Sie uns ein, zur erwähnten Vorlage Stellung zu nehmen. Wir danken für diese Gelegenheit. Unser Konkordat ist von der Vorlage 1 betroffen und wir beschränken uns auf Bemerkungen zu dieser Vorlage.

Allgemeine Bemerkungen

Wir begrüssen es, dass verschiedene Unklarheiten im Sanktionenrecht geklärt und Schwachstellen ausgemerzt werden sollen, namentlich bei der Dauer von Massnahmen, der Zuständigkeit für die Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme sowie den Aufgaben und der Zusammensetzung der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftäterinnen und Straftätern. Ganz wichtig wäre es, die Sicherheitslücke bei der Entlassung von Sexual- und Gewaltstraftätern mit einer ungünstigen Legalprognose zu schliessen, bei denen die Vollzugsarbeit nicht genügend gewirkt hat oder eine therapeutische Massnahme gescheitert ist, die aber nicht verwahrt werden können. Hier fehlen taugliche Handlungsmöglichkeiten. Der vorgeschlagene Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen löst das Problem nicht. Die Regelung ist missglückt und wir lehnen sie in dieser Form klar ab.

Bemerkungen zu den einzelnen Themenbereichen

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)

Unbegleitete Öffnungen sind bei der lebenslänglichen Verwahrung ausgeschlossen und bei der ordentlichen Verwahrung bereits heute die Ausnahme. Wir verschliessen uns dem Anliegen nicht, solche Öffnungen aus dem geschlossenen Verwahrungsvollzug auszuschliessen. Dieselbe Regelung muss konsequenterweise auch für den vorausgehenden Strafvollzug gelten. Es sollen unbegleitete Urlaube in beiden Settings ausgeschlossen werden, solange die betroffene Person in einer geschlossenen Einrichtung untergebracht ist. Eine Ausdehnung des Verbots auf den offenen Vollzug lehnen wir ab. Sie stünde im Widerspruch zu den gesetzlichen Möglichkeiten, andere Vollzugsöffnungen wie namentlich die Einweisung in den offenen Vollzug oder die bedingte Entlassung zu bewilligen.



Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung

(Artikel 64b Absatz 2 und 3 VE-StGB)

Wir begrüßen die Änderung grundsätzlich. Allerdings muss auch das Intervall zur Prüfung der Umwandlung der Verwahrung in eine stationäre therapeutische Massnahme (Art. 64b Abs. 1 Bst. b StGB) erstreckt werden, ansonsten der angestrebte Effizienzgewinn nicht erreicht wird. Auf das Erfordernis der dreimaligen Ablehnung der bedingten Entlassung ist zu verzichten; diese Voraussetzung ist nicht sachgerecht, da die Freiheitsrechte der betroffenen Person nicht zu Beginn der Verwahrung am stärksten betroffen sind, sondern mit zunehmender Dauer. Zudem hat die betroffene Person weiter die Möglichkeit, ein Entlassungsgesuch einzureichen und damit eine Überprüfung auszulösen.

Auch bei der Verwahrung soll eine Stellungnahme der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit nur eingeholt werden müssen, wenn die Vollzugsbehörde erwägt, der betroffenen Person die bedingte Entlassung zu gewähren. Art. 64b Abs. 2 Bst. c ist Art. 64 Abs. 5 VE-StGB anzugleichen.

Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

(Artikel 57a VE-StGB)

Wir begrüßen, dass bezüglich der Berechnung der Massnahmendauer im Gesetz Klarheit geschaffen werden soll. Der Vorschlag muss aufgrund der Unklarheiten, die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung entstanden sind, ergänzt werden mit einer Regelung, wonach die strafprozessuale Untersuchungs- und Sicherheitshaft (auch bei schuldunfähigen Personen) nicht an die Massnahmendauer angerechnet wird. Der VE berücksichtigt sodann die Besonderheiten der verschiedenen Massnahmen nicht und möchte die Berücksichtigung des vorzeitigen Massnahmenvollzugs den Gerichten überlassen. Dies steht in einem gewissen Widerspruch zur gesetzlichen Höchstdauer bei Suchtbehandlungen und Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 60 und 61 StGB). Im Interesse der Klarheit und einer einheitlichen Gesetzesanwendung sollte der vorzeitige Massnahmenvollzug bei diesen Massnahmen mit einer gesetzlichen Höchstdauer von Gesetzes wegen angerechnet werden.

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

Wir begrüßen es, wenn das Gericht bei Nachverfahren künftig sowohl über die Aufhebung wie über die Rechtsfolgen entscheidet. Dass die Gerichte aber auch dann über die Aufhebung entscheiden sollen, wenn keine weiteren Anordnungen getroffen werden (beispielsweise bei erfolgreichem Verlauf einer problemlosen ambulanten Suchtbehandlung), schiesst weit über das Ziel hinaus. Eine solche Regelung führte ohne erkennbaren Mehrwert bloss dazu, dass die Verfahren aufwändiger und langwieriger werden und das System mehr belastet wird. Um unnötige Leerläufe zu vermeiden, soll das Gericht also nur entscheiden, wenn mit einem Nachentscheid in die Freiheitsrechte der betroffenen Person eingegriffen werden soll. Wir lehnen es zudem ab, dass (gemäss Botschaft) ein Aufhebungsgesuch der betroffenen Person in jedem Fall an das Gericht geleitet werden muss, auch wenn die Vollzugsbehörde die Voraussetzungen für eine Aufhebung verneint. Es genügt, wenn die betroffene Person eine ablehnende Verfügung (wie die Abweisung eines Gesuchs um bedingte Entlassung) anfechten und so gerichtlich überprüfen lassen kann.

Wir begrüßen die Legitimation der Vollzugsbehörde zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Nachverfahren. Dabei ist aber nicht nachvollziehbar, weshalb diese Möglichkeit auf therapeutische Massnahmen nach Art. 59 – 61 beschränkt wird; sie soll für alle Nachverfahren im Bereich des Justizvollzugs gelten. Die Verfahrensregelung gehört nicht ins Strafgesetzbuch, sondern in die Strafprozessordnung.

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 1bis, Artikel 91a und 91b VE-StGB)

Nach dem Entwurf muss bei Katalogtaten nach Art. 64 Abs. 1 StGB in allen Fällen, bei denen eine inhaftierte Person aus einer stationären therapeutischen Massnahme bedingt entlassen oder die Massnahme aufgehoben werden soll, ein sachverständiges Gutachten eingeholt werden. Dies ist nach unserer Überzeugung unnötig. Art. 62d Abs. 2 VE-StGB ist zu überarbeiten. Die Regelung trägt den Entwicklungen der letzten Jahre gerade in unserem Konkordat keine Rechnung. Die Kantone des OSK arbeiten seit 2016 konsequent nach der Konzeption des Risikoorientierten Sanktionenvollzugs (ROS). Sie können sich dabei auf die fundierten forensisch-prognostischen Einschätzungen der Abteilung für forensisch-psychologische Abklärungen sowie des forensisch geschulten Fachpersonals in den Vollzugseinrichtungen oder Bewährungsdiensten stützen. Dies ist auch deshalb wichtig, weil die Weichen in einem Vollzugsfall lange vor der bedingten Entlassung oder der Aufhebung gestellt werden müssen. Die Wirkung der Vollzugsarbeit muss überprüft werden. Die betroffenen Personen müssen die Gelegenheit erhalten, sich unter zunehmend gelockerten Bedingungen auch in Vollzugsöffnungen zu bewähren. Es gilt zu verhindern, dass eine Entlassung aus dem stationären Vollzug unvorbereitet erfolgt, da dies aus legalprognostischer Sicht kontraproduktiv wäre.

Mit Art. 62e VE-StGB wird sodann entgegen der bestehenden Regelungen und Praxis die zwingende Vorlage aller Vollzugsöffnungen bei stationären Massnahmen eingeführt. Zudem wird das Einholen einer Stellungnahme verlangt, bevor dem Gericht die Aufhebung der Massnahme beantragt wird; dies ist nicht sachgerecht, weil es dabei nicht um eine Stellungnahme zu möglichen Gefährdungen von Drittpersonen bzw. zur Verantwortbarkeit einer Vollzugsöffnung geht. Diese Bestimmung kann gestrichen werden; es genügt, auf Art. 75a VE-StGB zu verweisen.

Wir lehnen diese zu weitgehenden Neuerungen auch deshalb ab, weil sie eine dynamische, den Umständen des Einzelfalls angepasste Vollzugsplanung wesentlich erschweren. Zudem führen sie zu einer hohen Mehrbelastung des Systems und auch zu Mehrkosten für die Kantone, ohne einen wirklichen Nutzen zu generieren. Es muss wie im Strafvollzug in der Verantwortung der Vollzugsbehörde liegen, dass sie bei möglichen Gefährdungen von Drittpersonen ein Gutachten oder eine Beurteilung der Fachkommission nur dann einholen muss, wenn sie gemäss Art. 75a Abs. 1 VE-StGB "Zweifel bezüglich der Gefährlichkeit des Täters" hat. Für die im VE vorgesehene Ungleichbehandlung zwischen Vollzugsöffnungen bei Personen in einer stationären therapeutischen Massnahme bzw. in einem Strafvollzug gibt es keine sachliche Begründung. Ausgenommen ist die Verwahrung: Hier hat das Sachgericht entschieden, dass die ausgefallte Zeitstrafe zum Schutz der öffentlichen Sicherheit voraussichtlich nicht genügt und die Voraussetzungen für eine stationäre therapeutische Massnahme nicht gegeben sind. Wir sind daher einverstanden, dass die Fachkommission in diesen Fällen beigezogen werden muss, wenn die Vollzugsbehörde die Bewilligung einer Vollzugsöffnung erwägt (Art. 64 Abs. 5 VE-StGB).

Dass die Regelungen zur Fachkommission in einer Bestimmung zusammengefasst und die Rolle der Kommission dadurch gestärkt werden, begrüssen wir. Ebenfalls sind wir ausdrücklich einverstanden, dass die Zusammensetzung auf Fachpersonen der Psychologie ausgedehnt werden. Die Strafvollzugskommission unseres Konkordats als Wahlbehörde für die Mitglieder der Fachkommission wird darauf achten, dass die Kommissionsmitglieder über die spezifischen Fachkenntnisse verfügen, die zur Erfüllung der Aufgabe nötig sind. Aufgabe der Fachkommission ist es, das Risiko für neue Straftaten in einer konkreten Vollzugssituation zu beurteilen und der Vollzugsbehörde dafür Handlungsempfehlungen abzugeben. Für weitergehende Vollzugsfragen bzw. die Vollzugsmodalitäten, insbesondere auch in den Vollzugseinrichtungen, liegt das Expertenwissen bei den Vollzugsbehörden. Die Empfehlungen der



Fachkommission sollten sich also auf die Rahmenbedingungen der befürworteten Öffnungen beschränken. Dies soll in den Gesetzestexten klarer zum Ausdruck gebracht werden.

Wir begrüßen es, dass der Begriff der "Gemeingefährlichkeit" ersetzt wird. Wir fordern aber eine präzisere Definition der "Gefährlichkeit". Diese sollte im Sinn des Gesetzes nur gegeben sein, wenn die *ernsthafte* Gefahr besteht, dass die betroffene Person die in Art. 91b VE-StGB genannten Straftaten *unter den konkreten Vollzugsbedingungen* begeht.

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)

Ist eine Straftäterin oder ein Straftäter gefährlich im Sinn des Gesetzes und kann die Rückfallgefahr weder durch die Vollzugsarbeit noch eine therapeutische Behandlung massgeblich gesenkt werden, sind aber die sehr strengen Anordnungsvoraussetzungen für eine Verwahrung nicht gegeben, besteht nach Verbüßung der Freiheitsstrafe bzw. bei Aufhebung der stationären therapeutischen Massnahme eine Sicherheitslücke. Diese gilt es zu schliessen.

Die vorgeschlagenen Regelungen werden diesem Anspruch aber klar nicht gerecht. Sie schaffen allenfalls eine Scheinsicherheit. Durch Anordnung von Bewährungshilfe und/oder Weisungen, welche grundsätzlich in Freiheit vollzogen/durchgeführt werden, wird sich eine Person, deren Legalprognose im stationären Vollzugssetting nicht massgeblich positiv beeinflusst werden konnte, die sich allenfalls sogar renitent und uneinsichtig gezeigt hat, erfahrungsgemäss weder beeinflussen noch genügend kontrollieren lassen. Auch wenn die Kontrolle mit elektronischer Überwachung unterstützt wird, kann diese im ambulanten Setting nie so engmaschig durchgeführt werden, dass bei wenig kooperativen Personen neue Straftaten verhindert werden könnten. Will man an einem Ausbau von Weisungen und Kontrollen dennoch festhalten, so müsste die Kontrolle an eine polizeiliche Behörde übertragen werden.

Entscheidend wäre auch dann, dass auf Verstösse gegen die Rahmenbedingungen rasch, zielgerichtet und effektiv reagiert werden kann. Solche wirksamen Handlungsmöglichkeiten fehlen im Entwurf:

- Eine Rückversetzung ist bei abgelaufenen Strafen oder aufgehobenen Massnahmen nicht möglich.
- Die Weisung für "den Aufenthalt an einem den Bedürfnissen des Täters entsprechenden Ort" ermöglicht die in solchen Fällen aus rückfallpräventiver Sicht häufig notwendige (vorübergehende) Unterbringung in einem stationären Setting. Es fehlen aber Durchsetzungsmöglichkeiten, wenn die betroffene Person eine solche Weisung missachtet und nicht kooperiert.

Im Ergebnis wird den Behörden des Justizvollzugs die (bis zu lebenslänglich mögliche) Verantwortung zur Verhinderung künftiger Straftaten bei kaum beeinflussbaren, wenig kooperativen Tätern, bei denen von einem erheblichen Rückfallrisiko ausgegangen wird, auferlegt. Und dies, ohne ihnen wirksame Reaktionsmöglichkeiten bei einem problematischen Verlauf, der neue Straftaten befürchten lässt, in die Hand zu geben. So werden falsche Erwartungen geweckt und dem Justizvollzug eine letztlich nicht erfüllbare Aufgabe übertragen. Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung deshalb ab und verlangen eine grundlegende Überarbeitung zusammen mit den Kantonen.

Art. 41a und Art. 89a VE-StGB bergen sodann mehr Risiken als sie Vorteile bringen. Bei der bedingten Entlassung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Zweifeln jeweils eine Differenzialprognose vorzunehmen. Dabei sind die Wirkungen von Bewährungshilfe und Weisungen mitzuberücksichtigen, da damit noch ungenügende Fortschritte bei der Bearbeitung von Problembereichen oder der Stärkung von Ressourcen allenfalls kompensiert werden können. Können künftig Bewährungshilfe



und Weisungen auch nach dem Straf- oder Massnahmenende angeordnet werden, so spielen diese Unterstützungs- und Kontrollmöglichkeiten bei der Differentialprognose keine Rolle mehr. Dies führt dazu, dass die bedingte Entlassung in weiteren Fällen nicht gewährt werden kann. Ohne Perspektive für eine vorzeitige Entlassung fehlt der inhaftierten Person zudem der Anreiz, bei der Vollzugsarbeit oder einer Therapie aktiv und engagiert mitzuwirken und gemeinsam erarbeitete Vollzugsziele zu erreichen. Dies dürfte sich negativ auf die Rückfallprognose auswirken. Zudem entstehen unerwünschte Doppelspurigkeiten bei den Zuständigkeiten von Strafgerichten und Vollzugsbehörden (mit unterschiedlichen Rechtsmittelwegen), je nachdem, ob Bewährungshilfe und Weisungen bei der bedingten Entlassung oder nach Strafende bzw. nach Aufhebung einer Massnahme angeordnet werden. Wir lehnen die Bestimmungen daher ab.

Bewährungshilfe

(Art. 93 VE-StGB)

Wir begrüssen es, dass Ziel und Aufgaben der Bewährungshilfe (weiter) gesetzlich definiert werden. Allerdings besteht entgegen dem Gesetzestext zwischen sozialer Integration und Rückfallprävention nicht in allen Fällen eine Kausalität. Es wird sodann der Eindruck erweckt, die Bewährungshilfe könne Rückfälle verhindern. Aufgabe der Bewährungshilfe ist es, rückfallpräventiv zu wirken. Ob und wieweit diese Bemühungen fruchten, liegt in der Verantwortung der betroffenen Person. Der Begriff *Betreuung* weckt zudem ein falsches Bild. Die Bewährungshilfe kann keine umfassende Alltagsbetreuung gewährleisten. Vielmehr unterstützt sie die betroffene Person so, dass diese möglichst keine weiteren Straftaten begeht. Sie leistet und vermittelt die hierfür angemessene Beratung und Fachhilfe.

Weisungen

(Art. 94 VE-StGB)

Die Weisungen nach Bst. a und c dieser Bestimmung können zwar erheblich in die Freiheitsrechte der betroffenen Person eingreifen. Deshalb sind Notwendigkeit, Eignung und Zumutbarkeit jeweils sorgfältig zu prüfen. Dafür eine sachverständige Begutachtung zu verlangen, geht aber viel zu weit und zumindest teilweise an der Sache vorbei. Weder für die Frage der Unterbringung an einem den Bedürfnissen der betroffenen Person entsprechenden Ort noch für gewisse Betreuungsmassnahmen sind die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten einer unabhängigen sachverständigen Fachperson notwendig. Meist sind genügend eigene Fachkenntnisse oder dann Fachberichte vorhanden, um die Verhältnismässigkeit einer Weisung prüfen zu können. Die Begutachtungspflicht würde die Verfahren nur wesentlich verzögern und verteuern, was weder im Interesse der Rückfallprävention noch der betroffenen Person liegt. Art. 94 Abs. 3 VE-StGB ist daher zu streichen. Wichtig ist, dass die anordnende Instanz nötigenfalls die Umsetzbarkeit einer Weisung (eingeschlossen die Möglichkeit der elektronischen Überwachung nach Abs. 4) vorgängig bei der durchführenden Stelle klärt.

Kommt dazu, dass die Missachtung der Weisung bzw. Verstösse gegen Überwachungsmassnahmen nicht wirksam sanktioniert werden können. Eine Busse als Strafandrohung rechtfertigt jedenfalls den vorgesehenen beträchtlichen Aufwand bei Anordnung, Durchführung und regelmässiger förmlicher Überprüfung einer Weisung nicht. Im Übrigen verweisen wir betreffend Formulierung auf die Bemerkungen zu Art. 93 VE-StGB.

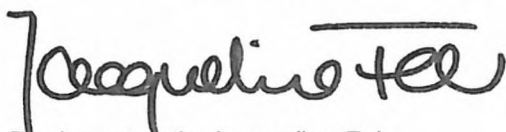
Weitere Themen, die in der Vorlage fehlen

- **Risikoorientierung und Mitwirkungspflicht bei der Deliktaufarbeitung als gesetzliche Aufgabe:** Der moderne Sanktionenvollzug in der Schweiz erfolgt risikoorientiert (siehe Ziff. 3.3. und 3.4. des Grundlagenpapiers der KKJPD für den strafrechtlichen Sanktionenvollzug vom 13. November 2014). Dieser Grundsatz sollte auf Gesetzesstufe verankert und nach Beurteilung der grossen Mehrheit der Kantone des OSK als einheitliche Vorgabe ins StGB aufgenommen werden. Gleichzeitig sollte die Pflicht der verurteilten Personen, an der Verwirklichung der Vollzugsziele aktiv mitzuwirken und sich mit ihren Straftaten sowie deren Ursachen und Folgen auseinanderzusetzen, gesetzlich festgeschrieben werden.
- **Gesetzliche Grundlage für Informationsaustausch:** Der Informationsaustausch unter den Behörden und mit den anderen, an einem Straf- oder Massnahmenvollzug beteiligten Stellen ist zentral für die interdisziplinäre, auf das gemeinsame Ziel der Rückfallvermeidung ausgerichtete Zusammenarbeit. Dies gilt namentlich auch für die Zusammenarbeit mit therapeutischen Fachpersonen im Rahmen von forensischen Behandlungen. Um Risikofaktoren zu erkennen und das Rückfallrisiko beurteilen zu können, braucht es eine breit abgestützte Informationsbasis (siehe Ziff. 2.3 des Grundlagenpapiers der KKJPD für den strafrechtlichen Sanktionenvollzug vom 13. November 2014). Dafür sollte eine einheitliche und klare gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Zudem besteht in der Praxis der Bedarf, Informationen zum Umfeld und den Kontakten des Täters einholen bzw. überprüfen sowie Drittpersonen orientieren zu können, wenn diese ein überwiegendes, schützenswertes Interesse an der Information haben. Eine gesetzliche Regelung auch dieser praktischen Bedürfnisse sollte geprüft werden.
- **Dauer der Probezeit**
Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, ob die Probezeit bei teilbedingten Strafen – wie vom Bundesgericht am 9. November 2017 (6B_257/2017) entschieden – von Gesetzes wegen um die Zeit des Strafvollzugs verlängert wird. Die Gelegenheit sollte genutzt werden, diese Unsicherheit mit allenfalls weitreichenden Folgen für die betroffenen Personen mit einer eindeutigen gesetzlichen Regelung zu beseitigen.

Die derzeitige Probezeit-Regelung in Art. 87 StGB mit der gesetzlichen Minimaldauer von einem Jahr erweist sich in der Praxis für eine wirksame Nachbetreuung/Kontrolle häufig als zu kurz. Die Vollzugsbehörde hat keine Möglichkeit, die dem Einzelfall angemessene Nachbetreuungsregelung zu verfügen. Die Probezeit sollte (wie früher) in der Entlassungsverfügung (unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes) festgelegt werden können.

Freundliche Grüsse

Ostschweizer Strafvollzugskonkordat



Regierungsrätin Jacqueline Fehr
Präsidentin

Zustellung zusätzlich als PDF- und Word-Datei an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Kopien gehen per E-Mail an:

- Mitglieder der Strafvollzugskommission
- Mitglieder der Zentralstelle des OSK



Ligue Suisse des Droits de l'Homme

Section vaudoise

1000 Lausanne

079 641 50 20
vaud@lsdh.ch |

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Suter
Cheffe du Département fédéral de
justice et police
Palais fédéral
3003 Berne

Par e-mail à l'adresse de
annemarie.gasser@bj.admin.ch

Lausanne, le 28 septembre 2020

Modification du Code pénal et du droit pénal des mineurs (Train de mesures, Exécution des sanctions) – Réponse à la consultation

V/Réf. : SBA/CST

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

La section vaudoise de la Ligue suisse des droits de l'Homme (LSDH-VD) se permet de prendre spontanément part à la procédure de consultation citée en titre et vous remet à cet effet, par la présente, sa prise de position.

I. Appréciation générale

De manière générale, et sous réserve de quelques exceptions qui seront évoquées ci-dessous, la LSDH-VD ne soutient pas les modifications proposées et en appelle à l'abandon du projet qui s'avère très inquiétant sur le plan de sa compatibilité avec les droits fondamentaux et les engagements internationaux de la Suisse. Ce projet propose des réponses excessives et disproportionnées à des situations exceptionnelles, ne répond pas à un réel besoin et s'avère problématique sur le plan de la légistique.

A plusieurs reprises, le rapport explicatif du Conseil fédéral rappelle « l'étanchéité » du droit suisse de l'exécution des peines et des mesures. Le préambule rappelle que le droit suisse des mesures et de l'exécution des peines offre un haut niveau de sécurité. Il en va de même du droit pénal des mineurs.

Les propositions parlementaires donnant lieu aux projets de modifications législatives ont apparemment été motivées par des cas médiatisés, qui ne justifient aucunement d'engager une importante procédure législative alors que le droit actuel est déjà conçu comme un droit très sécuritaire.



II. Projet de modification du Code pénal (train de mesures, exécution des sanctions)

a. Introduction et dispositions non contestées

Certaines des modifications proposées n'appellent pas de commentaires particuliers de la LSDH-VD, voire sont saluées. Il en va ainsi de certains remplacements d'expressions, notamment la substitution de « l'autorité compétente » par « l'autorité d'exécution ». De même, l'art. 57a AP-CP sur la manière de calculer la durée de la mesure thérapeutique institutionnelle ne pose pas de problème particulier et codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui est elle-même logique.

Les modifications liées au transfert de compétence de l'autorité d'exécution au tribunal (art. 62c, 63c AP-CP) n'appellent pas de commentaire particulier de notre part dans un contexte vaudois reconnaissant déjà de larges compétences au Juge d'application des peines.

Nous pouvons être quelque peu sceptiques sur l'art. 65a AP-CP et la modification proposée de l'art. 81 AP-LTF, pour des motifs en partie institutionnels, en partie aussi parce qu'on voit mal pourquoi l'administration aurait plus d'intérêt au recours sur la question de la modification ou la levée de la mesure que d'autres parties au procès pénal, en particulier les parties plaignantes. Ceci dit, la proposition ici examinée n'est pas la plus choquante de l'avant-projet.

Nous renonçons ici à nous déterminer de manière catégorique sur les questions liées à la modification des compétences de la commission d'évaluation de la dangerosité (*commission interdisciplinaire consultative* dans le canton de Vaud), tout en relevant quand même que la modification proposée va dans le sens de soumettre plus de cas à la commission et de durcir les conditions de libération de la mesure. Les modifications proposées pourraient être abandonnées dans dommage, la LSDH-VD appelant dans l'ensemble à l'abandon du projet.

Enfin, et dans le souci de disposer de lois utilisant des formulations épicènes, la LSDH-VD souhaiterait que le terme de « juge » (utilisé au masculin, « le juge ») soit systématiquement remplacé par celui de « tribunal ». Cela vaut, s'agissant du projet en consultation, aux art. 41a, 62, 62c, 62d, 62e, 62f, 63a, 89a, 94, 95a AP-CP.

Encore une fois, les quelques modifications saluées ne conduisent pas la LSDH-VD à modifier son appréciation très négative du projet. Dans l'ensemble, le projet apparaît inutile et il contient des évolutions particulièrement préoccupantes sur le plan du respect de l'Etat de droit et des libertés fondamentales.



b. Réserve de l'assistance de probation

L'art. 41a AP-CP serait pensé pour des cas dans lesquels la libération conditionnelle ne serait pas envisageable et pour lesquels il faudrait prévoir – en lieu et place d'une sortie sèche de prison au terme de la peine – une assistance de probation. Nous doutons fortement que de telles situations se présentent dans la pratique. En effet, soit une personne est dangereuse et semble inaccessible à l'effet dissuasif de la peine et on applique alors les art. 56ss CP, soit-elle ne représente pas un tel danger et le régime progressif d'exécution des peines est alors la règle et une libération conditionnelle l'objectif. Intégrer une « réserve de l'assistance de probation » revient à créer un dangereux incitatif à ne pas ordonner la libération conditionnelle et à renvoyer la libération à la fin de peine avec règles de probation, soit dans les faits un durcissement de la durée de la détention.

Nous pouvons donc fortement craindre que le système proposé constitue une incitation faite aux juges de prononcer la réserve de l'art. 41a AP-CP ; puis, une fois la réserve prononcée, une incitation aux différentes personnes intervenantes auprès des détenus et préavisant à la libération conditionnelle (chargés d'évaluation criminologique, services psychiatriques, directions d'établissement pénitentiaires) à rendre un préavis négatif, avec pour conséquence une incitation aux autorités d'exécution de ne pas libérer conditionnellement avant le terme de la peine ; et finalement, la libération conditionnelle n'ayant pas été octroyée et donc la personne n'ayant pas été testée à l'extérieur de la prison, une incitation au tribunal de prononcer l'assistance de probation post-peine conformément à l'art. 89a AP-CP.

La LSDH-VD est donc très sceptique à l'égard de l'art. 41a AP-CP, qui au demeurant ne semble même pas prévoir de réelle possibilité de sanctionner un éventuel non-respect de l'assistance de probation, dans la mesure où aucune réintégration dans la peine ne serait possible (la peine ayant été entièrement exécutée). Nous scepticisme s'étend aux art. 62f et 89a AP-CP, qui sont le pendant de l'art. 41a AP-CP. De manière générale, nous ne voyons pas de motif pertinent de s'écarter du principe de la loi actuelle qui fait de la libération conditionnelle une des étapes de l'exécution de la peine, et qui réserve le prononcé de mesures si les conditions (strictes et à appliquer de manière restrictives) des art. 56ss CP sont réunies.

c. Restriction des sorties et congés

La LSDH-VD conteste fermement l'introduction des art. 84 al. 6bis et 6ter AP-CP. En effet, l'art. 64 al. 3 CP prévoit une possibilité de libérer conditionnellement un individu condamné à un internement aux deux-tiers de sa peine. Si un jour une situation de ce genre devait se présenter, il est indispensable que le condamné puisse être testé avant l'octroi de cette libération conditionnelle.



Des congés non accompagnés sont donc indispensables à défaut de quoi l'art. 64 al. 3 CP non seulement continuera à ne jamais être appliqué, mais sera de fait totalement inapplicable.

Dans l'arrêt 6B_1037/2014 du 28 janvier 2015, consid. 5, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur les conditions de l'octroi d'un congé au sens de l'art. 84 al. 6 CP : « L'octroi d'un congé est ainsi subordonné à trois conditions : le comportement du détenu pendant l'exécution de la peine ne doit pas s'y opposer, de même qu'il ne doit exister aucun danger de fuite ou de récidive. Ces conditions s'interprètent à la lumière de celles posées à l'octroi de la libération conditionnelle. Il convient donc non seulement d'évaluer le risque de fuite présenté par le condamné, mais également d'émettre un pronostic sur son comportement pendant la durée du congé, un pronostic non défavorable suffisant pour accorder le congé requis. » Au vu de l'élasticité des notions d'un risque de fuite ou de récidive, la modification législative paraît inutile et inopportune, la marge d'appréciation laissée aux autorités compétentes dans le droit actuel étant suffisantes.

Au demeurant, on peut douter de la compatibilité de la modification législative proposée avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans l'arrêt *Murray c. Pays-Bas*, la Grande Chambre précise qu'une peine incompressible n'est pas incompatible avec l'art. 3 CEDH pour autant qu'il existe une chance d'élargissement de la peine et une possibilité de réexamen (CourEDH, arrêt *Murray c. Pays-Bas* du 26 avril 2016, § 99), ces deux conditions devant être réalisées au moment du prononcé de la peine. Le réexamen doit en effet permettre aux autorités nationales de déterminer si « le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention » (*ibid*, §100). En effet, « l'obligation d'offrir au détenu une possibilité de s'amender doit être considérée comme une obligation de moyens et non de résultat. Cela étant, elle implique une obligation positive de garantir pour les détenus à vie l'existence de régimes pénitentiaires qui soient compatibles avec l'objectif d'amendement et qui permettent aux détenus en question de progresser sur cette voie » (*ibid*, § 104).

La modification proposée risque donc de mettre la Suisse en porte-à-faux avec la jurisprudence de la CourEDH en rendant encore plus illusoire la libération conditionnelle, comme évoqué ci-dessus. En effet, avec cette révision, on restreint tellement le droit du prévenu de faire ses preuves à l'extérieur, ce qui représente un élément crucial dans l'évaluation d'une éventuelle libération conditionnelle, que la Suisse ne serait plus en mesure d'offrir aux détenus une possibilité concrète de s'amender, comme l'exige la jurisprudence de la CourEDH.

Enfin, la proposition de modification législative ne nous paraît pas opportune, malgré les justifications avancées dans le rapport explicatif.



Un argument avancé par l'avant-projet concerne la protection du personnel thérapeutique. Par définition l'internement est une mesure qui tend à protéger la population et fait passer les besoins de l'individu au second plan. À la lecture de l'avant-projet, on ne peut s'empêcher de repenser au drame de la Pâquerette (cas Adeline). Néanmoins il s'agit d'un cas isolé qui arrive rarement en pratique. Le problème n'a pas été la sortie en elle-même, mais bien son encadrement et l'organisation de celle-ci. Des mesures simples auraient pu être prises, pour augmenter le niveau de sécurité de l'accompagnatrice. Soulignons encore que des agressions envers le personnel de détention surviennent, le risque zéro n'existant pas.

Ceci dit, l'avant-projet propose de maintenir les sorties uniquement en présence d'un personnel expert en matière de sécurité.

Des conduites accompagnées sont évidemment courantes en pratique. Toutefois, la question est celle des possibilités concrètes pour le détenu de faire ses preuves. Même en cas du prononcé d'une peine de prison et d'une mesure d'internement, la levée de l'internement doit se faire si celui-ci n'a plus de raison d'être, lorsque la personne ne représente plus un danger pour la société. De telles situations se produisent et le droit pénal doit être conçu de telle manière à permettre aux condamnés de faire leurs preuves.

De manière générale, le projet de modification de loi est extrêmement brutal en ce qu'il présuppose que toute possibilité d'amendement est impossible. En outre, au lieu de consacrer des moyens organisationnels destinés à accompagner dans toute la mesure du possible un retour à la liberté, l'avant-projet propose un énième renforcement sous l'angle sécuritaire, ce que la LSDH-VD conteste.

d. Périodicité de l'examen de la libération conditionnelle de l'internement

L'art. 64b al. 3 AP-CP propose que, si l'autorité d'exécution a refusé trois fois de suite la libération conditionnelle de l'internement, celle-ci ne soit plus ensuite réexaminée d'office que tous les trois ans.

La LSDH-VD ne peut que souligner que cette disposition mettra une fois encore la Suisse en porte-à-faux avec la jurisprudence de la CourEDH, qui exige que, pour toutes les sanctions à durée indéterminée (et l'internement est une sanction selon la jurisprudence de la CourEDH), la situation du condamné doit être revue une fois par année. La LSDH-VD s'oppose donc fermement à ce que le droit suisse introduise une disposition qui s'oppose de manière frontale à la jurisprudence de Strasbourg. Elle relève d'ailleurs que le rapport explicatif, en p. 84, rappelle l'importance de l'examen annuel de la libération conditionnelle de l'internement, sous l'angle de la compatibilité de la révision du DPMin avec l'art. 37 de la Convention de protection des droits de l'enfant.



La LSDH-VD ne peut donc que regretter que cette garantie soit fortement affaiblie dans le CP au moment où le Conseil fédéral envisage d'introduire la mesure d'internement pour des crimes commis lors de la minorité de l'auteur, ce qui aggrave évidemment la perception que la LSDH-VD se fait de l'ensemble du projet.

III. Projet de modification du DPMin

L'essentiel du projet de révision du DPMin concerne la possibilité d'introduire dans le droit pénal des mineurs la possibilité d'ordonner, lors du jugement de condamnation, une « réserve » autorisant le prononcé d'une mesure du CP à l'issue de l'exécution d'une mesure du droit pénal des mineurs (art. 15a, 19ss AP-DPMin) respectivement d'une peine (art. 25a, 27a AP-DPMin). Nous exposerons notre appréciation détaillée de cette proposition ci-après.

Les propositions de modification des art. 3, 4, 14 et 15 AP-DPMin telles que rédigées n'appellent pas de commentaires particuliers de notre part.

a. Appréciation générale, en particulier compatibilité avec les droits fondamentaux et les engagements internationaux de la Suisse

La proposition centrale de la modification du droit pénal des mineurs consistant à permettre à l'autorité de jugement de prononcer, dans le cadre d'un jugement de condamnation d'un mineur, une réserve permettant d'ordonner ultérieurement une mesure du CP, est fermement combattue et ne doit à nos yeux pas entrer en vigueur.

Cette proposition est fondamentalement contraire au principe même du droit pénal des mineurs, qui vise à favoriser la réinsertion sociale et qui fait primer le principe de la prévention sur le principe de la répression (ces principes étant ancrés à l'art. 2 al. 1 DPMin qui dispose que « la protection et l'éducation du mineur sont déterminantes dans l'application de la présente loi » et rappelés à l'art. 4 PPMin).

Nous estimons que les mesures proposées ne sont pas compatibles avec les obligations internationales de la Suisse, en particulier avec la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. En particulier, l'art. 3 al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant impose de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment dans les décisions des tribunaux.



Par ailleurs, l'art. 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant impose aux Etats parties de veiller à ce que « nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible » (let. b) et à ce que « tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. » (let. c).

Le rapport explicatif du Conseil fédéral rappelle en p. 56 que les experts en psychiatrie légale ont signalé qu'il était pratiquement impossible d'émettre un pronostic quant à la dangerosité d'un mineur et ont ajouté que le cerveau des hommes finit seulement de se développer aux alentours de 23 ou 24 ans. En d'autres termes, il est scientifiquement établi qu'il est impossible d'émettre un pronostic de dangerosité, s'agissant d'un auteur mineur. Le projet ne permet donc pas de tenir adéquatement compte des besoins d'auteurs mineurs, contrairement aux exigences découlant des engagements internationaux de la Suisse. Cela fait longtemps que l'on sait que l'enfant est un adulte en devenir, et pas un adulte en miniature.

Au demeurant, la LSDH-VD relève que les art. 15a et 25a AP-DPMin permettent de réserver le prononcé d'une mesure d'internement ordinaire, le Conseil fédéral ayant consenti à renoncer à permettre la réserve de l'internement à vie (!). Même si la mesure d'internement ordinaire permet un réexamen périodique, il n'est pas limité dans le temps de manière absolue, à l'instar d'ailleurs de la mesure de traitement institutionnel des troubles mentaux selon l'art. 59 CP. La modification proposée permet de fait d'imposer une mesure de privation de liberté à vie pour une infraction commise par un mineur. A cet égard, nous relevons que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme assimile les mesures de l'art. 59 al. 3 CP et de l'art. 64 CP à une privation de liberté qui doit respecter les garanties de l'art. 5 CEDH (cf. not. CourEDH, affaire *Kadusic c. Suisse*, req. 43977/13, arrêt du 09.01.2018).

Contrairement à l'appréciation du Conseil fédéral, l'obligation d'examiner périodiquement la libération conditionnelle de la mesure et la possibilité de demander la libération de la mesure ne permettent pas de garantir la compatibilité du droit suisse avec l'art. 37 let. a de la Convention relative aux droits de l'enfant interdisant la prison à perpétuité sans possibilité de libération pour des infractions commises par des mineurs. En effet, le simple fait que le droit suisse autorise qu'une personne soit détenue sans limite dans le temps pour une infraction commise étant mineur constitue une incompatibilité avec l'engagement international. Il faut au contraire que le droit suisse soit conçu de telle manière que cette possibilité soit exclue, de sorte que la révision du DPMin proposée doit être purement et simplement rejetée.



La proposition d'imposition d'une réserve est en définitive totalement indigne d'un Etat de droit, ouvre la porte à des dérives totalement inacceptables et se révèle au surcroît incompatible avec les engagements internationaux de la Suisse. La LSDH-VD demande d'y renoncer purement et simplement.

Dans le détail, la LSDH-VD formule encore les remarques et commentaires suivants.

b. Infractions justifiant la réserve

Comme exposé ci-dessus, la révision du DPMin proposée consacre une restriction extrêmement importante des droits fondamentaux. Le caractère disproportionné de la restriction des droits fondamentaux, en particulier ceux découlant en particulier par l'art. 5 CEDH mais aussi par les dispositions de la Convention des droits de l'enfant citées précédemment, résulte du principe même de la réserve du prononcé d'une mesure, mais est aggravé par certaines dispositions de détail.

Selon l'art. 15a al. 1 let. a AP-DPMin, la réserve peut être prononcée « si le placement en milieu fermé a été ordonné en raison d'une infraction au sens de l'art. 25 al. 2, par laquelle la personne concernée a porté ou voulu porter atteinte à la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui ». La formulation de l'art. 25a al. 1 let. a AP-DPMin contient une formulation identique.

Sur le plan de la légistique, ces deux dispositions sont mal formulées. En effet, on ne sait pas clairement si le renvoi à l'art. 25 al. 2 DPMin signifie que seuls des mineurs âgés d'au moins 16 ans peuvent faire l'objet d'une réserve, ou s'il ne s'agit que d'un renvoi à l'infraction (soit un crime pour lequel le droit pénal des majeurs prévoit une peine privative de liberté de trois ans au moins). Dans cette deuxième hypothèse, le droit suisse permettrait qu'une personne puisse être condamnée à un internement (sans limite de temps) pour une infraction commise à l'âge de 10 ans !

Par ailleurs, le rapport explicatif rappelle en p. 64 le débat d'experts quant à la question de savoir quelle infraction peut mener au prononcé d'une réserve. Certains voulaient limiter la possibilité de prononcer une réserve à l'auteur d'un assassinat au sens de l'art. 112 CP.

Si la reprise de cette variante n'aurait pas conduit la LSDH-VD à changer son appréciation négative du projet, elle aurait au moins une forme de cohérence avec le rapport explicatif qui rappelle qu'il n'y a actuellement en Suisse qu'un très petit nombre de délinquants mineurs (5 à 7) qui attendent d'être libérés de l'exécution d'une mesure ou d'une peine de droit pénal des mineurs et à l'encontre desquels il serait « nécessaire » de prendre une mesure de sécurité ultérieure.



En d'autres termes, alors que le rapport explicatif laisse entendre que le prononcé d'une réserve ne devrait intervenir que dans un nombre de cas extrêmes et très limités, la proposition de loi élargit en réalité de manière potentiellement importantes les cas pouvant justifier le prononcé de la réserve, ce qui est une source potentielle de dérives inquiétantes. En application du principe de la proportionnalité et si tant est que le principe de la réserve du prononcé d'une mesure du CP soit intégré au DPMIn, la LSDH-VD estime qu'il ne faudrait ouvrir cette possibilité qu'à l'auteur reconnu coupable d'assassinat au sens de l'art. 112 CP.

c. Autres conditions au prononcé de la réserve

Selon l'art. 15a AP-DPMIn, le jugement de condamnation peut réserver la poursuite du placement en établissement fermé (au sens de l'art. 15 al. 2 DPMIn) sous forme d'une mesure prévue aux art. 59 à 61 ou 64 al. 1 CP si un certain nombre de conditions sont remplies, notamment si « les circonstances dans lesquelles le mineur a commis l'infraction et sa personnalité au moment du jugement de condamnation laissent sérieusement à craindre qu'il ne commette à nouveau une infraction au sens de la let. a » (al. 1 let. b). L'art. 25a AP-DPMIn permet le prononcé d'une réserve d'une mesure au sens des art. 59 à 61 ou 64 al. 1 CP à l'issue de la peine, notamment si la personne concernée a atteint l'âge de 18 ans et si « les circonstances dans lesquelles elle a commis l'infraction et sa personnalité au moment du jugement de condamnation laissent sérieusement à craindre qu'elle ne commette à nouveau une infraction au sens de la let. a » (let. d).

La question traitée ici est celle du pronostic qui doit être posé au moment du jugement de condamnation par le Tribunal des mineurs. Le rapport explicatif indique qu'il est possible de poser un premier pronostic « sur la base de la personnalité, des antécédents et des infractions ».

Il apparaît dès lors que l'autorité de jugement des mineurs serait appelée à poser un premier pronostic quant au risque de récidive qui doit être « sérieusement à craindre », donc à effectuer une première évaluation de la personnalité d'un mineur. Le rapport explicatif souligne pourtant la difficulté à poser un tel pronostic, s'agissant d'un auteur mineur qui n'a pas achevé son développement. L'avant-projet ne nous apparaît pas apporter suffisamment de garanties qu'un pronostic soit posé de manière sérieuse, et qu'il ne soit pas uniquement fondé sur la gravité de l'infraction concernée par le jugement.



En vertu de l'art. 9 al. 3 DPMIn, s'il existe une raison sérieuse de douter de la santé physique ou psychique du mineur ou si le placement en établissement ouvert en vue du traitement d'un trouble psychique ou le placement en établissement fermé paraissent indiqués, l'autorité compétente ordonne une expertise médicale ou psychologique. Si une telle expertise médicale ou psychologique n'a pas été réalisée durant l'instruction, une telle expertise doit être réalisée avant d'ordonner le placement en milieu fermé (art. 15 al. 3 DPMIn).

En application de ces dispositions qui ne sont pas modifiées par l'avant-projet, le pronostic qui devrait être posé pour le prononcé d'une réserve se fonderait nécessairement sur une expertise médicale ou psychologique si la réserve devait suivre un placement en établissement fermé, mais ne devrait pas nécessairement se fonder sur une expertise si la réserve devait être prononcée uniquement en lien avec le prononcé d'une peine. Cette différence de traitement n'est pas justifiable, dès lors que la réserve devrait être prononcée sur la base de mêmes critères, à savoir un pronostic de récidive qui doit être sérieusement à craindre.

La LSDH-VD estime ainsi que, si le principe du prononcé d'une réserve devait être maintenu, il conviendrait de prévoir que l'autorité de jugement des mineurs ne puisse prononcer une réserve que sur la base d'une expertise médicale. Cette solution, qui garantirait qu'une double expertise soit réalisée (soit une première fois avant le prononcé de la réserve et une deuxième fois en application de l'art. 56 al. 3 CP si l'autorité d'exécution demande au Tribunal compétent pour les majeurs le prononcé d'une mesure) doit permettre d'affiner au mieux le pronostic. Une telle exigence est justifiée au regard de l'enjeu pour l'avenir de la personne concernée et de la difficulté de poser un pronostic, s'agissant d'un auteur mineur.

En outre, afin de garantir la qualité de l'expertise, la LSDH-VD estime que seule une expertise réalisée par un psychiatre au bénéfice d'une formation en matière d'expertise forensique puisse fonder le prononcé d'une réserve (dans le sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral publiée à l'ATF 140 IV 49, qui exige qu'un médecin spécialiste en psychiatrie et psychothérapie réalise les expertises au sens de l'art. 56 CP et permet aux cantons d'exiger une formation en expertise forensique). Une expertise psychologique telle que permise par le droit pénal des mineurs apparaît insuffisante dans le contexte des infractions pouvant justifier le prononcé d'une réserve, au regard des enjeux pour la personne concernée.

d. Mesures pouvant être réservées

Finalement, il va de soi que la LSDH-VD conteste fermement le choix de permettre de réserver le prononcé de toute mesure du CP au sens des art. 59 à 61 CP et 64 al. 1 CP (l'internement à vie étant toutefois exclu). Une simple référence à la possibilité de réserver une mesure de traitement réservée aux jeunes adultes selon l'art. 61 CP aurait été largement suffisante.



Ligue Suisse des Droits de l'Homme

Section vaudoise

1000 Lausanne

079 641 50 20

vaud@lsdh.ch |

Une telle réserve permettrait d'atteindre le but visé, soit de remédier au fait qu'à l'échéance de la mesure du droit pénal des mineurs à l'âge de 25 ans (art. 19 al. 2 DPMin), le prononcé d'une mesure sécuritaire est exclu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (rapport explicatif, pp. 50-53). En effet, la mesure de l'art. 61 CP comporte assurément un aspect sécuritaire et peut être exécutée jusqu'à l'âge de 30 ans (art. 61 al. 4 CP).

Le choix du Conseil fédéral de permettre de réserver le prononcé de presque n'importe quelle mesure, dont les mesures des art. 59 et 64 al. 1 CP, qui ne sont pas limitées dans le temps, constitue une violation du principe de la proportionnalité et motivent le rejet par la LSDH-VD des dispositions proposées.

* * * * *

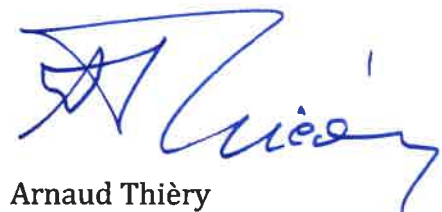
* * *

*

En vous remerciant d'avance de l'attention et des suites réservées aux présentes, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de notre respectueuse considération.



Yan Giroud
Président, LSDH-VD



Arnaud Thiéry
Vice-président, LSDH-VD

LE CONSEIL DE L'ORDRE

8, RUE DU GRAND-CHÊNE
CASE POSTALE 7056
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch
www.oav.ch

Par courriel à :

delphine.depeursinge@vd.ch

Service pénitentiaire (SPEN)

Madame la Cheffe de service Sylvie Bula

Ch. de l'Islettaz

Bâtiment A

1305 Penthalaz

Lausanne, 9 juillet 2020

Procédure de consultation - Modification du Code pénal et du droit pénal des mineurs

Madame la Cheffe de service,

Au nom de l'Ordre des avocats vaudois (OAV), je reviens ici sur votre correspondance du 24 avril 2020 nous invitant à vous faire part de nos observations en relation avec le projet de modification du Code pénal et du droit pénal des mineurs.

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par la Commission de droit pénal et de procédure pénale, sous l'égide de son Président, Me Loïc Parein.

* * *

I. De la modification du CP

A. Du contexte politique

L'avant-projet 1 met en œuvre 3 motions :

- motion 11.3767 Rickli, Halte aux congés et aux sorties pour les personnes internées

La proposition du Conseil fédéral qui met en œuvre la motion 11.3767 assurera qu'aucun congé non accompagné ne soit accordé à des délinquants qui subissent un internement ou une peine privative de liberté en milieu fermé.

- motion 17.3572 Guhl, Internement. Intervalle plus long entre les expertises après trois résultats négatifs

La mise en œuvre de la motion 17.3572 vise à réduire la charge administrative induite par l'expertise annuelle en vue de l'examen de la libération conditionnelle de l'internement : cette expertise n'interviendra d'office que tous les trois ans si la libération conditionnelle a été refusée trois fois de suite.

- motion 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux

En vue de la réalisation de la motion 16.3002, l'Office fédéral de la justice, en collaboration avec les cantons, a établi un rapport qui évalue la situation et la nécessité d'agir. Au vu des conclusions du rapport, le Conseil fédéral propose 4 modifications :

1. clarifier et unifier le calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté par les autorités d'exécution
2. attribution au tribunal des compétences pour lever, modifier ou prolonger une mesure et aménagement d'un droit de recours à l'autorité d'exécution dans le but d'accélérer la procédure de modification de la sanction et de la rendre plus efficace
3. clarification des dispositions relatives à la composition et à la saisine de la commission d'évaluation de la dangerosité des délinquants (Commission de dangerosité) afin d'éliminer les incertitudes juridiques dans la pratique et de renforcer le rôle de la commission
4. renforcement des mesures de contrôle et d'accompagnement (assistance de probation et règles de conduite) au terme de l'exécution d'une peine ou d'une mesure dans le but de combler la lacune en matière de sécurité qui peut survenir lorsqu'un délinquant dangereux n'est pas amendable et présente un risque de récidive, mais ne nécessite pas un internement en raison d'une dangerosité particulière

B. De l'interdiction de toute sortie non accompagnée pour des personnes internées en milieu fermé

L'AP-CP n'appelle pas d'opposition de la Commission. Il faut relever que la motion s'intitulait « Halte aux congés et aux sorties pour les personnes internées ». La modification n'interdit que les sorties non accompagnées tout en préservant les sorties accompagnées. C'est donc l'occasion de souligner la pression politique qui s'exerce de manière générale sur le principe de la progressivité dans l'exécution des sanctions - pourtant essentiel à la prévention de la récidive, les congés représentant des mises à l'épreuve indispensables à l'appréciation du risque du condamné.

C. De la fréquence de réexamen de l'internement

La modification n'appelle pas d'opposition de la Commission, dès lors que le condamné continue à pouvoir demander en tout temps un examen annuel.

D. Du calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté

L'AP-CP n'appelle pas d'opposition de la Commission.

E. De la compétence en matière de modification de mesure thérapeutiques

L'AP-CP n'appelle pas d'opposition de la Commission, le droit fédéral consacrant un système similaire à celui pratiquer dans le canton de Vaud.

F. De la Commission de dangerosité

1. Généralités

Le droit actuel connaît l'institution de la Commission de dangerosité.

En matière de libération d'une mesure thérapeutique institutionnelle, si l'auteur a commis une infraction prévue à l'art. 64 al. 1 CP, l'autorité compétente prend une décision sur la base d'une expertise indépendant, après avoir entendu une commission composée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie. L'expert et les représentants des milieux de la psychiatrie ne doivent ni avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière (art. 62d al. 2 CP).

La saisine de cette commission a été étendue au-delà de la libération d'une mesure thérapeutique institutionnelle. Conformément à l'art. 75a al. 1 CP, la commission visée à l'art. 62d al. 2 CP apprécie, lorsqu'il est question d'un placement dans un établissement d'exécution des peines ouvert ou de l'octroi d'allègements dans l'exécution, le caractère dangereux du détenu pour la collectivité si les conditions suivantes sont remplies :

- a) le détenu a commis un crime visé à l'art. 64 al. 1 CP;
- b) l'autorité d'exécution ne peut se prononcer d'une manière catégorique sur le caractère dangereux du détenu pour la collectivité.

Lors de la révision de la partie générale du CP de 2007, le législateur avait instauré la Commission de dangerosité pour les motifs suivants :

« Dans la doctrine, d'aucuns estiment en outre que le pronostic relatif au comportement qualifié de criminel ne relève ni de la science ni de l'expérience psychiatrique et que les pronostics psychiatriques en matière de criminalité devraient dès lors être réservés à des spécialistes qui, outre de solides connaissances et expériences en psychiatrie, disposent de connaissances criminologiques approfondies et sont au courant des résultats de la recherche moderne en matière de pronostics. Il paraît donc indiqué, pour statuer sur une libération conditionnelle ou sur la levée d'une mesure, de ne pas se baser uniquement sur des expertises psychiatriques, mais de conférer une assise plus large à cette décision. C'est pourquoi le projet prévoit désormais l'audition préalable d'une commission, qui sera composée

au minimum de représentants des autorités de poursuite pénale, de représentants des autorités d'exécution et de représentants des milieux de la psychiatrie. Les cantons seront libres de la compléter par des représentants d'autres organes, par exemple par des représentants de l'assistance de probation » (FF 1999 1895-1896)

On relèvera ici que la Commission de dangerosité n'a en l'état pas de compétence dans le domaine préventif mais uniquement après une condamnation (domaine postsentenciel) dans les cas prévus par la loi où l'on cherche à consacrer un prétendu savoir prédictif. La valeur probante de son préavis repose sur deux présupposés. D'une part, l'avis de plusieurs vaut plus que l'avis d'un seul (pluralité des opinions). D'autre part, la diversité de milieux serait un gage de crédibilité (pluralité des disciplines).

La compétence de rendre une décision reste en main de l'autorité compétente qu'elle soit judiciaire ou administrative. Les préavis de la Commission de dangerosité ne sont que consultatifs (CR CP I-Roth/Thalmann, ad art. 62d N 15). Cela étant, les préavis constituent assurément un moyen de preuve ayant un poids considérable en pratique. Comme le nom de cette commission l'indique, la preuve se rapporte à la dangerosité imputable au condamné au regard de l'intérêt public dont on a mesuré plus haut combien il présente une dimension sécuritaire.

2. La dangerosité

Jusqu'à présent, le CP ne contenait aucune définition de la dangerosité, notamment à l'art. 110 CP. La seule disposition évoquant ce concept est l'art. 75a al. 3 CP prévoyant que le caractère dangereux du détenu pour la collectivité est admis s'il y a lieu de craindre que le détenu ne s'enfuit et ne commette une autre infraction par laquelle il porterait gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. Cette définition est pourtant inadaptée puisqu'elle fait du risque de fuite une composante, ce que relève expressément l'avant-projet (Rapport, p. 38).

L'absence de définition est sinon critiquable du moins remarquable dès lors que l'existence d'un danger est le fondement du droit des mesures (art. 56 al. 1 let. a CP), ce qui a été relevé (L. Parein, L'expertise psychiatrique à la lumière des présomptions de responsabilité et de non-dangerosité, *Revue suisse de criminologie*, 1/2/2019, p. 15 ; L. Parein, La présomption de non-dangerosité en procédure pénale suisse : une consécration nécessaire, *RDS* 3/2018, p. 378). La jurisprudence du Tribunal fédéral a tenté de combler cette lacune en indiquant que le délinquant présente un caractère dangereux lorsque son état mental est si gravement atteint qu'il est fortement à craindre qu'il ne commette de nouvelles infractions (ATF 137 IV 201 c. 1.2). L'évaluation de la dangerosité de l'auteur pour la collectivité doit en outre se faire au regard de la gravité, de l'imminence du danger ainsi que de la nature ou de l'importance des biens juridiques menacés (ATF 127 IV 1 c. 2a). La dangerosité est de ce fait une notion relative et ne peut pas être définie de façon absolue, comme le souligne l'avant-projet (Rapport, p. 37).

L'AP-CP propose d'intégrer une définition de la dangerosité. La dangerosité de l'auteur est admise s'il y a lieu de craindre qu'il ne commette une nouvelle infraction, par laquelle il porterait gravement

atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (art. 91b AP-CP). Aussi, dans un cas concret, la valeur du bien juridique menacé, la gravité de l'atteinte à ce bien juridique et le degré de probabilité que cette atteinte ait effectivement lieu dans un délai donné permettent de déterminer la dangerosité (Rapport, p. 37).

Selon l'OFJ (Rapport, p. 37), la qualification de la dangerosité repose sur une évaluation de différents éléments :

- la commission d'une infraction grave
- certaines caractéristiques criminologiques, personnelles et psychiatriques de l'auteur, dont une partie sont dynamiques et évoluent durant l'exécution de la sanction : la personne souffrant d'un trouble mental la poussant à commettre des infractions peut voir ce facteur criminogène disparaître en suivant une thérapie
- des circonstances dans lesquelles l'appréciation est conduite : l'autorité ne procédera pas au même examen si elle statue sur la libération conditionnelle ou sur une sortie accompagnée

Par conséquent, il est important que l'autorité procède à des examens réguliers de la dangerosité de l'auteur et que ce dernier ne se retrouve pas définitivement étiqueté comme tel (Rapport, p. 37).

Pour la Commission, nul doute que l'ancrage d'une définition de la dangerosité dans la loi marque un tournant dans la systématique du droit des sanctions. Depuis l'entrée en vigueur du CP en 1942, il n'existait pas une telle définition. C'est dire la place qu'occupe désormais la dangerosité en matière pénale, concept qui remonte par capillarité depuis l'exécution des sanctions orientée sur la gestion du risque (cf. Principes régissant l'exécution des sanctions pénales en Suisse – Proposition de la Conférence des secrétaires concordataires, approuvée par le Comité des Neuf de la Conférence latine des Chefs des départements de Justice et Police du 18.09.2014).

Sur le plan de la preuve, il faut saluer le fait que la démonstration du danger telle que prévue dans l'avant-projet incombe à l'autorité. Il était soutenu qu'il était nécessaire de consacrer dans la loi une présomption de non-dangerosité (L. Parein, L'expertise psychiatrique à la lumière des présomptions de responsabilité et de non-dangerosité, *Revue suisse de criminologie*, 1|2/2019, p. 21 ; L. Parein, La présomption de non-dangerosité en procédure pénale suisse : une consécration nécessaire, *RDS* 3/2018, p. 387). Ainsi, selon l'art. 91b AP-CP, l'auteur est présumé ne pas présenter de dangerosité en l'absence des conditions posées. Au surplus, la présomption n'évacue pas le débat sur la valeur d'un savoir prétendument prédictif.

Cela étant, la qualification de « dangereux » est précisément dangereuse. C'est la raison pour laquelle les examens doivent être réguliers, sous peine d'un étiquetage définitif aux conséquences lourdes pour la personne concernée sous l'angle de ses droits fondamentaux. En amont, et dans le même ordre d'idée, le qualificatif doit être utilisé avec réserve. Pour ce motif, la Recommandation CM/Rec(2014) relative aux délinquants dangereux du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe prévoit qu'un délinquant

dangereux est une personne ayant été condamnée pour un crime sexuel ou avec violence d'une extrême gravité contre une ou plusieurs personnes et présentant une probabilité très élevée de récidiver en commettant d'autres crimes sexuels ou violents d'une extrême gravité contre des personnes. Cette définition rend compte du fait que la dangerosité doit être admise en présence d'antécédents d'une extrême gravité (appréciation du passé) et d'un très haut degré de vraisemblance de récidive spéciale (appréciation du futur).

La définition contenue dans l'avant-projet ne reprend pas les limites précitées. D'une part, bien que le Rapport mentionne la condition de la commission d'une infraction grave (appréciation du passé), l'art. 91b AP-CP n'y recourt pas. Pourtant, une telle condition figure également à l'art. 41a al. 1 let. a AP-CP qui restreint le prononcé de mesures d'accompagnement en présence de délinquants considérés comme dangereux. En l'état, on pourrait dire d'une personne n'ayant commis qu'une contravention qu'elle présente une dangerosité selon cette définition, ce qui n'est pas acceptable. Par ailleurs, le degré de probabilité attendu est insuffisant. A défaut d'une exigence plus élevée, le risque est de définir trop largement le périmètre des personnes à qui l'on impute une dangerosité, ce qui n'est pas admissible.

Conclusion : la Commission propose la définition suivante :

« La dangerosité est admise lorsque l'auteur a commis un crime par lequel il a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui et s'il y a sérieusement lieu de craindre qu'il ne commette une nouvelle infraction semblable »

3. La composition et le fonctionnement de la Commission de dangerosité

Actuellement, la commission est, selon la loi, composée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie, les représentants des milieux de la psychiatrie ne devant ni avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière (art. 62d al. 2 CP).

L'art. 91a AP-CP régit la constitution de la Commission de dangerosité. Cette commission serait composée au moins de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et de la psychiatrie ou de la psychologie (al. 1). La réglementation prévue à l'al. 1 conserve la composition de la Commission de dangerosité telle qu'elle figure actuellement à l'art. 62d, al. 2, CP mais précise, par l'expression « au moins », que l'énumération des représentants n'est pas exhaustive. Il est en effet pertinent que d'autres experts possédant des connaissances spécifiques complémentaires puissent être membres d'un tel organe. On pense notamment aux criminologues et aux agents de probation (Rapport, p. 35).

A l'instar de l'intégration d'une définition de la dangerosité, la consécration d'une disposition relative à la Commission de dangerosité formalise l'importance désormais donnée à la justice pénale prédictive.

Conclusion : il faut relever que le critère de composition est moins le degré de connaissances que l'affiliation à un organe. Comme cela ressort de la révision de la partie générale du CP mentionnée plus haut, l'idée était de créer une commission composée de personnes particulièrement au fait des procédés d'évaluation les plus modernes. L'un n'exclut certes pas l'autre, mais la loi devrait donc ancrer cette nécessité de connaissances plutôt qu'une appartenance à une autorité.

Dans le canton de Vaud (art. 3 du Règlement sur Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychique, RS 340.01.2), la commission est composée :

- d'un psychiatre spécialiste dans la prise en charge des délinquants violents qui la préside ;
- d'un médecin directeur de secteur psychiatrique ;
- d'un psychologue ;
- d'un magistrat judiciaire en charge ou d'un ancien magistrat judiciaire ;
- d'un travailleur social ;
- du procureur général ou d'un représentant du Ministère public ;
- du chef du Service pénitentiaire ou d'un remplaçant désigné par lui.

Manifestement, l'avant-projet formalise l'ouverture laissée dans la composition de la commission. Le canton de Vaud l'a déjà fait en intégrant la présence d'un magistrat judiciaire alors que la loi (art. 62d al. 2 CP) n'évoque pas la présence d'un représentant des autorités de jugement. Toutefois, on relèvera que le droit vaudois ne prévoit pas la présence d'un représentant de l'Ordre des avocats vaudois qui porterait un regard complémentaire sur le risque de récidive. Pourtant, le droit jurassien le fait : la commission spécialisée intervenant dans les cas prévus aux articles 62d alinéa 2, 64b alinéa 2 et 75a alinéa 1 du Code pénal suisse) est composée, outre d'un représentant des milieux de la psychiatrie, d'un procureur, du président de la Cour pénale, du bâtonnier de l'Ordre des avocats jurassiens et du chef du Service juridique ainsi que de quatre suppléants : un procureur, le vice-président de la Cour pénale, le vice-bâtonnier de l'Ordre des avocats jurassiens et un remplaçant du chef du Service juridique désigné par le Département. En cas de besoin, celui-ci peut désigner d'autres remplaçants (art. 5 de la Loi sur l'exécution des peines et des mesures, RS 341.1). Il en va de même dans le canton du Valais (art. 18 de la Loi d'application du code pénal, RS 311.1)

Conclusion : la Commission est d'avis que l'AP-CP devrait prévoir la présence du Bâtonnier de l'Ordre des avocats ou d'un représentant désigné par lui.

L'art. 91a AP-CP ne prévoit pas l'audition de la personne concernée.

Dans un arrêt topique (arrêt 6B_481/2017 du 15 septembre 2017 consid. 4.1), le Tribunal fédéral a observé que :

- l'art. 35 al. 2 Cst dispose que quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Cette disposition s'adresse en premier

lieu aux organes de l'Etat mais aussi aux particuliers qui assument, sur délégation de l'État, une tâche publique (ATF 129 III 35 consid. 5.2; 127 I 84 consid. 4b p. 88ss).

- Tel est précisément le cas de la commission d'experts prévue à l'art. 62d al. 2 CP. En effet, celle-ci assume une tâche étatique et rend une recommandation qui, même si elle ne constitue pas une décision au sens formel qui lie l'autorité compétente, joue un rôle important. Le caractère pluridisciplinaire de la commission donne au préavis qu'elle émet un poids déterminant et l'autorité de décision s'en écartera difficilement. La commission doit ainsi respecter les garanties minimales essentielles (arrêt 6B_72/2011 du 5 août 2011 consid. 3.1., in SJ 2012 I 282).
- Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Le droit d'être entendu n'est toutefois pas une fin en soi ; il constitue un moyen d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure, notamment à l'administration des preuves. Lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée (arrêts 6B_734/2016 du 18 juillet 2017 consid. 1.1 non destiné à la publication ; 6B_259/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.1.1; 4A_153/2009 du 1er mai 2009 consid. 4.1 et les arrêts cités).
- Le Code pénal ne prévoit pas que la commission chargée d'examiner la dangerosité de l'auteur doive auditionner ce dernier, à la différence de ce qu'il prescrit expressément en relation avec l'autorité qui prend la décision (cf. art. 64b al. 2 let. d CP). Quoi qu'il en soit, comme la cour cantonale l'a retenu à raison, faute d'avoir demandé à être entendu par la Commission pour l'examen de la dangerosité, le recourant ne peut pas se plaindre que son droit d'être entendu a été violé.

La Commission de dangerosité doit respecter le droit d'être entendu. Il existe cependant une lacune dans la loi sur le devoir d'entendre la personne concernée par son appréciation. Une telle audition paraît cependant indispensable sur le plan des droits fondamentaux. Au demeurant, l'AP-CP rend compte de la nécessité d'entendre la personne avant toute décision en prévoyant une telle obligation à l'art. 89a al. 3 ou 95a al. 4 AP-CP en matière de mesure d'accompagnement. Au surplus, on relèvera que l'art. 7 du Règlement de fonctionnement de la commission d'évaluation de la dangerosité genevois (RS E 10.15) ou l'art. 8 du Règlement vaudois sur la Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychique (RS 340.01.2) prévoit expressément le droit d'être entendu.

Conclusion : La Commission préavise en faveur de la consécration du droit d'être entendu dans la loi.

4. La saisine de la Commission de dangerosité

Actuellement, la saisine de la Commission de dangerosité est prévue de manière un peu éclatée :

- en matière de mesures particulières de sécurité en matière d'exécution de peine privative de liberté (art. 75a al. 1 CP) ;
- en matière d'examen de libération conditionnelle et de levée de mesure thérapeutique institutionnelle (art. 62d al. 2 CP) ;
- en matière de levée de l'internement ordinaire (art. 64b al. 2 CP)
- de manière générale dans le cadre de l'exécution des mesures en cas de placement dans un établissement ouvert et de l'octroi d'allègement dans l'exécution aux conditions de l'art. 75a CP (art. 90 al. 4bis CP)

L'AP-CP clarifie le périmètre de compétence tout en prévoyant une extension de la saisine de la Commission de dangerosité :

- de manière systématique en présence de personne internée lorsqu'il s'agit de placement en milieu ouvert et d'allègements de régime (art. 65 al. 5 AP-CP), ce que le droit en vigueur ne prévoit pas
- si l'auteur a commis une infraction prévue à l'art. 64 al. 1 CP, l'autorité d'exécution demande un préavis à la commission prévue à l'art. 91a lorsqu'elle a un doute sur la dangerosité de l'auteur au sens de l'art. 91b et qu'elle envisage le placement dans un établissement ouvert ou l'octroi d'allègements dans l'exécution (art. 75a al. 1 AP-CP) alors que le droit actuel ne prévoit une telle saisine que si l'autorité d'exécution ne peut se prononcer d'une manière catégorique sur le caractère dangereux du détenu pour la collectivité (art. 75a al. 1 CP), ce qui représente une extension
- avant de transmettre au juge une requête de levée de l'assistance de probation et des règles de conduite en application de l'art. 95a al. 3 AP-CP dès lors que l'autorité d'exécution demande un préavis à la commission lorsqu'elle a un doute sur la dangerosité de l'auteur au sens de l'art. 91b AP-CP (art. 95a al. 5 AP-CP)

L'extension de la saisine de la Commission de dangerosité traduit la confiance placée dans son appréciation. Or, et sans se livrer à une analyse approfondie de l'institution, il faut relever que la constitution d'une telle commission et sa place grandissante démontre l'accroissement de l'exposition des droits fondamentaux dans une justice pénale fondée moins sur la faute que sur le futur du condamné. En effet, c'est perdre de vue que, d'un point de vue trivial, personne ne sait lire l'avenir. De plus, la constitution de telles commissions pluridisciplinaires prêterait à croire que la dangerosité est une notion scientifique (cf. par exemple Coche, La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, 2005, n° 467), ce qui compromet une défense efficace. Pour ce motif, leur rôle en matière d'appréciation du danger est décrié. A titre d'exemple, dans ses observations destinées à appuyer la tierce intervention formée par le European Prison Litigation Network devant la Grande chambre de la CourEDH dans

l'affaire pendante *Inseher c. Allemagne*, Mireille Delmas-Marty, Professeur honoraire au Collège de France, relève que :

*« Malgré un avis très critique de la Commission nationale consultative des droits de l'homme et l'opposition farouche de nombreux professionnels, médecins et juristes, la loi de 2008 sur la rétention de sûreté a pourtant créé ces institutions étranges que sont les « centres socio-médico-judiciaires de sûreté » puis les « commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité ». Derrière la lourdeur et l'opacité des procédures prévues, c'est bien de la dénaturation de l'expertise qu'il s'agit ; la confusion avec la dangerosité psychiatrique liée à la maladie mentale entretient l'illusion qu'il existerait un savoir permettant d'évaluer la dangerosité criminologique. La possibilité même d'une défense efficace risque d'être ainsi remise en cause dans le cas où la commission pluridisciplinaire, concluant à la particulière dangerosité du condamné, proposera qu'il fasse l'objet d'une rétention de sûreté (J. Danet, «Droits de la défense et savoirs sur le crime», in *Défendre*, Dalloz, 2004) »* (<http://www.prisonlitigation.org/wp-content/uploads/2017/11/Inseher-CEDH-Observations-MDelmas-Marty.pdf>)

Conclusion : l'AP-CP accroît le rôle de la Commission de dangerosité au point de renforcer la croyance dans la prédiction scientifiquement la récidive. Cette croyance repose essentiellement sur l'hypothèse qu'une pluralité d'avis et de disciplines est un gage de fiabilité. On peut aussi y voir un risque de dilution de responsabilité qui n'est pas sans conséquences pour les libertés individuelles. Cela étant, indépendamment du débat de fond, ce renforcement est d'autant moins acceptable qu'il n'est pas accompagné de mesures susceptibles d'atténuer le risque d'atteintes aux droits fondamentaux de la personne concernée. L'AP-CP ne consacre en effet ni la présence d'un représentant des avocats en son sein, ni l'obligation d'entendre la personne concernée. Il y a là un défaut de composition et une violation d'un droit fondamental. Dès lors, il y a lieu de s'opposer à une extension de la saisine de la Commission de dangerosité tant qu'elle ne présentera pas à tout le moins un meilleur équilibre dans sa composition, respectivement un fonctionnement conforme au droit d'être entendu.

S'agissant de la saisine l'art. 62c AP-CP, l'avant-projet prévoit que la mesure est levée à la demande de l'autorité d'exécution.

Conclusion : la Commission est d'avis que la loi devrait mentionner également que le condamné peut demander la levée.

G. De l'extension des mesures d'accompagnements

1. Généralités

Actuellement, le prononcé de règles de conduite, voir d'une assistance de probation est intimement lié à l'existence d'un délai d'épreuve ou à l'exécution d'une mesure :

- en matière de sursis (art. 44 al. 2 CP)

- en matière de libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 62 al. 3 CP) ;
- en matière d'exécution d'un traitement ambulatoire (art. 63 al. 2 CP)
- en matière de levée et de libération d'un internement (art. 64a al. 2 CP)
- en matière de libération conditionnelle d'une peine (art. 87 al. 2 CP)

L'art. 41a AP-CP prévoit la possibilité pour le juge de prononcer, avec réserve, dans le jugement, une assistance de probation et des règles de conduite au terme de l'exécution de la peine qu'il a également infligée. En effet, dans certains cas, le droit actuel ne connaît pas la possibilité de prolonger indéfiniment l'assistance de probation et les règles de conduite, par exemple suite à l'octroi de la libération conditionnelle d'une peine privative de liberté lorsque l'auteur n'a pas commis une infraction grave au sens de l'art. 64 al. 1 CP (Rapport, p. 16). Autrement dit, l'idée est de prévoir un contrôle judiciaire au-delà de la fin de la peine correspondant à la faute en l'absence de tout délai probatoire consécutif à une mise à l'épreuve.

Conclusion : de manière générale, la Commission est par principe opposée à la modification envisagée. L'extension du filet pénal au-delà de l'exécution de la peine procède d'une atteinte injustifiée aux droits fondamentaux. Il y a là un glissement vers une société de surveillance injustifiée au regard du dispositif légal en vigueur qui paraît suffisant. Au surplus, la sécurité du droit est excessivement atteinte.

2. *En cas de peine privative de liberté*

Afin que le juge réserve dans son jugement une assistance de probation et des règles de conduite, plusieurs conditions doivent être cumulativement remplies (Rapport, p. 38 et 39) :

- Premièrement, l'auteur doit avoir commis un crime par lequel il a porté ou voulu porter atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (let. a). Cette condition reprend en partie la formulation de l'art. 64 al. 1 CP. Toutefois, il est renoncé ici à un catalogue précis d'infractions ou à la mention d'une peine menace minimale. La commission d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP, soit le type d'infraction le plus grave, suffit. Il est proposé de se limiter aux infractions touchant l'intégrité physique, psychique ou sexuelle. Il convient, en effet, de restreindre le champ d'application aux délinquants représentant une menace pour les biens juridiques de la plus haute valeur. À la différence de l'art. 64 al. 1 CP, l'atteinte n'a pas besoin d'être grave. En effet, les changements législatifs envisagés concernent des auteurs qui ne peuvent se trouver en liberté sans encadrement ni conditions mais pour lesquels une autre sanction n'est pas applicable et qui ne sont pas assez dangereux pour être internés. On pense, en particulier, aux auteurs d'actes d'ordre sexuel avec des enfants de peu de gravité, qui ne remplissent pas les conditions de l'internement, pour lesquels une mesure thérapeutique (art. 59 ou 63 CP) n'est pas ou plus indiquée et qui présentent toutefois certaine menace de sorte qu'ils ne peuvent être remis en liberté sans surveillance ni mesure favorisant leur réintégration.

Conclusion : la condition pose un problème sous l'angle de la proportionnalité. La disposition permet une extension de la surveillance judiciaire au-delà de l'exécution de la peine proportionnelle à la faute. Le condamné reste sous mains de justice, bien qu'il ait purgée sa peine, pour des motifs purement sécuritaires. La persistance d'une atteinte aux droits fondamentaux suppose que l'intérêt public soit particulièrement prépondérant, à défaut de quoi l'indétermination est excessive. Aussi, il y a lieu d'insérer que l'atteinte doit avoir été « grave ».

- Deuxièmement, l'auteur doit avoir été condamné pour ce crime à une peine privative de liberté minimale de deux ans (let. b). Cette condition entend restreindre l'application des mesures d'accompagnement aux personnes condamnées à une peine relativement sévère et pour lesquelles d'autres formes d'exécution de la sanction (semi-détention, travail d'intérêt général, surveillance électronique) sont déjà exclues en raison de la quotité de la peine privative de liberté infligée. Puisque la réserve de l'assistance de probation et des règles de conduite suppose un risque de récidive (let. d), la peine privative de liberté de deux ans ne peut pas être une peine avec sursis ou sursis partiel (art. 42 al. 1 et art. 43 al. 1 CP) mais uniquement une peine privative de liberté ferme.

Conclusion : la condition est équivoque sous l'angle du sursis partiel. Une peine privative de liberté jusqu'à trois ans peut être assortie d'un tel sursis (art. 43 CP). La formulation de la disposition rend incertaine l'application du droit pour une personne condamnée à une peine privative de liberté de trois ans mais dont l'exécution est partiellement suspendue pour une durée de 18 mois. Aussi, il y a lieu de prévoir que la peine d'au moins deux ans doit être prononcée sans sursis (art. 42 et 43 CP).

- Troisièmement, le tribunal ne doit pas avoir prononcé d'internement (let. c). En effet, la personne internée n'a pas besoin d'une mesure de surveillance supplémentaire puisque l'exécution de l'internement suit celle de la peine privative de liberté prononcée conjointement et que les dispositions relatives à la libération conditionnelle de la peine privative de liberté (art. 86ss CP) ne sont pas applicables (art. 64 al. 2 CP). En outre, en cas de libération conditionnelle de l'internement, l'assistance de probation et les règles de conduite sont prolongeables indéfiniment (art. 64a al. 2 CP).

Conclusion : la condition n'appelle pas de remarque.

- Quatrièmement, les circonstances du passage à l'acte ainsi que la personnalité de l'auteur au moment du jugement laissent craindre un risque de récidive (let. d). Ces éléments sont semblables à ceux figurant à l'art. 64 al. 1 let. a CP.

Conclusion : la condition posée doit être modifiée pour satisfaire au principe de proportionnalité. Le risque doit être qualifié. Aussi, il faut « sérieusement » craindre un passage à l'acte. Par ailleurs, selon l'OFJ (Rapport, p. 39), le tribunal de première instance devra s'inspirer des instruments de diagnostic

CIM-10 ou DSM-5 pour apprécier la personnalité du condamné. L'expertise n'étant pas un préalable, on se demande comme les juges recourront à ces outils.

L'art. 89a AP-CP règle la mise en œuvre de l'assistance de probation et des règles de conduite au terme de l'exécution d'une peine privative de liberté, lorsque le juge les a prononcées avec réserve au sens de l'art. 41a AP-CP.

Le juge ordonne une assistance de probation et des règles de conduite lorsque deux conditions cumulatives sont remplies (art. 89a al. 2 AP-CP) :

- une assistance de probation et des règles de conduite avec réserve, selon l'art. 41a AP-CP, ont été prononcées à l'encontre de l'auteur (let. a) ;
- et il faut s'attendre à ce que l'auteur commette un nouveau crime par lequel il porterait atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (let. b).

Conclusion : il y a lieu d'exiger une atteinte « grave », à l'instar de ce qui a été indiqué plus haut en lien avec l'art. 41a AP-CP.

L'art. 89a al. 6 AP-CP prévoit la possibilité de prolonger indéfiniment l'assistance de probation et les règles de conduite.

Conclusion : une telle faculté heurte excessivement le principe de proportionnalité dès lors que le lien de connexité avec l'infraction de base s'amenuise nécessairement à mesure que le temps passe. La prolongation devrait être de trois ans au maximum pour s'aligner sur le délai de réintégration en cas d'échec à la libération conditionnelle (art. 89 al. 4 CP).

Enfin, sur le plan du droit international se pose en particulier la question d'une violation du *principe ne bis in idem* par le système de mesures d'accompagnement tel que décrit.

L'OFJ ne fait pas expressément la démonstration du respect du principe mais se réfère aux considérations relatives à cette question sous l'angle des modifications proposées pour le DPMIn en arguant que l'existence d'une réserve dans le jugement de condamnation exclut toute violation (Rapport, p. 79).

L'art. 4 du Protocole no 7 à la CEDH prévoit que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État (§1). Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu (§2). Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention (§3).

Dans l'arrêt Sergueï Zolotoukhine (*Sergueï Zolotoukhine c. Russie* [GC], no 14939/03, § 82), la CourEDH a conclu que l'article 4 du Protocole no 7 devait être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci avait pour origine des faits identiques ou des faits qui étaient en substance les mêmes. Cette approche factuelle a été expressément réitérée par la CourEDH dans des affaires postérieures (voir, par exemple, *Marguš*, précité, § 114, A et B c. Norvège, précité, § 108, et *Ramda c. France*, no 78477/11, § 81, 19 décembre 2017). Par ailleurs, la CourEDH a, dans l'affaire A et B c. Norvège (nos 24130/11 et 29758/11, §§ 126 et 130-134), a réitéré et élaboré le principe du « lien matériel et temporel suffisamment étroit » entre les procédures : lorsqu'un tel lien permet de considérer que les deux procédures s'inscrivent dans un mécanisme intégré de sanctions prévu par le droit national en cause, il n'y a pas répétition des poursuites mais une combinaison de procédures compatible avec l'article 4 du Protocole no 7.

Autrement formulée, la question est de savoir si l'on a affaire à une nouvelle procédure sur la base des mêmes faits lorsque le juge ordonne des mesures d'accompagnement au sens de l'art. 89a AP-CP ou s'il y a une combinaison de procédures intrinsèquement liées.

Tout d'abord, il paraît peu contestable que les mesures d'accompagnement constituent une forme de sanction de nature pénale (limitations de la liberté de mouvement par exemple fondées sur la condamnation de base, art. 94 al. 2 AP-CP) et que le jugement les ordonnance intervient ensuite d'un jugement de condamnation définitif contenant la réserve légale.

Pour la Commission, il y a un fort risque de violation dès lors que la deuxième procédure est totalement nouvelle. Les deux procédures ne seront vraisemblablement pas intrinsèquement liées, temporellement et matériellement, l'existence d'une réserve n'étant pas un suffisant. Sur le plan temporel, il y aura au minimum deux ans entre la condamnation et le prononcé des mesures d'accompagnement (cf. art. 41a al. let. b AP-CP), voire plus selon une durée plus longue de la peine ferme prononcée, ce qui exclut la conduite tolérée de procédures juxtaposées. Un tel écoulement a pour conséquence que le lien temporel sera excessif entre les faits et le prononcé des mesures. Sur le plan matériel, la procédure suivie n'est pas celle de la révision fondée sur des faits postérieurs à la condamnation, ce qui aurait constitué une exception justifiée (cf. *Kadusic c. Suisse*). Selon l'art. 89a AP-CP, le juge est lié par l'état de fait et la qualification juridique retenu par le tribunal de première instance. Il devra donc apprécier à nouveau le risque de passage à l'acte selon les éléments survenus entre la condamnation et sa saisine au-delà de l'exécution de la peine qui constitue la limite du droit pénal fondé sur la faute. Il limiterait alors les droits du condamné une nouvelle fois mais sur la base des mêmes faits et dans le même but que celui pour lequel la peine a été ordonné, soit la prévention de la récidive. On exclut ainsi la poursuite de deux buts complémentaires, comme c'est le cas lorsqu'un retrait de permis est prononcé en marge d'une peine. Enfin, la réserve ne confère pas au jugement de condamnation la valeur d'un prononcé sous condition suspensive en ce qui concerne les mesures d'accompagnements. Celles-ci n'y sont même pas indiquées. C'est pourquoi, il y a bel et bien un nouveau jugement après une décision définitive et non la révocation

de la suspension des effets du premier jugement. La réserve de dangerosité est ainsi un artifice insuffisant pour créer un lien matériel et temporel, comme l'exige le principe *ne bis in idem*.

Conclusion : le système des mesures d'accompagnement n'est pas compatible avec les engagements de la Suisse.

3. *En cas de mesure thérapeutique*

L'art. 62 al. 4 let. b et 5 AP-CP prévoit la possibilité de prolonger indéfiniment le délai d'épreuve des mesures thérapeutiques institutionnelles contre les addictions et relatives au jeune âge, à l'instar de ce qui est possible pour les mesures thérapeutiques institutionnelles pour les troubles mentaux.

Conclusion : une telle possibilité est en contradiction avec le fait que ces mesures ne peuvent être prononcées pour une durée illimitée (art. 60 al. 4 et 61 al. 4 CP), de sorte qu'il y a lieu de renoncer à cette modification.

L'art. 62f AP-CP prévoit l'assistance de probation et les règles de conduite au terme de l'exécution d'une mesure thérapeutique institutionnelle.

Conclusion : les remarques relatives à l'art. 41 AP-CP valent *mutatis mutandis*.

II. **De la modification du DMin**

L'avant-projet 2 est adossé à la motion 16.3142 Caroni.

En résumé, selon l'OFJ (Rapport, p. 61 et 62), il existerait une lacune en matière de sécurité en ce qui concerne les jeunes délinquants qui sont considérés comme étant dangereux au moment où ils finissent l'exécution de leur peine ou mesure de droit pénal des mineurs. Pour y remédier, une modification de la loi est inévitable. Beaucoup d'éléments parlent en faveur de la possibilité visant à permettre de prononcer une mesure institutionnelle du CP pour les jeunes délinquants majeurs considérés comme dangereux au moment de leur libération d'une peine ou d'une mesure.

Conclusion : Comme le relève d'ailleurs l'OFJ (Rapport, p. 55), ces sept dernières années, des jeunes ayant commis un meurtre, un assassinat ou un brigandage qualifié (art. 140, ch. 4, CP) ont, dans de nombreux cas, été condamnés à une privation de liberté sans mesure de protection. Les sanctions de droit pénal des mineurs prononcées semblent être efficaces, tant et si bien que la majorité de ces délinquants sont peu susceptibles de commettre d'autres infractions après leur libération. C'est dire le peu de cas que la modification viserait. En même temps, selon l'OFJ (*ibidem*), une étude portant sur la récidive menée par l'OFS conclut que le risque de récidive des mineurs condamnés pour des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle est deux fois plus grand que celui des mineurs condamnés pour d'autres infractions. Toutefois, le Rapport ne fait aucun lien entre l'existence de ce risque et les caractéristiques de l'AP-DPMin. Au contraire, il est ressorti qu'en Suisse, il n'y a actuellement qu'un

très petit nombre de délinquants mineurs (5 à 7) qui attendent d'être libérés de l'exécution d'une mesure ou d'une peine de droit pénal des mineurs et à l'encontre desquels il serait éventuellement nécessaire de prendre une mesure de sécurité ultérieure (*ibidem*). A cet égard, l'OFJ ne livre aucune analyse de ces cas, laquelle démontrerait que le système proposé s'y appliquerait. En réalité, la motion à l'origine de l'avant-projet et cet avant-projet reposent visiblement sur un présupposé que des jeunes profiteraient délibérément d'un trou dans le filet pénal en résistant exprès à la prise en charge éducative ou thérapeutique afin d'être libérés (*ibidem*). Encore une fois, il n'y a aucune donnée fournie à l'appui de cette représentation. Aussi, le régime proposé repose vraisemblablement sur une idée reçue dont les conséquences ne se vérifient pas de manière empirique. C'est insuffisant au regard de la gravité du dispositif s'agissant des droits fondamentaux et du droit à un procès équitable. C'est pourquoi, la Commission est défavorable à l'avant-projet.

L'art. 15a^{bis} AP-DPMin prévoit la réserve de la poursuite du placement en établissement fermé. Dans le jugement de condamnation, l'autorité pénale de jugement des mineurs réserve la poursuite du placement en établissement fermé sous la forme d'une mesure prévue aux art. 59 à 61 ou 64, al. 1, CP une fois que la personne concernée aura atteint l'âge de 18 ans :

- a) si le placement en établissement fermé a été ordonné en raison d'une infraction au sens de l'art. 25, al. 2, par laquelle la personne concernée a porté ou voulu porter atteinte à la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui,

Conclusion : La Commission est d'avis que l'atteinte devrait être « grave » à raison du principe de proportionnalité.

- b) et si les circonstances dans lesquelles le mineur a commis l'infraction et sa personnalité au moment du jugement de condamnation laissent sérieusement craindre qu'il ne commette à nouveau une infraction au sens de la let. a.

Conclusion : compte tenu de la population visée, soit des mineurs, la Commission est d'avis qu'un tel pronostic est dépourvu de valeur probante sur le plan scientifique, ce que relève le reste l'OFJ (Rapport, p. 65 et 70), de sorte qu'il s'agit d'une condition impraticable.

La mise en œuvre de la réserve est prévue à l'art. 19c AP-DPMin.

L'art. 25a^{bis} AP-DPMin prévoit le même système de réserve en cas de prononcé d'une peine privative de liberté seulement. Dans le jugement de condamnation, l'autorité pénale de jugement des mineurs réserve le prononcé d'une mesure prévue aux art. 59 à 61 ou 64, al. 1, CP une fois que la personne concernée aura atteint l'âge de 18 ans ;

- a) si elle a commis une infraction au sens de l'art. 25, al. 2, par laquelle elle a porté atteinte ou voulu porter atteinte à la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui ;

Conclusion : La Commission est d'avis que l'atteinte devrait être « grave » à raison du principe de proportionnalité.

- b) si elle a été condamnée à une privation de liberté d'au moins trois ans pour une de ces infractions ;
- c) si aucun placement n'a été ordonné au sens de l'art. 15 al. 2 DPMin et
- d) si les circonstances dans lesquelles elle a commis l'infraction et sa personnalité au moment du jugement de condamnation laissent sérieusement craindre qu'elle ne commette à nouveau une infraction au sens de la let. a.

Conclusion : Comme cela a été relevé plus haut, la Commission doute de la faisabilité de l'appréciation en l'absence d'une expertise.

La mise en œuvre de la réserve est prévue à l'art. 27a AP-DPMin.

Sur le plan international, le système proposé présente le même défaut sous l'angle du principe *ne bis in idem*. C'est d'autant plus le cas que l'avant-projet prévoit le prononcé ultérieur de l'internement sans prévoir les conditions posées à une révision (cf. art. 65 al. 2 CP) et que l'internement constitue une véritable sanction supplémentaire (Rapport, p. 66). Au surplus, le raisonnement énoncé ci-dessous en lien avec la jurisprudence de la CourEDH vaut *mutatis mutandis*.

Conclusion : La Commission considère que le système de réserve est contraire au droit international.

* * *

Telles sont les réponses de l'Ordre des avocats vaudois dans le cadre de la consultation à laquelle vous l'avez associé.

Il m'importe d'insister sur le fait que le Conseil de l'Ordre, ainsi que la Commission de droit pénal et de procédure pénale qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Madame la Cheffe de service, à l'assurance de ma parfaite considération.

Pour le Conseil de l'Ordre :

Nicolas Gillard

Copie : Office fédéral de la justice (OFJ)

Geschäftsstelle **prosaj**
Gerechtigkeitsgasse 36
Postfach
CH-3001 Bern
+41(0)31 633 55 08

www.prosaj.ch

Vorstand der Vereinigung
info@prosaj.ch



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern
Per E-Mail

Bern, 30. September 2020

Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug)

Stellungnahme der Schweizerischen Vereinigung Bewährungshilfe und Soziale Arbeit in der Justiz (prosaj)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zu oben erwähnter Vorlage eine Stellungnahme abgeben zu können.
Wir beschränken uns dabei auf die Änderungen des Strafgesetzbuches, respektive auf die Artikel, welche die Bewährungshilfe und Weisungen betreffen.

Grundsätzliche Bemerkungen zum Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen

In der Bewährungshilfe ist die Rückfallprävention bereits heute eine zentrale Aufgabe und ist dementsprechend auch jetzt schon mit Kontrollaufgaben verbunden. Damit Bewährungshelferinnen und -helfer die Kontrollaufgaben ausführen können, sind sie auf eine tragfähige Arbeitsbeziehung mit ihren Klientinnen und Klienten angewiesen.
Ein ausgewogenes Zusammenspiel zwischen Unterstützung und Kontrolle stellt das Erfolgsmodell einer Rückfallminimierung dar.

Die Kernkompetenzen der Bewährungshelfenden liegen im Case-Management, in der deliktorientierten, deliktpräventiven und sozialarbeiterischen Beratung, im Begleiten und Unterstützen der Klientinnen und Klienten sowie in der Vermittlung von Sozial- und Fachhilfe und nicht in der Kontrolle von Weisungen.
Zudem sind in der Bewährungshilfe die konkreten Möglichkeiten, Weisungen zu kontrollieren, begrenzt. Ein Vertrauensverhältnis zwischen Fachperson und Klientel ist unabdingbar, da sich

die Bewährungshelfenden in gewissen Fällen auch auf die Aussagen der Klientinnen oder Klienten verlassen müssen (so z.B. bei Kontakt- und Rayonverboten, Tätigkeitsverboten, Verboten von Waffenbesitz etc.). Eine zu starke Kontrollfokussierung kann das Vertrauensverhältnis jedoch beeinträchtigen, respektive es kann nur schwer aufgebaut werden.

Die Ausweitung der Weisungen und deren Kontrolle kann eine falsche Sicherheit suggerieren. Es stellt sich die Frage, ob die geplanten ausgeweiteten Kontrolltätigkeiten nicht eher polizeiliche Aufgaben wären (z.B. Gewaltschutz, Bedrohungsmanagement). Daher ist zu überdenken, ob sie im StGB unter dem genannten Titel geregelt werden sollten oder alternativ Grundlagen in Polizeigesetzen geschaffen werden müssten oder eine Möglichkeit geschaffen werden sollte, von der Bewährungshilfe die Kontrolle von Weisungen an den Gewaltschutz oder andere Behörden zu delegieren. Dies würde wiederum der Kernkompetenz des Case-Managements der Bewährungshilfe entsprechen.

Anschliessend die gemeinsamen Nenner der Vorstandsmitglieder:

Art. 62 f VE StGB und Art. 89a VE StGB

Eine quasi lebenslang verlängerbare Bewährungshilfe erscheint uns nicht zielführend. Damit würde zudem ein falsches Gefühl der Sicherheit vermittelt.

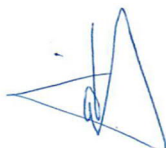
Das Gericht sollte zwingend eine Stellungnahme der Vollzugsbehörde/Bewährungshilfe einholen. Die Bewährungshilfe kann darin eine Aussage machen, über welche Möglichkeiten sie im konkreten Fall verfügt, wie sie die Erfolgsaussicht der möglichen Weisungen in Bezug auf die Deliktsprävention einschätzt und ob sie die Anordnung einer Bewährungshilfe und/oder einer Weisung befürwortet oder nicht.

Art. 94 Abs.3 VE StGB

Damit gutachterliche Empfehlungen in der Praxis auch umsetzbar sind, ist eine interdisziplinäre Vorgehensweise unabdingbar. Es empfiehlt sich demnach, dass sich Gericht und Vollzugsbehörde vor der Anordnung von Weisungen mit der Bewährungshilfe absprechen. So werden nur Weisungen angeordnet, die dann in der Praxis auch umgesetzt werden können. Eine gesetzliche Verankerung dieses Vorgehens wäre wünschenswert.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und den Einbezug unserer Anliegen in die Anpassungen des Strafgesetzbuches.

**Schweizerische Vereinigung Bewährungshilfe und
Soziale Arbeit in der Justiz - prosaj**



Julien Maret
Präsident



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

Per E-Mail an:
annemarie.gasser@bj.admin.ch
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

RR/Im

312

Bern, den 30. September 2020

Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug) - Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbands

Sehr geehrter Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, zur Vorlage Stellung zu nehmen. Der SAV setzt sich auch im Bereich des Strafrechts für die strikte Beachtung der verfassungsrechtlich garantierten Freiheits- und Verfahrensrechte ein. Diese sind insbesondere im Vollzugsrecht gefährdet, weshalb wir uns veranlasst sehen, uns zu dieser Vorlage wie folgt zu äussern:

A. Grundsätzliches

Die beiden Vorlagen führen den Trend fort, das Strafrecht von seinen Kernaufgaben zu entfernen und es zum Vehikel für polizeirechtliche Präventionsmassnahmen zu machen, die weit über die zu verbüssende Strafe hinaus in die Rechtsstellung der betroffenen Individuen und ihrer Angehörigen eingreifen. Die an sich schon ambitionierte Aufgabe der Resozialisierung wird dadurch geschwächt, in vielen Fällen sogar verunmöglicht. Die hier diskutierten Vorlagen gefährden die Ziele des Vollzugsrechts statt sie zu fördern.

Im Zentrum der Vorlagen steht der Begriff der Gefährlichkeit, der völlig unzureichend und insbesondere viel zu breit definiert wird (vgl. dazu unten, D.10). Schon aus diesem Grund kann er keine gesetzliche Grundlage für freiheitsbeschränkende Massnahmen i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV sein. Der Begriff der Gefährlichkeit basiert definitionsgemäss nicht auf begangenem, sondern auf drohendem Unrecht, das der Gesetzgeber durch freiheitsbeschränkende Massnahmen verhindern will. Es geht um reine Präventivhaft, die konventionsrechtlich nur im Rahmen von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK zulässig ist. Die Vorlagen versäumen es aber vollständig, die einzelnen Voraussetzungen und die Grenzen der Präventivhaft zu konkretisieren. Solchen offensichtlich verfassungswidrigen Vorlagen könnte der SAV nicht einmal dann zustimmen, wenn die Notwendigkeit und Eignung der Massnahmen im Hinblick auf die angestrebten Ziele nachgewiesen wären, was sie nicht sind.

B. Antrag SAV

Das Bundesamt für Justiz sei zu beauftragen, neue Vorentwürfe auszuarbeiten, welche den nachfolgenden Ausführungen Rechnung tragen und wenigstens die Voraussetzungen sowie die Grenzen aller freiheitsbeschränkenden Massnahmen im Einzelnen gesetzlich und unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben definieren.

C. Übersicht über die Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 41a StGB	D.7
Art. 57a StGB	D.8
Art. 62 StGB	D.11
Art. 62c StGB	D.1
Art. 62d StGB	D.1
Art. 62e StGB	D.6
Art. 62f StGB	D.11
Art. 63a StGB	D.1
Art. 64 StGB	D.6
Art. 64a StGB	D.9
Art. 64b StGB	D.6
Art. 65a StGB	D.2
Art. 75a StGB	D.12
Art. 84 StGB	D.5
Art. 89a StGB	D.11
Art. 90 StGB	D.5
Art. 91a StGB	D.6
Art. 91b StGB	D.10
Art. 93 StGB	D.3
Art. 94 StGB	D.4
Art. 95	D.3-4
Art. 95a	D.3-4
Art. 81 BGG	D.2
Art. 28 JStG	D.13
Art. 34a ^{bis} MStG	D.14

Wir verzichten darauf, uns zu den einzelnen Bestimmungen der Vorlage 2 explizit zu äussern. Die hier vorgetragenen Bedenken gelten aber vorbehaltlos auch für Vorlage 2.

D. Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen

1. Zuständigkeiten

Art. 62c Abs. 1 und 5, 62d Abs. 1, 63a Abs. 1 und 2 VE-StGB

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.

a) Grundsätzlich begrüssenswerte vorgeschlagene Änderung, nötige Ergänzungen

Es ist an sich zu begrüßen, dass der Vorentwurf vorsieht, diese nicht sachgerechte Zweispurigkeit aufzuheben. Damit wird verhindert, dass sich zwei Behörden teilweise mit fast gleichlautenden Fragestellungen beschäftigen. Sodann wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit entlastet und die Entscheide ergehen durch die sachlich kompetenten Strafgerichte. Bereits heute führen einige Kantone die Kompetenzen in der Hand des Gerichtes zusammen. Diese Zuteilung hat sich bewährt und die bundesrechtliche Einführung ist zu begrüßen. Die Aufhebung der verfahrensrechtlichen Zweispurigkeit geht grundsätzlich in die richtige Richtung. Die nötige gerichtliche Zuständigkeit und die Justizförmigkeit des Verfahrens wurde indessen in der Vorlage noch nicht konsequent umgesetzt.

In grundsätzlicher Hinsicht ist folgendes zu bedenken: Sofern weichenstellende Entscheide über die Freiheit weiterhin Vollzugsbehörden zugewiesen werden, läuft dies auf eine EMRK-widrige Unterminierung der Judikative statt. Es ist tief in die abendländische Rechtsgeschichte eingeschrieben, dass über die Freiheit respektive Unfreiheit einer Person ein Gericht entscheiden soll (habeas corpus). Dieser Grundsatz wird im Massnahmenrecht auch im Vorentwurf nicht durchgehend geachtet. Trotz der beiden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Fuchser bzw. Derungs gegen die Schweiz) wird teilweise weiter an einer EMRK-widrigen Verfahrensstruktur festgehalten. Weiterhin entscheiden teils Verwaltungsbehörden faktisch über die Freiheit oder Unfreiheit von Personen in strafrechtlichen Massnahmen. Dadurch wird die dritte Gewalt entkernt. Die Exekutive tritt namentlich in Form der Behörden des Strafvollzuges auf. Der Strafvollzug ist staatsrechtlich in die Exekutive und nicht die Judikative einzuordnen. Dem ist bei einer Änderung des StGB grundsätzlich und durchgehend Einhalt zu gebieten.

Art. 62d befasst sich mit der Prüfung der Entlassung und der Aufhebung von stationären Massnahmen. Beschuldigtenrechte und die kontradiktorische Anlage des Strafverfahrens wurden weitgehend ausgehebelt. Die verwaltungsinterne Kontrolle der Massnahmen ist zu einer Routineübung verkommen, in welcher sich die Vollzugsbehörden selbst überprüfen, statt die Legitimation des weiteren Eingriffs in die Grundrechte zu überprüfen. Die Kontrolle ist selbstreferenziell und gleicht einem bürokratischen Leerlauf. Daher sind externe Begutachtung zu forcieren, um zu verhindern, dass sich Falscheinschätzungen von Institutionen festschreiben. Externe Kontrolle entspricht gängigen Standards jeder Qualitätssicherung. Es ist sicherzustellen, dass mindestens alle zwei Jahre bei allen Massnahmen eine tiefgreifende Prüfung zu erfolgen hat. Ein Bericht der Vollzugsanstalt reicht hierfür nicht aus. Diese Überprüfung hat mindestens jedes zweite Jahr und dabei stets unter Berücksichtigung einer externen, sachverständigen Expertise und mit Bestellung einer notwendigen Verteidigung zu erfolgen. Eine anstaltsinterne Einschätzung genügt dem nicht. Eine entsprechende Ergänzung von Art. 62d StGB ist vorzunehmen und mit Blick auf die EMRK wohl auch unabdingbar, ansonsten die verwaltungsinterne Vorprüfung rechtsstaatlich zu wenig solid ausfällt. Der Vorschlag garantiert bisher nicht, dass vor Ablauf einer ursprünglich gerichtlich angeordneten Massnahme von bis zu fünf Jahren eine rechtsstaatlich zwingende, seriöse Zwischenprüfung erfolgt.

b) Gerichtliche Haftprüfung bei einer strittigen bedingten Entlassung und Aufhebung (Art. 62d StGB)

Der Vorentwurf zielt darauf ab, die Zuständigkeiten über den Bestand von therapeutischen Massnahmen einheitlich zu regeln und die Zuständigkeit zur Aufhebung in jedem Fall dem Strafgericht zuzuweisen (Erläuternder Bericht, S. 21). Dabei ging aber ein wichtiger Entscheid vergessen: die bedingte Entlassung aus der Massnahme. Dass über Freiheit respektive Unfreiheit einer Person ein Gericht entscheiden soll, ist wie erwähnt ein uralter rechtsstaatlicher Grundsatz. Dieser Grundsatz wird in der Schweiz im Massnahmenrecht nicht geachtet und dies trotz der beiden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Fuchser respektive Derungs gegen die Schweiz (EGMR Fuchser gegen Schweiz, Urteil Nr. 55894/00, 13. Juli 2006; Derungs gegen Schweiz, Urteil Nr. 52089/09, 10. Mai 2016). Die bedingte Entlassung aus einer freiheitsentziehenden Massnahme ist kein blosser Vollzugsentscheid, sondern betrifft wie die Aufhebung oder Beendigung den Bestand der Massnahme. Ein solcher bedeutender materieller Entscheid über den Bestand der Sanktion hat durch das Sachgericht zu erfolgen. Es ist daher die Kompetenzordnung zwingend zu ändern.

Die bedingte Entlassung aus einer freiheitsentziehenden Massnahme ist wie erwähnt kein blosser Vollzugsentscheid, sondern betrifft wie die Aufhebung oder Beendigung den Bestand der Massnahme. Hier unterscheidet sich das Massnahmenrecht vom übrigen Strafrecht. Bei Freiheitsstrafen ist die bedingte Entlassung durchaus eine Frage des blossen Vollzugsrechts. Das hängt damit zusammen, dass Freiheitsstrafen zeitlich befristet sind. Die bedingte Entlassung ist hier gleichsam eine Frage des Übergangsmanagements. Bei Massnahmen hingegen gibt es grundsätzlich keine vordefinierte Länge. Die betroffene Person wird erst durch die Aufhebung respektive bedingte Entlassung aus der Sanktion entlassen. Der Entscheid über die bedingte Entlassung enthält eine materiell-rechtliche Komponente, da er den Bestand der Sanktion an sich beschlägt.

Einen bedeutenden materiellen Entscheid über den Bestand der Sanktion sollte eine unabhängige und nicht weisungsgebundene Behörde treffen. Vollzugsbehörden sind nicht unabhängig. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass in verschiedenen Kantonen Weisungen bestehen, wie diese Behörden wann zu entscheiden haben (vgl. Rohner, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Zürich 2016, N 636 ff.). Hinter vorgehaltener Hand geben Vollzugsmitarbeitende sodann an, dass sie von den politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern auch Anordnungen im Einzelfall erhalten. Dies ist ein systemisches Problem der Weisungsgebundenheit dieser hierarchischen Behörde. Es ist erfreulich, dass beispielsweise der Kanton Wallis schon heute für die Frage der bedingten Entlassung ein unabhängiges Gericht vorsieht. Diese bewährte Zuständigkeit ist auch im Bundesrecht zu übernehmen. Statt den weisungsabhängigen Vollzugsbehörden ist der Entscheid über die bedingte Entlassung von Amtes wegen oder auf Gesuch hin von unabhängigen Gerichten zu treffen. Nur eigentliche Vollzugsfragen sollen weiterhin in der Kompetenz des Strafvollzugs und damit der weisungsgebundenen Exekutive bleiben.

c) Fazit betreffend Änderung der Zuständigkeit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die geplanten Änderungen der Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung von therapeutischen Massnahmen begrüsst werden. Diese Änderungen sollten ergänzt werden durch eine zwingende periodische Kontrolle jedes zweite Jahr mit externen Expertisen und amtlichen Verteidigungen bei allen (freiheitsentziehenden) Massnahmen sowie einer Zuständigkeit der Gerichte auch bei bedingten Entlassungen, denn Art. 5 Ziff. 4 EMRK und die rechtskulturelle Grundsatznorm der Gewaltenteilung fordern hier ein Gericht.

Diese zwingend nötigen Rückverschiebung der Kompetenzen von den weisungsabhängigen Vollzugsbehörden an die unabhängigen Gerichte zeitigt noch weitere Folgen. Im Rahmen der bedingten Entlassung durch das Gericht sind keine Fachkommissionsempfehlungen mehr einzuholen. Die Fachkommissionen sind Beratergremien des Vollzuges und nicht

massgebende Einflussfaktoren auf die Judikative, ansonsten die richterliche Unabhängigkeit, das Prinzip der Einheit des Gerichts und des gesetzlichen Richters nach Art. 6 bzw. Art. 5 Abs. 4 EMRK unterminiert würde.

2. Rechtsmittellegitimation der Vollzugsbehörde (Art. 65a VE-StGB sowie Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 8 VE-BGG)

Der erläuternde Bericht weist zutreffend darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der Vollzugsbehörde ein rechtlich geschütztes Interesse zum Einlegen eines Rechtsmittels fehlt (a.a.O., S. 32). Der Vorentwurf will die Vollzugsbehörde neu dazu ermächtigen, gegen selbständige nachträgliche Entscheide des Gerichts über die Aufhebung, Änderung oder Verlängerung von therapeutischen Massnahmen nach den Artikeln 59-61 ein Rechtsmittel zu ergreifen. Der SAV lehnt diesen Vorschlag ab.

Aufgabe der Vollzugsbehörde ist es, eine gerichtlich angeordnete Massnahme zu vollziehen. Sie trifft die dafür erforderlichen Entscheidungen und Anordnungen und überwacht gleichzeitig den Massnahmenverlauf. Bei den nachträglichen Entscheiden des Gerichts über die Aufhebung, Änderung oder Verlängerung von therapeutischen Massnahmen handelt es sich indessen nicht um Vollzugsentscheide. Vielmehr wird ein materieller Entscheid darüber getroffen, ob die früher angeordnete Massnahme noch notwendig ist oder nicht bzw. ob allenfalls eine andere Massnahme besser geeignet wäre. Die Fragestellung ist damit grundsätzlich dieselbe wie beim ersten Gerichtsverfahren, das zur Anordnung der Massnahme führte. Der erläuternde Bericht legt nicht dar, weshalb im Gegensatz zum ersten Gerichtsverfahren zusätzlich zur Staatsanwaltschaft auch die Vollzugsbehörde Parteistellung in diesen Nachverfahren erhalten und damit rechtsmittellegitimiert werden sollte. Die Ausführungen erschöpfen sich darin, dass es «im Interesse der Sache geboten sein» könnte, wenn in Fällen, bei denen Staatsanwaltschaft und Vollzugsbehörde zu unterschiedlichen Einschätzungen gelangen, ein Gericht die divergierenden Anträge zur Entscheidung annehmen könne. Dabei verkennt der erläuternde Bericht nicht nur, dass Berichte der Vollzugsbehörde bereits heute in die sog. Nachverfahren einfließen und allein schon deshalb kein Grund besteht, eine langjährige Praxis über Bord zu werfen. Der Vorschlag lässt insbesondere ausser Acht, dass es in solchen Verfahren regelmässig auch um eine Beurteilung des bisherigen Massnahmeverlaufs geht, für den u.a. auch die Vollzugsbehörde verantwortlich zeichnet. Würden neu der Vollzugsbehörde Parteirechte eingeräumt, hätte dies zur Folge, dass sie einen Gerichtsentscheid, der an die Adresse der Vollzugsbehörde gerichtete Kritik am bisherigen Massnahmenvollzug äussert, gegebenenfalls in blosser Verfolgung von Eigeninteressen weiterziehen könnte. Diese rechtsstaatlich bedenkliche Einräumung einer Doppelrolle in den Nachverfahren gilt es zu vermeiden.

3. Bewährungshilfe (Art. 93 VE-StGB, Art. 95 VE-StGB sowie Art. 95a Abs. 1 VE-StGB)

Das Institut der Bewährungshilfe (in der jetzigen Form und im Rahmen eines Übergangsmanagements notabene) hat sich aus Sicht der Praxis im wahrsten Sinne des Wortes bewährt und stellt bei der Reintegration und der Sozialisation von betroffenen Personen ein wichtiges Element dar. Als Bindeglied zwischen der Vollzugsbehörde und der verurteilten Person erfüllt die Bewährungshilfe zentrale Aufgaben und trägt ihren Teil dazu bei, die Gefahr künftiger Rückfälle oder Strafbarkeiten zu vermindern.

Vor diesem Hintergrund ist es unverständlich, dass die im bisherigen Recht explizit statuierten Rechte und Pflichten (Verweigerung von Auskünften ohne schriftliche Einwilligung sowie Verschwiegenheitspflicht; Art. 93 Abs. 2 StGB) nunmehr mit einer sehr technischen Begründung beschnitten werden sollen. Wie im erläuternden Bericht nämlich korrekterweise ausgeführt, verfolgte der Gesetzgeber mit der Schaffung der vorgenannten Norm das Ziel, das Vertrauensverhältnis zwischen der Bewährungshelferin oder dem Bewährungshelfer und der betreuten Person zu stärken (vgl. zum Ganzen den Erläuternden Bericht des BJ vom 6. März

2020, S. 44f.). Es versteht sich von selbst, dass das Bestehen eines derartigen Vertrauensverhältnisses zentral für die Aufgabenerfüllung der Bewährungshilfe ist. Es ist somit nicht ersichtlich, weswegen diese Norm ersatzlos gestrichen werden soll. Aus demselben Grund erscheint auch die gegenüber dem geltenden Recht (vgl. dazu die Art. 93 Abs. 3 sowie Art. 95 Abs. 3 StGB) weiterführende Berichterstattungs- resp. Anzeigepflicht der Bewährungshilfe gemäss Art. 95a Abs. 1 VE-StGB kontraproduktiv und somit weder notwendig noch zielführend zu sein.

Die Bewährungshilfe muss ein Institut bleiben, welches innerhalb eines notwendigen und auch bestehenden gesetzlichen Rahmens (vgl. dazu die Art. 93 Abs. 3 sowie Art. 95 Abs. 3 StGB) eine gewisse Unabhängigkeit von den Strafvollzugsbehörden geniesst, um die oben geschilderte Aufgabe überhaupt erfüllen zu können. Dies im Übrigen unabhängig davon, ob diese (wie in gewissen Kantonen geschehen) organisatorisch in diejenige Verwaltungsstelle integriert ist, die mit dem Strafvollzug befasst ist oder nicht. Nicht zuletzt deshalb ist auch die Anordnung von Bewährungshilfe, welche über die Probezeit (bei bedingt ausgefallten Strafen resp. einer bedingt erfolgten Entlassung) hinausgeht, abzulehnen (vgl. dazu Art. 41a VE-StGB und die diesbezüglichen Ausführungen hievor).

Der vorgesehene «Ausbau» der Bewährungshilfe (Anordnung über die Probezeit hinaus und verbunden mit zusätzlichen Meldepflichten sowie unter Verlust von Auskunftsverweigerungsrechten) führt zu einer Gleichschaltung resp. zumindest zu einer übermässigen (unerwünschten) Angleichung an die Strafvollzugsbehörde. Dieser Umstand verunmöglicht die ureigenste Aufgabe der Bewährungshilfe, nämlich der betroffenen Person bei der Bewährung zu helfen, diese zu unterstützen und damit eine zukünftige Strafbarkeit zu verhindern.

4. Weisungen

(Art. 94 VE-StGB, Art. 95 VE-StGB sowie Art. 95a Abs. 1 VE-StGB)

Der vorliegend vorgesehene Ausbau des Weisungskataloges sowie insbesondere auch die Möglichkeit, verschärfende Weisungen zu beantragen (vgl. Art. 95a VE-StGB), birgt die grosse Gefahr, dass vorliegend ein Straf- resp. Massnahmenvollzug ausserhalb des eigentlichen Vollzuges etabliert wird. Dies zumal es gemäss dem bestehenden Art. 94 VE-StGB (in Verbindung mit Art. 41a VE-StGB) möglich sein wird, unter gewissen Umständen über die Probezeit hinausgehende Weisungen zu erlassen und die Einhaltung derselben mittels technischer Hilfsmittel gar überwachen zu lassen (Art. 94 Abs. 4 VE-StGB).

Dies kann in der Praxis beispielsweise dazu führen, dass sich eine Person nach Verbüssung der verhängten Strafe (analog der Vollzugsform des Electronic Monitoring) lediglich in der eigenen Wohnung sowie am Arbeitsplatz aufhalten kann. Dass sie weitergehend dazu verpflichtet wird, sich mehrmals wöchentlich bei einer Amtsstelle zu melden, sich einer medizinischen oder psychiatrischen Behandlung zu unterziehen und dass ihr u.U. gar verboten werden kann, das Internet zu benutzen (vgl. dazu den Erläuternden Bericht des BJ vom 6. März 2020, S. 46f. sowie Art. 95 VE-StGB).

Damit besteht die Möglichkeit, dass persönliche Freiheit des Betroffenen über längere Zeit (allenfalls sogar lebenslänglich!) derart beschränkt wird, dass das Führen eines normalen Lebens mit derartigen Beschränkungen und unter einer denkbaren dauernden Überwachung gar nicht mehr möglich ist.

Es soll vorliegend gar nicht in Abrede gestellt werden, dass gewisse Massnahmen oder Weisungen im Rahmen von besonderen Vollzugsformen sowie während der Probezeit (so wie im geltenden Recht ohnehin bereits vorgesehen) denkbar und sinnvoll erscheinen können. Eine zeitlich weit über den Vollzug hinausgehende Beschränkung der persönlichen Freiheit ist jedoch abzulehnen, zumal die Gefahr besteht, dass die Reintegration und somit die Resozialisierung der betroffenen Person auf Jahre hinaus verzögert oder gar verunmöglicht wird. Damit wird die verpönte Rückfallgefahr vielmehr gefördert denn verhindert.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass bereits im geltenden Recht mit dem Aussprechen einer Massnahme (insbesondere gemäss Art. 59 StGB) genügend Möglichkeiten bestehen,

um gefährliche Personen solange von der Gesellschaft fernzuhalten, wie dies zur Verhinderung von schweren Straftaten notwendig ist. Zusätzliche (und derart weitgehenden) Weisungen nach vollständiger Verbüßung der Strafe oder erfolgreicher Durchführung einer Massnahme gemäss dem hier vorgesehen Art. 95 VE-StGB sind somit weder nötig noch wie oben dargelegt zielführend.

5. Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug ausschliessen Art. 84 und 90 VE-StGB

Le droit actuel permet d'accorder aux personnes contre lesquelles un internement au sens de l'art. 64 al. 1 CP a été prononcé des allègements, et donc des congés accompagnés ou non accompagnés, tant durant l'exécution de l'internement (art. 84 al. 6 par renvoi de l'art. 90 al. 4 CP et art. 90 al. 4ter CP a contrario; art. 90 al. 2bis CP) que durant l'exécution de la peine privative de liberté qui précède l'exécution de l'internement (art. 64 al. 2 CP; art. 84 al. 6 CP et art. 84 al. 6bis CP a contrario). La décision d'octroi est prise par l'autorité d'exécution, après préavis de la commission d'évaluation de la dangerosité au sens de l'art. 62d al. 2 CP chaque fois qu'elle ne peut se prononcer catégoriquement sur la dangerosité de l'interné (art. 75a CP, cas échéant par renvoi de l'art. 90 al. 4bis CP).

Le projet prévoit d'exclure par principe la possibilité de congés non accompagnés lors de l'exécution de l'internement en milieu fermé (art. 90 al. 4bis P-CP) et, par voie de conséquence, lors de l'exécution de la peine privative de liberté qui précède l'internement (art. 84 al. 6bis P-CP). Le Message prévoit en revanche que lors de l'exécution de l'internement en milieu ouvert, et a fortiori en cas de logement ou de travail externes, des congés accompagnés resteraient possible; en effet, cela permet de mieux évaluer le pronostic, peu avant une libération conditionnelle, et sert ainsi à la sécurité publique.

De façon générale, la FSA privilégie des solutions qui laissent une marge d'appréciation à l'autorité compétente. Ainsi, l'exclusion législative de congés non accompagnés pour les personnes internées, lors de l'exécution de la peine ou de l'internement en milieu clos, ne lui paraît pas appropriée. Il vaut mieux laisser à l'autorité d'exécution une marge d'appréciation, étant rappelé, d'une part, que celle-ci est déjà très encadrée, au niveau procédural, par l'intervention de la commission d'évaluation de la dangerosité, et que, d'autre part, la pratique révèle que de tels congés non accompagnés sont déjà très rares de toute façon.

Sur cet aspect, la norme primaire du projet est l'art. 90 al. 4bis P-CP, qui traite des congés non accompagnés lors de l'exécution de l'internement en milieu fermé. Le Message rappelle opportunément que les congés ne sont pas seulement une mesure de resocialisation, mais également une mesure qui permet d'affiner le pronostic sur la dangerosité. A ce titre, le passage du milieu fermé en milieu ouvert est un moment charnière de l'exécution. Il paraît utile de permettre aux autorités d'exécution de concéder un congé non accompagné lorsqu'il est question d'un tel allègement au bénéfice d'un interné en milieu fermé déjà; ou, à tout le moins, il semble inopportun de l'exclure par principe, alors qu'un tel congé non accompagné à ce moment-là pourrait être utile pour certains internés. Ainsi, il se justifie de renoncer à l'introduction de cette disposition.

L'art. 84 al. 6bis P-CP n'est que la conséquence logique de l'art. 90 al. 4bis P-CP. S'il se justifie de renoncer à l'introduction de l'art. 90 al. 4bis P-CP, il se justifie également, par contrecoup, de renoncer à l'introduction de la règle prévue par l'art. 84 al. 6bis P-CP. Il n'est en effet pas exclu que l'exécution de la peine révèle déjà une dangerosité de l'auteur qui a décru au point d'envisager des allègements en milieu ouvert, précédés ou suivis de congés non accompagnés de façon à mieux appréhender le pronostic en vue du choix des modalités d'exécution de l'internement qui vont suivre. Il s'impose de laisser à l'autorité une marge de manœuvre sur ce point.

6. *Besondere Sicherheitsmassnahmen, Öffnungen, Entlassung, Kofako*
Art. 62e, Art. 64 Abs. 5, Art. 64b Abs. 2 lit. c und Art. 91a StGB

a) *Übersicht und Gemeinsamkeiten der Bestimmungen*

Den oben erwähnten und zu revidierenden Bestimmungen des StGB ist gemein, dass die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit in Entscheidungen einbezogen und angehört wird. In Art. 91a StGB wird bestimmt, wie die Fachkommission zusammengesetzt wird und in welchen Fällen sie Stellungnahmen abgibt. Der SAV stellt sich nicht dagegen, dass eine Fachbehörde bei Entscheidungen betr. Vollzugslockerungen oder bedingte Entlassung einbezogen wird, ist aber der Auffassung, dass das jetzige Konzept einer Fachkommission rechtsstaatlichen Grundprinzipien nicht annähernd zu genügen vermag und deshalb in dieser Form klar abgelehnt wird (vgl. dazu STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 3. Auflage, Bern 2020, § 3 N 27).

b) *Einbezug der Fachkommission*

Die Fachkommission soll bei folgenden Entscheidungen einbezogen werden:

- Art. 62e (ganzer Artikel neu):
Die Vollzugsbehörde holt eine Stellungnahme der Fachkommission ein, wenn sie
 - die Einweisung in eine offene Einrichtung erwägt
 - Vollzugsöffnungen erwägt
 - bevor sie beim Gericht die Aufhebung einer Massnahme beantragt
 - oder wenn sie Zweifel daran hat, ob bei einem Täter Gefährlichkeit anzunehmen ist
- Art. 64 Abs. 5:
Vollzugslockerungen bei Verwahrten durch Vollzugsbehörde
- Art. 64b Abs. 2:
Prüfung der bedingten Entlassung gestützt u.a. nach Anhörung der Fachkommission

Es ergibt sich also, dass Empfehlungen der Fachkommission von der Vollzugsbehörde einzuholen sind, wenn ein Entscheid ansteht, der in der Kompetenz der Vollzugsbehörde steht. Ausnahmsweise haben die Empfehlungen der Fachkommission auch Auswirkungen auf den gerichtlichen Entscheid (Art. 62e lit. c).

c) *Verfahrensfragen*

In aller Regel werden Entscheide der Vollzugsbehörde auf kantonaler Ebene als verwaltungsrechtliche Angelegenheiten betrachtet, mit der Folge, dass diese kantonal letztinstanzlich vor Verwaltungsgericht angefochten werden können. Das anwendbare Verfahrensrecht ist somit ein Verwaltungsverfahrensgesetz und/oder ein Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (Verwaltungsprozessordnung). Im Verwaltungsrecht ist das Abstellen auf Berichte von Dritten grundsätzlich wenig problematisch, aber zu beachten ist, dass die öffentlich-rechtlichen Verfahrensgarantien zur Anwendung gelangen, wozu insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör mitsamt seinen Ausprägungen sowie die Pflicht zur Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen gehören.

Werden die Empfehlungen der Fachkommission hingegen in einem Verfahren eingeholt, das nach den Regeln der StPO durchgeführt werden, stellen sich ganz andere Verfahrensfragen, insbesondere, welche Art Beweismittel diese Empfehlungen sind, da die StPO einen numerus clausus der Beweismittel kennt. Sämtliche schriftlichen Berichte von Dritten müssen als

Personalbeweis verifizierbar sein, was sich nicht zuletzt aus der EMRK ergibt (Befragung von Belastungszeugen, insbesondere, wenn der Bericht zulasten des Betroffenen ausgeht). Primär in Frage kommt aber eigentlich der Sachverständigenbeweis, da die Fachkommission eben gerade spezifische Fachkenntnis einbringen soll, was die klassische Aufgabe des Sachverständigen ist. Die kantonalrechtlichen Bestimmungen über die Fachkommissionen halten die **Voraussetzungen der StPO über die Bestimmung und Einsetzung von Sachverständigen in keinsten Weise ein, sodass die «Empfehlungen» der Fachkommissionen in Verfahren, die den Regeln der StPO unterliegen, unverwertbar sein werden**, auf jeden Fall aber nicht den Stellenwert von gutachterlichen Äusserungen haben.

d) Fachkommission und Verwaltungsverfahren

Das StGB regelt die Vorgehensweise der Fachkommission nicht. I.d.R. wird das Verfahren vor der Fachkommission durch das kantonale Recht bestimmt, meistens im Rahmen der bekannten Strafvollzugskonkordate. So etwa hält das Nordwest- und Innerschweizer Konkordat in Art. 10 fest, dass die Konkordatskonferenz die Fachkommission bestellt und mittels Reglement die Aufgaben und Organisation regelt.

In diesem Reglement wird das Vorgehen der Fachkommission bei der Abgabe von Beurteilungen festgehalten (Ziff. III. des Reglements):

- die notwendigen Akten müssen von der anfragenden Stelle zusammengestellt werden,
- in der Regel orientiert sich die Fachkommission am Kriterienkatalog von Prof. Dittmann,
- die Fachkommission kann bei den betroffenen Vollzugsbehörden weitere Informationen einholen und sie zu einer Anhörung einladen,
- die betroffenen Vollzugsbehörden können verlangen, persönlich angehört zu werden,
- ob der Betroffene angehört wird, entscheidet das Präsidium der Kammer.

Festzuhalten sind anhand dieses Beispiels diverse **gravierende Verstösse gegen Grundprinzipien des öffentlichen Prozessrechts**:

- kein Anspruch auf rechtliches Gehör durch den Betroffenen,
- kein Anspruch auf Akteneinsicht für den Betroffenen,
- keine Gleichbehandlung der Parteien vor der Fachkommission (Betroffener hat kein Anhörungsanspruch, anfragende Behörde aber sehr wohl),
- keine Anfechtbarkeit der Entscheide der Fachkommission

Man mag nun argumentieren, dass es nicht Sache des Bundes sei, diese «Verfahrensmängel» zu beheben, da die Bestimmung des Verfahrens eben in die Kompetenz der Kantone falle. Dies wäre aber fatal, da wiederum die kantonalen (Verwaltungs-)Gerichte schlussendlich entscheiden, wie mit den Empfehlungen der Fachkommission umzugehen ist, welcher Stellenwert diesen zukommt und inwiefern sie beachtlich sind oder nicht.

Diesbezüglich ist auf ein Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 9.3.2005 (Entscheid Nr. 810 04 333 / 71 sowie 810 04 337 / 72, abrufbare unter <https://www.baselland.ch/politik-und-behörden/gerichte/rechtsprechung/kantonsgericht/chronologische-anordnung/2005/32>) zu verweisen, wo sich das Kantonsgericht mit diesen Mängeln auseinandergesetzt und entschieden hat, dass dieses Verfahren vor der Fachkommission derart mit Mängeln behaftet ist, dass die Empfehlungen der Fachkommission schlicht unbeachtlich sind.

Das Kantonsgericht hat insbesondere bemängelt:

- dass der Anspruch auf rechtliches Gehör des Betroffenen nicht beachtet wird (E. 11.a)
- dass der Anspruch auf Fairness zu beachten ist, was bedeutet, dass die Verwaltung kein Übergewicht erhalten darf (E. 11.b)
- dass den Empfehlungen der Fachkommission Entscheidcharakter zukommt, weshalb die Fachkommission gewisse Minimalstandards zu beachten habe (E. 11.d-e)
- dass das geltende Verfahren vor der Fachkommission den Anspruch der Betroffenen auf rechtliches Gehör mehrfach so gravierend verletzt, dass eine Heilung ausgeschlossen ist (E. 13)
- sodass die im konkreten Fall abgegebenen Empfehlungen für das Gericht schlicht unbeachtlich sind (E. 13.)

Der Zweck des Gesetzes und der Einsetzung einer Fachkommission wird allerdings verfehlt, wenn der Gesetzgeber es unterlässt, durch geeignete Bestimmungen sicherzustellen, dass dieser angestrebte Gesetzeszweck (Beachtung der Empfehlungen der Fachkommission) auch verwirklicht wird.

Eine effektive Tätigkeit der Fachkommission in dem Sinn, dass ihre Empfehlungen auch beachtet werden, setzt voraus, dass die Fachkommission verpflichtet wird, minimale rechtsstaatliche Verfahrensgarantien zu gewähren. Dies ist zur Zeit ganz offensichtlich nicht der Fall, insbesondere wegen Fehlens von Verfahrensgleichgewicht (Fairness) und wegen Fehlens schon nur der grundlegenden Ansprüche, die aus dem rechtlichen Gehör fliessen (Akteneinsicht, Recht auf Stellungnahme und Recht auf Beweisanträge und Beweisabnahmepflicht).

Hinzu kommt, dass, wenn (wie in den meisten Kantonen) Vollzugsfragen auf dem verwaltungs(gerichtlichen) Weg entschieden werden, die Officialmaxime gilt, der Sachverhalt mithin von Amtes wegen abzuklären ist, was nach dem zitierten Reglement der Fachkommission Nordwest- und Innerschweiz ebenso wenig der Fall ist.

Tatsache ist, dass nach dem jetzigen Gesetzgebungsvorhaben die Empfehlungen der Fachkommission spätestens auf gerichtlicher Ebene Makulatur sind. Will man das vermeiden, ist es unumgänglich, die Beachtung minimaler Verfahrensgarantien vorzuschreiben, was zurzeit komplett fehlt.

e) Zusammensetzung der Fachkommission, Art. 91a Abs. 2 StGB

Die Fachkommission soll sich mindestens aus Vertretern der Strafverfolgungsbehörden, der Vollzugsbehörden und der Psychiatrie/Psychologie zusammensetzen. Gemäss dem Vernehmlassungsbericht soll es unerlässlich sein, dass die Mitglieder über ausreichende Fachkenntnisse verfügen. Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen, aber unverständlich ist, warum das dann nicht auch als Voraussetzung im Gesetz so festgehalten wird. Jetzt entsteht durch die Umschreibung, wer in dieser Fachkommission Einsitz nehmen soll, der Eindruck, dass diese Personen quasi ex officio über dieses spezifische Fachwissen verfügen. Das mag bei der Psychiatrie und Psychologie noch der Fall sein, ist es nun aber gerade bei den Vertretern der Strafverfolgung und des Vollzugs keineswegs. Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb andere Akteure aus dem Straf- und Vollzugsverfahren nicht genannt werden wie bspw. Parteivertreter. Auch diese können über das nötige Fachwissen verfügen. Besteht dieses einzig in der praktischen Erfahrung mit solchen Personen, dann verfügt die Verteidigung über mindestens so viel Fachwissen wie Vertreter der Staatsanwaltschaft, i.d.R. sogar eher über mehr, weil sie sich viel intensiver mit solchen Personen befassen als dies die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte tun.

Ebenso ist wenig nachvollziehbar, weshalb Personen aus dem Vollzug in solchen Fachkommissionen Einsitz nehmen sollen, da mit ihren Empfehlungen doch gerade andere Vollzugsbehörden beraten werden, also «Vollzugsbehörde berät andere Vollzugsbehörde». Entweder braucht die Vollzugsbehörde solche Empfehlungen, dann aber wohl kaum von anderen Vollzugsbehörden, denn das Fachwissen, das bei der Vollzugsbehörde bspw. im

Kanton Bern vorhanden ist, ist in gleichem Mass auch im Kanton Zürich vorhanden, weshalb also sollen Berner Vollzugsbehörden den Kanton Zürich beraten? Das ist nicht nachvollziehbar. Oder es geht um erweitertes Fachwissen, dann ist dieses aber bei den Vollzugsbehörden nicht vorhanden.

Im Kern brauchen Vollzugsbehörden ja Empfehlungen von anderen Disziplinen, die aus ihrer (anderen) Optik wissen oder Erfahrung haben, wie eine Person agieren oder reagieren könnte. Da wesentlich ist, dass die Mitglieder der Fachkommission über spezifisches Fachwissen verfügen, ist nicht verständlich, warum man dies nicht auch in den Gesetzestext einfließen lässt, sondern an der veralteten Formulierung festhält, die offenbar davon ausgeht, dass Vertreter der Strafverfolgung und des Vollzugs von Berufs wegen dieses Fachwissen haben, was gerade nicht der Fall ist. Deshalb muss die Erwähnung von Vertretern der Strafverfolgung und der Vollzugsbehörden zwingend gestrichen werden. Die jetzige Formulierung ist im Kern Etikettenschwindel und suggeriert Fachwissen, wo solches gerade nicht vorhanden ist. Deshalb ist die Formulierung in Art. 91 a Abs. 1 durch folgenden Wortlaut (oder ähnlich) zu ersetzen:

¹ Die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit setzt sich aus Personen zusammen, die eine spezifische Ausbildung zur Behandlung und Beurteilung von gefährlichen Straftätern absolviert haben, namentlich solchen aus den Bereichen der forensischen Psychiatrie oder Psychologie.

f) Fazit

Die jetzige Konzeption der Fachkommission ist rechtsstaatlich nicht haltbar, ihre Empfehlungen können nach dem massgebenden Prozessrecht (StPO oder Verwaltungsverfahrenrecht) nicht verwertbar in den Prozess eingeführt werden. Es besteht das sehr hohe Risiko, ja schon fast die Gewissheit, dass diese Empfehlungen als unverwertbare Beweise auf der Strecke bleiben, sodass man auf die Fachkommission ohnehin verzichten kann. Zum zweiten ist die Zusammensetzung der Fachkommission weder sachgerecht noch fair.

Soll am Institut der Fachkommission festgehalten werden, so müssen:

- die Wahlvoraussetzungen klar normiert werden (spezielle Ausbildung)
- und die Verwertbarkeit nach dem jeweiligen Prozessrecht sichergestellt sein.

Weder das eine noch das andere ist zur Zeit der Fall, weshalb dieses Projekt an den Bundesrat zur Überarbeitung zurückzuweisen ist.

7. Anordnung nach Vollzugsende Art. 41a VE-StGB

Grundsätzlich wäre die Absicht des Bundesrates, davon abzusehen, «den Anwendungsbereich der Verwahrung auszudehnen» zu begrüssen. (so erläuternder Bericht des Bundesrates S.23 letzter Absatz)

Allerdings bestehen grundsätzliche Bedenken, über die Verbüssung der verschuldensabhängigen Strafe und vollendetem Sanktionenvollzug hinaus nun weitere freiheitsbeschränkende Massnahmen vorzusehen, welche sich auf einen Zeitpunkt beziehen, wo der Straf – oder Massnahmenvollzug für den Betroffenen abgeschlossen ist.

Die entsprechenden Regeln der Bewährungshilfe sind im heutigen Zeitpunkt im StGB bereits vorhanden, allerdings scheint der VE-StGB auch dort selbstverständliche Rechte und Pflichten (Verweigerung von Auskünften ohne schriftliche Einwilligung sowie Verschwiegenheitspflicht (Art. 93 Abs. 2 StGB) abbauen zu wollen (siehe VE-StGB Art. 93) sowie unpraktikable Ausweitungen der Bewährungshilfe (Art. 94, 95 und 95 a VE-StGB) vorsehen zu wollen.

Siehe hierzu auch die Bemerkungen zu Bewährungshilfe Art. 93 VE-StGB, Art. 95 VE-StGB und Art. 95a Abs. 1 VE-StGB)

Auf diese Ausweitungen der Bewährungshilfe ist deshalb zu verzichten.

8. *Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen* *Art. 57a VE-StGB*

Wenn schon die Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden Massnahmen legiferiert werden soll, dann aber mit folgenden Klärungen auf Gesetzesebene:

- Ein vorzeitiger Massnahmevollzug ist auf die im Sachentscheid angeordnete Massnahme anzurechnen, da es keinen nachvollziehbaren Grund gibt, dies nicht zu tun, zumal ja die Massnahme als solche für die betroffene Person bereits mit dem vorzeitigen Antritt «begonnen» hat.
Dies gilt ebenso für die stationäre therapeutische Massnahme.
Die anderslautenden Ausführungen in BGE 145 IV 65 E.2.2 ff. überzeugen in ihrer Gesamtheit nicht, geht es doch bei der Berechnung der Dauer darum, für den Betroffenen klare Verhältnisse in Bezug auf die Dauer der freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen zu schaffen, was mit Abstellen auf den vorzeitigen Antritt ebenso einfach möglich ist, wie Abstellen auf den Zeitpunkt der Anordnung derselben, jedoch den entscheidenden Vorteil darin hat, dass nicht eine abstrakt berechnete, sondern jene der beim Betroffenen effektiv absolvierten Massnahmedauer in ihrer Gesamtheit zur Berechnung zählt, was auch der zugrundeliegenden Überlegung der Fixierung von Höchstdauer-Fristen entspricht, da hier doch die effektive in einer Massnahme verbrachte Zeit zu berücksichtigen ist, unabhängig davon, ob diese nun vorzeitig oder erst nach Rechtskraft Anordnung angetreten worden ist.
- Dieselben Überlegungen gelten auch für die Anrechnung von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft und Sicherheitshaft nach Art. 365 und 365b E-StPO, da auch diese einen mit der stationären therapeutischen Massnahme verbundenen Freiheitsentzug darstellt, welche auf die Massnahmedauer anzurechnen sind.

9. *Randtitel «Entlassung»* *Art. 64 a VE-StGB*

Mit dem Randtitel «Entlassung» könnte man allenfalls leben, es fragt sich jedoch, ob aufgrund des materiellen Inhaltes dieser Bestimmung nicht «Entlassung und Probezeit» sinnvoller wäre.

10. *Gefährlichkeit* *Art. 91b VE-StGB*

In Art. 91b VE-StGB wird der untaugliche Versuch unternommen, den durch vergangene Einzelereignisse im nunmehrigen Vorentwurf der Revision des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes ins Zentrum gerückten Begriff der «Gefährlichkeit» zu definieren. «Gefährlichkeit» soll definiert werden, weil sich Massnahmen bei der Revision des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes auf diesen Begriff stützen.

Die vorgeschlagene Formulierung lautet:

«Gefährlichkeit ist anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter eine neue Straftat begeht, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt.»

Zur Frage, wie die den Begriff „Gefährlichkeit“ beurteilende Instanz überhaupt personell zusammengesetzt und wie funktionell und faktisch unabhängig von mitbeteiligten Institutionen sein sollte, wird hier nicht Stellung genommen (vgl. dazu oben, Ziff. 6d).

In der ganzen Diskussion um den Begriff „Gefährlichkeit“ sollten die Grundrechte des Betroffenen und die EGMR Rechtsprechung respektive EMRK Bestimmungen unverrückbare Leitplanken einer neuerlichen Legiferierung darstellen, was vorliegend nicht der Fall ist.

Die in dieser Bestimmung versuchte Definition einer „Gefährlichkeit“ erscheint in Bezug auf

den hier interessierenden Sachzusammenhang zu offen und unsicher und als Definition ungeeignet, in irgendeiner Form zur Klärung der Frage beizutragen, in welchen Fällen einer Person „Gefährlichkeit“ zuzuschreiben wäre und auf welche tauglichen Kriterien sich eine solche Aussage stützen sollte. Die vermeintliche „Definition“ der Gefährlichkeit entpuppt sich bereits bei genauem Hinsehen durch die Verwendung des unbestimmten Begriffes „Gefahr“ als Zirkelschluss im Sinne von „Gefährlich ist, wer gefährlich scheint“

Dass in der Gerichtspraxis das Risiko, wonach eine betroffene Person in Zukunft eine schwere Straftat begehen wird, als prognostizierte Wahrscheinlichkeit in Prozenten ausgedrückt wird, ist bekannt. Die damit verbundenen Unsicherheiten, ob dies dann in Zukunft wirklich auch eintreffen wird, ebenfalls. Dass damit präventiv Personen als „gefährliche“ Personen etikettiert und damit bloss aufgrund einer unsicheren Prognose mit niedriger Eintretenswahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, wird heute offensichtlich in Kauf genommen, (siehe dazu BGer 6B_582/2017, wo 15% Wahrscheinlichkeit für den Freiheitsentzug genügten).

Will man im Entwurf StGB „Massnahmepaket für mehr Sicherheit bei gefährlichen Straftätern“ eine griffige und justiziable Definition des Begriffs „Gefährlichkeit“ ins StGB aufnehmen, ist zu fordern, dass die Formulierung auf einem klar umschriebenen Konzept basiert, welches definiert, nach welchen Kriterien geprüft und mit welcher Wahrscheinlichkeit der Eintritt der befürchteten Zukunftstat beschreiben sein muss, um einer Person „Gefährlichkeit“ oder „gefährlicher Straftäter“ zuschreiben zu dürfen.

11. Anordnungen nach Vollzugsende

a) *Bedingte Entlassung, Art. 62 VE-StGB*

Die vorgeschlagenen Änderungen sind nicht begründet. Sie unterlaufen die dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz geschuldete Fassung des geltenden Rechts ohne erkennbare Notwendigkeit.

b) *Bewährungshilfe und Weisungen, Art. 62f sowie Art. 89a VE-StGB*

Es kann auf die Bemerkungen zu Art. 94 und 95 VE-StGB verwiesen werden.

12. Erweiterung der Vorlagepflicht an die Fachkommission
Art. 75a VE-StGB

Der SAV lehnt die Fachkommission in der gegenwärtigen und der vorgesehenen Art und Weise kategorisch ab, weshalb auch die hier vorgeschlagenen Änderungen als unnötig und falsch erachtet werden.

13. Anhörung der Fachkommission im Jugendstrafgesetz
Art. 28 JStG

Es ist auf Ziff. 12 oben zu verweisen. Wir lehnen die Fachkommission ab.

14. Bewährungshilfe und Weisungen nach Vollzugsende im Militärstrafgesetz
Art. 34abis MStG

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

.....

Mit freundlichen Grüssen für den SAV

SAV Präsident

Albert Nussbaumer

A handwritten signature in blue ink, consisting of several loops and a trailing flourish.

SAV Generalsekretär

René Rall

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'R' followed by a horizontal stroke.

Teilrevision des Strafgesetzbuches (StGB): Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Gesellschaft für Forensische Psychiatrie SGFP

Gesetz, Artikel	Anpassungs- und Ergänzungsvorschläge	Kommentare
Art. 62		<p>Betreffs Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung und Verlängerung einer therapeutischen Massnahme wird von Seiten der SGFP grundsätzlich begrüsst, dass die Kompetenz zur Aufhebung bzw. Umwandlung einer therapeutischen Massnahme ein Gericht haben soll.</p> <p>Dadurch, dass die Gerichte in einem solchen Verfahren sowohl die Fortsetzung der Massnahme, deren Beendigung und/oder die Umwandlung in eine Verwahrung beschliessen können, wird eine sicherheitsrelevante Gesetzeslücke geschlossen.</p> <p>Hingegen möchten wir zu bedenken geben, dass dadurch zusätzliche Verzögerungen bei Entlassungen aus dem Massnahmevollzug entstehen können bei bereits heute oft eklatanten Verstössen gegen das Übermassverbot.</p>
Art. 62c		<p>Die SGFP rät zu einer möglichst strikten Trennung von Massnahmen zur Gefahrenabwehr wie sie die Strafprozessordnung und das Strafrecht vorsehen und Massnahmen zum Schutz einer Person mit einem Schwächezustand wie durch Erwachsenenschutzrecht ermöglicht. Bereits die Änderung von Art. 426 Abs. 2 mit der Revision ZGB 2011 hat diese Grenze verwischen lassen (zusätzlich zu «Belastung» neu auch «Schutz» und nicht mehr nur «Angehörige» sondern neu auch «Dritte»). Dies führte dazu, dass immer mehr psychische Personen mit latenter oder konkreter Fremdgefährdung per Fürsorgerischer Unterbringungen in Kliniken eingewiesen werden, auch und obwohl keine psychiatrische Behandlungsbedürftigkeit oder –fähigkeit vorliegt. Solche Fälle sollten whs. polizeirechtlich geregelt werden.</p> <p>Die Praxis zeigt zudem, dass bei schweren psychischen Störungen im engeren Sinne wie Schizophrenien oder affektiven Störungen, erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen auch bezüglich Drittgefährdung wirksam sein können. Bei strafrechtlich relevanten Störungen wie Persönlichkeitsstörungen oder Störungen der Sexualpräferenz hingegen erweisen sich solche Massnahmen als kaum deliktpräventiv wirksam. Zudem bestehen erhebliche kantonale Unterschiede in der gesetzlichen Regelung der Umsetzung dieser Massnahmen sowie in der jeweiligen Vollzugspraxis.</p>

Art. 84 Abs. 6bis	streichen	Insbesondere in Hinblick auf die Frage einer allfälligen späteren Umwandlung der angeordneten Verwahrung in eine therapeutische Massnahme (Art. 59) erscheint diese Regelung zu strikte.
Art. 91a	Die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit setzt sich mindestens aus Vertretern....und der Forensischen Psychiatrie und Psychotherapie oder der Forensischen Psychiatrie zusammen.	<p>Hinsichtlich der Zusammensetzung von Fachkommissionen zur Beurteilung der Gefährlichkeit wird nunmehr auch die Teilnahme von Psychologen ermöglicht, was zu begrüßen ist, wenn es sich um Psychologen mit dem Zertifikat forensische Psychologie SGF, Schwerpunkt Strafrecht und/oder forensische Psychotherapie handelt. Konsequenterweise sollte im Gesetz auch nicht von Psychiatern, sondern von Fachärzten für Psychiatrie und Psychotherapie mit dem Schwerpunkt Forensische Psychiatrie und Psychotherapie die Rede sein.</p> <p>Sowohl bei den Psychologen als auch den Psychiatern würde diese Präzisierung in Abs. 1 von Art. 91a dabei helfen, die in Abs. 4 geforderte Fachlichkeit sicherzustellen bzw. deutlich machen, welche Kenntnisse hierzu erforderlich sind.</p>
Art. 91b		Eine Präzisierung des Begriffs Gefährlichkeit in Art. 91b StGB ist grundsätzlich zu begrüßen. Der vorliegende Formulierungsvorschlag ändert an der bisherigen Praxis leider aber nichts sondern verschiebt das Problem auf die Definition, wann konkret „Gefahr besteht“.
Art. 93		<p>Mit diesem Artikel soll bei Tätern, welche trotz ungünstiger Legalprognose ohne die nachträgliche Anordnung einer Massnahme (Art. 65) bei Endstrafe entlassen wurden, ein über das Ende des Sanktionenvollzugs hinausgehendes Sicherheitsmonitoring aufgebaut werden. Die SGFP erachtet diese gesetzgeberische Intention grundsätzlich als sinnvoll, hinterfragt aber die Wirksamkeit der Bewährungshilfe in solchen Fällen. Bereits heute erscheint eine solche Nachsorge im Sinne von Auflagen oder Weisungen in analogen Fällen auf Grund der fehlenden Interventions- und Sanktionsmöglichkeiten bei Nichteinhalten wenig wirksam und im Gegenteil gelegentlich als „Scheinwirksamkeit“. Gewünscht sind wirksame Massnahmen unter Einhaltung der Rechtstaatlichkeit.</p> <p>Allerdings sind mit diesem Ansatz zahlreiche offene Fragen und diskussionswürdige Punkte verbunden (dazu ausführlich T. Urwyler, T. Noll, S. Bürgi, C. Sidler, D. Treuthardt, S. Schmalbach, E. Habermeyer. Die Führungsaufsicht und ihre potenziellen Alternativen. Jusletter 3. Februar 2020)</p> <p>Von Seiten der Allgemein- und forensischen Psychiatrie bleibt an dieser Stelle auszuführen, dass die bestehenden (nicht-forensischen) Klinikambulatorien, auch solche mit sozialpsychiatrischer Prägung, nicht eo ipso für die hier gegenständliche Personengruppe geeignete Behandlungseinrichtungen sind, weil ihr Auftrag ein anderer ist und daher das nötige spezifische Fachwissen nicht vorausgesetzt werden kann.</p>

		<p>Daher wird eine erhebliche Ausweitung der ambulanten forensisch psychiatrisch-psychotherapeutischen Behandlungsangebote erforderlich sein, um die hier angedachte Modifikation des Strafgesetzbuches mit Leben füllen zu können. Letztlich geht es dabei um die Etablierung von forensischen Nachsorge-Ambulatorien mit multidisziplinären Teams, die zum aktuellen Zeitpunkt selbst im Kontext des Massnahmenvollzugs nur an wenigen Orten der Schweiz und daher keinesfalls in jedem Kanton bzw. gar wohnortnah vorausgesetzt werden können.</p> <p>Schon jetzt sollte man sich Gedanken über die Finanzierung dieser Nachsorge-Einrichtungen machen, denn solche Nachsorgeambulancen können allein durch Krankenkassenbeiträge nicht kostendeckend betrieben werden. Ausserdem stellt sich die Frage, ob eine solche Krankenkassen-Finanzierung z.B. für aus der Straftat entlassene Patienten aufgrund der anlässlich von Art. 62c skizzierten Problematik überhaupt in Betracht kommen kann (bzw. kommen soll).</p> <p>Ein anderes Problem ergibt sich daraus, dass die Missachtung der Bewährungshilfe und Weisungen nicht sanktioniert werden soll. Aus hiesiger Sicht wäre zumindest für den Bereich der persönlichkeitsauffälligen Straftäter eine Regelung der Führungsaufsicht, die strafrechtliche Sanktionen für die Missachtung entsprechender Vorgaben vorsieht, und gleichzeitig die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit berücksichtigt, sinnvoll gewesen (vgl. Regelung in der BRD).</p> <p>In der hiesigen Version bleibt es bei einem Hilfs- und Unterstützungsangebot, was zweifelsohne verdienstvoll ist. Dass die juristischen Reaktionsmöglichkeiten bei einer Klientel, die häufig verbindliche Regularien benötigt, um ihr Verhalten ausreichend strukturieren zu können, begrenzt sind, wird deren Effektivität voraussichtlich auf den Bereich der störungseinsichtigen und daher schon per se behandlungswilligeren Subgruppe von Straftätern begrenzen. Diese wiederum benötigt nicht zwingend solche Weisungen, um Unterstützungsangebote und therapeutische Hilfestellungen zu nutzen. Letztlich besteht also die Gefahr, dass die vorgesehenen Änderungen nur einer Gruppe von Klienten zu Gute kommen, die sie eigentlich nicht benötigen.</p> <p>In Abs. 3 heisst es, dass zur Erteilung von Weisungen eine sachverständige Begutachtung im Sinne von Art. 56 Absatz 3 erforderlich ist. Aus Sicht der SGFP ist eine zwingende Begutachtung in diesem Kontext nicht sinnvoll, denn lediglich die im Art. 93 vorgesehenen Punkte c. und d. betreffen therapeutische/medizinische Belange.</p> <p>In diesem Kontext stellt sich auch die Frage der Umsetzbarkeit dieser Vorgabe. Aus Sicht der SGFP ist es fraglich, ob es überhaupt eine ausreichende Anzahl von Experten gibt, die die zu erwartende hohe Anzahl von entsprechenden Gutachten in nützlicher Frist bearbeiten können.</p>
--	--	--

Version Stand 30.8.2020

		Eine Ausweitung der Indikation birgt somit die Gefahr der minderen Qualität von sachverständigen Gutachten.
--	--	---

Version Stand 30.8.2020

Die Sekretärin: lic.iur. Martina Weber, c/o Staatsanwaltschaft des Kantons Zug, An der Aa 4, Postfach, 6301 Zug
Tel.-Nr. 041 728 46 00 - E-Mail: martina.weber@zg.ch; Internet: www.skg-ssdp.ch

Per Mail an:

annemarie.gasser@bj.admin.ch

Genf und Zug, im September 2019

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 28. August 2019 haben Sie uns zur Vernehmlassung im obgenannten Geschäft eingeladen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und nehmen diese gerne wahr.

Vernehmlassung zum Massnahmepaket Sanktionenvollzug

Einleitende Bemerkungen

Grundsätzlich ist der Feststellung des Bundesrates in seinem Bericht zur Motion «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern» zuzustimmen, dass in den Kantonen und den Strafvollzugskonkordaten insbesondere im Bereich des Risikomanagements bei gefährlichen Straftätern unterschiedliche Praktiken bestehen. Es ist sachgerecht, Entscheide in einem derart wichtigen, aber auch heiklen Rechtsgebiet auf einheitliche Bestimmungen abzustützen. Es ist sicherlich nicht zuletzt im Interesse der öffentlichen Sicherheit auch wünschenswert, dass aus dem Freiheitsentzug entlassenen Personen weiterhin Unterstützung angeboten wird. Man sieht sich hier allerdings mit der Tatsache konfrontiert, dass einerseits eine absolute Sicherheit nie gewährleistet werden kann und andererseits die fraglichen Probleme in einem Gesamtkontext zu sehen bzw. auch hier rechtsstaatliche Prinzipien zu beachten sind. Entsprechend ist vor Erwartungen zu warnen, die nicht erfüllt werden können.

Die in der jüngeren Vergangenheit erkennbare Professionalisierung des Vollzugs nicht zuletzt auf der personellen Ebene muss sich auch in den Abläufen manifestieren. Das Massnahmenrecht unterliegt in jüngerer Zeit einem Umdenken, das sich insbesondere in der Vollzugspraxis und den damit zusammenhängenden Verfahren stark auswirkt. Es steht nunmehr sehr stark das Sicherheitsdenken im Vordergrund, das zwangsläufig bei den Betroffenen mit einer Zunahme von Eingriffen in deren persönliche Freiheit verbunden ist. Damit entsteht auf der anderen Seite naturgemäss auch vermehrt ein Bedürfnis nach einer Rechtskontrolle, was eine starke Zunahme von Verfahren mit sich bringt. Die seit Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches unveränderten Abläufe und Zuständigkeiten müssen unter diesen Umständen hinterfragt werden. Diese Tatsache und eine wenig konzise höchstrichterliche Rechtsprechung haben zu vielen Unklarheiten geführt. Die Rechtsanwender sind mit einem teilweise widersprüchlichen und kaum nachvollziehbaren Konzept des Massnahmenrechts konfrontiert.

Im Einzelnen wird zu der Vorlage des Bundesrates Stellung genommen wie folgt:

(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)

Wie aus Ziff. 1.2.2 des erläuternden Berichts des Bundesrates hervorgeht, sollen nach dem Auftrag der Motion von Natalie Rickli unbegleitete Hafturlaube und Ausgänge für verwahrte Personen ausgeschlossen werden. Unbegleitete Ausgänge sind in diesem Setting bereits heute die Ausnahme. Dennoch lassen sich Szenarien denken, bei welchen solche vorzunehmen sind und ein Ausschluss solcher Lockerungen mittels einer apodiktisch gefassten gesetzlichen Regelung nicht sachgerecht ist. Auch bei verwahrten Personen ist der Vollzug auf eine Verbesserung der Situation und letztlich eine Entlassung zu fokussieren, selbst wenn dies vor dem Hintergrund des grossen Bedürfnisses nach öffentlicher Sicherheit nur in eingeschränktem Rahmen möglich ist. Auch verwahrte Personen können nach dem Willen des Gesetzgebers in den Genuss von Lockerungen kommen oder bedingt entlassen werden. Eine sachgemässe Vorbereitung solcher Schritte ist angezeigt, aber auch unentbehrlich. Weiterhin soll entsprechend, wie sich das in der Praxis bewährt hat, der Entscheid über die Art der Ausgänge den zuständigen Entscheidungsträgern überlassen werden, die in Kenntnis der konkreten Verhältnisse verantwortungsvoll mit diesem Thema umzugehen wissen. Die bisherige Praxis hat sich bewährt, an dieser ist festzuhalten. Fehlentscheide in der jüngeren Zeit waren Einzelfälle, die nicht Anlass zur Änderung eines bewährten Prinzips geben dürfen.

In Art. 84 Abs. 6bis VE-StGB werden während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs unbegleitete Urlaube grundsätzlich verboten. Aus der Formulierung von Art. 84 Abs. 6ter VE-StGB ist zu schliessen, dass dies für andere Vollzugsöffnungen nicht gilt, was nicht sachgerecht erscheint. Das Verbot unbegleiteter Urlaube sollte daher gleich wie in Art. 90 Abs. 4bis VE-StGB auf Urlaube aus geschlossenen Einrichtungen beschränkt werden. Soll sichergestellt werden, dass der vorausgehende Strafvollzug nur im geschlossenen Rahmen erfolgen darf, müssten konsequenterweise auch alle anderen Vollzugsöffnungen, namentlich die Verlegung in eine offene Anstalt, untersagt werden. Art. 64 Abs. 2 StGB müsste dann entsprechend ergänzt werden. Dies wäre auch mit Blick auf Art. 64 Abs. 3 StGB nicht sachgerecht. Durch ein Verbot jeglicher Vollzugsöffnungen würde eine Entlassung aus dem vorangehenden Strafvollzug verunmöglicht. Es rechtfertigt sich daher, die vorgeschlagene Neuregelung in Art. 84 Abs. 6bis VE-StGB dem Art. 90 Abs. 4bis VE-StGB durch folgenden Zusatz anzugleichen: "Während des Vollzugs eines der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs in einer geschlossenen Einrichtung sind unbegleitete Urlaube ausgeschlossen."

Nach Ziff. 2.1. des erläuternden Berichts müssen "gefährliche Täter" bei Urlauben von "Sicherheitsfachleuten" begleitet werden. Eine therapeutische Begleitung soll nicht ausreichend sein. Diese Auffassung geht von falschen Voraussetzungen aus, man kann sich ihr nicht anschliessen. Auch begleitete Urlaube dürfen nur durchgeführt werden, wenn sie aufgrund einer Analyse des konkreten Risikos für eine Flucht oder eine neue Straftat in Berücksichtigung des Zwecks und der konkreten Modalitäten der geplanten Öffnung sowie der aktuellen Situation der eingewiesenen Person verantwortet werden können. Bestehen aufgrund dieser Analyse gerade bei einer verwahrten Person erhöhte Risiken während des Urlaubs, darf dieser nicht durchgeführt werden. Dass die Begleitpersonen keinen Gefahren ausgesetzt werden dürfen, gilt natürlich nicht nur für Therapiepersonen, sondern auch für Sicherheitsfachleute. Es gehört zur sorgfältigen Risikoanalyse durch die zuständige Behörde, die im konkreten Einzelfall geeignete(n) Begleitperson(en) zu bestimmen. Auf diese Regelung ist zu verzichten. Die Gewährung und Durchführung von Urlauben ist eine reine Frage des Vollzugs, die im Einzelfall durch die Vollzugsbehörden individuell zu beurteilen sind. Die Bestimmung der Modalitäten soll den konkreten Vollzugsverantwortlichen überlassen werden.

(2) Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung

(Artikel 64b Absatz 3 VE-StGB)

Die angestrebte Verminderung des administrativen Aufwands bei der Vollzugsbehörde ist nachvollziehbar. Die jährliche Überprüfung der Verwahrung kann zu unnötigen Leerläufen führen. Sie verleitet sowohl Sachverständige wie auch Entscheidungsträger dazu, die Notwendigkeit der Massnahme nicht mehr eingehend zu analysieren und mangels neuer Tatsachen relativ unbesehen alte Erkenntnisse fortzuschreiben. Bei einer Verlängerung des Intervalls ist eine ernstzunehmende Überprüfung der Verwahrung besser gewährleistet. Allerdings können sich die Verhältnisse selbst im relativ starren Verwahrungsvollzug immer auch ändern. Dem Betroffenen ist es daher nach wie vor unbenommen, ein Gesuch betr. bedingte Entlassung zu stellen, welches Recht durch die vorgeschlagene Änderung nicht tangiert ist. Die dreijährige Frist ist sinnvoll, entspricht sie doch der in der Praxis durch Justiz und Psychiatrie weitgehend gestützten Haltung, dass insbesondere die Beurteilung von Legalprognosen nach Ablauf dieser Zeit nicht mehr als aktuell erachtet werden können.

Unklar ist die Bedeutung dieser Regelung für die Überprüfung der Umwandlung in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 64b Abs. 1 Bst. b StGB. Der Bundesrat scheint in seinem Bericht davon auszugehen, dass diese Überprüfung wie bis anhin trotzdem von Amtes wegen im Zweijahresrhythmus erfolgen muss. Unter diesen Umständen geht der angestrebte Gewinn an Effizienz zumindest teilweise wieder verloren. Konsequenterweise müsste auch hier das gleiche Intervall für eine Überprüfung vorgesehen werden, womit Art. 64b Absatz 3 VE-StGB entsprechend zu ergänzen ist. Auch die Problematik, ob eine verwahrte Person mittlerweile einer Behandlung zugänglich wäre, verändert sich nicht innerhalb der kurzen Frist von einem oder zwei Jahren.

Es wird an anderer Stelle darzulegen sein, dass Fachkommissionen weniger in Anspruch genommen werden sollen. Auch hier wird daher die Auffassung vertreten, dass die Stellungnahme der Fachkommission nur eingeholt werden sollt, wenn die Vollzugsbehörde erwägt, dem Täter die bedingte Entlassung zu gewähren.

(3) Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

(Artikel 57a VE-StGB)

Die Bestimmung soll Klarheit schaffen bezüglich des Beginns und der Berechnung der Dauer einer Massnahme. Dies ist sehr zu begrüßen, hat doch die höchstrichterliche Rechtsprechung in der jüngeren Vergangenheit in gewichtigen Teilen mehr zu Unsicherheit als zu einer eindeutig nachvollziehbaren Praxis geführt. Es geht nicht an, dass derart gewichtige Probleme in den Kantonen unterschiedlich gelöst werden, wie dies heute der Fall ist. Allerdings ist die vorgeschlagene gesetzliche Regelung unzureichend.

Einigkeit besteht in Lehre und Rechtsprechung durchwegs gemäss einer mittlerweile konstanten und richtigen Praxis des Bundesgerichts darüber, dass Massnahmen mit Rechtskraft des Urteils zu laufen beginnen, soweit die Massnahme aus einem Freiheitsentzug heraus angetreten wird. Damit ist die zeitlichen Verzögerungen des Vollzugs, die sog. Organisationshaft, als Bestandteil des Massnahmenvollzugs zu betrachten und bei der Berechnung der Dauer von Massnahmen in allen Fällen zu berücksichtigen. In Bezug auf strafprozessuale Freiheitsentzüge vor dem Sachurteil ist die Rechtsprechung indessen widersprüchlich. Der Vorschlag des Bundesrates schafft nicht genügend Klarheit.

Das Bundesgericht hält in seiner jüngsten Praxis fest, auf die Berechnung der Dauer von Massnahmen nach Art. 59 StGB seien weder der vorzeitige Massnahmenvollzug im Sinne von Art. 236 StPO noch Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft zu berücksichtigen (BGE 145 IV 65). Diese Praxis in der im Urteil dargelegten Form ist zu hinterfragen. Tatsächlich hat sich beim Bundesgericht die Haltung durchgesetzt, solche therapeutische Massnahmen liessen sich unbestimmt oft jeweils um 5 Jahre verlängern, sie sind somit faktisch unbefristet. Das Bundesgericht weiss in diesem Zusammenhang darauf hin, vorprozessuale Freiheitsentzüge seien nur, aber immerhin, bei einer Beachtung der Frage nach der Verhältnismässigkeit einer Massnahme in die Überlegungen einzubeziehen. Dies ist sicherlich richtig.

Gegebenenfalls wird eine Massnahme in Beachtung des fraglichen Verfassungsprinzips für eine beschränkte Zeit angeordnet oder verlängert. Dennoch ist der Zeitpunkt des Beginns der Massnahme in der Praxis regelmässig von Interesse und muss entsprechend auch klar definiert sein. Die Meinung des Bundesgerichts, die offensichtlich vom Bundesrat aufgenommen wird, wonach sich die Frage der Dauer der faktisch unbefristeten (relativ befristeten) Massnahme nach Art. 59 StGB gar nicht stelle, wird den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht. Vollzugsbehörden müssen Gewissheit darüber haben, wann Massnahmen auslaufen und eine Verlängerung beantragt werden soll. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass eine Verlängerung der Massnahme nach deren unbenütztem Ablauf gemäss Bundesgericht zwar möglich ist. Dies gilt indessen nur im Zusammenhang mit schwerwiegender Delinquenz bzw. wenn das Sicherheitsinteresse der Öffentlichkeit stark im Vordergrund steht. Kantone haben denn auch schon entschieden, dass eine Verlängerung der Massnahme nach unbenütztem Ablauf der Fünfjahresfrist nach Art. 59 Abs. 4 StGB (Bern) oder der Dreijahresfrist nach Art. 60 Abs. 4 StGB (Luzern) nicht mehr angehen kann. Dass der vorzeitige Massnahmenvollzug ein "mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug" im Sinne des Gesetzes darstellt (vgl. Art. 59, 60 und 61, jeweils Abs. 4, StGB), ist durchwegs unbestritten. Auch das Bundesgericht unterstellt dies in der erwähnten Rechtsprechung, geht aber anders an das Problem heran, als dies unter praktischen Gesichtspunkten vorzuziehen ist.

Der Klarheit halber ist im Gesetz Folgendes vorzusehen: Massnahmen beginnen mit Rechtskraft deren Anordnung. Befindet sich der Täter bei Eintritt der Rechtskraft der Anordnung in Freiheit, so beginnt die Dauer der Massnahme ab dem Zeitpunkt des Freiheitsentzugs.

Darüber hinaus ist es angezeigt, im Gesetz festzuhalten, dass bei der Berechnung deren Dauer im Sinne der Absätze 4 von Art. 59, 60 und 61 der vorzeitige Massnahmenvollzug gemäss Art. 236 StPO zu berücksichtigen ist. Entgegen der Bemerkung des Bundesrates lässt sich dies nach der unbestrittenen Auffassung in der Lehre nicht der letztgenannten prozessualen Bestimmung entnehmen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 145 IV 65 und Urteil 6B_95/2020 vom 20. Februar 2020) bei den verschiedenen Massnahmen eine unterschiedliche Regelung zu statuieren ist. Dies wirkt künstlich und überzeugt auch von der Sache her nicht. Eine einheitliche Regelung des Problems für alle Massnahmen ist vorzuziehen. Es drängt nicht zwingend auf, aus der Tatsache der absoluten Befristung von Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB auf die Notwendigkeit einer Differenzierung zu schliessen ist. Der Gesetzgeber wollte anlässlich der Revision des AT StGB zweifellos eine einheitliche Regelung vorgesehen, die Absätze 4 von Art. 59, 60 und 61 StGB sind in allen Teilen gleich formuliert.

Schliesslich wird die Anrechnung von strafprozessualer Haft und eines allfälligen vorzeitigen Strafvollzugs im Gesetzesentwurf nicht thematisiert. Dies ist zu bemängeln. Es findet sich in den Kantonen eine unterschiedliche Praxis. Die Frage ist nicht einfach zu beantworten und umstritten. Das Bundesgericht hat in seinem jüngsten publizierten Urteil BGE 145 IV 65 im Zusammenhang mit Massnahmen nach Art. 59 StGB festgehalten, solche strafprozessuale Freiheitsentzüge seien nicht Bestandteil des Massnahmenvollzugs. Bei Massnahmen nach Art. 59 StGB scheint eine solche Anrechnung gemäss der bereits erwähnten höchstrichterlichen Rechtsprechung ebenso wie für den vorzeitigen Massnahmenvollzug nicht angezeigt zu sein, solche Freiheitsentzüge sollten, wie bereits gesagt, einzig im Rahmen einer Prüfung der Verhältnismässigkeit von Massnahmen Beachtung finden. Später vertrat das Bundesgericht im Zusammenhang mit befristeten Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB grundsätzlich eine andere Meinung und forderte, dass der vorzeitige Vollzug von Massnahmen bei der Berechnung der Drei- oder Vierjahresfrist miteinbezogen werde. Auf die Untersuchungshaft wurde nicht eingegangen (vgl. das Urteil vom 20. Februar 2020, 6B_95/2020). Dies widersprüchliche und unklare Rechtsprechung führte im Schrifttum zu berechtigter Kritik. Die Modalitäten der Berechnung des Vollzugs müssen verlässlich feststehen. Bei Unklarheiten besteht einerseits die Gefahr, dass eine als sachgerecht erachtete Massnahme nach unbenütztem Ablauf der Frist nicht mehr fortgeführt werden kann. Andererseits können zufolge eines übermässigen Freiheitsentzugs Entschädigungsforderungen begründet sein.

Zu bemängeln ist daher zusammengefasst einerseits, dass gemäss dem Vorentwurf des Bundesrates die Besonderheiten der Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB ausser Acht gelassen werden. Thematisiert werden diese nur im Bericht des Bundesrates, was nicht ausreicht. Für diese beiden Massnahmen sind gesetzliche Höchstdauern vorgesehen, weshalb die Zeit im vorzeitigen Massnahmenvollzug von

Gesetzes wegen berücksichtigt werden muss. Darüber besteht in der Praxis weitgehend Einigkeit. Andernfalls werden die Personen benachteiligt, die sich mit einem vorzeitigen Antritt einer Suchtbehandlung oder einer Massnahme für junge Erwachsene einverstanden erklärt haben. Dies könnte dazu führen, dass vor dem Sachurteil aus taktischen Gründen auf eine Therapie, die möglichst früh einsetzen sollte, verzichtet wird. Die Art. 60 und 61 StGB sind entsprechend zu ergänzen. Der Klarheit halber drängt sich eine einheitliche Regelung für alle Massnahmen auf, weshalb diese Lösung auch für faktisch unbefristete Massnahmen nach Art. 59 StGB vorzusehen ist. Zudem muss, wie bereits dargelegt, leider konstatiert werden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Anrechnung von strafprozessualer Untersuchungs- und Sicherheitshaft auf Massnahmen in der jüngeren Vergangenheit sehr volatil und widersprüchlich war, was zu einer grossen Rechtsunsicherheit geführt hat. Diese Frage beschäftigt die Gerichte schon seit längerer Zeit. Der Gesetzgeber muss hier eingreifen und klarstellen, dass die Untersuchungshaft und der vorzeitige Antritt der Strafe in keinem Fall als Teil der Massnahme anzusehen sind und entsprechend nicht an deren Dauer angerechnet werden (Untersuchungshaft ist nach Art. 51 StGB unter dem Titel der Strafzumessung auf die Strafe anzurechnen). Davon zu unterscheiden ist die Sicherheitshaft etwa vor der Verlängerung einer Massnahme. Wie im Bericht des Bundesrates für den Fall, dass sich der Entscheid über die Verlängerung der Massnahme nicht an die vorangehende Anordnung anschliesst, festgehalten wurde, gilt hier ebenfalls Folgendes: 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. Diese Sicherheitshaft ist für die Berechnung somit gleich zu behandeln wie die Organisationshaft nach Art. 57 Abs.1 VE-StGB. Wiederum wird eine einheitliche Regelung postuliert, weshalb dies auch für faktisch unbefristete Massnahmen nach Art. 59 StGB gelten muss.

Richtig ist die Regelung, dass die vor Ablauf einer Massnahme angeordnete Verlängerung der Massnahme insgesamt nicht zu einer Verkürzung der Massnahmendauer führen darf. Die Massnahme ist vollständig gemäss der vorangehenden Anordnung durchzuführen, bevor die Verlängerung vollzogen wird. Dies entspricht der nicht zu beanstandenden bundesgerichtlichen Praxis (BGE 145 IV 65). Gemäss dem Wortlaut von Art. 57a VE-StGB wird davon ausgegangen, dass die Dauer einer Massnahme vom Gericht im Sachurteil festzulegen und damit auch zu berechnen ist; die maximale Dauer von Massnahmen soll vom Gericht im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben auch für die Vollzugsbehörde verbindlich bestimmt werden. Damit wird eine gewisse Klarheit geschaffen, wie dies im Fall der Anrechnung von Untersuchungshaft auf die Strafe bereits Usanz ist. Allerdings wird die gerichtliche Festlegung der Dauer noch um eine mögliche Differenz bis zur Rechtskraft der Anordnung der Massnahme zu ergänzen sein, was aber nicht zu grösseren Schwierigkeiten führen dürfte.

(4) Legitimation der Vollzugsbehörden zu einer Beschwerde

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

Wie im Bericht des Bundesrates richtig wiedergegeben, sind kantonale Vollzugsbehörden nicht zur Beschwerde legitimiert (vgl. zuletzt das Urteil des Bundesgerichts vom 19.12.2018, 6B_691/2018, E. 1.2). Man hat ein gewisses Verständnis dafür, dass dies als unbefriedigend empfunden wird. Tatsächlich fehlt der Staatsanwaltschaft regelmässig die Nähe zu den Betroffenen. Sie muss entsprechend auf das Know How der Vollzugsbehörden zurückgreifen. Dass die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft indessen nicht auf eigenen unmittelbaren Erkenntnissen beruht, ist im Strafprozess nicht untypisch. Andererseits hat das Bundesgericht in jüngster Zeit hervorgehoben, dass es auch in den Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft gehört, Vollzugsfragen zu behandeln, um dem öffentlichen Sicherheitsinteresse Nachachtung zu verschaffen. Es gilt zu bedenken, dass zwar in grösseren Kantonen Vollzugsbehörden gut ausgebildet sind, in kleineren Kantonen indessen nicht selten ein profundes juristisches Wissen und die notwendigen prozessualen Erfahrungen nicht vorhanden sind. Unter diesen Umständen müsste bei der vorgeschlagenen Präsenz der Vollzugsbehörden im Gerichtsverfahren in personeller Hinsicht eine deutliche Verbesserung erreicht werden. Dies wäre an sich ohnehin sachgerecht, allerdings wahrscheinlich nicht einfach zu realisieren. Dass Personen ohne Anwaltspatent vor Gericht auftreten, ist

nicht hinzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist daran festzuhalten, dass die Staatsanwaltschaft im Gerichtsverfahren Ansprechperson ist. Es besteht durchaus die Möglichkeit, dass diese im Gerichtsverfahren durch Sachbearbeiter oder Sachbearbeiterinnen aus dem Vollzug begleitet werden, womit allfällige Defizite bei Informationen aus dem Vollzug kompensiert werden können. Eventualiter wird der Standpunkt vertreten, dass eine Legitimation der Vollzugsbehörde nicht im StGB geregelt werden soll, sondern diese wäre in Art. 363 ff. StPO vorzusehen.

(5) 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)

Über die Änderung oder Verlängerung einer Massnahme befindet nach geltendem Recht unbestrittenermassen ein Strafgericht, das Verfahren unterliegt den Regeln der StPO. Daran soll nicht gerüttelt werden. Über die Aufhebung einer Massnahme dagegen haben die Vollzugsbehörden zu entscheiden, welche Verfügung auf dem Verwaltungs-(Gerichts)weg überprüft werden kann. Seit längerer Zeit werden im Schrifttum sowie auch in Kreisen der Justiz für die Phase der Beendigung einer Massnahme die Doppelspurigkeit der Zuständigkeiten und generell die Verschiedenartigkeit der Verfahren kritisiert. Diese führt nicht nur zu einer unerwünschten Verkomplizierung der Abläufe und einer damit verbundenen zeitlichen Verzögerung, was im Zusammenhang mit Freiheitsentzügen nicht hinzunehmen ist. Konsequenz der heute geltenden Regelung ist die Gefahr, dass verschiedene Entscheidungsträger zu praktisch gleichen Fragen unterschiedliche Entscheide treffen. Dies bringt Unsicherheiten im Vollzug mit sich und führt auch zu einem Fehlen von Akzeptanz der Entscheide bei den Betroffenen, die jedenfalls bei therapeutischen Massnahmen für eine erfolgreiche Durchführung der Massnahme unabdingbar ist. Schliesslich und nicht zuletzt ist es mit Blick auf die heute erkennbare starke Fokussierung der politischen Diskussion auf Fragen aus dem Massnahmenrecht und die Zunahme von langdauernden Freiheitsentzügen nicht mehr sachgerecht und zeitgemäss, dass entsprechende Entscheide durch Verwaltungsbehörden getroffen werden, die einem politisch denkenden Vorgesetzten unterstehen. Indem eine Zuständigkeit eines erstinstanzlichen Strafgerichts für die Aufhebung von Massnahmen begründet wird, lässt sich diesen Überlegungen zufriedenstellend Rechnung tragen. Eine solche Zuständigkeit eines erstinstanzlichen Strafgerichts ist dem StGB übrigens auch nicht völlig fremd, man erinnere sich an die heute schon geltende Regelung gemäss Art. 63a Abs. 3 StGB im Fall der neuen Delinquenz im Zusammenhang mit ambulanten Behandlungen, wonach das für die Beurteilung der neuen Delikte zuständige Gericht auch gleich über die ambulante Massnahme befindet bzw. diese allenfalls aufhebt.

Soweit der Bundesrat eine Neuerung vorschlägt, sind die Einzelheiten der Abläufe nicht klar und müssen überdacht werden.

- Es wird folgende Änderung vorgeschlagen: In unstreitigen Fällen und wenn sich keine Weiterungen wie die Anordnung einer anderen Massnahme oder des Strafvollzugs aufdrängen, muss die Vollzugsbehörde in eigener Kompetenz über die Aufhebung der Massnahme entscheiden können. Dies führt dazu, dass bei den Gerichten nicht unnötig zusätzliche Ressourcen in Anspruch genommen werden müssen.
- Nach dem Vorschlag des Bundesrates ist nicht klar, wie die neu geschaffene Zuständigkeit eines Gerichts für die Aufhebung einer Massnahme auszugestalten ist. Es ist unabdingbar, dass die Beurteilung durch ein erstinstanzliches Gericht erfolgen muss, das für solche Fragen spezialisiert ist. Es ist nicht mehr zeitgemäss, dass Verwaltungsgerichte, die regelmässig nicht mit Fragen aus dem Strafrecht konfrontiert sind, die schwierigen Probleme des Massnahmenrechts beurteilen. Es ist eine Zuständigkeit von erstinstanzlichen Strafgerichten vorzuziehen, die regelmässig mit Fragen aus dem StGB und auch der StPO befasst sind und über ein entsprechend grösseres Know How verfügen. Hinzu kommt, dass die verschiedenen erwähnten Arten von Verfahren bei der heutigen gesetzlichen Zuständigkeit unterschiedlichen prozessualen Regeln (StPO und Verwaltungs-gerichtsverfahren) unterstehen. Es ist festzustellen, dass das Verwaltungs(gerichts)verfahren im Bereich des Massnahmenrechts unter verschiedenen Titeln den Bedürfnissen gemäss Strafprozessrecht nicht

gerecht wird. Es erstaunt denn auch nicht, dass verschiedene Kantone eine spezielle Zuständigkeit für die Beurteilung solcher Fragen (bspw. ein besonderes Vollzugsgericht in der lateinischen Schweiz und im Wallis oder die Beschwerdekammer im Kanton St. Gallen) geschaffen haben, womit auch die Anwendbarkeit der StPO verbunden sein dürfte. Das Bundesgericht hat eine solche Regelung unlängst als bundesrechtskonform bezeichnet.

Zusammengefasst ist folgende Regelung vorzusehen: Die Vollzugsbehörde hat zu prüfen, ob die Massnahme ohne weiteres aufgehoben werden kann oder ob neue Anordnungen nötig sind. Im ersten Fall soll sie selber entscheiden können. Im zweiten Fall soll sie dem erstinstanzlichen Strafgericht Antrag stellen. Dieses entscheidet über die Rechtsfolgen nach Art. 62c Abs. 2, 3, 4 oder 6 sowie Art. 63 b Abs. 2 bis 5 StGB.

- Ergänzend zu den Vorschlägen des Bundesrates wird Folgendes festgehalten: Es ist nicht sachgerecht, zwischen den Verfahren betr. Aufhebung der Massnahme und bedingter Entlassung zu unterscheiden. Auch für die zweitgenannten Fälle drängt sich eine primäre Zuständigkeit eines erstinstanzlichen Strafgerichts auf, wenn der Fall umstritten ist. Wiederum soll die Vollzugsbehörde in eigener Kompetenz eine bedingte Entlassung vornehmen können, wenn eine solche unstreitig ist.

In diesem Zusammenhang ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Verfahren betr. Aufhebung der Massnahmen und betr. bedingte Entlassung sind nach der derzeitigen gesetzlichen Regelung und Praxis durchmischt und lassen sich nicht mehr trennen. Diesbezüglich hat sich die Realität seit Schaffung des StGB deutlich verändert. Bereits der Gesetzgeber auferlegt der Vollzugsbehörde bzw. dem als Rechtsmittelinstanz tätigen Verwaltungsgericht die Pflicht zur regelmässigen Prüfung der bedingten Entlassung sowie gleichzeitig der Aufhebung der Massnahme. Auch in einem Verfahren betr. bedingte Entlassung muss nach der neusten Praxis des Bundesgerichts überdies die Massnahme auf alle Voraussetzungen hin geprüft werden. Gegebenenfalls ist sie gestützt auf Art. 56 Abs. 6 StGB aufzuheben. Das Bundesgericht hält in einem einschlägigen Urteil, das primär die Frage einer bedingten Entlassung zum Gegenstand hatte, unter Hinweis auf Art. 56 Abs. 6 und Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB fest, eine Massnahme, für welche die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt seien, müsse aufgehoben werden. Dieser Grundsatz sei weit auszulegen. Das Bundesgericht erinnerte daran, dass die Vollzugsbehörde jährlich sowohl eine bedingte Entlassung wie auch eine Aufhebung der Massnahme zu prüfen habe (Urteil des Bundesgerichts 6B_688/2017 vom 1. Oktober 2017, E. 1.2). Dies erfolgt also in einem Zug. In diesem Sinn haben Gerichte in jüngerer Zeit schon im Rahmen eines Verfahrens, das eine bedingte Entlassung zum Gegenstand hatte, eine Massnahme aufgehoben, weil gemäss Gutachten keine Störung (mehr) bestand oder sie nicht mehr als schwer zu erachten war. Ein anderes Thema ist immer auch die Verhältnismässigkeit der Massnahme nach langem Vollzug, deren Verneinung auch schon im Rahmen des Verfahrens betr. bedingte Entlassung zu einer Aufhebung der Massnahme führte. Man befand sich immer wieder in der Situation, dass Gerichte gleichzeitig mit einem Fall betr. bedingte Entlassung und Aufhebung der Massnahme, betr. Verlängerung (weil die Massnahme inzwischen abgelaufen war) und in einem sistierten Verfahren mit der Anordnung weiterer Massnahme befasst war. Eine einheitliche Zuständigkeit für alle diese Verfahren ist gestützt auf die StPO zwar rechtlich möglich, die Kantone können dies so regeln. Dies ist aber längst nicht in allen Kantonen vorgesehen, was nach dem Gesagten unbefriedigend ist.

Entsprechend wird zusammengefasst die Auffassung vertreten, dass in streitigen Fällen ein erstinstanzliches Strafgericht in Anwendung der StPO sowohl über die bedingte Entlassung wie auch die Aufhebung der Massnahme originär zu entscheiden hat. Die Vollzugsbehörden sind demnach im Rahmen ihrer Vollzugskompetenz nur noch für Entscheide betr. Vollzugsmodalitäten zuständig. Eine einheitliche Regelung dieser strafprozessualen Fragen und eine entsprechende Änderung der StPO für die gesamte Schweiz drängt sich mit Blick auf die oben dargelegte Problematik auf. Die vorgeschlagene Regelung führt zu einer Verlagerung der Fälle von Verwaltungsbehörden bzw. Verwaltungsgerichten auf Strafgerichte. Unter dem Strich führt dies nicht zu einem nennenswerten Mehraufwand, sondern lediglich zu einer Verschiebung von personellen Ressourcen. Im Gegenteil ist sogar mit grösserer Effizienz und einer Ersparnis von Aufwand zu rechnen, wenn nicht verschiedene Behörden oder Gerichte über gleiche Fragen parallel entscheiden. Bereits heute werden die Fälle

betr. Aufhebung von Massnahmen und betr. bedingte Entlassung nicht selten an (Verwaltungs-)Gerichte weitergezogen, womit auch heute schon die Gerichtsbarkeit mit diesen befasst ist.

- Weiter ist gemäss dem Vorentwurf des bundesrätlichen Vorschlags Folgendes nicht klar: Bekanntlich kann ein Betroffener ungeachtet der jährlichen Prüfung durch die Vollzugsbehörde ein selbständiges Gesuch betr. Aufhebung der Massnahme und bedingte Entlassung stellen. Die neuen gesetzlichen Vorschläge lassen die Vermutung entstehen, dass ein erfolgloses Gesuch der betroffenen Person betr. Aufhebung der Massnahme nach wie vor einen negativen Entscheid der Vollzugsbehörde zur Folge hätte, über den entsprechend der heutigen Rechtslage auf dem verwaltungs(gerichtlichen) Weg entschieden werden müsste. Damit würde die verpönte Doppelspurigkeit nach wie vor bestehen. Dies relativiert die angestrebte Verbesserung der Situation gegenüber dem Istzustand wieder stark und ist zu verhindern. Für solche Fälle muss der Betroffene direkt an ein erstinstanzliches Strafgericht gelangen können. Er muss in einem Verfahren nach Art. 363 ff. StPO als legitimiert bezeichnet werden, die fraglichen Bestimmungen sind entsprechend zu ändern. Eine solche Legitimation war im Zusammenhang mit Art. 363 ff. StPO bisher nie ein Thema, da dieses Nachverfahren regelmässig durch die Vollzugsbehörde oder die Staatsanwaltschaft initiiert werden musste. Art. 363 ff. StPO sind demgemäss durch eine ausdrückliche Legitimation der betroffenen Person zu ergänzen. Als Alternative wäre der Vorschlag zu nennen, dass im StGB ein Rechtsmittel gegen die negative Verfügung der Vollzugsbehörde an ein erstinstanzliches Strafgericht vorgesehen wird. Dies führt zum gleichen Ergebnis.
- Weitere Bemerkungen:
Art. 62c Abs. 2 StGB ist in der Vorlage nicht aufgeführt und soll daher offensichtlich nicht geändert werden. Es ist schwer vorstellbar, dass nach Aufhebung der Massnahme nach nicht erfolgreichem Verlauf die Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug gegeben sein sollen, nachdem die Anordnung der Massnahme ja eine ungünstige Prognose voraussetzte. Da das Gericht die Dauer der Freiheitsstrafe im Sachurteil festgelegt hat und die Dauer des mit der Massnahme verbundenen Freiheitsentzugs von Gesetzes wegen (Art. 57 Abs. 3 StGB) anzurechnen ist, braucht es an sich keinen gerichtlichen Entscheid für die Anordnung der Reststrafe. Die Gerichte können hier entlastet werden. Allerdings lässt sich der Fall denken, dass die Frage des Erfolgs oder Misserfolgs der Massnahme oder die Dauer der Massnahme umstritten sind. In diesen Fällen muss der Betroffene das Gericht anrufen können. Wiederum hat das erstinstanzliche Strafgericht originär darüber zu befinden, um unnötige Verzögerungen zu vermeiden. Die Vollzugsbehörde hat dann, wenn sie die Auffassung des Betroffenen nicht teilt, den Fall an das erstinstanzliche Strafgericht weiterzuleiten.

(6) 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 1bis, Artikel 91a und 91b VE-StGB, Artikel 28 Absatz 3 VE-JStG)

Mit Art. 62e VE-StGB wird über der heute bestehenden Regelung und Praxis hinaus die zwingende Konsultierung der Fachkommission für alle Vollzugsöffnungen bei stationären Massnahmen eingeführt. Insbesondere soll dies über den heute geltenden Art. 75a Abs. 1 StGB hinaus auch dann der Fall sein, wenn die Vollzugsbehörde keine "Zweifel bezüglich der Gefährlichkeit des Täters" hat. Diese Regelung schiesst über das Ziel hinaus und führt zu einer unnötigen sowie nicht sachgerechten Aufblähung des Systems, zu einem nicht realisierbaren und unnötigen Aufwand bei den Fachkommissionen und zu grossen Mehrkosten.

Zudem hat die Vollzugsbehörde gemäss dem neuen Vorschlag eine Stellungnahme der Fachkommission einzuholen, bevor dem Gericht die Aufhebung der Massnahme beantragt wird. Dies ist aus verschiedenen Gründen nicht sachgerecht. Einerseits sind Fachkommissionen nach deren Konzept als Entscheidungshilfe für Vollzugsbehörden im Rahmen ihrer Kernkompetenz, d.h. bei der Ausgestaltung des Vollzugs, gedacht. Sie haben sich im Vollzug zu äussern zu Themen wie eine mögliche Gefährdung

von Drittpersonen bzw. die Verantwortbarkeit des Vollzugs in einer offenen Institution oder von Vollzugsöffnungen. Gerichte dagegen haben ihre Entscheide betr. Aufhebung einer Massnahme nach geltendem Recht gestützt auf ein Gutachten im Sinne von Art. 182 ff. StPO zu treffen, was in Lehre und Rechtsprechung nicht beanstandet wird und richtig ist. Dies ist zwingend zwar nur für Fälle mit Anlassdelikten gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB vorgesehen, wird aber in der Praxis in anderen heiklen Fällen, sofern solche mangels schwerer Anlassdelikte überhaupt denkbar sind, ebenfalls beachtet. Für die Frage der gerichtlichen Aufhebung einer Massnahme lässt sich somit von Empfehlungen der Fachkommissionen kein Erkenntnisgewinn ausmachen. Der Beizug von Fachkommissionen, die gegenüber unabhängigen Sachverständigen eine eingeschränkte Kognition haben und faktisch auch einen geringeren Arbeitseinsatz leisten können, führt einzig zu den bereits erwähnten Mehrkosten und insbesondere auch zu einer nicht hinnehmbaren Verzögerung des Verfahrens. Art. 62e VE-StGB ist daher ersatzlos zu streichen. Es genügt, für den Massnahmenvollzug auf Art. 75a VE-StGB zu verweisen. Am geltende Art. 90 Abs. 4bis StGB ist deshalb festzuhalten.

Art. 91a Abs. 1 VE-StGB: Seit Schaffung der Fachkommissionen wird in verschiedenen Kreisen deren Zusammensetzung beanstandet. Der Gesetzesentwurf zementiert die heute geltende Situation und verhindert auch eine individuelle Anpassung in den Kantonen, wo unterschiedliche Gepflogenheiten herrschen. Allerdings ist eine einheitliche schweizerische Regelung zu begrüssen. Tatsächlich handelt es sich bei der Beurteilung der Gefährlichkeit anerkanntermassen um eine interdisziplinär zu beurteilende Thematik, weshalb die fragliche einseitige Zusammensetzung der Kommission nicht sachgerecht ist. Im Schrifttum wird unter anderem beispielsweise ein Beizug auch von Personen aus den Fachbereichen der Kriminologie, Psychologie oder Sozialarbeit sowie von Verteidigern angeregt, die sich kompetent bei einer Risikobeurteilung einbringen könnten. Hier verpasst der Bundesgesetzgeber die Gelegenheit, Einfluss zu nehmen. Auf diese Regelung ist entweder zu verzichten oder sie ist offener zu formulieren, damit weitere Personen in Fachkommissionen gewählt werden können. Gegen den Inhalt von Art. 91a Abs. 4 VE-StGB ist nichts einzuwenden. Es fragt sich aber, ob diese Selbstverständlichkeit ins Strafgesetzbuch gehört.

Die übrigen Bestimmungen in diesem Zusammenhang erscheinen sinnvoll und werden befürwortet.

(7) 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, m Artikel 95a VE-StGB, Artikel 34abis VE-MStG)

Grundsätzlich ist einleitend festzustellen, dass im Alltag des Massnahmenvollzugs nicht selten ein Bedürfnis nach einem individuell angepassten Übergangsmanagement besteht. In vielen Fällen kann durch eine bedingte Entlassung und durch eine behutsame Ausgestaltung deren Rahmenbedingungen diesem Anliegen Rechnung getragen werden. Der Status einer bedingten Entlassung kann bei Massnahmen nach Art. 59 StGB, die hier im Vordergrund stehen, unbestimmt oft verlängert werden, an welche Vorkehren die Gerichtspraxis ungleich weniger grosse Anforderungen stellt als an eine Verlängerung der stationären Massnahme an sich. Es ist unter diesen Umständen bedauerlich, dass Vollzugsbehörden nicht häufiger von diesem Instrument einer bedingten Entlassung Gebrauch machen. Nicht zuletzt dies führt dann zum Szenario, dass Gerichte etwa aus Gründen der Verhältnismässigkeit Massnahmen gänzlich aufheben und Betroffene ohne genügende Vorbereitung im Rahmen von Lockerungen in Freiheit gelangen sowie sich selbst überlassen sind.

Will man hier gesetzgeberisch eingreifen, muss man sich der rechtlichen Problematik entsprechender Vorkehren bewusst sein. Eine eigentliche Massnahme im Anschluss an einen beendeten Vollzug hält vor dem Hintergrund von Art. 5 EMRK einer näheren rechtlichen Prüfung nicht stand. Zur entsprechenden Lehre und Rechtsprechung kann auf das in Deutschland ursprünglich vorgesehene Konstrukt einer "nachträglichen Verwahrung" verwiesen werden, welches gestützt auf Urteile des EGMR und des deutschen Bundesverfassungsgerichts weitgehend wieder aus dem deutschen Strafgesetz entfernt wurde. Auch andere rechtliche Vorkehren, mögen sie sich auch im Einzelfall noch so sehr zum Wohl eines Betroffenen oder zu einer Erhöhung der öffentlichen Sicherheit auswirken, sind nicht unproblematisch. Jedenfalls sind solche mit Blick auf den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit nur zurückhaltend vorzusehen und auf Fälle einer zu befürchtenden künftigen

schweren Delinquenz und einer entsprechenden hohen Wahrscheinlichkeit zu beschränken. Sollte die Legalprognose indessen derart negativ eingeschätzt werden, fragt es sich ohnehin, ob es tatsächlich zu einer Aufhebung der Massnahme kommen darf.

Im Einzelnen hält man zum Revisionsvorschlag Folgendes fest:

- Es wird zu Recht von den ursprünglich in Betracht gezogenen "Aufsichtsmassnahme für gefährliche Straftäter" im Anschluss an den Vollzug, die das Bundesamt für Justiz bei einer Bearbeitung der Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Straftätern» in seinem Bericht vom 20. November 2018 (Ziff. 7.1.1, S. 27) zur Diskussion stellte, abgesehen. Der Bundesrat scheint die bezüglichlichen rechtlichen Probleme erkennen. Dazu kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden. Stattdessen auf die Anordnung von Bewährungshilfe und Weisungen zurückzugreifen, erscheint unter verschiedenen Aspekten fragwürdig. Diese der deutschen Führungsaufsicht angeglichenen Instrumente können unter Umständen einen sehr starken Eingriff in die persönliche Freiheit eines Betroffenen darstellen, zu denken ist nur etwa an die Pflicht, sich in einer bestimmten Institution aufzuhalten, was letztlich eine Fortführung des stationären Vollzugs bedeutet.
- Nach vollendetem Strafvollzug gehen weitere Eingriffe in die Freiheitsrechte eines Betroffenen unter keinen Umständen an. Nach Absolvierung der verschuldensabhängigen Strafe besteht keine Rechtfertigung mehr für weitere Vorkehren.
- Inhaltlich können die vorgesehenen Weisungen sicherlich Sinn machen Sie können mitgetragen werden. Einzig Abs. 2 lit.a ist problematisch. Die Pflicht, sich an einem bestimmten Ort, wohl zumeist in einer bestimmten Institution oder einer bestimmten betreuten Wohnsituation, aufzuhalten kommt, wie bereits erwähnt, faktisch einem stationären Massnahmenvollzug gleich. Der Massnahmenvollzug kann (im Rahmen des Externats) unter Umständen bekanntlich auch einer nicht eng strukturierten Institution durchgeführt werden. Der weitere Verbleib in einem stationären Setting wäre ein zu starker Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen und daher unverhältnismässig.
- Es ist zu begrüßen und richtig, dass weitere Eingriffe nach Abschluss des Massnahmenvollzugs unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit einzig im Zusammenhang mit schwerer Delinquenz überhaupt in Frage kommen. Es kann also nur um Fälle gehen, bei welchen Anlassdelikte gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB zu befürchten sind, wie dies bereits angesprochen wurde.
- Die Konsequenzen einer Widerhandlung gegen Bewährungshilfe und Weisungen können naturgemäss nur minim sein, um mit der EMRK vereinbar zu sein. Damit stellt sich ernsthaft die Frage nach dem Sinn von deren Anordnung. Aus den bereits angeführten grundsätzlichen Überlegungen würde es nicht mehr möglich sein, im Sinne einer Rückversetzung auf die bereits beendete Massnahme zurückzukommen. Ein rechtsgenügender Zusammenhang zwischen einem Anlassdelikt und einer allfälligen fraglichen Renitenz des Betroffenen, wie der EGMR ihn fordert, wäre wohl zumeist nicht mehr zu bejahen, weshalb Art. 5 lit.a EMRK verletzt wäre.
- Die Fragwürdigkeit der Anordnung von Weisungen und Bewährungshilfe wird somit in erster Linie deutlich durch das Fehlen von griffigen Reaktionsmöglichkeiten auf Widerhandlungen gegen die entsprechende Anordnung. Eine Busse, wie sie Art. 295 StGB bei Missachtung von Bewährungshilfe und Weisungen weiterhin androht, genügt nicht und ist kaum zielführend. Sie dürfte bei Betroffenen, die ohnehin wahrscheinlich finanziell durch den Staat unterstützt werden müssten, ins Leere stossen. Weitergehende Reaktionsmöglichkeiten sind aus rechtlichen Gründen nicht möglich, wie bereits erwähnt.
- Art. 89a Abs.4 E-StGB: Es ist davon auszugehen, dass die Weisungen und Bewährungshilfe unbeschränkt oft verlängert werden können. Im Bericht des Bundesrates ist dies festgehalten; man bezieht sich diesbezüglich auf Art. 62d Abs. 6 E-StGB. Dies ist unverhältnismässig. Nach Ablauf von fünf Jahren nach der Entlassung müssen sich die Verhältnisse bei einem Betroffenen stabilisiert haben und ein Bedürfnis nach einem Übergangsmanagement ist nicht mehr zu rechtfertigen. Sollte die betroffene Person dennoch weiterhin Schwierigkeiten haben, sich zurecht zu finden, müssen andere Vorkehren wie bspw. eine Fürsorgerische Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB greifen.

- Eine zeitliche Befristung der fraglichen Vorkehren ist aber auch noch aus anderen Gründen unabdingbar. Es kann nicht angehen, dem Staat bzw. den Vollzugsbehörden (allenfalls sogar lebenslänglich) die Verantwortung für die Verhinderung künftiger Straftaten zu überbinden. Gegebenenfalls muss, wie bereits erwähnt, auf andere Möglichkeiten zurückgegriffen werden.
- Die vorgesehene Ausweitung der Bewährungshilfe und weckt falsche Erwartungen, überträgt dem Justizvollzug eine letztlich nicht erfüllbare Aufgabe. Es wird eine blossе Scheinsicherheit geschaffen. Es ist fraglich, ob bei realistischer Betrachtungsweise nicht der generierte Aufwand in keinem Verhältnis zum tatsächlichen Nutzen steht.
- Die vorgeschlagene Pflicht, nun auch für Weisungen betreffend den Aufenthalt des Täters oder seine ärztliche oder psychologische Betreuung zwingend ein forensisch-psychiatrisches Gutachten zu verlangen, ist sodann befremdend, vom sehr eingeschränkten Zweck und Ertrag der Vorkehren, der bereits infrage gestellt wurde ebenso wie insbesondere auch von der Fragestellung an die sachverständige Person her. Andererseits steht ein doch nicht unbedeutender Eingriff in die Freiheitsrechte eines Betroffenen zur Diskussion. Dieser ist vor dem Hintergrund der Tatsache, dass solche Massnahmen zumeist nach einem langen und nicht schuldangemessenen Freiheitsentzug eingetroffen werden, entsprechend zu gewichten. Weiter strapaziert dieses Erfordernis die ohnehin ungenügend vorhandenen Ressourcen. Der Nutzen steht in keinem Verhältnis zu möglichen Kosten. Die gleichen Überlegungen gelten auch für die Stellungnahme der Fachkommission nach Art. 95a Abs. 5 StGB.
- Der Vorschlag, dass bereits das Sachgericht einen Vorbehalt betr. diese Vorkehren machen soll, ist wenig sinnvoll und realitätsfremd. Der Hintergrund dieser Idee ist nachvollziehbar. Offensichtlich sollte, wiederum in Anlehnung an die Diskussion in Deutschland um die nachträgliche und vorbehaltene Verwahrung der Versuch unternommen werden, mit einem solchen Vorbehalt Art. 5 EMRK zu genügen. Erstens ist auch die sog. Vorbehaltene Verwahrung unter dem erwähnten Aspekt in Deutschland sehr umstritten, Und zweitens ist es schwer vorstellbar, dass bereits das Sachgericht eine künftige Entwicklung eines Betroffenen errahnen und gestützt auf seriöse Abklärungen einen solchen Vorbehalt rechtfertigen könnte. Es stellt sich die Frage, ob sich ein solcher Vorbehalt nicht auch auf ein Gutachten stützen müsste. Dies liesse aus den gleichen Gründen auch für psychiatrische Sachverständige kaum ernsthaft prüfen. Dies würde dann dazu führen, dass ein solcher Vorbehalt ohne stichhaltige Gründe immer gemacht würde, um sicher zu gehen, oder dass die Gerichte ganz darauf verzichten. Zusammengefasst zeigt man sich sehr skeptisch gegenüber diesem Vorschlag. Es ist ernstlich zu prüfen, ob nicht darauf verzichtet werden soll.

Unter diesen Umständen ist ernsthaft zu prüfen, ob nicht auf solchen nachträglichen Instrumenten verzichtet werden soll. Es handelt sich um den gut gemeinten Versuch einer Lösung gewisser tatsächlich vorhandener Probleme, der aber aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen kaum sinnvoll umgesetzt werden kann.

(8) Revision des Jugendstrafrechts

Grundsätzlich ist man der Auffassung, dass sich das Jugendstrafrecht in der Vergangenheit sehr bewährt hat. Die speziell für Jugendliche geschaffenen Grundprinzipien tragen der Tatsache Rechnung, dass vor allem Täterinnen und Täter beurteilt werden müssen, deren Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist. So steht denn der Sozialisierungs- oder Resozialisierungsgedanken deutlich mehr im Vordergrund als im Erwachsenenstrafrecht. Dies hat sich bewährt, daran soll festgehalten werden. Dass in der jüngeren Vergangenheit ein paar wenige Einzelfälle mit Betroffenen, die sich im jugendlichen Alter schwere Delinquenz zuschulden kommen liessen, zu gewissen Problemen führten, darf nicht dazu führen, das Konzept des Jugendstrafrechts zu gefährden oder gar infrage zu stellen.

Zu den einzelnen Änderungsvorschlägen nimmt man Stellung wie folgt:

- Die Anpassung gemäss bei Art. 14 Abs. 2, womit eine ambulante Behandlung auch mit einem Tätigkeitsverbot sowie einem Kontakt- und Rayonverbot verbunden werden kann, lässt sich nachvollziehen. Das erscheint sinnvoll.

- Art. 19b VE-JStG

Gegen diesen Vorschlag, der auf der Regelung des geltenden Art. 19 Abs. 4 JStG basiert und verschiedene Unklarheiten des geltenden Rechts beseitigen soll, ist nichts einzuwenden. Im Bericht des Bundesrates wird die rechtliche Situation betreffend das fragliche Tätigkeitsverbot bzw. Kontakt- und Rayonverbot richtig wiedergegeben. Weiter schliesst man sich der Auffassung in Bezug auf ein Bedürfnis nach einer Klärung und einer Neuformulierung, wie der Bundesrat sie vertritt, an. Ebenso nachvollzogen werden kann die Präzisierung, dass für die Anordnung des Verbots ein Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts (Art. 363 ff. StPO) durchgeführt wird.

(9) Anschlussmassnahmen

Vorbehalt und der nachträglichen Anordnung einer Massnahme des StGB nach den Art. 59-61 und 64 Abs. 1 StGB gemäss Art. 15a Abs. VE-JStG

Dieser Vorschlag steht im Vordergrund der Vorlage und ist zusammenfassend als sehr problematisch zu bezeichnen.

Es wird beantragt, darauf zu verzichten, wie nachfolgend einlässlich zu begründen sein wird.

Grundsätzliches:

Wie der Bundesrat in seinem Bericht richtig hervorhebt, sind in der Praxis Fälle, in welchen hier Handlungsbedarf bestehen könnte, regelmässig mit einer psychiatrischen Problematik verbunden. Dies war offensichtlich auch dort so, wo in der Vergangenheit Handlungsbedarf ausgemacht wurde. Selbst die drei besonders hervorzuhebenden Betroffenen, die im Jugendalter Tötungsdelikte begingen, leiden an einer psychischen Störung, bedürfen aus eigenem Interesse einer Behandlung und wurden in den geschlossenen Vollzug im Rahmen einer Fürsorgerischen Unterbringung eingewiesen. Es ist nicht erklärlich, weshalb im Fall, auf den sich das Urteil des EGMR T.B. vs. Schweiz vom 30. April 2019, Nr. 1760/15 bezog, nicht auch eine Behandlungsbedürftigkeit des Betroffenen begründen liess. In den allermeisten Fällen gelingt dies, weshalb für einen Freiheitsentzug nicht auf die Voraussetzung einer Fremdgefährdung zurückgegriffen werden muss, welche nach dem fraglichen Urteil für eine Begründung der Fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB für sich alleine nicht zu genügen vermag. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, weshalb vorhandene zivilrechtliche Massnahmen nicht ausreichen, welche an solche Umstände anknüpfen. Gegebenenfalls liessen sich auch die Bestimmungen von Art. 426 ff. ZGB leicht anpassen, um für die Fälle einer Fremdgefährdung über eine rechtliche Grundlage zu verfügen. Der Bundesrat hat die Praxis des Bundesgerichts zu den Voraussetzungen einer Fürsorgerischen Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB ebenfalls nicht verkannt und richtigerweise die höchststrichterlichen Überlegungen zur Frage einer Drittgefährdung zitiert. Das zitierte Urteil des EGMR wird bei realistischer Betrachtungsweise vor allem mit Blick auf die genannten übrigen Voraussetzungen im Sinne von Art. 426 ff. ZGB nichts an diesen ändern. Es ist vor dem Hintergrund der Ausführungen im Bericht zu diesen Fragen, die nicht erneut wiedergegeben werden sollen, entsprechend davon auszugehen, dass sich kaum Fälle denken lassen, in denen ein Bedürfnis nach einer zusätzlichen fragwürdigen Regelung besteht, die dem Konzept des Jugendstrafrechts völlig zuwiderläuft. Einen Ausweg bietet in diesen ohnehin seltenen Fällen heute also die Anordnung einer zivilrechtlichen Massnahme. Folgerichtig ist in Art. 19 Abs. 3 JStG festgehalten, dass die Vollzugsbehörde die Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen beantragen kann, wenn der Wegfall einer Schutzmassnahme für den Betroffenen selber oder für die Sicherheit Dritter mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden ist und diesen nicht auf andere Weise begegnet werden kann. Es wird also auch gemäss dem Revisionsvorschlag von der Subsidiarität jugendstrafrechtlicher Anschlussmassnahmen im Sinne von Art. 59-61 und Art. 64 StGB ausgegangen.

Das Jugendstrafrecht unterliegt besonderen Prinzipien, die sich in der Praxis ausserordentlich gut bewährt haben und auch durchwegs anerkannt sind. Wegleitend für die Anwendung des JStG ist der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen (Art. 2 Abs. 1 JStG). Hier ohne Not einzugreifen, ist nicht sachgerecht. Es ist zu befürchten, dass eine Durchbrechung dieser Haltung, die mit der vorgeschlagenen Neuregelung zweifellos verbunden ist, sich generell auf diesen Rechtsbereich auswirkt. Zu denken ist in

erster Linie an die Entscheidungsträger und Vollzugsverantwortlichen, die sich mit neuen anderen Szenarien als mit einer möglichst jugendgerechten Sozialisierung oder Resozialisierung konfrontiert sehen. Zu denken ist aber auch an die Betroffenen selbst, die im Vollzug vor dem Hintergrund des Damoklesschwerds späterer weiterer Vorkehren deutlich weniger frei sind und deren Kooperationsbereitschaft generell leiden könnte. Der Nutzen der vorgeschlagenen neuen Bestimmungen für die sehr wenigen Ausnahmefälle, die davon betroffen sein könnten, steht in keinem Verhältnis zu deren zu befürchtenden negativen Auswirkungen auf das übrige Jugendstrafrecht. 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.

Soweit eine (nachträgliche) Verwahrung diskutiert wird, muss mit Entschiedenheit auf die psychiatrische, aber auch ethische Problematik einer solchen rein sichernden Massnahme gegenüber jungen Menschen hingewiesen werden. Generell wird in der psychiatrischen und juristischen Lehre auf die Schwierigkeit von Prognosen hingewiesen, was nicht zuletzt auch dazu führte, dass Verwahrungen gegenüber Erwachsenen seit Einführung des neuen AT StGB 2007 kaum mehr originär angeordnet werden. In Kreisen der forensischen Psychiatrie wird zu Recht hervorgehoben, dass sich die fragliche Problematik bei minderjährigen Straftätern und Straftäterinnen noch akzentuiert. Eine Prognose ist dort noch schwieriger, weil deren Persönlichkeitsentwicklung noch nicht abgeschlossen ist. Es ist hoch problematisch, hier aufgrund der Persönlichkeit, des Vorlebens und der Tat des Jugendlichen Prognosen über eine künftige Entwicklung zu stellen. Dies gilt insbesondere bei Jugendlichen, die sich noch nicht eine signifikante kriminelle Karriere vorwerfen lassen müssen. Es wird mit dem Vorschlag einer ausserordentlich einschneidenden Massnahme, die nach geltendem Recht und nach der heutigen kaum umstrittenen Praxis im Erwachsenenrecht nur als ultima ratio zur Diskussion stehen kann, unnötig und nicht nachvollziehbar legifiziert. Auch die Anordnung von therapeutischen Massnahmen überdies stützt sich auf eine negative Legalprognose, die mit den erwähnten Schwierigkeiten verbunden ist. Auf die Fragwürdigkeit nachträglicher entsprechender Vorkehren wird nachfolgend an anderer Stelle noch einzugehen sein.

Es wird in Erinnerung gerufen, dass in der Lehre in breiten Kreisen auf die rechtliche Fragwürdigkeit von nachträglichen Vorkehren im Anschluss an den Strafvollzug hingewiesen wurde. Es besteht diesbezüglich denn auch weitgehend Einigkeit. Entsprechend hat bereits der Gesetzgeber dieser Skepsis Rechnung getragen und Art. 65 Abs. 2 StGB (nachträgliche Verwahrung) als Revision im Sinne von Art. 410 ff. StPO ausgestaltet, welche Regelung einer Prüfung unter den geltend gemachten problematischen Aspekten standhält. Damit wurde der Rechtsprechung Genüge getan, die der EGMR in Bezug auf die bundesdeutsche nachträgliche Verwahrung (vgl. den abgeschafften Art. 66b D-StGB) äusserte, womit der Gesetzgeber denn auch schliesslich weitgehend auf dieses Instrument verzichtete. Das Bundesgericht zeigt sich im Erwachsenenstrafrecht sehr skeptisch gegenüber der Anordnung von therapeutischen Massnahmen im Nachgang zum Strafvollzug, sind doch mit einem solchen Vorgehen Verletzungen verschiedener rechtsstaatlicher Grundprinzipien verbunden (vgl. etwa BGE 142 IV 307). Es hat gemäss mehreren einschlägigen Entscheiden mittlerweile die Haltung eingenommen, dass die Anordnung von therapeutischen Massnahmen im Anschluss an einen reinen Strafvollzug im Sinne von Art. 65 Abs. 1 StGB einzig unter den Bedingungen einer strafprozessualen Revision zugelassen (dazu im Einzelnen Marianne Heer, BSK StGB, Art. 65 N 10 ff., insbes. N 39 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Im Vordergrund steht hier eine mögliche Verletzung von Art. 5 EMRK. Im Zusammenhang mit einer sog. vorbehaltenen Verwahrung, welche das deutsche Strafrecht nach wie vor gemäss Art. 66a D-StGB kennt, wurden in Deutschland dieselben grundsätzlichen Bedenken geäussert (vgl. u.a. Jörg Kinzig, Neue Kriminalpolitik, 2010, Vol. 22, No.4, 148-151). Dass nun mit Art. 25a und Art. 27a VE-JStG trotzdem eine solche Anschlussregelung vorgesehen wird, erstaunt unter diesen Umständen. Wie bereits erwähnt, lassen sich die Probleme durch den vorgesehenen Vorbehalt nicht wirklich entschärfen. Nachdem bereits oben im Einklang mit dem Bundesrat auf die Tatsache hingewiesen wurde, dass das Bedürfnis nach weiteren Interventionen im Anschluss an einen Massnahmenvollzug im Jugendstrafrecht sehr selten sein dürfte, gilt dies noch vermehrt für die Fälle, in welchen zuvor gänzlich auf die Anordnung von Massnahmen verzichtet und nur eine Strafe angeordnet worden war. Wie im Erwachsenenstrafrecht

lassen sich auch hier Erwägungen in Strafurteilen in Bezug auf Massnahmen regelmässig auf sehr sorgfältige und umfassende Abklärungen stützen, weshalb mittlerweile - dies im Gegensatz zu einer überholten alten Praxis - kein wirklicher Handlungsbedarf besteht. Diese Haltung wird in Bezug auf therapeutische Vorkehren eingenommen, gilt aber umso mehr auch für die nachträgliche Verwahrung, die unter verschiedenen Titeln problematisch ist. Es wird nicht zuletzt auch auf die grundsätzlichen Überlegungen zur Verwahrung im Jugendstrafrecht verwiesen. Die vorgeschlagene Bestimmung ist mit Blick auf die äusserst umstrittene Einschätzung solcher Vorkehren und das dargelegte Bedürfnis unverhältnismässig und unnötig. Wie bereits erwähnt, wird hier eine hochproblematische Neuerung für ganz wenige Ausnahmefälle vorgesehen, die auch auf anderem Weg gelöst werden können. Der Bundesrat hat mit seinem richtigen Hinweis, strafrechtliche Anschlussmassnahmen sollen erst angeordnet werden können, wenn keine geeigneten Erwachsenenschutzmassnahmen zur Verfügung stehen (vgl. auch Art. 27a Abs. 1 Bst. c VE-JStG) selbst zum Ausdruck gebracht, dass andere Vorkehren möglich und sachgerecht sind.

Wie der Bundesrat in seinem Bericht richtig hervorhebt, sind in der Praxis Fälle, in welchen hier Handlungsbedarf bestehen könnte, regelmässig mit einer psychiatrischen Problematik verbunden. Dies war offensichtlich auch dort so, wo in der Vergangenheit Handlungsbedarf ausgemacht wurde. Die drei besonders hervorzuhebenden Betroffenen, die im Jugendalter Tötungsdelikte begingen, leiden wohl an einer psychischen Störung, bedürfen aus eigenem Interesse einer Behandlung und befinden sich im geschlossenen Vollzug im Rahmen einer Fürsorgerischen Unterbringung. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, weshalb nicht auf zivilrechtliche Massnahmen zurückgegriffen werden kann, welche an solche Umstände anknüpfen. Der Bundesrat hat die Praxis des Bundesgerichts zu den Voraussetzungen einer Fürsorgerischen Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB ebenfalls nicht verkannt und richtigerweise die höchstrichterlichen Überlegungen zur Frage einer Drittgefährdung zitiert. Das Urteil des EGMR T.B. vs. Schweiz vom 30. April 2019, Nr. 1760/15, wird bei realistischer Betrachtungsweise vor allem mit Blick auf die genannten übrigen Voraussetzungen im Sinne von Art. 426 ff. ZGB nichts an diesen ändern. Es ist vor dem Hintergrund der Ausführungen im Bericht zu diesen Fragen, die nicht erneut wiedergegeben werden sollen, entsprechend davon auszugehen, dass sich kaum Fälle denken lassen, in denen ein Bedürfnis nach einer zusätzlichen fragwürdigen Regelung besteht. Einen Ausweg bietet in diesen ohnehin seltenen Fällen heute die Anordnung einer zivilrechtlichen Massnahme. Folgerichtig ist in Art. 19 Abs. 3 JStG festgehalten, dass die Vollzugsbehörde die Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen beantragen kann, wenn der Wegfall einer Schutzmassnahme für den Betroffenen selber oder für die Sicherheit Dritter mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden ist und diesen nicht auf andere Weise begegnet werden kann.

Das Jugendstrafrecht unterliegt besonderen Prinzipien, die sich in der Praxis ausserordentlich gut bewährt haben und auch durchwegs anerkannt sind. Wegleitend für die Anwendung des JStG ist der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen (Art. 2 Abs. 1 JStG). Hier ohne Not einzugreifen, ist nicht sachgerecht. Es ist zu befürchten, dass eine Durchbrechung dieser Haltung, die mit der vorgeschlagenen Neuregelung zweifellos verbunden ist, sich generell auf diesen Rechtsbereich auswirkt. Zu denken ist in erster Linie an die Entscheidungsträger und Vollzugsverantwortlichen, die sich mit neuen anderen Szenarien als mit einer möglichst jugendgerechten Sozialisierung oder Resozialisierung konfrontiert sehen, aber auch an die Betroffenen selbst, die im Vollzug vor dem Hintergrund des Damoklesschwerds späterer weiterer Vorkehren deutlich weniger frei sind und deren Kooperationsbereitschaft generell leiden könnte. Der Nutzen der vorgeschlagenen neuen Bestimmungen für die sehr wenigen Ausnahmefälle, die davon betroffen sein könnten, steht in keinem Verhältnis zu deren zu befürchtenden negativen Auswirkungen auf das übrige Jugendstrafrecht. 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. Soweit eine Verwahrung diskutiert wird, muss mit Entschiedenheit auf die psychiatrische, aber auch ethische Problematik einer solchen rein sichernden Massnahme gegenüber jungen Menschen hingewiesen werden. Generell wird in der psychiatrischen und juristischen Lehre auf die Schwierigkeit von Prognosen hingewiesen, was nicht zuletzt auch dazu führte, dass Verwahrungen gegenüber Erwachsenen seit Einführung des neuen AT StGB 2007 kaum mehr originär angeordnet werden. In

Kreisen der forensischen Psychiatrie wird zu Recht hervorgehoben, dass sich die fragliche Problematik bei minderjährigen Straftätern und Straftäterinnen noch akzentuiert. Eine Prognose ist dort noch schwieriger, weil deren Persönlichkeitsentwicklung noch nicht abgeschlossen ist. Es ist hoch problematisch, hier aufgrund der Persönlichkeit, des Vorlebens und der Tat des Jugendlichen Prognosen über eine künftige Entwicklung zu stellen, insbesondere bei Jugendlichen, die sich noch nicht eine signifikante kriminelle Karriere vorwerfen lassen müssen. Auch die Anordnung von therapeutische Massnahmen stützt sich auf eine negative Legalprognose, die mit den erwähnten Schwierigkeiten verbunden ist. Auf die Fragwürdigkeit nachträglicher entsprechender Vorkehren wird nachfolgend an anderer Stelle noch einzugehen sein. Unter diesen Umständen erstaunen die Ausführungen in Ziff. 7.2.2. des Berichts des Bundesrates. Die rechtliche Problematik der vorgeschlagenen Lösung wird dort eindeutig beschönigt.

Zu Art. 19c Abs. 1 und 2 im Besonderen:

Wie bereits im Zusammenhang mit der analogen Regelung im Erwachsenstrafrecht festgehalten, macht die Anhörung der Fachkommission keinen Sinn.

Es wurde im Zusammenhang mit dem Erwachsenenstrafrecht eingehend dargelegt, welches die Aufgaben der Fachkommission sind und welcher Stellenwert deren Empfehlungen in der Praxis zukommt. Es kann darauf verwiesen werden. Es handelt sich zusammengefasst nicht um ein Instrument, das für die Entscheidungsfindung der Gerichte geschaffen wurde. Aus den bereits genannten Gründen ist darauf zu verzichten, dass Gerichte Fachkommissionen anzuhören haben. Wiederum wird hervorgehoben, dass dies zu einer Aufblähung des Entscheidungsprozesses und zu einer Überstrapazierung des Systems bzw. der Möglichkeiten der Fachkommissionen führt.

Art. 19 Abs. 3

Analog zu Art. 19b Abs. 2 VE-JStG wird richtig festgehalten, dass für das Verfahren und den Entscheid die Art. 364 und 365 StPO gelten. Das Gericht soll bei Anordnung einer Massnahme des StGB im selben Verfahren auch eine noch bestehende geschlossene Unterbringung aufheben.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung bei der Erarbeitung der definitiven Botschaft.

SCHWEIZERISCHE
KRIMINALISTISCHE GESELLSCHAFT

Der Präsident:

Die Sekretärin:

Bernhard Sträuli

Martina Weber

Bundesamt für Justiz
Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter
3003 Bern

Per E-Mail

annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 20. August 2020

Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 06. März 2020 haben Sie unsere Konferenz eingeladen, zur erwähnten Vorlage Stellung zu nehmen. Hierfür danken wir Ihnen bestens.

1. Vorbemerkung

Die allgemeine Stossrichtung der vorgeschlagenen Änderungen wird grundsätzlich begrüsst, da angestrebt wird, dazu beizutragen, die Sicherheit der Gesellschaft durch bessere Einwirkungsmöglichkeiten auf gefährliche Straftäterinnen und Straftäter zu verbessern. Teilweise werden jedoch Themen neu geregelt, welche zu keinerlei Problemen geführt haben und andererseits werden effektiv bestehende Probleme nicht gelöst. So gibt die Vorlage insbesondere keine Antworten auf das Problem, dass es für den Fall der Nichtbeachtung von Weisungen etc. keine wirksamen Instrumente gibt, weder für die direkt damit befasste Bewährungshilfe noch für die anordnenden Behörden (Gericht oder Vollzugsbehörde). Eine Ausweitung von Kontrollmöglichkeiten ist ohne entsprechende Reaktionsmöglichkeiten wertlos. Die blosser Verlängerung von Anordnungen sowie die Möglichkeit von Bussen nach Art. 295 StGB sind bei renitenten Personen absolut unwirksam. Darauf wird später noch genauer eingegangen sein.

2. Vorlage 1 (Schweizerisches Strafgesetzbuch)

2.1. Art. 41a VE-StGB

Mit dieser Bestimmung wird neu festgelegt, dass das Gericht im Grundurteil für die Zeit nach dem Vollzug der verhängten Freiheitsstrafe die Anordnung von Bewährungshilfe und das Erteilen von Weisungen vorbehalten kann.

Diese Neuregelung kann nicht nachvollzogen werden. Es ist nicht einzusehen, wieso bei Tätern, die zu einer Freiheitsstrafe allein verurteilt worden sind, die Anordnung von Bewährungshilfe und das Erteilen von Weisungen über das Ende des Strafvollzugs hinaus nur zulässig sein soll, wenn im Grundurteil ein entsprechender Vorbehalt angebracht worden ist. Es ist insbesondere am Anfang des Strafvollzugs nicht absehbar, inwieweit sich die verurteilte Person im Strafvollzug bewähren wird, sich auf Therapien einlässt oder inwiefern sich das Gefährdungspotential einer solchen Person entwickelt. Die Bestimmung verlangt damit sozusagen vom anordnenden Gericht bzw. von der beantragenden Staatsanwaltschaft hellseherische Fähigkeiten, sofern man diesen Antrag einzelfallgerecht einbringen möchte und nicht grundsätzlich für den Fall, dass die Entwicklung der verurteilten Person im Strafvollzug eine Entlassung ohne entsprechenden Massnahmen zum gegebenen Zeitpunkt nicht zulassen würde. Insbesondere für die Beurteilung der Frage, ob Tatumstände und Persönlichkeit des Täters zum Zeitpunkt des Urteils erwarten lassen, dass er rückfällig wird, setzt prophetische Fähigkeiten voraus. Es wäre einfacher und zielführender – und dies wird auch angeregt – einen entsprechenden gesetzlichen Vorbehalt zu formulieren.

2.2. Art. 57a VE-StGB

Die klare Regelung der vom Bundesgericht in mehreren Entscheiden entwickelten Praxis zur Festlegung des rechnerischen Beginns der Massnahmenvollzugsdauer im Gesetz wird begrüsst. Allerdings wird die vom Bundesgericht bisher offen gelassene Frage der Berücksichtigung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft unerwähnt. Aufgrund der fehlenden Erwähnung im Gesetzestext und im erläuternden Bericht gehen wir davon aus, dass diese nicht berücksichtigt werden soll. Wir regen an, dies wenigstens im erläuternden Bericht, besser noch im Gesetz selbst, explizit auch so zu erwähnen um allfällige Unsicherheiten auszuschliessen.

2.3. Art. 62 Abs. 4 Bst. b und Abs. 5 VE-StGB

Art. 65a VE-StGB und Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 8 VE-BGG (Legitimation der Vollzugsbehörden zur Einlegung eines Rechtsmittels in Vollzugssachen und bei selbständigen nachträglichen Massnahmenentscheiden)

Die Änderung ist grundsätzlich sinnvoll, da die Vollzugsbehörde diejenige involvierte Fachbehörde ist, welche mit dem Vollzug der Sanktionen befasst ist und vertiefte Kenntnisse über den Verlauf des Vollzugs hat. Es stellt sich jedoch die Frage, ob damit die offensichtliche beabsichtigte parallele Rechtsmittellegitimation der Staatsanwaltschaft gesetzgeberisch ausreichend klar bestimmt ist. Die StPO äussert sich zur Rechtsmittellegitimation der Staatsanwaltschaft in nachträglichen Massnahmeverfahren nicht. Art. 364 Abs. 4 StPO sieht lediglich vor, dass das Gericht den betroffenen Behörden Gelegenheit gibt, sich zum vorgesehenen Entscheid zu äussern und Anträge zu stellen. Das Bundesgericht hat im Entscheid 6B_664/2013 ebenfalls ausgeführt, dass Art. 381 StPO nur die Legitimation zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Rahmen der StPO begründet. Nach BGE 139 I 51 komme der Staatsanwaltschaft aber aus sachlichen Gründen in einem bestimmten Umfang ebenso die Verantwortung für die gleichmässige Durchsetzung des Vollzugsregimes zu, und dass die Staatsanwaltschaft auch öffentliche Sicherheitsinteressen wahrnehme, weshalb die Kantone eine entsprechende Möglichkeit der Teilnahme der Staatsanwaltschaft vorzusehen hätten.

Wird nun in einem Bundesgesetz die Beschwerdelegitimation in Vollzugssachen geregelt, stellt sich die Frage, ob dies nicht als abschliessende bundesrechtliche Regelung betrachtet

werden könnte und den Kantonen damit gar keine Regelungskompetenz mehr verbliebe. Wir befürworten eine parallele Rechtsmittellegitimation von Staatsanwaltschaft und Vollzugsbehörde und regen an, diejenige der Staatsanwaltschaft ebenfalls bundesrechtlich zu regeln.

2.4. Art. 62c Randtitel, Abs. 1 Einleitungssatz und Abs. 5 VE StGB/Aufhebung und Änderung der Massnahme

Der Wechsel der Zuständigkeit für die Aufhebung einer Massnahme von der Vollzugsbehörde zum Gericht ist eine gangbare Möglichkeit. Eine Verfahrensvereinfachung und Effizienzsteigerung ist aber nur dann zu erwarten, wenn das über den Aufhebungsantrag entscheidende Gericht zugleich den allenfalls notwendigen Nachentscheid (Vollzug der Freiheitsstrafe, andere therapeutische Massnahme, Verwahrung) fällen kann und nicht wie aktuell zuerst die Rechtskraft des Aufhebungsentscheids abgewartet werden muss. Die Variante B (Seite 21 des erläuternden Berichts), wonach das Strafgericht nur dann über eine Aufhebung und Änderung der Massnahme entscheiden soll, wenn gleichzeitig ein Nachentscheid beantragt wird, ist daher zu favorisieren. Da es in den übrigen, meist für den Betroffenen günstigen, Fällen nicht zu Beschwerdeverfahren kommen dürfte, ist es verfahrensökonomischer, diese Kompetenz bei den Vollzugsbehörden zu belassen.

2.5. Art. 62f VE-StGB

Im erläuternden Bericht wird auf Seite 41 ausgeführt, dass sich in Verbindung mit Bst c und mit Art. 41a Abs. 1 Bst b VE-StGB ergebe, dass der verurteilten Person die Freiheit für mindestens zwei Jahre entzogen war. Diese Ausführungen erscheinen unzutreffend. Art. 89a VE ist gemäss erläuterndem Bericht (zu Art. 62f Abs. 2 VE-StGB, welcher aber gleichermassen auch für Art. 62f Abs. 1 VE-StGB gilt) eben gerade nicht anwendbar, weil der Vorbehalt nach Art. 41a VE-StGB in diesen Fällen nicht habe angebracht werden können (weil eben beispielsweise keine FS von mindestens zwei Jahren angeordnet worden war).

Im erläuternden Bericht wird ferner auf Seite 16 darauf hingewiesen, dass das geltende Recht keine Möglichkeit vorsieht, Bewährungshilfe auf unbestimmte Zeit hin zu verlängern. Diese Möglichkeit im Anschluss an einer bedingten Entlassung wird aber auch mit der Vorlage nicht geschaffen, da Art. 87 StGB nicht geändert wird.

2.6. Art. 84 Abs. 6bis VE-StGB/ Art. 90 Abs. 4bis E-StGB

Gemäss diesem Vorschlag werden verwahrten Straftätern während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs keine unbegleiteten Urlaube gewährt. Gemäss Art. 64 Abs. 3 StGB ist indessen eine bedingte Entlassung wegen einer guten Legalprognose ohne vorgängige unbegleitete Urlaube gar nicht möglich. Art. 84 Abs. 6bis E-StGB und Art. 64 Abs. 3 StGB schliessen sich aus. Dieser Widerspruch ist zu beseitigen. Art. 90 Abs. 4bis E-StGB schliesst zudem unbegleitete Urlaube aus, solange die Verwahrung in einer geschlossenen Einrichtung vollzogen wird. Dies bedeutet, dass verurteilte Personen, die zwecks Verwahrungsvollzugs nicht in eine offene Einrichtung eingewiesen werden, gar nie Gelegenheit erhalten werden, sich auf ein rückfallfreies Leben vorzubereiten, wie dies auf Seite 19 des erläuternden Berichts ausdrücklich erwähnt wird. Die Art. 84 Abs. 6bis und Art. 90 Abs. 4bis sind deshalb ersatzlos zu streichen.

2.7. Art. 94 Abs. 3 VE-StGB

Die Weisung der ärztlichen und psychologischen Betreuung gemäss Art. 94 Abs. 2 Bst. c VE-StGB war bisher schon in Art. 94 StGB explizit erwähnt und wird häufig im Strafbefehlsverfahren angewendet. Zu denken ist dabei beispielsweise an die zahlreichen minderschweren Fälle von häuslicher Gewalt. So wird insbesondere die Weisung, sich einem Lernprogramm für gewaltausübende Personen zu unterziehen, gestützt auf Art. 94 StGB und neu entsprechend Art. 94 Abs. 2 Bst. c VE-StGB erteilt bzw. erteilt werden. Die Pflicht, derartige Weisungen nur gestützt auf ein Gutachten anordnen zu können, verhindert eine rasche Reaktion und Intervention bei derartigen Straftaten und behindert damit eine Deeskalation für eine längere Zeit. Es stellt sich schliesslich auch die Frage nach der Verhältnismässigkeit, wenn beispielsweise in jedem HG-Verfahren betreffend wiederholten Tötlichkeiten ein Gutachten zur Frage der Zuweisung zum Lernprogramm eingeholt werden müsste. Zuletzt dürfte dies auch zu massiv höheren Verfahrenskosten führen, die mit der ausgesprochenen Sanktion in keinem Verhältnis mehr stehen.

Im erläuternden Bericht auf Seite 47 wird hierzu ausgeführt, dass es nicht zu begründen wäre, dass für eine ambulante Behandlung einer nicht inhaftierten Person ein Gutachten eingeholt werden müsste, nicht aber für eine Weisung, welche eine vergleichbare Therapie zum Gegenstand habe. Es besteht indessen ein wesentlicher Unterschied zwischen einer ambulanten Massnahme und einer Weisung hinsichtlich der Konsequenzen bei Missachtung der Weisung bzw. festgestellter Aussichtslosigkeit oder Erfolgslosigkeit der Massnahme (Art. 63b StGB und Art. 95 StGB). Eine unterschiedliche Handhabung bezüglich Begutachtung liesse sich somit durchaus begründen.

Auf die Pflicht zu Einholung eines entsprechenden Gutachtens ist daher zu verzichten, oder die Vorschrift ist in eine «Kann-Vorschrift» abzuändern. Dies ist ebenfalls für die bedingte Entlassung vorzusehen, soweit diese nicht aus einer Freiheitsstrafe erfolgt, die wegen einer Straftat nach Art. 64 Abs. 1 StGB verhängt worden war.

2.8. Art. 95 a VE-StGB

Die Frage der Reaktionsmöglichkeiten auf die Nichteinhaltung von Weisungen stellt einen Bereich dar, welcher in den letzten Jahren immer wieder zu Problemen geführt hat. Leider löst die Vorlage diese Probleme nicht, sondern vermittelt vielmehr eine Scheinsicherheit, die möglicherweise falsche Erwartungen weckt. Es ist eine Tatsache, dass sich ausgerechnet die gefährlichen und renitenten Personen von einer Mahnung oder Anpassung von Weisungen nicht zu einem korrekten Verhalten bewegen lassen. Es sollte daher eine Gesetzesbestimmung geschaffen werden, die es ermöglicht, renitente Personen zur Gewährleistung der Sicherheit der Allgemeinheit rasch in Gewahrsam zu nehmen, um dann allenfalls weitere Abklärungen treffen zu können. Da sich die Gefährlichkeit nicht unbedingt durch neue Delikte äussert, kann diese Grundlage durchaus ausserhalb des Strafrechts im Sinne eines Bedrohungsmanagements oder über die Erwachsenenschutzbehörden geschaffen werden.

Die Ausführungen im erläuternden Bericht, wonach mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Bewährungshilfe und der Weisungen verhindert werden könne, dass gefährliche

Straftäter am Ende des Vollzugs der Strafe oder Massnahme ohne Bedingungen in Freiheit kommen würden, ohne eine Überwachung oder Begleitung, welche eine Wiedereingliederung fördern könnte, sind daher irreführend. Denn, was damit nicht verhindert werden kann, ist, dass sich gefährlicher Straftäter nicht an Weisungen halten und neue Delikte begehen. Auch die Hinweise auf die StPO oder den Polizeigewahrsam sind irreführend. Weder gestützt auf die StPO noch gestützt auf kantonales Polizeirecht liesse sich eine Inhaftierung einer Person begründen, welche Weisungen missachtet, auch wenn man das «Gefühl» hat, diese sei gefährlich. Dies scheint auch dem BJ bewusst zu sein, da im Bericht auf Seite 28 aufgeführt wird, dass Präventivhaft nur in besonders schweren Fällen und in engen Grenzen ein angemessenes Instrument darstelle.

Zutreffend und realitätsgetreu wäre daher etwa eine Formulierung wie folgt:

Mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Bewährungshilfe und der Weisungen kann zwar verhindert werden, dass gefährliche Straftäter am Ende des Vollzugs der Strafe oder Massnahme ohne Bedingungen in Freiheit kommen ohne eine Überwachung oder Begleitung, welche eine Wiedereingliederung fördern kann. Nicht verhindert werden kann allerdings, dass diese dennoch Weisungen missachten oder neue Delikte begehen.

2.9. Art. 91 a VE StGB, Art. 62e VE StGB, Art. 75a Abs. 1 und 3 VE-StGB, art. 64 Abs. 5 VE StGB, Art. 64b Abs. 2 Einleitungssatz und Bst c, Abs. 3 VE-StGB Beizug der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern

Mit der Ausweitung der Fälle, in welchen die Fachkommission beizuziehen ist, wird etwas geregelt, was bisher zu keinerlei Problemen geführt hat. Zudem ist die Regelung in sich gesetzestechnisch nicht schlüssig. So geht beispielsweise die allgemeine Definition des Aufgabenbereichs der Kommission nach Art. 91a Abs. 2 und Abs 3 VE-StGB i.V.m Art. 91b VE-StGB über den Bereich hinaus, welcher sich aus den einzelnen Bestimmungen ergibt, in welchen der Beizug der Fachkommission vorgesehen ist. Schlüssig ist ebenfalls nicht, warum in einigen Fällen der Beizug als Automatismus ausgestaltet ist (z.B. nach Art. 62e VE-StGB), in anderen Fällen aber nur, wenn, wenn die Vollzugsbehörde Zweifel bezüglich Gefährlichkeit des Täters hat.

Es wird daher angeregt, diesen Bereich entweder gesetzestechnisch zu überarbeiten oder auf die Revision zu verzichten, da die bisherigen Regelungen zu keinerlei Problemen geführt haben und mit der Neuregelung unnötiger Aufwand betrieben wird.

Gegen eine etwas ausführlichere Regelung der Zusammensetzung und der Ausstandsregeln ist hingegen nichts einzuwenden.

3. Vorlage 2 (Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht)

Der Entwurf wird grundsätzlich begrüsst. Fragen werfen allerdings die Ausführungen im erläuternden Bericht auf Seite 73 auf, wonach die Vollzugsbehörde bei einer bestehenden Reststrafe zuerst den Entscheid der urteilenden Behörde im Sinne von Art. 32 Abs. 3 JStG abwarten müsse, ob und wie weit der Freiheitsentzug noch zu vollziehen ist, wenn die Unterbringung aufgehoben wird, bevor sie gestützt auf Art. 19c VE JStG beim Gericht die Anord-

nung einer Massnahme des StGB beantragen könne. Diese Ausführungen stehen im Widerspruch zu Art. 19 Abs. 1ter VE-JStG, wonach die Vollzugsbehörde eine geschlossene Unterbringung nach Art. 15 Abs. 2 nicht aufhebt, wenn sie gestützt auf Art. 19c eine Massnahme beantragt hat und diese vom Erwachsenengericht noch nicht rechtskräftig beurteilt werden kann. Wie nach Art. 19c Abs. 3 VE JSTG sollte für diese Konstellation das Erwachsenengericht nebst der Aufhebung der noch bestehenden geschlossenen Unterbringung gleich auch darüber befinden können, ob die Reststrafe noch vollzogen werden muss.

Wir danken Ihnen bestens für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen



Beat Oppliger, Präsident

Kopie (digital):

- GS KKJPD



Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Per Mail an: annemarie.gasser@bj.admin.ch

Bern, 17. September 2020

**Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes
(Massnahmenpaket Sanktionenvollzug)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Einladung, an der Vernehmlassung zum oben genannten Geschäft teilzunehmen. Wir haben unsere Fachsektion, der Konferenz der städtischen Sicherheitsdirektorinnen und -direktoren KSSD, für die inhaltliche Prüfung der Vorlage beigezogen und können Ihnen zurückmelden, dass die vorgeschlagenen Änderungen aus Sicht der Städte sinnvoll und zu begrüßen sind.

Da jedoch keine kommunalen Aufgaben direkt von der Vorlage betroffen sind, verzichten wir auf eine ausführliche Stellungnahme.

Herzlichen Dank für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Städteverband
Direktorin

Renate Amstutz



Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege
Société suisse de droit pénal des mineurs
Società svizzera di diritto penale minorile

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Solothurn, den 25. August 2020

Änderung des Jugendstrafgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit hohem Interesse und Besorgnis beteiligt sich die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege am Vernehmlassungsverfahren zu Änderungen im Bereich des Jugendstrafgesetzes.

Besorgnis erregt, dass mit den vorgeschlagenen Änderungen des Jugendstrafrechts der im Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003 verankerte Grundgedanke von Schutz und Erziehung für jeden, mit dem Strafrecht in Kontakt kommenden Jugendlichen gesetzlich verankerte Ausnahmen erfahren soll. Der im schweizerischen Rechtssystem geltende Grundgedanke von Schutz und Erziehung stützt sich auf die Kinderrechtskonvention, wo in Art. 40 Abs. 1 jeder Vertragsstaat das Recht jedes Kindes anerkennt, das der Verletzung der Strafgesetze verdächtigt, beschuldigt oder überführt wird, in einer Weise behandelt zu werden, die das Gefühl des Kindes für die eigene Würde und den eigenen Wert fördert, seine Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten anderer stärkt und das Alter des Kindes sowie die Notwendigkeit berücksichtigt, seine soziale Wiedereingliederung sowie die Übernahme einer konstruktiven Rolle in der Gesellschaft zu fördern.

Die erarbeitete Vorlage fördert keines dieser Ziele.

Gemäss Art. 37 lit. a der Kinderrechtskonvention stellen die Vertragsstaaten sicher, dass für Straftaten, die von Personen vor Vollendung des achtzehnten Lebensjahrs begangen worden sind, keine lebenslange Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit vorzeitiger Entlassung verhängt werden. Auch wenn die vorliegend zur Diskussion stehende Regelung keine direkte Verletzung der Kinderrechtskonvention darstellt, weil die Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung gewahrt bleibt, so widerspricht sie doch ganz fundamental den in der Kinderrechtskonvention und den Beijing Rules definierten Zielen und Werten. Im Einzelfall kann diese Regelung denn auch eine tatsächliche, lebenslängliche Verwahrung nach sich ziehen. Die Möglichkeit einer Verwahrung als Reaktion auf eine als Minderjähriger begangene

Tat, wird die Schweiz auch internationaler Kritik aussetzen, da sich diese Entwicklung von den internationalen Bemühungen, eine kinderrechtskonformere, am Kindeswohl orientierte und verhältnismässige Strafjustiz, die die soziale Wiedereingliederung zum Ziel hat, voranzutreiben, wegbewegt.

Die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege ist den Zielen und Werten der Kinderrechtskonvention und des Jugendstrafrechts verpflichtet und kann sich deshalb nicht hinter die vorgeschlagene Regelung stellen.

Der vorgelegte Entwurf, mit welchem die Grundsäulen des Schweizerischen Jugendstrafgesetzes preisgegeben werden, wird durch die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege grundsätzlich abgelehnt.

Die Vereinigung wünscht sich eine fundierte, fachliche Auseinandersetzung zum Thema des Umgangs mit der Gruppe der sehr schwierigen, jugendlichen Straftätern.

Trotz der grundsätzlichen Ablehnung des Entwurfs, erlaubt sich die Schweizerische Vereinigung für Jugendstrafrechtspflege im Bewusstsein, dass der Zeitgeist und der politische Druck trotzdem eine entsprechende Regelung fordern und durchsetzen könnten, nachstehend in konstruktiver Weise auf einzelne Überlegungen, welche aus ihrer Sicht in den laufenden Gesetzgebungsprozess einfließen müssen, aufmerksam zu machen:

ad. Art. 3 Abs. 2 und 3 JStG

Die bisherige Regelung für Übergangstäter führt in der Praxis immer wieder zu Unklarheiten und zu ungleicher Behandlung von beschuldigten Gleichaltrigen.

Die vorgeschlagene Änderung ist mit Blick auf das Ergebnis der laufenden Revision der Jugendstrafprozessordnung und des Jugendstrafgesetzes irritierend. Die hier vorgeschlagene Änderung des Jugendstrafgesetzes nimmt die in der Botschaft vom 28. August 2019 (BBl 2019 6697) beabsichtigte und von der Praxis gutgeheissene Änderung, wonach Straftaten von Übergangstätern (Täter die sowohl vor als auch nach dem 18. Altersjahr delinquieren) grundsätzlich in zwei voneinander getrennten Verfahren zu beurteilen seien, sich die Kompetenz zur Durchführung des Strafverfahrens allein aus dem Alter des Beschuldigten zum Tatzeitpunkt ergeben soll, nicht auf. Eine Erläuterung zur festgestellten Differenz findet sich im vorliegenden Vernehmlassungsverfahren nicht.

Die vorgeschlagene Änderung wird abgelehnt.

ad. Art. 15 a, Art. 19, Art. 19c, Art. 25a, Art. 27a JStG

Allgemein

Eine rechtliche Antwort darauf zu finden, wie mit Jugendlichen, welche vor Erreichen des 18. Altersjahres sehr schwere Straftaten begangen haben zu verfahren ist, ist nicht einfach und kann im Einzelfall von grosser Bedeutung für die öffentliche Sicherheit sein.

Der vorgeschlagene Entwurf sieht bei jugendlichen Straftätern als Lösung vor, Massnahmen des Erwachsenenstrafrechts an die geschlossene Unterbringung oder an den Freiheitsentzug anschliessen zu lassen. Möglich sein soll die stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB, die stationäre Suchtbehandlung nach Art. 60 StGB und eine Massnahme für junge Erwachsene nach Art. 61 StGB.

1. Dauer von Schutzmassnahmen

Wie im Erwachsenenstrafrecht sind im Jugendstrafrecht Konstellationen bekannt, in welchen sich Jugendliche auf keine die Legalprognose begünstigende und deliktrelevante Schutzmassnahme oder Freiheitsstrafe einlassen. Die Schutzmassnahmen nach Jugendstrafrecht werden für unbestimmte Zeit angeordnet und enden spätestens mit Erreichen des 25. Altersjahres. Gemäss Art. 19 Abs. 1 JStG ist eine jugendstrafrechtliche Schutzmassnahme aufzuheben, «wenn ihr Zweck erreicht ist oder feststeht, dass sie keine erzieherische oder therapeutische Wirkung mehr entfaltet».

Das Jugendstrafrecht definiert Sanktionen für Kinder und Jugendliche, die zwischen ihrem 10. und 18. Lebensjahr delinquieren.

Die jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen dauern zum Zeitpunkt, in dem sich das nach Erwachsenenstrafrecht zuständige Gericht mit der adäquaten Massnahme nach StGB auseinanderzusetzen hat, in der Regel bereits ungefähr 7 Jahre. Es ist unklar, worauf die Hoffnung gründet, dass sich mit einer anschliessenden stationären Suchtbehandlung oder einer Massnahme für junge Erwachsene bei einer je absolut maximalen Massnahmendauer von vier Jahren die Legalprognose günstig beeinflussen liesse, zumal die einschlägige Vollzugsarbeit davor die nach Erwachsenenstrafrecht geltende Maximaldauer bereits überschritten hätte.

2. Verhältnismässigkeit / Anlassdelikte

Auch im Erwachsenenstrafrecht stellt sich bei einer Massnahmendauer von bald zehn Jahren die Frage der Verhältnismässigkeit. So scheint sich in das Konzept des Erwachsenenstrafrechts einzig die Verwahrung als Anschluss an eine geschlossene Unterbringung plausibel einfügen. Eine Verwahrung aber unter anderen Voraussetzungen als den in Art. 64 genannten anordnen zu können, wird in der Praxis schwerlich umsetzbar sein. Will man die Anwendung des Massnahmenrechts nach StGB im Anschluss an «Jugendstrafen» nur in ausgewählten Einzelfällen für zulässig erklären, sind geeignete Ausschlusskriterien zu definieren. Dass als Anlassdelikt Gewalt und Sexualstraftaten im Vordergrund stehen, scheint selbstverständlich. Weshalb aber ein anderer Massstab als bereits in Art. 64 StGB vorgegeben zur Anwendung gelangen sollte, erschliesst sich aus den

Erläuterungen zum Vorentwurf nicht. So ist beispielsweise schwer nachvollziehbar, weshalb beispielsweise eine qualifizierte, also eine besonders grausame Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 3 StGB) Sicherungsmassnahmen aus dem Erwachsenenstrafrecht eher erfordert, als beispielsweise eine mehrfache Vergewaltigung, allenfalls sogar mit einer feststellbaren Progredienz in der Gewaltanwendung. Letztere Konstellation erfüllt die Voraussetzungen von Art. 64 StGB. Bei ersteren kommt es auf die Umstände an.

Zusammenfassend scheint primär einzig die Verwahrung nach Art. 64 StGB geeignet, an eine mehrjährige Massnahme nach Jugendstrafrecht anzuschliessen. Die Durchbrechung der klaren Trennung von Sanktionen nach JStG und StGB zugunsten der öffentlichen Sicherheit erscheint zwar in seltenen Einzelfällen als geeignet, in spezialpräventiver Hinsicht die öffentliche Sicherheit aufrecht zu erhalten. In Frage kommt dabei wohl aber einzig die Verwahrung nach Erwachsenenstrafrecht. Mit der vorgeschlagenen Konzeption ist zu befürchten, dass jugendliche Ersttäter schlussendlich eher verwahrt werden, als erwachsene Ersttäter. Dies kann nicht Sinn und Zweck des Konzeptes sein.

3. Vollzugsprobleme

Institutionen, welche stationäre jugendstrafrechtliche Schutzmassnahmen vollziehen, sind weder verpflichtet, jugendliche Straftäter aufzunehmen noch den Vollzug bei anhaltender Renitenz oder gefährdenden Verhaltensweisen gegenüber anderen Platzierten und dem Personal fortzuführen. Regelmässig kommt es in solchen Fällen massiver Vollzugsprobleme dazu, dass Jugendliche der einweisenden Behörde m.E. von heute auf morgen «zur Verfügung» gestellt werden und zur Planung der Fortführung der stationären Schutzmassnahme in einem Gefängnis untergebracht werden müssen. Die «Aufbewahrung» jugendlicher Straftäter, welche auf Gutachten, Entscheid Fachkommission, Prüfung Erwachsenenschutzmassnahmen und schliesslich den Entscheid über die Anordnung stationärer Massnahmen des Strafgesetzbuches warten, in einem Gefängnis kann nicht mit den Zielen und der Ausrichtung des Jugendstrafgesetzes in Einklang gebracht werden.

4. Subsidiarität zu zivilrechtlichen Massnahmen

Gemäss der vorgeschlagenen Gesetzesänderung Art. 27a Abs. 1 lit. c) JStG beantragt die Vollzugsbehörde die Anordnung einer vorbehaltenen Massnahme, wenn die Voraussetzungen für eine geeignete Erwachsenenschutzmassnahme des Zivilrechtes nicht gegeben sind. Im Klartext bedeutet dies für die Praxis, dass die Vollzugsbehörde nach Einholen von Gutachten, Bericht der Vollzugseinrichtung und Anhörung der Person die «Nicht-Zuständigkeit» der zivilrechtlichen Behörde rechtskräftig zu klären hat, bevor überhaupt der Antrag auf Anordnung der vorbehaltenen Massnahme ans Erwachsenengericht erfolgen darf. Ein solcher Vorprozess führt aller Voraussicht nach über mehrere gerichtliche Instanzen und muss im Hinblick auf den einzureichenden Antrag auf Anordnung einer vorbehaltenen Massnahme entsprechend früh initiiert werden. Zum Zeitpunkt des effektiven Entscheides über die Anordnung einer vorbehaltenen Massnahme dürfte der (rechtskräftige) Entscheid zur Frage der Zuständigkeit der zivilrechtlichen Behörde

zur Anordnung von Massnahmen bereits überholt sein und die Situation neu beurteilt werden müssen.

Es wird angeregt, konkret zu prüfen, ob das Verfahren der Anordnung einer nach dem Jugendstrafgesetz vorbehaltenen Massnahme in den Zuständigkeitsbereich des Erwachsenengerichtes gelegt werden soll, ohne die Vorbedingung eines Prozesses für die Nicht-Zuständigkeit der zivilrechtlichen Behörde zu verlangen. Die Option des Jugendanwaltes oder des Jugendrichters, bei der KESB zivilrechtliche Massnahmen für Jugendliche zu beantragen würde dadurch nicht tangiert.

5. Zielkonflikt

Die Jugendanwaltschaft, beziehungsweise das Jugendgericht als Vollzugsbehörde wird mit den vorgeschlagenen Regelungen vom ersten Tag des jugendgerichtlich angeordneten Vollzuges an gefordert sein, konkrete Vorbereitungen im Hinblick auf den vor dem Erwachsenengericht zu stellenden Antrag treffen zu müssen, Gutachten einzuholen, Negativdaten zu sammeln und zu prozessieren. Der in Art. 2 JStG festgeschriebene Grundsatz und begleitende Auftrag von Schutz und Erziehung an die Vollzugsbehörde, mit dem Ziel, dass der verurteilte Jugendliche mit den angeordneten Schutzmassnahmen zu einem erfolgreichen Massnahmeabschluss kommt, würde damit völlig in den Hintergrund rücken. Dies ist umso stossender, als dass dem durchaus bewährten, jugendstrafrechtlichen Massnahmevollzug gerade bei den mutmasslich schwierigsten Jugendlichen und jungen Erwachsenen die Daseinsberechtigung entzogen würde.

6. Zuständigkeit Jugendanwalt/Jugendgericht

Die Jugendanwaltschaft, beziehungsweise das Jugendgericht ist gleichzeitig Strafuntersuchungsbehörde und vollziehende Behörde, das Jugendgericht zusätzlich urteilende Behörde im Jugendstrafverfahren. Auf Grundlage der Zielsetzung des Jugendstrafrechtes ist dies sehr zu begrüssen. Die Konzentration der verschiedenen Kompetenzen endet gemäss der aktuellen Gesetzgebung mit dem 25. Altersjahr der betroffenen Jugendlichen oder jungen Erwachsenen. Mit der vorgeschlagenen Regelung würde die Machtposition des Jugendanwaltes, beziehungsweise des Jugendrichters weiter ausgebaut (bis zu einem rechtskräftigen Entscheid des Erwachsenengerichtes) und würde zusätzlich akzentuiert, durch die Tatsache, dass deren Anwendung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt und bei einer Jugendanwaltschaft oder einem Jugendgericht m.E. nur ein relativ geringes, konkretes Knowhow zum Thema der Anordnung einer vorbehaltenen Massnahme aufgebaut werden könnte.

Es ist zu prüfen, ob die Zuständigkeit für die Anordnung und Durchführung des Verfahrens den durchaus erfahrenen Behörden des Massnahmevollzuges für Erwachsene übertragen werden müsste.

Besten Dank für die Kenntnisnahme.

Für allfällige Rückfragen stehe ich selbstverständlich zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**Schweizerische Vereinigung für
Jugendstrafrechtspflege**
Die Präsidentin



Barbara Altermatt

Per E-Mail und A-Post

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

St. Gallen, den 30. September 2020

Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes: Massnahmenpaket Sanktionenvollzug

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung in rubrizierter Angelegenheit. Gerne nehmen wir innert Frist zu ausgewählten Punkten Stellung. Die vorliegende Vernehmlassung beruht dabei namentlich auf Überlegungen von Frau Prof. Dr. Marianne Heer, Mitglied der SVR-ASM und Richterin am Kantonsgericht Luzern, zuhanden des Unterzeichneten.

1. Vorbemerkung

Das Massnahmenrecht unterliegt in jüngerer Zeit einem Umdenken, welches sich insbesondere in der Vollzugspraxis und den damit zusammenhängenden Verfahren auswirkt. So ist seit längerem ein zunehmendes Sicherheitsdenken festzustellen, das bei den Betroffenen zwangsläufig mit einer Zunahme von Eingriffen in deren persönliche Freiheit verbunden ist. Damit entsteht naturgemäss auch vermehrt ein Bedürfnis nach einer Rechtskontrolle namentlich durch die Gerichte. Dies hatte und hat eine starke Zunahme von Verfahren zur Folge. Die seit Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches unveränderten Abläufe und Zuständigkeiten müssen und sollen unter diesen Umständen hinterfragt werden. Wir beschränken uns nachfolgend auf zwei Punkte, welche sich direkt auf die Tätigkeit der Gerichte auswirken, nämlich einerseits die Legitimation der Vollzugsbehörden (nachfolgend Ziff. 2) und andererseits die Frage der Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme (Ziff. 3).

2. **Legitimation der Vollzugsbehörden** (Art. 65a VE-StGB; Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 8 VE-BGG)

Wie im erläuternden Bericht zu Recht festgehalten wird,¹ sind kantonale Vollzugsbehörden nicht zur Beschwerde legitimiert.² Entgegen dem Vorentwurf erachten wir es nicht als sinnvoll, die Vollzugsbehörde im kantonalen und im bundesgerichtlichen Verfahren mit Rechtsmittellegitimation auszustatten. Wohl trifft zu, dass die Vollzugsbehörden die konkrete Situation und Verfassung des Verurteilten am besten kennen. Die Vollzugsbehörden können und sollen sich jedoch an die Staatsanwaltschaft wenden bzw. sich mit dieser absprechen,³ so dass diese die Interessen und das Knowhow der Vollzugsbehörden einbringen kann. In diesem Sinne hat denn auch das Bundesgericht in jüngster Zeit hervorgehoben, dass es ebenfalls in den Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft gehört, Vollzugsfragen zu behandeln, um dem öffentlichen Sicherheitsinteresse Nachachtung zu verschaffen. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist daran festzuhalten, dass die Staatsanwaltschaft im Gerichtsverfahren Ansprechperson ist. Im Übrigen sollte ganz allgemein vermieden werden, dass zwei oder mehrere staatliche Behörden als Parteien im Strafverfahren beteiligt sind und zu denselben Fragen (im ungünstigsten Fall gar abweichende) Anträge stellen.⁴ Hinzu kommt, dass durch eine solche Mehrfachvertretung ein fragwürdiges (personelles) Ungleichgewicht zwischen den Strafbehörden auf der einen und dem Verurteilten auf der anderen Seite geschaffen wird. Auch aus diesen Gründen ist die vorgeschlagene Regelung abzulehnen.

3. **Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer therapeutischen Massnahme** (Art. 62c Absatz 1 [Einleitungssatz] und 5, Art. 62d Abs. 1, Art. 63a Abs. 1 und 2 [Einleitungssatz] sowie Art. 65a VE-StGB, Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 8 VE-BGG)

In der Praxis sind insbesondere bei den Fragen um die Beendigung von therapeutischen Massnahmen zahlreiche Unzulänglichkeiten festzustellen. Diesbezüglich sind die gesetzlichen Regelungen teilweise nicht mehr zeitgemäss und in gewissen Bereichen widersprüchlich. Entsprechend begrüssen wir, dass dieser Bereich einer Überprüfung unterzogen wird.

¹ Bericht, S. 15.

² Vgl. zuletzt das Urteil des Bundesgerichts 6B_691/2018 vom 19. Dezember 2018, E. 1.2.

³ Gl. M. offenbar auch Bericht, S. 32.

⁴ Zu dieser Möglichkeit siehe auch Bericht, S. 32.

Über die Änderung oder Verlängerung einer Massnahme befindet nach geltendem Recht unbestrittenermassen ein Strafgericht; das Verfahren unterliegt den Regeln der StPO. Das ist richtig. Über die Aufhebung einer Massnahme dagegen haben die Vollzugsbehörden zu entscheiden, deren Verfügung auf dem Gerichtsweg überprüft werden kann. Seit längerer Zeit werden im Schrifttum sowie auch in Kreisen der Justiz für die Phase der Beendigung einer Massnahme die Doppelspurigkeit der Zuständigkeiten und generell die Verschiedenartigkeit der Verfahren kritisiert. Diese führt nicht nur zu einer unerwünschten Verkomplizierung der Abläufe und einer damit verbundenen zeitlichen Verzögerung, was im Zusammenhang mit Freiheitsentzügen nicht hinzunehmen ist. Die heute geltende Regelung birgt vielmehr auch die Gefahr, dass verschiedene Entscheidungsträger zu praktisch gleichen Fragen unterschiedliche Entscheide treffen. Dies bringt Unsicherheiten im Vollzug mit sich und führt auch zu einem Fehlen von Akzeptanz der Entscheide bei den Betroffenen, die jedenfalls bei therapeutischen Massnahmen für eine erfolgreiche Durchführung der Massnahme unabdingbar ist. Indem eine grundsätzliche Zuständigkeit des Strafgerichts für die Aufhebung von Massnahmen begründet wird, lässt sich diesen Überlegungen zufriedenstellend Rechnung tragen.⁵ Gleichzeitig darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Strafgerichte bereits heute gesamtschweizerisch sehr stark belastet sind.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen schlagen wir Ihnen deshalb folgende Regelung vor: In unstreitigen Fällen und wenn sich keine Weiterungen wie die Anordnung einer anderen Massnahme oder des Strafvollzugs aufdrängen, soll die Vollzugsbehörde in eigener Kompetenz über die Aufhebung der Massnahme entscheiden können. Dies führt dazu, dass bei den Gerichten nicht unnötig zusätzliche Ressourcen in Anspruch genommen werden müssen. Sind hingegen neue Anordnungen nötig, hat die Vollzugsbehörde dem Strafgericht Antrag zu stellen. Dieses entscheidet über die Rechtsfolgen nach Art. 62c Abs. 2, 3, 4 oder 6 sowie Art. 63b Abs. 2 bis 5 StGB. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen implizit ergibt, muss die Beurteilung durch ein *Strafgericht* und damit in Anwendung der StPO erfolgen.

Weiter erscheint es uns nicht sachgerecht, zwischen den Verfahren betreffend Aufhebung der Massnahme und bedingter Entlassung zu unterscheiden. Auch für den letztgenannten Fall drängt sich eine primäre Zuständigkeit eines Strafgerichts auf, wenn der Fall umstritten ist. Wiederum soll die Vollzugsbehörde in eigener Kompetenz eine bedingte Entlassung vornehmen können, wenn eine solche unstreitig ist.

⁵ Eine solche Zuständigkeit eines Strafgerichts ist dem StGB übrigens auch nicht völlig fremd. Zu erinnern ist an die heute schon geltende Regelung gemäss Art. 63a Abs. 3 StGB im Fall der neuen Delinquenz im Zusammenhang mit ambulanten Behandlungen. Danach befindet das für die Beurteilung der neuen Delikte zuständige Gericht auch gleich über die ambulante Massnahme bzw. hebt diese allenfalls auf.

Schliesslich erlauben wir uns, auf folgende Unklarheiten aufmerksam zu machen:

- Bekanntlich kann ein Betroffener ungeachtet der jährlichen Prüfung durch die Vollzugsbehörde ein selbständiges Gesuch betreffend Aufhebung der Massnahme und bedingte Entlassung stellen. Die neuen gesetzlichen Vorschläge lassen die Vermutung entstehen, dass ein erfolgloses Gesuch der betroffenen Person betreffend Aufhebung der Massnahme nach wie vor einen negativen Entscheid der Vollzugsbehörde zur Folge hätte, über den entsprechend der heutigen Rechtslage, d.h. in den meisten Kantonen auf dem verwaltungsgerichtlichen Weg, entschieden werden müsste. Damit würde die verpönte Doppelspurigkeit nach wie vor bestehen. Dies würde die angestrebte Verbesserung der Situation gegenüber dem Ist-Zustand wieder stark relativieren und ist zu verhindern. Für solche Fälle muss der Betroffene unseres Erachtens direkt an ein Strafgericht gelangen können.
- Art. 62c Abs. 2 StGB ist in der Vorlage nicht aufgeführt und soll daher offensichtlich nicht geändert werden. Es ist schwer vorstellbar, dass nach Aufhebung der Massnahme nach nicht erfolgreichem Verlauf die Voraussetzungen für den bedingten Strafvollzug gegeben sein sollen, nachdem die Anordnung der Massnahme ja eine ungünstige Prognose voraussetzte. Da das Gericht die Dauer der Freiheitsstrafe im Sachurteil festgelegt hat und die Dauer des mit der Massnahme verbundenen Freiheitsentzugs von Gesetzes wegen (Art. 57 Abs. 3 StGB) anzurechnen ist, bräuchte es an sich keinen gerichtlichen Entscheid für die Anordnung der Reststrafe. Die Gerichte könnten hier entlastet werden. Allerdings lässt sich der Fall denken, dass die Frage des Erfolgs oder Misserfolgs der Massnahme oder die Dauer der Massnahme umstritten sind. In diesen Fällen muss der Betroffene das Gericht anrufen können. Wiederum hat das Strafgericht originär darüber zu befinden, um unnötige Verzögerungen zu vermeiden. Die Vollzugsbehörde hätte diesfalls, wenn sie die Auffassung des Betroffenen nicht teilt, den Fall an das Strafgericht weiterzuleiten.

Wir hoffen, Ihnen mit den vorstehenden Überlegungen gedient zu haben. Abschliessend danken wir Ihnen nochmals für die Gelegenheit zur Vernehmlassung.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Im Namen des Vorstandes



Prof. Dr. Patrick Guidon
Präsident SVR-ASM



Schweizerische Vereinigung
Städtischer Polizeichefs SVSP
c/o Stadtpolizei Zürich
8001 Zürich
Telefon 044 411 71 02
<http://www.svsp.info/d/home.asp>

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz

annemarie.gasser@bj.admin.ch

Zürich, 11. September 2020

**Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug);
Stellungnahme der SVSP**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Im Namen der Schweizerischen Vereinigung Städtischer Polizeichefs (SVSP) danke ich Ihnen für die Einladung zur Teilnahme am eingangs erwähnten Vernehmlassungsverfahren.

Die vorgesehenen Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB) und des Jugendstrafgesetzes (JStG) betreffen verschiedene Massnahmen, welche einerseits der Resozialisierung gefährlicher Straftäter dienen und andererseits den Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern bezwecken. Grundsätzlich unterstützen wir die beabsichtigten Änderungen.

Nachfolgend gehen wir auf die für die Polizei relevanten Änderungen kurz ein, bei denen wir einen gewissen Korrekturbedarf sehen.

Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen

Für die Anordnung von Bewährungshilfe und Erteilung von Weisungen nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe ist im Gegensatz zur Anordnung von Bewährungshilfe und Erteilung von Weisungen nach dem Vollzug einer stationären therapeutischen Massnahme ein Vorbehalt im Grundurteil notwendig (vgl. Art. 41a, Art. 62f Abs. 1 und Art. 89a Abs. 1 und Abs. 2 VE-StGB). Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Hürde bei der Freiheitsstrafe eingebaut wurde. Wenn das Gericht zum Zeitpunkt des Grundurteils zum Schluss kommt, dass die Tatumstände und die Persönlichkeit des Täters nicht erwarten lassen, dass er erneut ein Verbrechen begeht, durch welches er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigt, so bringt es keinen Vorbehalt im Urteil an. Falls im Verlaufe des Vollzugs der Freiheitsstrafe jedoch Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Straftäter rückfällig werden könnte, ohne dass er jedoch eine weitere Straftat begangen hat, so könnten nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe keine Bewährungshilfe erteilt und keine Weisungen angeordnet werden, da es an der Voraussetzung des Vorbehalts im Grundurteil fehlt. Dies gilt es zu verhindern, weshalb die Voraussetzung des Vorbehalts von Bewährungshilfe und Weisungen nach dem Vollzug einer Freiheitsstrafe im Grundurteil gestrichen werden soll.



Änderung des Jugendstrafgesetzes

Gemäss Art. 19b Abs. 2 VE-JStG kann im Gegensatz zu Art. 67 Abs. 2^{bis} StGB kein lebenslängliches Tätigkeitsverbot angeordnet werden. Dies ist unverständlich, denn die betroffene Person ist zu diesem Zeitpunkt volljährig. Die vorgesehenen Änderungen in Bezug auf die Verlängerungsmöglichkeit sowie die nachträgliche Anordnung eines (zusätzlichen) Verbots oder die Erweiterung eines Verbots werden begrüsst, da sie es erlauben, gezielt auf das veränderte Verhalten der betroffenen Person einzugehen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Daniel Blumer, RA lic.iur.
Präsident SVSP

Kopie an:

- Vorstand SVSP
- Sekretariat KSSD



Beitrag zur
Vernehmlassung
zur Änderung des Strafgesetzbuches und des
Jugendstrafgesetzes
(Massnahmenpaket Sanktionenvollzug)

vom 30. September 2020

Eingereicht von:

Institut für Strafrecht und Kriminologie

Universität Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Schanzeneckstrasse 1

Postfach

3001 Bern

Beteiligte Personen

Julia Lehmann

MLaw, Rechtsanwältin

julia.lehmann@krim.unibe.ch

Vera Moser

MLaw

vera.moser@krim.unibe.ch

Rafael Studer

MLaw, Rechtsanwalt, LL.M.

rafael.studer@krim.unibe.ch

Rahel Manetsch-Imholz

MLaw

rahel.manetsch-imholz@krim.unibe.ch

Benjamin Stückelberger

BLaw

benjamin.stueckelberger@krim.unibe.ch

Jonas Weber

Prof. Dr., Rechtsanwalt, LL.M.

jonas.weber@krim.unibe.ch

Sophia Moczko

BLaw

sophia.moczko@krim.unibe.ch

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Suter

Sehr geehrte Damen und Herren

Das Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern bedankt sich für die Einladung, Rückmeldung zu den Gesetzesänderungsvorschlägen des „Massnahmenpaket Sanktionenvollzug“ geben zu können, welche wir gerne wahrnehmen. Wir konzentrieren uns hierbei auf eine Vernehmlassungsantwort zu den vorgeschlagenen Änderungen des Strafgesetzbuches.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitende Bemerkungen	2
1.1	Geschlechtergerechte Sprache	2
1.2	Begriff «Täter»	2
1.3	Schaffung spezialisierter Vollzugsgerichte	3
2	Zu den vorgeschlagenen Neuerungen	4
2.1	Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug ausschliessen	4
2.2	Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung	11
2.3	Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen	15
2.4	Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung, Verlängerung und Entlassung aus therapeutischen Massnahmen	16
2.5	Zusammensetzung und Beizug der Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern	21
2.6	Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen	25

1 Einleitende Bemerkungen

1.1 Geschlechtergerechte Sprache

Der Vorentwurf verwendet durchgängig das generische Maskulinum zur Beschreibung von Personengruppen. Dies entspricht nicht den Vorgaben der Bundeskanzlei zur geschlechtergerechten Sprache, welche bei Teilrevisionen grosser Gesetze verlangt, neue Bestimmungen auf jeden Fall geschlechtergerecht zu formulieren, wenn ein zusammenhängender grösserer Teil eines solchen Kodexes revidiert wird.¹ Da dies hier der Fall ist, empfehlen wir die Verwendung geschlechtergerechter Sprache.

1.2 Begriff «Täter»

Im Vorentwurf wird zur Bezeichnung von Personen in verschiedenen Kontexten die Bezeichnung «Täter» verwendet, ohne dass dies im erläuternden Bericht unter den terminologischen Anpassungen diskutiert würde.² Abgesehen von der fehlenden Geschlechtergerechtigkeit dieser Terminologie, erachten wir sie auch als ungenau. Die Bezeichnung einer Person als «Täter» mag zweckmässig sein im Zeitpunkt der Anordnung einer Sanktion, da hierbei die Reaktion auf die verübte Tat der Ausgangspunkt der rechtlichen Folgen ist. Im weiteren Vollzugsverlauf tritt diese Tat jedoch in den Hintergrund, während zeitgleich andere Aspekte – wie die Wiedereingliederung in die Gesellschaft oder die Sicherung – in den Fokus rücken.³ Die Bezeichnung als «Täter» bewirkt jedoch eine Reduzierung der Person auf die begangene Tat und erscheint daher in diesem Kontext nicht angebracht. Wir empfehlen folglich die Verwendung exakterer Personenbezeichnungen, wie dies im Gesetz bereits heute teilweise gehandhabt wird.⁴ Als geeignet erscheint uns beispielsweise die Bezeichnung «inhaftierte Person».

¹ Schweizerische Bundeskanzlei, Die Geschlechtergerechte Sprache, Leitfaden zum geschlechtergerechten Formulieren im Deutschen, 2. Aufl. 2009, S. 77.

² Vgl. Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zur Änderung des Strafgesetzbuches und zur Änderung des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug), 6. März 2020, S. 28.

³ Vgl. etwa Art. 75 Abs. 1 StGB.

⁴ Vgl. nur als Auswahl: Art. 62a Abs. 1 StGB („bedingt Entlassene“); Art. 74 StGB („Gefangener“, „Eingewiesener“); Art. 93 StGB („betreute Person“).

1.3 Schaffung spezialisierter Vollzugsgerichte

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen das Sanktionen- sowie das Vollzugsrecht. Wir möchten die Gelegenheit ergreifen und dem Bundesrat eine in diesen Rechtsgebieten bereits länger diskutierte Massnahme empfehlen: Die Einrichtung spezialisierter Vollzugsgerichte für nachträgliche Entscheide, welche immer als erstinstanzliche Gerichte entscheiden.

Entscheide im Rahmen des Vollzugs, die einem Gericht vorbehalten sind, werden im nachträglichen Verfahren nach Art. 363 StPO gefällt.⁵ Dabei ist das erstinstanzliche Gericht zuständig resp. unter gewissen Voraussetzungen dasjenige Gericht, welches sich zuletzt mit dem Fall beschäftigte.⁶

Diese Entscheide sind oftmals hochkomplex und bedingen die Würdigung von Vollzugsverläufen, etwa bei Verlängerung einer Massnahme, der Modifikation von Bewährungshilfe und Weisungen oder im Zusammenhang mit der Rückversetzung in den Strafvollzug.⁷ Die zu würdigenden Punkte weichen stark von denjenigen ab, die in anderen durch die Strafgerichte zu behandelnden Fällen zu entscheiden sind. Damit verbundene Problematiken erkennend, hat bspw. Deutschland für derartige Entscheide spezialisierte Strafvollstreckungskammern geschaffen.⁸

Um eine erhöhte Spezialisierung zu erreichen und diese Fälle mit der nötigen Expertise entscheiden zu können, empfehlen wir zur Fällung für die den Gerichten zustehenden selbstständigen nachträglichen Entscheide die Einführung von Vollzugsgerichten. Wir empfehlen auch die Möglichkeit der Zuweisung weiterer Materien durch die Kantone, bspw. solcher Fälle, welche heute bereits durch bestehende kantonale Vollzugsgerichte entschieden werden.⁹ Um die Spezialisierung auch in kleineren Kantonen zu ermöglichen, empfehlen wir, die Möglichkeit vorzusehen, interkantonale Gerichte zu schaffen, analog der jugendstrafrechtlichen Regelung in Art. 8 Abs. 2 JStPO.

⁵ BSK StPO-HEER, Art. 363 StPO N 4, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014.

⁶ BSK StPO-HEER (Fn. 5), Art. 363 StPO N 6.

⁷ Vgl. BSK StPO-HEER (Fn. 5), Art. 363 StPO N 1; als Ausnahme kann hier Art. 36 StGB genannt werden, welcher aufgrund des nicht bestehenden Ermessensspielraums (BSK StGB-DOLGE, Art. 36 N 14, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht (StGB/JStG), Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2019) auch keine Kompetenzen in der Würdigung des Vollzugsverlaufs benötigt. Eine Zuweisung zu einem Vollzugsgericht wäre insofern nicht notwendig, schadet i.S. einer Simplifizierung des Gesetzes jedoch auch nicht.

⁸ § 462a Abs. 1 i.V.m. §§ 453, 454, 454a, 462 D-StPO.

⁹ Vgl. etwa Art. 5 VS-EGStGB; GS 311.1.

Dieser Vorschlag hätte noch einen weiteren Vorteil: Aufgrund der Einordnung als erstinstanzliches Gericht, würde klar, dass seine Entscheidungen bzw. Urteile immer das Rechtsmittel der Beschwerde oder der Berufung offenstehen würde. Somit könnte die in der StPO-Revision vorgesehene konsequente Umsetzung des double instance-Prinzips¹⁰ in diesem Verfahren in jedem Fall Anwendung finden und eventuelle Problematiken mit der EMRK¹¹ gelöst werden.

2 Zu den vorgeschlagenen Neuerungen

2.1 Unbegleitete Urlaube für verwahrte Täter im geschlossenen Vollzug ausschliessen

2.1.1 Urlaube während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.1.1, 1.2.1, 1.2.2, 1.3.1, 2.1

Betrifft: Art. 84 Abs. 6^{bis} VE-StGB

Empfehlung:	Art. 84 Abs. 6 ^{bis} VE-StGB ist <i>abzulehnen</i> .
Hinweise/Vorbehalte:	Die vorgeschlagene Änderung läuft der Gesetzessystematik des Sanktionenrechts zuwider und schafft damit ein inkonsistentes System, steht im Widerspruch zu übergeordnetem Recht, ist aus Sicht der berechtigten Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit weder sinnvoll noch notwendig und aus rechtsstaatlicher Perspektive insgesamt nicht haltbar.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	-

¹⁰ Vgl. Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung vom 28. August 2019, BBl 2019 6697 ff., S. 6711.

¹¹ Vgl. BSK StPO-HEER (Fn. 5), Art. 363 StPO N 5.

B Begründung

I Vorgeschlagene Änderung

Gemäss Gesetzeswortlaut sollen unbegleitete Urlaube im Vorabvollzug der Freiheitsstrafe ausgeschlossen werden.

Die Ausführungen im erläuternden Bericht¹² suggerieren, dass die der Verwahrung vorausgehende Freiheitsstrafe stets in einem geschlossenen Setting vollzogen wird und daher die fragliche Anpassung in jedem Fall Konstellationen des geschlossenen Strafvollzugs erfasst. Damit wird augenscheinlich verkannt, dass auch im Rahmen des Vorabvollzugs der Freiheitsstrafe ein Stufenvollzug von Gesetzes wegen vorgesehen ist. Der Vorabvollzug der Freiheitsstrafe muss folglich nicht zwingend in einem geschlossenen Vollzugssetting erfolgen (siehe dazu sogleich nachfolgend). Durch die fehlende Eingrenzung auf den geschlossenen Vollzug, bringt der Wortlaut von Art. 84 Abs. 6^{bis} VE-StGB folglich einen generellen Ausschluss von unbegleiteten Urlaube im Vorabvollzug der Freiheitsstrafe mit sich.

II Geltendes Recht

Nach derzeitiger Rechtslage ist die Gewährung von Vollzugsöffnungen sowohl während des Verwahrungsvollzugs, als auch während des Vorabvollzugs der Freiheitsstrafe vorgesehen,¹³ weshalb von Gesetzes wegen insbesondere auch unbegleitete Urlaube möglich sind.¹⁴

Voraussetzung hierfür ist, dass keine Fluchtgefahr und keine Gefahr für die Begehung weiterer Straftaten besteht.¹⁵ Urlaube sind demnach bereits nach geltendem Recht ausgeschlossen, wenn eine Gefahr für Dritte vorliegt. Vor Gewährung eines Urlaubs muss daher eine entsprechende Beurteilung stattfinden.¹⁶ Als zusätzliche Sicherheitsschranke fungiert Art. 75a StGB. Demnach hat eine Fachkommission gemäss Art. 62d Abs. 2 StGB zu beurteilen, ob mit Vollzugsöffnungen eine Gefahr für die Öffentlichkeit verbunden ist, wenn die Vollzugsbehörde selber nicht in der Lage ist, dies eindeutig zu beurteilen.¹⁷

¹² Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 19 u. 29.

¹³ Art. 84 Abs. 6, Art. 90 Abs. 2^{bis}, Abs. 4 u. Abs. 4^{bis} StGB; zum Begriff der Vollzugsöffnungen vgl. Art. 75a StGB.

¹⁴ Art. 84 Abs. 6, Art. 90 Abs. 4 StGB.

¹⁵ Art. 84 Abs. 6 StGB.

¹⁶ Vgl. dazu etwa Strafvollzugskonkordat Nordwest- und Innerschweiz, SSED 09.1, Prüfschema für die Ausgangs- und Urlaubsgewährung im ordentlichen Verwahrungsvollzug mit ergänzenden Erläuterungen, 20. März 2020, S. 1 f.

¹⁷ ANDREA BAECHTOLD/JONAS WEBER/UELI HOSTETTLER, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2016, S. 332 N 57 f.

Im Straf- und Massnahmenvollzugsrecht gilt der Grundsatz der Freiheitsorientierung.¹⁸ Infolge dessen steht jeder Freiheitsentzug in der Entlassungsperspektive.¹⁹ Auch der Verwahrungsvollzug (inkl. Vorabvollzug der Freiheitsstrafe) muss folglich darauf abzielen, der verwahrten Person eine reale Perspektive im Hinblick auf eine mögliche Entlassung und eine Wiedererlangung der Freiheit zu eröffnen.²⁰ Der Grundsatz der Freiheitsorientierung ergibt sich aus Konventions- und Verfassungsrecht (insbes. Art. 3 und Art. 5 Ziff. 1 EMRK; Art. 7, Art. 10 und Art. 31 BV) und wird auf gesetzlicher Ebene durch Art. 74 und Art. 75 Abs. 1 StGB konkretisiert.²¹

Der Grundsatz der Freiheitsorientierung begründet einerseits einen prinzipiellen Anspruch auf einen stufenweisen Verwahrungsvollzug bei gegebenen Voraussetzungen, andererseits bedingt dessen Umsetzung die tatsächliche Anwendung der Progressionsstufen bzw. von Vollzugsöffnungen.²² Die Umsetzung des Grundsatzes der Freiheitsorientierung setzt das Bereitstellen von Übungsfeldern voraus,²³ da andernfalls eine notwendige Voraussetzung fehlt, um tragfähige Schlussfolgerungen hinsichtlich der Legalprognose ziehen zu können²⁴ und den betroffenen Personen die Gelegenheit genommen wird zu beweisen, dass sie sich künftig bewähren werden.²⁵

Unbegleitete Urlaube sind folglich notwendige Bestandteile des Sanktionsvollzugs und zwar insbesondere auch in geschlossenen Vollzugsettings. Die Gewährung von unbegleiteten Urlauben ermöglicht zum einen eine verbesserte Prognosegrundlage für die Einschätzung zukünftigen Verhaltens und zum anderen in einem kontrollierten Rahmen rasch auf ungünstige Entwicklungen zu reagieren und an den Defiziten zu arbeiten.²⁶

¹⁸ JONAS WEBER/JANN SCHAUB, Das private Wohnheim als offene Anstalt im Verwahrungsvollzug?, SZK 2018, S. 14 ff., 17.

¹⁹ BGer, 6B_720/2019 v. 22.8.2019, E. 1.3.3; BGer, 6B_1026/2018 v. 1.5.2019, E. 1.8; BGer, 6B_1343/2017 v. 9.4.2018, E. 2.5.3 m.H.a. Art. 75 Abs. 1 StGB, Art. 31 BV, Art. 5 EMRK.

²⁰ BGer, 6B_237/2019 v. 21.5.2019, E. 4.3; BGer, 6B_896/2014 v. 16.12.2015, E. 7.5; JANN SCHAUB/RAHEL MANNESCH-IMHOLZ, Art. 64 N 23, in: Damian K. Graf (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, Basel 2020.

²¹ WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 17.

²² Vgl. WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 17 f. u. 19 m.w.H.; vgl. auch BVerfG, Urteil v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, N 116 u. 128.

²³ Vgl. WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 17 f.; vgl. auch BVerfG, Urteil v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, N 116.

²⁴ Vgl. WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 18; ferner BVerfG, Urteil v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, N 116 u. 126.

²⁵ Vgl. MARIANNE HEER, Das Massnahmenrecht, in: Marianne Heer-Hensler (Hrsg.), Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, Bern 2007, S. 101 ff., S. 124 m.w.H.; s.a. MATTHIAS BRUNNER, Straf- und Massnahmenvollzug, in: Marcel Alexander Niggli/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel 2002, S. 223 ff., N 6.105.

²⁶ WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 18; vgl. BGE 124 IV 193 E. 4d/bb S. 199 f.; BVerfG, Urteil v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, N 116 u. 126; BSK StGB-HEER (Fn. 7), Art. 62 N 19a; dies., Art. 64a N 18 u. 20; s.a. Stellungnahme des Bundesrates vom 9.11.2011 zur Motion 11.3767.

Der systematische Ausschluss von Vollzugsöffnungen führt zu einer Verletzung von Bundes- und Konventionsrecht, wenn hierdurch Wiedereingliederungsbemühungen während Jahren verhindert werden.²⁷

Die Geltung des Stufenvollzugs wird im Übrigen auch in der Normierung von Art. 64 Abs. 3 StGB deutlich, wonach die Möglichkeit der bedingten Entlassung als letzte Progressionsstufe bereits aus dem Vorabvollzug der Freiheitsstrafe möglich sein soll und gesetzgeberisch ausdrücklich gewollt ist.²⁸

III *Beurteilung der vorgeschlagenen Neuerung*

Der generelle Ausschluss von unbegleiteten Urlauben im Vorabvollzug der Freiheitsstrafe steht im Widerspruch zur Gesetzessystematik des Sanktionenrechts sowie zu übergeordnetem Recht.

Eine weitere Problematik liegt darin, dass durch ein Verbot unbegleiteter Urlaube, eine wichtige Grundlage für die Beurteilung zukünftigen Verhaltens der betroffenen Personen entfällt. Als Folge davon sind zwei Szenarien denkbar: 1) Die betroffenen Personen erfahren weitere Vollzugsöffnungen auch ohne vorherige Erprobung durch unbegleitete Urlaube. 2) Infolge fehlender Informationen für eine tragfähige Legalprognose wird auf weitere Progressionen verzichtet.

Es ist augenscheinlich, dass beide Szenarien unbefriedigend sind: Während das erste in vielen Fällen nicht im Interesse der öffentlichen Sicherheit sein wird, begründet letzteres längerfristig einen rechtswidrigen Vollzug. Angesichts der restriktiven Vollzugspraxis bei der Verwahrung²⁹ ist letzteres als realistischeres Szenario zu vermuten.

Wenn nun argumentiert werden sollte, dass eine möglichst restriktive Vollzugspraxis im öffentlichen Sicherheitsinteresse liegt und daher dem Kernanliegen der Motion 11.3767 entspricht, ist auf Folgendes hinzuweisen: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird der Freiheitsanspruch der betroffenen Person umso gewichtiger, je länger eine Freiheitsent-

²⁷ Vgl. WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 21; ferner JÖRG KÜNZLI/ANJA EUGSTER/MARIA SCHULTHEISS, Haftbedingungen in der Verwahrung, Menschenrechtliche Standards und die Situation in der Schweiz, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern, 15. Juni 2016, S. 39 f.; vgl. auch BGer, 6B_746/2016 v. 8.12.2016, E. 1.4.2.

²⁸ Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003 vom 29. Juni 2005, BBl 2005 4689, S. 4712 f.

²⁹ Siehe dazu Bericht des Bundesrats, Verwahrungspraxis in der Schweiz; Bericht in Erfüllung des Postulats 13.3978 Rickli vom 27. September 2013, Bern 1. Juli 2015, S. 20; THOMAS FREYTAG/AIMÉE ZERMATTEN, Bedingte Entlassung aus dem Straf- versus Massnahmenvollzug: Sind die Praktiken gleich?, in: Daniel Fink/Jörg Arnold/Françoise Genillod-Villard/Niklaus Oberholzer (Hrsg.), Kriminalität, Strafrecht und Föderalismus, Bern 2019, S. 221 ff., S. 220, 234 f. u. 239.

ziehung dauert. Demgemäss steigen die Anforderungen an die Bewertung des Rückfallrisikos und somit an die Wahrung der Verhältnismässigkeit mit zunehmender Vollzugsdauer.³⁰ Bei der Beurteilung der Eingriffsintensität ist aber nicht nur die Dauer des Grundrechtseingriffs relevant, sondern die Schwere des Eingriffs ergibt sich im Besonderen aus den Modalitäten des Vollzugs.³¹ Werden Vollzugsöffnungen, deren Voraussetzungen erfüllt sind, verweigert und demnach der Grundsatz der Freiheitsorientierung nicht umgesetzt, führt dies dazu, dass der Verwahrungsvollzug als unverhältnismässig und damit als unrechtmässig bewertet werden muss.³² Eine unverhältnismässige Massnahme darf nicht weitergeführt werden.³³ Zwar mag dieser Zustand – da in diesem Zeitpunkt noch die schuldangemessene Strafe vollzogen wird – noch nicht im Vorabvollzug der Freiheitsstrafe eintreten. Lässt man jedoch den Vorabvollzug der Freiheitsstrafe ohne ernsthafte Resozialisierungsbemühungen verstreichen, werden sich die Wiedereingliederungsbemühungen nach Verwurfsantritt umso schwieriger gestalten. Eine unvorbereitete Entlassung aus einem jahrelangen Freiheitsentzug steht offensichtlich nicht im öffentlichen Sicherheitsinteresse. Dass sowohl der Vorabvollzug der Freiheitsstrafe wie auch der Verwahrungsvollzug freiheitsorientiert ausgestaltet werden, ist nicht nur in rechtlicher Hinsicht geboten, sondern liegt augenscheinlich auch im Interesse der Allgemeinheit.

Es ist klar, dass bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe mit anschliessender Verwahrung dem Sicherungszweck Rechnung getragen werden muss und dieser in ein Spannungsverhältnis mit dem Resozialisierungsanspruch und entsprechenden Vollzugsöffnungen tritt.³⁴ Es ist aber Aufgabe des (Rechts-)Staates, Sicherungsauftrag und Resozialisierungsanspruch angemessen auszubalancieren.³⁵ Ein vertretbarer Ausgleich zwischen dem Freiheitsanspruch der massnahmeunterworfenen Person und den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit³⁶ verlangt insbesondere, dass Vollzugsöffnungen zwar einzelfallbezogen abgelehnt wer-

³⁰ Zum Ganzen BGer, 6B_746/2016 v. 8.12.2016, E. 1.4.2; BGer, 6B_109/2013 v. 19.7.2013, E. 4.4.4.

³¹ ANJA EUGSTER, Die Verwahrung in der Schweiz, in: SKMR-Newsletter Nr. 20 vom 16. Dezember 2014, S. 6; WOLFGANG WOHLERS, Art. 56 N 10, in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020; ferner JONAS PETER WEBER, Zur Verhältnismässigkeit der Sicherungsverwahrung, Ausblick auf die künftige Anwendung von Art. 64 EStGB, ZStrR 2002, S. 398 ff., S. 404.

³² Vgl. WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 21.

³³ Statt vieler BGer, 6B_823/2018 v. 12.9.2018, E. 2.1; vgl. Art. 56 Abs. 6 StGB.

³⁴ KÜNZLI/EUGSTER/SCHULTHEISS (Fn. 27), S. 39; WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 17.

³⁵ Vgl. TOBIAS MUSHOFF, Strafe – Massregel – Sicherungsverwahrung, Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention, Frankfurt am Main 2008, S. 550 m.w.N.; ferner KÜNZLI/EUGSTER/SCHULTHEISS (Fn. 27), S. 40.

³⁶ Vgl. BGer, 6B_746/2016 v. 8.12.2016, E. 1.4.2.

den können, diesbezügliche, angemessene Bemühungen während des Vollzugs aber ernsthaft unternommen und auch ausgewiesen werden müssen.

Im Übrigen gilt es, sich zu vergegenwärtigen, dass Vollzugsöffnungen per se zu einer Verbesserung der Sicherheitslage beitragen.³⁷ Die Gewährung schrittweiser und sachgerechter Vollzugsöffnungen, die sich auf eine einzelfallbezogene, fundierte Einschätzung stützen, ermöglicht – wie bereits dargelegt – zum einen eine verbesserte Prognosegrundlage für die Einschätzung zukünftigen Verhaltens und zum anderen in einem kontrollierten Rahmen rasch auf ungünstige Entwicklungen zu reagieren und an den Defiziten zu arbeiten.³⁸

Restriktionen wie die vorgeschlagene Gesetzesänderung vereiteln demnach den vernünftigen Ausgleich der in Frage stehenden Interessen und sind augenscheinlich auch hinsichtlich des Gesellschaftsschutzes nicht sinnvoll.

Schliesslich ist festzuhalten, dass die vorgeschlagene Änderung darüber hinaus nicht notwendig ist resp. kein diesbezügliches praktisches Bedürfnis besteht: Vollzugsöffnungen werden bei der Verwahrung bzw. dem Vorabvollzug der Freiheitsstrafe nur äusserst restriktiv gewährt und erst nach Überwindung entsprechender gesetzlicher Sicherheitsschranken.³⁹

Die Gesetzesanpassung ist vor diesem Hintergrund als reine Symbolik zu entlarven, die ihr verfolgtes Ziel – namentlich mehr Sicherheit zu generieren – verfehlt und bei einer weitsichtigen Betrachtung im Gegenteil kontraproduktiv wirkt. Dass diese Symbolik auf Kosten der verwahrten Personen geht, ist in einem Rechtsstaat nicht haltbar, weswegen wir empfehlen, auf diese Revision zu verzichten.

³⁷ GORAN MAZZUCHELLI, Die Sicherungsfunktion des langen Freiheitsentzuges, recht 1996, S. 206 ff., S. 214; s.a. WEBER (Fn. 31), S. 407.

³⁸ WEBER/SCHAUB (Fn. 18), S. 18; vgl. BGE 124 IV 193 E. 4d/bb S. 199 f.; BVerfG, Urteil v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, N 116 u. 126; BSK StGB-HEER (Fn. 7), Art. 62 N 19a; dies., Art. 64a N 18 u. 20; s.a. Stellungnahme des Bundesrates vom 9.11.2011 zur Motion 11.3767.

³⁹ Siehe oben, 2.1.1/B/II u. 2.1.1/B/III; vgl. dazu auch Bericht Bundesrat (Fn. 29), S. 20; beachte ferner die Feststellung im Bericht Bundesrat (Fn. 29), S. 21, wonach «die Straftäter, welche die Aufsehen erregenden Straftaten der letzten Jahre während des Strafvollzugs begangen haben, mit einer Ausnahme keine Verwahrten waren».

2.1.2 Unbegleitete Urlaube während des Vollzugs einer Verwahrung

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.1.1, 1.2.1, 1.2.2, 1.3.1, 2.1

Betrifft: Art. 90 Abs. 4^{bis} VE-StGB

Empfehlung:	Art. 90 Abs. 4 ^{bis} VE-StGB ist <i>abzulehnen</i> .
Hinweise/Vorbehalte:	Die vorgeschlagene Änderung läuft der Gesetzessystematik des Sanktionenrechts zuwider und schafft damit ein inkonsistentes System, steht im Widerspruch zu übergeordnetem Recht, ist aus Sicht der berechtigten Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit weder sinnvoll noch notwendig und aus rechtsstaatlicher Perspektive insgesamt nicht haltbar.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	-

B Begründung

Die Gründe für die Ablehnung der vorgeschlagenen Änderung stimmen mit den oben dargelegten überein.⁴⁰ Im Speziellen ist zu betonen, dass die inhaftierte Person im Zeitpunkt des Verwahrungsantritts, die schuldadäquate Strafe bereits verbüsst hat.⁴¹ Die Verwahrung hat folglich keine schuldausgleichende Funktion,⁴² sondern wird ausschliesslich über das gesellschaftliche Sicherheitsinteresse legitimiert.⁴³ Ein schuldüberschreitender Freiheitsentzug lässt sich nur durch eine freiheitsorientierte Ausgestaltung des Vollzugs rechtfertigen,⁴⁴ weshalb ein genereller Ausschluss von unbegleiteten Urlaube im geschlossenen Verwahrungsvollzug in rechtsstaatlicher Hinsicht nicht haltbar ist.⁴⁵

⁴⁰ Siehe oben, 2.1.1.

⁴¹ BENJAMIN F. BRÄGGER, Der Verwahrungsvollzug in der Schweiz im Lichte der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Nicolas Queloz/Thomas Noll/Laura von Mandach/Natalia Delgrande (Hrsg.), Überwachen und Strafen: Neuere Entwicklungen im Justizvollzug, Bern 2018, S. 121 ff. u. 128.

⁴² DANIEL JOSITSCH/GIAN EGE/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, S. 24.

⁴³ BSK StGB-HEER/HABERMEYER (Fn. 7), Art. 64 N 6; WEBER (Fn. 31), S. 406; vgl. BBI 1999 II 1979, S. 1985.

⁴⁴ BVerfG, Urteil v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, N 101; vgl. Weber (Fn. 31), S. 407.

⁴⁵ Siehe oben, 2.1.1/B/II.

Insgesamt wird verkannt,⁴⁶ dass gerade unbegleitete Urlaube, die in einem kontrollierten Setting durchgeführt werden, wichtige Hinweise für die Beurteilung geben können, ob weitergehende Vollzugsöffnungen, insbesondere die Verlegung in eine offene Einrichtung, überhaupt zu verantworten sind.⁴⁷ Sie dienen – wie bereits dargelegt⁴⁸ – der Prognosestellung und hierdurch der Sicherheit.⁴⁹ Der Ausschluss von unbegleiteten Urlauben gerade im Zeitpunkt des geschlossenen Vollzugs widerspricht der Konzeption des Stufenvollzugs. Unbegleitete Urlaube gewinnen (anders als dies im erläuternden Bericht suggeriert wird) nicht erst nach Verlegung in eine offene Vollzugsanstalt oder in ein Arbeits- und Wohnexternat an Bedeutung, sondern sind insbesondere im geschlossenen Vollzug wichtig.

2.2 Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung

2.2.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.1.3, 1.2.3, 1.3.2, 2.2

Betrifft: Art. 64b Abs. 3 VE-StGB

Empfehlung:	<p>Art. 64b Abs. 3 VE-StGB ist <i>abzulehnen</i>.</p> <p><i>Eventualiter</i> sind Änderungen in Art. 64b Abs. 3 VE-StGB anzubringen.</p> <p><i>Zudem</i> ist Art. 64b Abs. 1 StGB um ein Prüfblogatorium zu ergänzen, wonach im Zeitpunkt des Verwahrungsantritts die Rechtmässigkeit der Verwahrung resp. das Vorliegen der Voraussetzungen der bedingten Entlassung zu überprüfen sind (analog Art. 64b Abs. 1 lit. b StGB).</p>
Hinweise/Vorbehalte:	<p>Zum Eventualantrag:</p> <ul style="list-style-type: none"> - «Frühestens» ist zu streichen; - Die Prüfung auf Gesuch hin wird von der vorgeschlagenen Neuerung nicht tangiert; die diesbzgl. Möglichkeit ist im Gesetzestext explizit zu erwähnen;

⁴⁶ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 19.

⁴⁷ Vgl. oben, 2.1.1/B/II u. 2.1.1/B/III.

⁴⁸ Siehe oben, 2.1.1/B/II u. 2.1.1/B/III.

⁴⁹ So auch Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 19, zu unbegleiteten Urlauben vor einer möglichen bedingten Entlassung.

	- In Fällen gemäss Art. 64b Abs. 3 VE-StGB hat die verwahrte Person Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand.
Vogeschlagene Neuformulierung:	-

2.2.2 Begründung

A Ablehnung von Art. 64b Abs. 3 VE-StGB

Bei der Verwahrung handelt es sich um eine sichernde Massnahme,⁵⁰ die der Gefahrenabwehr dient⁵¹ und grundsätzlich solange aufrechterhalten bleibt, wie von der verwahrten Person eine einschlägige Rückfallgefahr ausgeht.⁵² Für das Verhältnis von Strafe und Verwahrung gilt ein kumulatives System, weshalb die Verwahrung im Anschluss an die Freiheitsstrafe vollzogen wird⁵³ und folglich immer einen schuldüberschreitenden Freiheitsentzug bedeutet.⁵⁴ Infolgedessen und weil die Anordnung einer Verwahrung letztlich immer auf einer mehr oder weniger unsicheren Gefährlichkeitsprognose beruht, wiegt der Eingriff in die Freiheitsrechte besonders schwer. Der verurteilten Person wird im öffentlichen Interesse ein Sonderopfer auferlegt.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund soll die Verwahrung stets «ultima ratio» sein.⁵⁶

Das Ausgeführte – insbesondere die Sonderopferproblematik – verdeutlicht, dass sich eine Verlängerung des Prüfindervalls nicht rechtfertigt, sondern vielmehr der Staat in der Pflicht ist, die Überprüfung zu intensivieren, um damit zu gewährleisten, dass die Dauer der Freiheitsentziehung auf das unbedingt notwendige Mass minimiert wird, andernfalls der (rein präventive) Verwahrungsvollzug nicht zu rechtfertigen ist.⁵⁷ Das Argument des administrativen Aufwands vermag die Freiheitsgrundrechte der verwahrten Person in keinem Fall aufzuwiegen.

⁵⁰ KURT SEELMANN/CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, N 551.

⁵¹ BSK StGB-HEER (Fn. 7), Vor Art. 56 N 1 m.V.; vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979, S. 1985.

⁵² Vgl. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER (Fn. 42), S. 211.

⁵³ SEELMANN/GETH (Fn. 50), N 551; vgl. Art. 64 Abs. 2 StGB.

⁵⁴ BRÄGGER (Fn. 41), S. 128; WEBER (Fn. 31), S. 406.

⁵⁵ Zum Ganzen BVerfG, Urteil v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, N 101; CHRIS LEHNER, Freiheitsentziehende Massnahmen im schweizerischen Strafrecht, recht 2017, S. 81 ff., 82; s.a. BRÄGGER (Fn. 41), S. 128.

⁵⁶ Statt vieler BGE 134 IV 121 E. 3.4.4 S. 131; BSK StGB-HEER/HABERMEYER (Fn. 7), Art. 64 N 8 m.V.; JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER (Fn. 42), S. 211.

⁵⁷ Vgl. BVerfG, Urteil v. 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, N 101; BGer, 6B_896/2014 v. 16.12.2015, E. 7.5.

Es gilt festzuhalten, dass es die Aufgabe ist, resp. in der Verantwortung der involvierten Behörden liegt, dafür zu sorgen, dass die Prüfung nicht zu einem blossen administrativen Aufwand verkommt; namentlich indem der Verwahrungsvollzug freiheitsorientiert ausgestaltet wird und folglich die Zeit im Vollzug für die Wiedereingliederungsbemühungen genutzt wird, damit überhaupt neue Informationen in die Beurteilung einfließen können.⁵⁸ Auch wenn einige Jahre nacheinander die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung noch nicht gegeben sind, ermöglichen die jährlichen Überprüfungen – wenn sie denn also solche genutzt werden – eine Bestandsaufnahme und ggf. entsprechende Anpassungen am Vollzugsplan.

Die jährliche Überprüfung der bedingten Entlassung aus der Verwahrung ist demnach wichtige Voraussetzung, um einen grundrechtskonformen Verwahrungsvollzug zu gewährleisten, weswegen wir empfehlen auf diese Änderung zu verzichten.

B Eventualiter: Anpassung und Konkretisierung

Sollte die Änderung des Prüfungsintervalls beibehalten werden, ist Art. 64b Abs. 3 VE-StGB zum Zwecke einer ausgewogeneren und rechtsstaatlicheren Ausgestaltung anzupassen und zu konkretisieren.

Zunächst ist die gewählte Formulierung «so prüft sie diese [die bedingte Entlassung] frühestens nach drei Jahren wieder von Amtes wegen» unklar. Das Wort «frühestens» impliziert, dass die Prüfung der bedingten Entlassung nach drei negativen Entscheiden nicht vor Ablauf von drei Jahren erneut erfolgen darf, schliesst jedoch vom Wortlaut her nicht aus, dass auch ein längeres Intervall als drei Jahre legitim sein soll. Letzteres ist aus rechtsstaatlicher Perspektive nicht haltbar und gemäss erläuterndem Bericht auch nicht gewollt,⁵⁹ weshalb diese Unschärfe zu bereinigen ist. «Frühestens» ist demnach zu streichen oder durch «spätestens» zu ersetzen.

Aus dem Gesetzestext geht nicht eindeutig hervor, wie es sich mit dem weiteren Prüfungsintervall verhält, wenn nach drei Jahren die Prüfung der bedingten Entlassung erfolgt und wiederum abgelehnt wird. Diesbezüglich sollte eine Konkretisierung vorgenommen werden.

Die Prüfung auf Gesuch hin ist von der vorgeschlagenen gesetzgeberischen Neuerung nicht tangiert.⁶⁰ Diese Prüfmöglichkeit ist explizit in Abs. 3 festzuhalten. Die entsprechende Anpassung ist hinsichtlich des Umstands, dass verwahrte Personen im Vollzug i.d.R. nicht anwaltlich vertreten sind, der Freiheitsentzug schuldüberschiessend ist und des mit der Ver-

⁵⁸ Vgl. zum Ganzen BSK StGB-HEER (Fn. 7), Art. 64b N 1 m.V.; BRUNNER (Fn. 25), N 6.105 u. 6.108.

⁵⁹ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 29, «alle drei Jahre».

⁶⁰ Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 29.

wahrung verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in die Freiheitsgrundrechte⁶¹ sachgemäss und notwendig. Aus denselben Gründen sollte den verwahrten Personen für die Einreichung von Überprüfungsgesuchen ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Verfügung gestellt werden (in jedem Fall nach dreimaliger Ablehnung der bedingten Entlassung und der damit verbundenen Verlängerung des Prüfungsintervalls).

C Ergänzung von Art. 64b Abs. 1 StGB; insbesondere Prüfblogatorium

Im Weiteren soll auf eine gesetzgeberische Unstimmigkeit in der geltenden Fassung hingewiesen werden: Gemäss Art. 64b Abs. 1 lit. b StGB wird vor Antritt der Verwahrung von Amtes wegen geprüft, ob die Voraussetzungen für die Umwandlung der Verwahrung in eine stationäre therapeutische Behandlung gegeben sind. Hingegen wird nach Art. 64b Abs. 1 lit. a StGB erst nach Ablauf von zwei Jahren seit Verwahrungsantritt geprüft, ob die verwahrte Person bedingt entlassen werden kann. Diese zweijährige Mindestdauer des Verwahrungsvollzugs ist zum einen hinsichtlich der grundsätzlichen Möglichkeit einer bedingten Entlassung bereits aus dem Vorabvollzug der Freiheitsstrafe⁶² nicht einleuchtend. Zum anderen wird im Hinblick auf die Regelung gemäss Art. 64b Abs. 1 lit. b StGB eine rechtsungleiche Situation geschaffen, da nicht alle verwahrten Personen in den Anwendungsbereich von Art. 64b Abs. 1 lit. b StGB fallen und folglich bei einem Teil der verwahrten Personen, die Überprüfung im Zeitpunkt des Verwahrungsantritts nicht von Amtes wegen erfolgt.⁶³

Für eine bessere rechtsstaatliche Absicherung, und auch aus Gründen einer rechtsgleichen Behandlung, empfehlen wir daher, Art. 64b Abs. 1 StGB in jedem Fall wie folgt anzupassen:

Zu Beginn des Verwahrungsantritts ist von Amtes wegen zu prüfen, ob a) die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der Verwahrung (Art. 56 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 StGB) noch gegeben sind und bei Bejahung, ob b) allenfalls die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung vorliegen.⁶⁴

⁶¹ BGE 139 IV 57 E. 1.3.3 S. 61.

⁶² Art. 64 Abs. 3 StGB.

⁶³ Zum Ganzen BSK StGB-HEER (Fn. 7), Art. 64b N 1 u. 6; SCHAUB/MANETSCH-IMHOLZ (Fn. 20), Art. 64b N 5; die stationären Therapiemassnahmen sind ggü. der Verwahrung mit einer geringeren Eingriffsintensität verbunden (HEER [Fn. 25], S. 128), insbesondere weil an die Gewährung der bedingten Entlassung gemäss Art. 62 Abs. 1 StGB geringere Anforderungen gestellt werden (HEER [Fn. 25], S. 122 f.).

⁶⁴ Die Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen bei Verwahrungsantritt war in ähnlicher Form ursprünglich in Art. 64 Abs. 2 E-StGB 1998 vorgesehen, wobei die diesbzgl. kritischen Einwände die Chance einer zusätzlichen Absicherung resp. einer besseren rechtsstaatlichen Abstützung der Verwahrung nicht aufzuwiegen vermögen; vgl. dazu auch MARIANNE HEER, Einige Schwerpunkte des neuen Massnahmenrechts, ZStrR 2003, S. 376 ff., S. 408.

Im Minimum sind diejenigen verwahrten Personen, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 64b Abs. 1 lit. b StGB fallen, obligatorisch auf ihr jederzeitiges Prüfungsrecht hinzuweisen.⁶⁵

2.3 Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen

2.3.1 Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.3, 2.3

Betrifft: Art. 57a VE-StGB

Empfehlung:	Der Änderung ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i> .
Hinweise/Vorbehalte:	Die Regelung ist zu ergänzen um den vorzeitigen Massnahmenvollzug.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	Einfügen eines Absatzes 2 ^{bis} : Ein vorzeitiger Massnahmenvollzug gemäss Art. 236 StPO ist an die Dauer einer freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahme anzurechnen.

2.3.2 Begründung

Es ist zu begrüssen, dass die Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen gesetzlich geregelt wird. Insbesondere ist es richtig, dass durch die gesetzliche Regelung die so genannte Organisationshaft nicht (mehr) zu einer Verlängerung des Freiheitsenzuges führt.

Die vorgeschlagene Regelung lässt jedoch den vorzeitigen Massnahmenvollzug ausklammern, was u.E. nicht sachgerecht ist. Im vorzeitigen Massnahmenvollzug befindet sich die Person bereits im Vollzugssetting einer Massnahmen und erhält eine störungs- bzw. defizitbezogene Behandlung. Das Vollzugssetting unterscheidet sich im vorzeitigen Massnahmenvollzug nicht von jenem nach einem rechtskräftigen Urteil.

Es liegt im Interesse aller, wenn etwa ein psychisch schwer gestörter Straftäter so schnell als möglich mit einer geeigneten Behandlung beginnen kann. Dies ist in der Untersuchungshaft in der Regel nicht möglich. Erforderlich ist vielmehr ein vorzeitiger Massnahmenantritt. Die-

⁶⁵ BSK StGB-HEER (Fn. 7), Art. 64b N 1; SCHAUB/MANETSCH-IMHOLZ (Fn. 20), Art. 64b N 5.

ser erfolgt gemäss Art. 236 StPO auf Antrag des Beschuldigten. Die Anrechnung des vorzeitigen Massnahmenvollzugs an die Vollzugsdauer ist daher auch eine Motivation für die Person, sich möglichst bald einer geeigneten Behandlung zu unterziehen, womit die Dauer des Freiheitsentzugs insgesamt reduziert werden kann und die Vollzugskosten gesenkt werden können.

2.4 Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung, Verlängerung und Entlassung aus therapeutischen Massnahmen

2.4.1 Gerichtliche Zuständigkeit

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.4, 2.4

Betrifft: Art. 62c Abs. 1 und 5; Art. 62 d Abs. 1; Art. 63a Abs. 1 und 2 VE-StGB

Empfehlung:	Der Änderung ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i> . <i>Eventualiter</i> ist der Wortlaut zu präzisieren.
Hinweise/Vorbehalte	Die Zuständigkeiten bzgl. Aufhebung und bedingter Entlassung sind in gleicher Weise zu regeln und dem Gericht zuzuweisen. Beschlüsse zu Gunsten der eingewiesenen Person sind durch die Vollzugsbehörde zu treffen. <i>Eventualiter</i> : Die Antragsstellung durch die Vollzugsbehörde an das Gericht auf Begehren der eingewiesenen Person ist explizit im Gesetzestext zu verankern
Vorgeschlagene Neuformulierung:	Art. 62c Abs. 1 und 5 StGB: In der bisherigen Fassung belassen Art. 62d Abs. 1 VE-StGB: Die zuständige Behörde prüft auf Gesuch hin oder von Amtes wegen, ob und wann die inhaftierte Person aus dem Vollzug der Massnahme bedingt zu entlassen oder die Massnahme aufzuheben ist. Sie beschliesst darüber mindestens einmal jährlich oder kann Antrag an das Gericht stellen. Vorher hört sie die inhaftierte Person an und holt einen Bericht der Leitung der Vollzugseinrichtung ein.

	<p>Art. 62d Abs. 1^{bis} VE-StGB:</p> <p>Erklärt die inhaftierte Person nicht ihr Einverständnis zum Entscheid der Vollzugsbehörde, so stellt diese innert drei Tagen Antrag an das Gericht.</p> <p>Art. 63a Abs. 1 StGB: In der bisherigen Fassung belassen</p> <p>Art. 63a Abs. 1^{bis} VE-StGB:</p> <p>Erklärt die betreute Person nicht ihr Einverständnis zum Entscheid der Vollzugsbehörde, so stellt diese innert drei Tagen Antrag an das Gericht.</p> <p><i>Eventualiter:</i></p> <p>Art. 62d Abs. 1 VE-StGB:</p> <p>Die Vollzugsbehörde prüft auf Gesuch hin oder von Amtes wegen, ob und wann die inhaftierte Person aus dem Vollzug der Massnahme bedingt zu entlassen oder ob dem Gericht Antrag auf Aufhebung der Massnahme zu stellen ist. Sie beschliesst darüber mindestens einmal jährlich. Vorher holt sie einen Bericht der Leitung der Vollzugseinrichtung ein. Die inhaftierte Person ist anzuhören. Liegt ein Gesuch der inhaftierten Person vor, ist auf jeden Fall Antrag an das Gericht zu stellen</p> <p>Art. 63a Abs. 1 VE-StGB:</p> <p>Die Vollzugsbehörde prüft mindestens einmal jährlich, ob die ambulante Behandlung fortzusetzen oder dem Gericht Antrag auf Aufhebung der Massnahme zu stellen ist. Sie holt vorher einen Bericht der Therapeutin oder des Therapeuten ein. Die inhaftierte Person ist anzuhören. Liegt ein Gesuch der inhaftierten Person vor, ist auf jeden Fall Antrag an das Gericht zu stellen</p>
--	--

B Begründung

I Grundsätzlich: Aufhebung der Zweispurigkeit begrüssenswert

Im bisherigen Massnahmenrecht gilt, dass über die Anordnung und Verlängerung ein Strafgericht entscheidet. Die Aufhebung einer stationären Massnahmen erfolgt hingegen durch die Vollzugsbehörden.⁶⁶ Der Rechtsmittelweg bei Aufhebungen oder Umwandlungen ist kantonal geregelt und führt dabei regelmässig an ein Verwaltungsgericht.⁶⁷

Es ist sinnvoll, die Zweispurigkeit bei Umwandlungsentscheiden aufzuheben und eine Bündelung bei Gerichten vorzusehen. Wie beschrieben, werden von uns dafür Vollzugsgerichte empfohlen (siehe oben). Auch das Anliegen der widerspruchsfreien Entscheide und der aus rechtsstaatlicher Sicht problematischen Sicherheitshaft⁶⁸ verdient Unterstützung. Dennoch empfehlen wir, gewisse Änderungen vorzunehmen.

II Notwendigkeit der Gleichbehandlung bedingte Entlassung und Aufhebung der Massnahme

Wir empfehlen die Regelung einer gerichtlichen Zuständigkeit für die bedingte Entlassung aus einer Massnahme, analog zu derjenigen der Aufhebung einer Massnahme.

Die bedingte Entlassung aus einer stationären Massnahme ist aufgrund der fehlenden zeitlichen Limitierung bzw. der Verlängerbarkeit ein Entscheid von grosser Tragweite. Zudem ist zu beachten, dass die Probezeit nach einer bedingten Entlassung beliebig oft verlängert werden kann und deshalb eine definitive Entlassung unter Umständen gar nie erfolgen wird. Aufgrund der Bedeutung der Entscheidung über die bedingte Entlassung halten wir die Zuständigkeit einer funktionell, organisatorisch und personell unabhängigen Behörde für unabdingbar.⁶⁹ Aufgrund ihrer Eingliederung in die Verwaltungshierarchie kann eine Vollzugsbehörde diese Aufgabe nicht wahrnehmen.⁷⁰

⁶⁶ Art. 59 Abs. 1, Art. 62d Abs. 1 StGB.

⁶⁷ BSK StGB-HEER (Fn. 7), Art. 62d N 34.

⁶⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 14.

⁶⁹ STEFAN HEIMGARNTER, Art. 62d N 2, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2018.

⁷⁰ BSK StGB-HEER (Fn. 7), Art. 62d N 34a.

III *Ermöglichung freiheitsorientierter Entscheide durch die Vollzugsbehörde*

Weiter empfehlen wir die Zuständigkeit der Vollzugsbehörde für freiheitsorientierte Entscheide.

Da die Vollzugsbehörden ohnehin aufgrund ihrer Zuständigkeit den Vollzugsverlauf prüfen und daher für Ihren Entscheid kein vorgängiges separates Verfahren benötigen, bietet es sich im Sinne einer effizienten Verwaltung an, positive Entscheide zur bedingten Entlassung oder zur Aufhebung der Massnahme selbstständig durch sie treffen zu lassen.

Diese Lösung hätte sodann den Vorzug, dass sie einfach in der Umsetzung wäre und das bestehende Gesetz praktisch unverändert liesse. Da die Weiterleitung an das Gericht unterbleiben kann, wenn die eingewiesene Person darauf verzichtet, können unnötige Leerläufe verhindert werden. Denn Entscheide, welche nach der EMRK einer unabhängigen Behörde vorgelegt werden müssen, betreffen lediglich Fragen über einen neu anzuordnenden oder weiterhin aufrechtzuerhaltenden Freiheitsentzug (habeas corpus Grundsatz), freiheitsorientierte Entscheide können hingegen ohne weiteres auch durch eine Vollzugsbehörde erfolgen.⁷¹

IV *Eventualantrag*

Im erläuternden Bericht wurde festgehalten, dass auf ein schriftliches und begründetes Gesuch der betroffenen Person hin die Vollzugsbehörde in jedem Fall Antrag an das Gericht zu stellen habe.⁷² Aus dem vorgeschlagenen Gesetzestext wird dies jedoch nicht restlos ersichtlich, da dieser ebenfalls in einer Weise interpretiert werden könnte, als dass die eingewiesene Person lediglich ein Gesuch auf Antragsstellung einreichen könnte, bei Ablehnung dieses Gesuchs jedoch keine Weiterleitung an das Gericht erfolgen müsste. Dabei müsste erneut der verwaltungsrechtliche Verfahrenszug beschritten werden. Um diese Widersprüchlichkeit zu vermeiden und sicherzustellen, dass das Gesetz klar formuliert ist – was aufgrund geringer Rechtskenntnis und vermindertem Zugang zu rechtlicher Beratung zahlreicher inhaftierter Personen von besonderer Relevanz ist – empfehlen wir daher die Präzisierung des Wortlautes.

⁷¹ Vgl. Art. 5 Abs. 4 EMRK.

⁷² Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 32.

2.4.2 Rechtsmittellegitimation der Vollzugsbehörden

A Überblick

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.4, 2.4

Betrifft: Art. 65a VE-StGB; Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 8 VE-BGG

Empfehlung:	Den Änderungen ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i> .
Hinweise/Vorbehalte	<p>Eine Doppelspurigkeit bei der Legitimation zur Ergreifung von Rechtsmitteln ist zu vermeiden, weswegen auf eine Rechtsmittelbefugnis der Staatsanwaltschaft zu verzichten ist.</p> <p>Art. 65a VE-StGB betrifft eine prozessuale Frage und ist daher in der Strafprozessordnung zu regeln.</p>
Vorgeschlagene Neuformulierung:	<p>Neu Art. 365^{bis} StPO: Rechtsmittellegitimation der Vollzugsbehörde:</p> <p>Gegen selbstständige nachträgliche Entscheide des Gerichts kann die Vollzugsbehörde ein Rechtsmittel ergreifen. Die Staatsanwaltschaft ist nicht befugt, ein Rechtsmittel zu ergreifen.</p> <p>Neu Art. 413^{bis} StPO: Rechtsmittellegitimation</p> <p>In Verfahren zur nachträglichen Anordnung einer Verwahrung nach Artikel 65 Absatz 2 StGB kann die Vollzugsbehörde ein Rechtsmittel ergreifen. Die Staatsanwaltschaft ist nicht befugt, ein Rechtsmittel zu ergreifen.</p>

B Begründung

Grundsätzlich begrüssen wir die Intention des Bundesrats, den fachlich kompetenteren Vollzugsbehörden die Möglichkeit zur Einlegung von Rechtsmitteln zu geben. Dennoch empfehlen wir einige Anpassungen.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung schafft eine Doppelspurigkeit, welche sowohl Vollzugsbehörden als auch Staatsanwaltschaft die Möglichkeit zur Einlegung von Rechtsmitteln gibt. Dies schwächt die Stellung der eingewiesenen Person im Prozess und kreiert Ineffizienzen. Zudem konzentriert sich die Fachkenntnis der Staatsanwaltschaft auf die Ermitt-

lung von Straftaten und die Durchsetzung des Strafanspruch des Staates,⁷³ ergo andere Bereiche als die Beurteilung des Vollzugsverlaufs.⁷⁴ Deshalb empfehlen wir, das Einlegen von Rechtsmitteln in diesem Bereich der Vollzugsbehörde vorzubehalten.

Weiter empfehlen wir die Anpassung in einem formellen Punkt: Die zu regelnde Materie betrifft nicht das materielle Recht, vielmehr ist das Verfahrensrecht beschlagen.⁷⁵ Zur Erhöhung der Übersichtlichkeit und der Korrektheit des Gesetzes ist die Regelung konsequenterweise in der Strafprozessordnung unterzubringen.

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

2.5.1 Beizug der Fachkommission

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.2.6, 1.3.5, 2.5

Betrifft: Art. 62c, 62d Abs. 2, 62e, 64 Abs. 5, 64a, 64b Abs. 2 lit. c, 75a Abs. 1 und 3, 90 Abs. 1 und 1^{bis}, 91a, 91b VE-StGB; Art. 28 Abs. 2 VE-JStG

Empfehlungen	Den Änderungen ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i> . Es werden weitere Änderungsvorschläge unterbreitet.
Hinweise/Vorbehalte	Für eine ausgewogenere Zusammensetzung der Fachkommission sind zwingend Vertreter*innen aus der Anwaltschaft hinzuzuziehen. Art. 91a Abs. 2 lit. a bis d VE-StGB wirft hinsichtlich Umsetzung und Praktikabilität Fragen auf.
Vorgeschlagene Neuformulierung	Art. 91a Abs. 1 VE-StGB Die Fachkommission zur Beurteilung der Gefährlichkeit setzt sich mindestens aus Vertreterinnen und Vertretern der Strafverfolgungsbehörden, der Vollzugsbehörden, der Psychiatrie oder der Psychologie und der Anwaltschaft zusammen.

⁷³ Vgl. Art. 16 Abs. 2 StPO.

⁷⁴ Siehe dazu auch analog unsere Ausführungen zu den Strafgerichten und zur «Schaffung spezialisierter Vollzugsgerichte» in 1.3.

⁷⁵ Dies ergibt sich auch daraus, dass die Verweisnorm, Art. 104 Abs. 2 StPO, in der Strafprozessordnung geregelt ist, was auch der Bundesrat zu erkennen scheint (vgl. Erläuternder Bericht [Fn. 2], S. 32).

B Begründung

I Grundsätzliches

Die aktuell bestehenden Probleme im Zusammenhang mit den Fachkommissionen zur Beurteilung der Gefährlichkeit von Straftätern (nachfolgend Fachkommission) sind nicht neu und wurden in der Lehre bereits vielfach angesprochen und erörtert. Mit der Revision in vorliegender Form werden diese Probleme nicht umfassend behoben werden können. Im Verlauf der geplanten Revision ist darauf zu achten, die Problemfelder bezüglich Fachkommissionen nicht auszuweiten.

II Konkretisierung der Ausstandsvorschriften begrüßenswert

Es ist begrüßenswert, dass für die Fachkommission mit Art. 91a VE-StGB eigens ein erläuternder Artikel geschaffen wird. Weiter ist zu begrüßen, dass die Ausstandsvorschriften konkretisiert werden und nun explizit auf sämtliche Angehörige der Fachkommission anwendbar und nicht mehr auf die Berufsgruppe der Psychiater*innen begrenzt sind.

III Zusammensetzung problematisch

Die Zusammensetzung der Fachkommission ist weiterhin als problematisch einzustufen, weil sie durch den Einsitz der Strafverfolgungsbehörden und der Vollzugsbehörden ein Schwergewicht auf staatlicher Seite schafft. Für eine ausgewogenere Zusammensetzung der Fachkommission empfehlen wir daher, zwingend Vertreter*innen aus der Anwaltschaft hinzuzuziehen.

IV Beizug klar definieren und eng fassen

Zudem gibt das Verfahren vor den Fachkommissionen zu Recht Anlass zur Diskussion. Die Fachkommissionen können jeweils nur von kantonalen Behörden, nicht aber den betroffenen Personen oder ihrer rechtlichen Vertretung angerufen werden. Weiter sind die Sitzungen der Fachkommissionen nicht öffentlich zugänglich und deren Beschlüsse können von den betroffenen Personen nicht angefochten werden. Zudem zeigt sich in der Praxis, dass Fachkommissionen als faktische Entscheidungsgremien fungieren, obschon sie nicht demokratisch gewählter Teil der Judikative darstellen. Vor dem Hintergrund, dass die Empfehlungen der Fachkommissionen in der Praxis ein grosses Gewicht auf die gerichtlichen Entscheidungen haben, ist zu fordern, dass die Fachkommissionen die wesentlichen verfassungsrechtlichen

Mindestgarantien und Verfahrensrechte einhalten müssen.⁷⁶ Wir empfehlen demnach, den Beizug der Fachkommission klar zu definieren und eng zu fassen.

2.5.2 Legaldefinition der Gefährlichkeit

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.2.6, 1.3.5, 2.5

Betrifft: Art. 91b VE-StGB (und alle weiteren Bestimmungen in denen der Begriff „Gefährlichkeit“ verwendet wird)

Empfehlungen	Der Änderung ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i> .
Hinweise/Vorbehalte	Der Ausdruck «Gefährlichkeit» sollte im Gesetz vermieden werden. Stattdessen sollte der Begriff «Rückfallrisiko» verwendet werden.
Vorgeschlagene Neuformulierung	-

B Begründung

Auf den ersten Blick scheint sich in Bezug auf den Begriff der (Gemein)Gefährlichkeit mit dem neuen Artikel nicht viel zu ändern. Vergleicht man Art. 91b VE-StGB mit Art. 75a Abs. 3 StGB wird auf sprachlicher Ebene lediglich das «Gemein» gestrichen und auf inhaltlicher Ebene verschwindet das Kriterium der Fluchtgefahr. Diese beiden Anpassungen sind durchaus zu begrüssen, da der Zusatz «Gemein» unnötig⁷⁷ und die Fluchtgefahr kein Kriterium der Gefährlichkeit ausmacht⁷⁸. Zu begrüssen ist auch, dass die Legaldefinition in einem separaten, eigenständigen Gesetzesartikel normiert wird.

Die vorgeschlagene Legaldefinition von Art. 91b VE-StGB ist trotzdem zu kritisieren. Zum einen wirkt sie tautologisch, wenn die Gefährlichkeit über eine bestehende Gefahr definiert wird. Zum anderen ignoriert die Definition, dass die von einer Person ausgehende Gefahr auf

⁷⁶ BENJAMIN BRÄGGER/MARC GRAF, Gefährlichkeitsbeurteilung von psychisch kranken Straftätern, in: Jusletter 27. April 2015, S. 14 f.

⁷⁷ Vgl. BARBARA ROHNER, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Diss. Zürich 2016, N 217.

⁷⁸ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 38.

die Persönlichkeit oder einen (gestörten) Mentalzustand dieser Person zurückzuführen sein muss.⁷⁹ Im Bericht zum Vorentwurf wird richtigerweise festgehalten, dass bei einer Beurteilung der Gefährlichkeit «Eigenschaften kriminologischer, persönlicher und psychiatrischer Natur» miteinbezogen werden müssen.⁸⁰ Daraus folgt, dass Gefährlichkeit nicht als eine Eigenschaft eines Menschen angesehen werden darf, sondern «das Resultat einer Güterabwägung im Sinne einer normativ-juristischen bzw. sozialen Konstruktion der Erwartbarkeit bestimmter konkreter Rechtsgutverletzungen aus Sicht der Allgemeinheit» ist.⁸¹ Eine Zuschreibung des Prädikats «gefährlich» impliziert, dass sich die Allgemeinheit davor fürchtet, eine Person könnte (erneut) eine schwere Straftat begehen, und sie deshalb dieser Person keine Vollzugsöffnungen gewähren möchte.

Mit den Begriffen «gefährlich» und «Gefährlichkeit» muss vorsichtig umgegangen werden. Sie suggerieren, dass einer Person eine bestimmte Eigenschaft zukommt. Bei der Entscheidung, ob Vollzugsöffnungen gewährt werden können, geht es um die Frage, ob eine Person, die eine schwere Straftat begangen hat, in Zukunft wieder eine solche begehen wird und ihr deshalb vernünftigerweise keine Vollzugsöffnungen gewährt werden sollten. Um dies zu beurteilen, stellen sich konkret zwei Fragen: Wann besteht überhaupt ein Risiko, dass eine Person rückfällig wird und wann ist die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls zu gross, um Vollzugsöffnungen zu gewähren?

Korreakterweise sollte deshalb anstatt von «Gefährlichkeit» vielmehr von «Rückfallrisiko» gesprochen werden. Denn eine solche Bezeichnung wäre weniger stigmatisierend und würde das inhaltlich Gemeinte adäquater abbilden.

⁷⁹ Gemäss BGer ist eine Person gemeingefährlich, wenn sie aufgrund ihres «Geisteszustands die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährdet» (BGE 137 IV 201 E. 1.2 S. 203); gemäss dem Bericht zur Motion 16.3002 (Bundesamt für Justiz, Bericht zur Motion 16.3002 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates «Einheitliche Bestimmungen zum Strafvollzug bei gefährlichen Tätern», Bern November 2018), S. 8, geht die besagte Fachkommission davon aus, dass für die Zuschreibung der Gemeingefährlichkeit die betroffene Person «aufgrund ihrer Persönlichkeit oder infolge einer psychischen Störung eine unmittelbare Gefahr für eine weitere schwerwiegende Straftat» darstellen muss.

⁸⁰ Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 38 m.V.a ROHNER (Fn. 77), N 237.

⁸¹ ROHNER (Fn. 77), N 238.

2.6 Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen

2.6.1 Allgemeine Bemerkungen zum Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen

A Auswirkungen auf die Praxis der Bewährungshilfe

Die Anordnung von Bewährungshilfe nach endgültiger Entlassung sowie nach aufgehobener Massnahme setzt explizit das Vorliegen einer *negativen Legalprognose* voraus, während die heutige Klientel der Bewährungshilfe tendenziell eine positive Legalprognose aufweist (vgl. etwa Art. 86 Abs. 1 StGB). Es sollte bedacht werden, wie sich dieser Aspekt auf die Arbeit der Bewährungshilfe auswirken kann.

Bereits heute bildet die Kontrolle einen Teil der Bewährungshilfe. In zahlreichen Kantonen kontrolliert sie auch die Einhaltung von Weisungen, was ihr Aufgaben abverlangt, für die sie eigentlich nicht eingerichtet ist.⁸² Es ist jedoch anzunehmen, dass mit den vorgeschlagenen Neuerungen – also mit mehr Personen mit negativer Legalprognose und den ausgebauten Weisungen – die Kontrolltätigkeit zusätzlich erhöht würde. Damit würde sich der Spagat zwischen betreuenden und kontrollierenden Aspekten, welchen die Bewährungshilfe bereits heute zu bewältigen hat, weiter verschärfen. Das kann eine Veränderung in der Beziehung zwischen der Bewährungshilfe und ihren Klient*innen zur Folge haben.⁸³ Die Bewährungshelfer*innen müssen darauf vorbereitet sein, mit den vorgeschlagenen Änderungen u.U. vermehrt auf unkooperative Klientel zu stossen. So müssen Wege gefunden werden, wie die begleitende Komponente der Bewährungshilfe, welche ein gewisses Vertrauen voraussetzt, auch bei Klientel mit negativer Legalprognose nicht zu kurz kommt. Ausserdem müssen auf die Veränderungen angepasste Weiterbildungen angeboten werden, was mit einem finanziellen Mehraufwand verbunden ist.

B Sanktionen bei Verstössen gegen Bewährungshilfe und Weisungen

Es ist zu begrüessen, dass von der Einführung neuer Sanktionsmöglichkeiten bei Verstössen gegen Vereinbarungen mit der Bewährungshilfe und bei Missachtung von Weisungen abgesehen wurde und Art. 295 StGB beibehalten wird. Der Verzicht auf härtere Sanktionen zeigt

⁸² BSK StGB-IMPERATORI (Fn. 7), Art. 93 N 20.

⁸³ Vgl. WOLFGANG KLUG, Sozialarbeit mit Sexualstraftätern im Rahmen der Führungsaufsicht, in: *Bewährungshilfe* 2/2018, S. 138 ff., S. 149.

auf, dass diesbezüglich die in Deutschland geäusserte Kritik verstanden wurde.⁸⁴ Die im Bericht ausgeführte Argumentation⁸⁵ ist schlüssig und es sollte daran festgehalten werden.

2.6.2 Ausweitung von Bewährungshilfe und Weisungen auf weitere Personengruppen

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.2.7, 1.3.6.1, 1.3.6.3, 2.6

Betrifft: Art. 41a VE-StGB; Art. 34a^{bis} VE-MStGB; Art. 62f VE-StGB; Art. 89a VE-StGB

Empfehlung:	<p>Art. 41a VE-StGB ist <i>abzulehnen</i>, eventualiter zu <i>konkretisieren</i>.</p> <p>Art. 34a^{bis} VE-MStGB ist <i>abzulehnen</i>, eventualiter zu <i>konkretisieren</i>.</p> <p>Art. 62f VE-StGB ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i>, Abs. 6 ist <i>abzulehnen</i>.</p> <p>Art. 89a VE-StGB ist <i>abzulehnen</i>, eventualiter ist nur Abs. 6 <i>abzulehnen</i>.</p>
Hinweise/Vorbehalte:	<p>Die Möglichkeit von Bewährungshilfe und Weisungen nach aufgehobener Massnahme und nach endgültiger Entlassung aus dem Strafvollzug (sofern die Möglichkeit hier beibehalten würde), sollte zeitlich absolut befristet werden.</p> <p>Falls die Möglichkeit von Bewährungshilfe und Weisungen nach endgültiger Entlassung beibehalten würde, sollten die Anordnungsvoraussetzungen, v.a. beim Vorbehalt im Urteil, konkretisiert werden.</p>
Vorgeschlagene Neuformulierung	-

⁸⁴ Vgl. HELMUT POLLÄHNE, Führungsaufsicht als «Grenzwahe». Gefährliche Tendenzen in der ambulanten Kontrolle «Gefährlicher», in: Daniela Klimke (Hrsg.), Exklusion in der Marktgesellschaft, Wiesbaden 2008, S. 87 ff., S. 94 f.

⁸⁵ Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 26 ff.

B Begründung

I Vorbemerkung

Wir begrüssen es, dass der Bundesrat beabsichtigt, den Anwendungsbereich der Verwahrung nicht auszudehnen. Diese schwerste Sanktion, die das StGB kennt, darf auf keinen Fall leichthin ausgeweitet werden, indem die Schwelle der Gefährlichkeit, welche für eine Verwahrung erforderlich ist, nach unten gesetzt wird. Auch der Verzicht auf ein neues Institut, etwa in Anlehnung an die in Deutschland bestehende Führungsaufsicht, ist zu begrüssen.

II Keine Bewährungshilfe und Weisungen nach endgültiger Entlassung aus dem Strafvollzug

Wir empfehlen den Verzicht auf die Möglichkeit von Bewährungshilfe und Weisungen nach endgültiger Entlassung aus dem Strafvollzug.

Die Ausweitung von Bewährungshilfe und Weisungen könnte zu nicht intendierten Auswirkungen auf den Strafvollzug führen. So ist eine Zunahme von «Vollverbüsser*innen» zu befürchten. Denn mit der neuen Regelung müsste zum Zeitpunkt einer möglichen bedingten Entlassung nicht mehr im Sinne der Differenzialprognose abgewogen werden, ob eine auf die verurteilte Person zugeschnittene bedingte Entlassung mit der Möglichkeit von Bewährungshilfe und Weisungen im Vergleich zur Vollverbüssung der Strafe spezialpräventiv vorzugswürdiger ist oder nicht.⁸⁶ Das «Sicherheitsrisiko» kann aufgeschoben werden und von erhofften spezialpräventiven Effekten von Bewährungshilfe und Weisungen auch nach der Vollverbüssung profitiert werden. Das gilt es aus rechtsstaatlichen Gründen zu verhindern, denn das Verschulden begründet die Strafe und begrenzt diese nach oben.⁸⁷ Die ausgefallte schuldangemessene Strafe kann nicht aus Gründen der Prävention überschritten werden.⁸⁸ Das bedeutet, dass spezialpräventive Ziele während des Vollzugs durch stufenweise Lockerungen erreicht werden müssen – und das innerhalb des Zeitraums der schuldadäquaten Strafe. Die Möglichkeit von Bewährungshilfe und Weisungen nach einer endgültigen Entlassung stellt dieses System in Frage.

Die Therapieangebote während des Strafvollzuges sind sehr dürftig. Die Nachsorgemöglichkeit kann sich negativ auf die Arbeit und Therapie mit den inhaftierten Personen während der Vollzugsdauer auswirken. Geht das Bewusstsein verloren, dass die inhaftierte Person zu einem bestimmten Zeitpunkt gänzlich aus staatlicher Betreuung und Kontrolle entlassen

⁸⁶ Vgl. BSK StGB-KOLLER (Fn. 7), Art. 86 N 16.

⁸⁷ BBl 1999 II 1979 (Fn. 51), S. 2060.

⁸⁸ Statt vieler BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER (Fn. 7), Art. 47 N 70.

werden muss, besteht die Gefahr, dass therapeutische Bemühungen sowie finanzielle Aufwendungen während des Strafvollzugs verringert werden. Es gilt, die Arbeit mit den inhaftierten Personen während des Vollzuges zu intensivieren statt unbefristete Nachsorge in Aussicht zu stellen.

III *Eventualiter: Konkretisierung und Befristung der Nachsorge nach dem Strafvollzug*

Wird die Möglichkeit der Anordnung von Bewährungshilfe und Weisungen nach endgültiger Entlassung beibehalten, sollten die Anordnungskriterien, insb. für den Vorbehalt, im Urteil konkretisiert werden.

Die Voraussetzung eines gerichtlichen Vorbehaltes für die Anordnung von Bewährungshilfe und Weisungen nach der Vollverbüssung ist mit Blick auf den *ne bis in idem*-Grundsatz und die Wahrung des rechtlichen Gehöres richtig. Die Anordnungsvoraussetzungen bleiben jedoch vage. So lässt zum einen das Erfordernis unter lit. a, dass die verurteilte Person die «physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person *beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte*» (keine *schwere* Beeinträchtigung erforderlich) eine sehr weite Auslegung zu. Mindestens in der Botschaft sollte konkretisiert werden, ab wann von einer (versuchten) Beeinträchtigung die Rede sein kann.⁸⁹ Weiter bedarf Art. 41a lit. d VE-StGB, wonach «Tatumstände und die Persönlichkeit des Täters zum Zeitpunkt des Urteils *erwarten lassen*, dass der Täter erneut solche Straftaten begeht», einer Konkretisierung. Ansonsten ist zu befürchten, dass diese Voraussetzung standardmässig als gegeben betrachtet wird, sobald die weiteren Kriterien (Art. 41a Abs. 1 lit. a-c VE-StGB) erfüllt sind.

Wie unter II dargelegt, bergen die vorgeschlagenen Neuerungen die reelle Gefahr von einer Zunahme an «Vollverbüsser*innen». Im Falle eines Inkrafttretens müsste besonders darauf geachtet werden, dass die bedingte Entlassung trotz erweiterter Möglichkeiten einer «Nachsorge» immer – wie aus dem Art. 86 Abs. 1 StGB ersichtlich und von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefordert⁹⁰ – die *Regel* darstellen muss. Wir empfehlen dem Bundesrat, sich Gedanken dazu zu machen, wie dies mit dieser Gesetzesänderung weiter erreicht werden kann.

Weiter empfehlen wir die Möglichkeit beliebig häufiger Verlängerungen zu streichen.

Der Trend zu «Entfristungen», gerade in Hinblick auf Probezeit, Bewährungshilfe und Weisungen, ist grundsätzlich kritisch zu betrachten. So drohen Motivation und Effizienz von The-

⁸⁹ Im erläuternden Bericht (Fn. 2), S. 39, äussert sich der Bundesrat nicht dazu.

⁹⁰ BGE 119 IV 5 E.2 S.8; 124 IV 193 E.3 S.194 ff.

rapien auf beiden Seiten nachzulassen, wenn kein klares Ende in Sicht ist. Zur Begründung, siehe II.

Des Weiteren ergeben sich Unstimmigkeiten in Bezug zur Situation nach bedingter Entlassung. Denn im Falle der bedingten Entlassung kennt die Probezeit eine absolute Befristung, während Bewährungshilfe und Weisungen nach Vollverbüssung beliebig oft verlängert werden können. Die Möglichkeit einer unbefristeten Nachsorge würde somit durch die Verweh- rung der bedingten Entlassung erst ermöglicht (zur diesbezüglichen Ausnahme vgl. Art. 64 Abs. 1 StGB). Eine Entfristung läuft aber dem Schuldprinzip zuwider, deshalb empfehlen wir die Nachsorge nach Vollverbüssung und nach Aufhebung von Massnahmen absolut zu be- fristen.

IV *Bewährungshilfe und Weisungen nach aufgehobener Massnahme*

Nach der Aufhebung einer Massnahme können die angedachten Änderungen im Sinne eines Übergangsmangements sinnvoll sein. Der grundsätzlich andere Zweck von Massnahmen, deren Dauer nicht durch das Verschulden, sondern durch die Massnahmenbedürftigkeit so- wie den Schutz der Gesellschaft bestimmt wird, vermag eine Nachsorge eher zu rechtferti- gen.

Um jedoch dem in Art. 56 Abs. 2 StGB festgehaltenen Grundsatz der Verhältnismässigkeit, welchem bei Massnahmen generell eine herausragenden Bedeutung zukommt, Rechnung zu tragen, sollten Bewährungshilfe und Weisungen nach aufgehobenen Massnahme einer absoluten zeitlichen Befristung unterliegen. Wir empfehlen daher die Möglichkeit beliebiger Verlängerungen (Art. 62f Abs. 6 VE-StGB) zu streichen. Zur Begründung, siehe III.

2.6.3 Entfristungen der Probezeit bei Massnahmen nach Art. 60 und 61 StGB

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.6.3, 2.6

Betrifft: Art. 62 Abs. 4 lit. b und Abs. 5

Empfehlung:	Die Aufhebung von Art. 62 Abs. 5 StGB ist <i>abzulehnen</i> .
Hinweise/Vorbehalte	-
Vorgeschlagene Neuformulierung	-

B Begründung

Bereits heute, wie auch mit der vorgeschlagenen Neuformulierung der Weisungen (nicht abschliessende Regelung), können diese während der Probezeit ähnlich intensiv ausgestaltet werden wie eine therapeutische Massnahme selbst (was an sich abzulehnen ist, siehe 2.6.5.). Die Aufhebung einer Maximaldauer der Probezeit folglich faktisch einer Entfristung der Massnahme selbst gleichkommen.

Bereits die heute vorgesehene Dauer der stationären Behandlung nach Art. 60 oder 61 StGB von bis zu drei Jahren, mit Möglichkeit zur Verlängerung um ein Jahr und bei bedingter Entlassung und Rückversetzung sogar bis zu sechs Jahren, erscheint besonders für Alkoholabhängige, welche oft nur geringfügige Straftaten begehen, unverhältnismässig.⁹¹ Eine unverhältnismässige Höchstdauer darf nicht durch die Möglichkeit einer beliebig verlängerbaren Probezeit mit möglicherweise sehr eingriffsintensiven Weisungen ergänzt werden.

Die unbefristete Nachsorge für Personen, welche *schwere Verbrechen* nach Art. 64 Abs. 1 StGB begangen haben, ist mit Art. 62 Abs. 6 StGB bereits heute gesetzlich verankert.

2.6.4 Zuständigkeit Anordnung von Bewährungshilfe und Weisungen

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 2.6

Betrifft: Art. 95 Abs. 2 VE-StGB; Art. 95a VE-StGB;

Empfehlung:	Art. 95 Abs. 2 VE-StGB ist zuzustimmen. Art. 95a VE-StGB ist <i>mit Vorbehalt</i> zuzustimmen.
Hinweise/Vorbehalte:	Die Aufhebung von Bewährungshilfe und Weisungen sollte auch in der Kompetenz der Vollzugsbehörde liegen. Lehnt diese die Aufhebung ab, kann ein gerichtlicher Entscheid verlangt werden.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	Art. 95a Abs. 1, 3, 4 und 5 VE-StGB: <i>In der bisherigen Fassung belassen</i> Art. 95a Abs. 2 VE-StGB: In den Fällen nach Absatz 1 kann die Vollzugsbehörde die Bewährungshilfe und die Weisungen aufheben, die betroffene Person

⁹¹ Siehe auch GÜNTHER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Art. 60 N 8, in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel (Hrsg), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020.

	<p>mahnen oder die Weisungen im Sinne des Urteils ändern. Sie kann beim Gericht beantragen, in Anwendung von Absatz 3 zu entscheiden.</p> <p>Art. 95a Abs. 2^{bis} VE-StGB:</p> <p>Erklärt die betroffene Person nicht ihr Einverständnis zum Entscheid der Vollzugsbehörde, so stellt diese innert drei Tagen Antrag an das Gericht.</p>
--	---

B Begründung

Die Zuständigkeiten der Änderung, Aufhebung und Neuerteilung von Bewährungshilfe und Weisungen nach dem Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 95a VE-StGB) sollten analog zu denjenigen bei Aufhebung, Änderung, Verlängerung und Entlassung aus therapeutischen Massnahmen (Art. 62d VE-StGB) geregelt sein.

Wir empfehlen die Möglichkeit der Aufhebung von Bewährungshilfe und Weisungen auch durch die Vollzugsbehörden selbst, denn anders als für die Entziehung von Freiheit braucht es hier keine zwingende gerichtliche Zuständigkeit. Ist die betroffene Person mit dem Entscheid nicht einverstanden, muss ein Gericht angerufen werden (Begründung vgl. 2.4.1).

2.6.5 Änderung der Ausgestaltung der Weisungen

A Übersicht

Im erläuternden Bericht relevant: 1.3.6.3, 2.6

Betrifft: Art. 94 VE-StGB

Empfehlung:	<p>Art. 94 Abs. 1 VE-StGB ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i></p> <p>Art. 94 Abs. 2 VE-StGB ist mit Vorbehalten <i>zuzustimmen</i></p> <p>Art. 94 Abs. 3 VE-StGB ist <i>zuzustimmen</i></p> <p>Art. 94 Abs. 4 VE-StGB ist <i>abzulehnen</i></p>
Hinweise/Vorbehalte	<p>Art. 94 Abs. 1 VE-StGB sollte die Sperrwirkung anderer Strafen und Massnahmen im Gesetzestext berücksichtigen.</p> <p>Art. 94 Abs. 2 VE-StGB ist als abschliessende Liste zu konzipieren.</p> <p>Die Möglichkeit der Anordnung gewisser Weisungen sollte in der</p>

	Botschaft präzisiert werden.
Vorgeschlagene Neuformulierung:	<p>Art. 94 Abs. 1 VE-StGB:</p> <p>Das Gericht oder die Vollzugsbehörde erteilt der angewiesenen Person Weisungen, die auf ihre Persönlichkeit und die begangene Straftat abgestimmt sind. Mit den Weisungen soll die angewiesene Person sozial integriert und damit ein Rückfall verhindert werden. Weisungen dürfen betreffend Inhalt und Intensität nicht einer Strafe oder Massnahme entsprechen.</p> <p>Art. 94 Abs. 2 VE-StGB:</p> <p>Die Weisungen betreffen:</p> <p><i>(weiter wie in der vorgeschlagenen Fassung)</i></p>

B Begründung

I Art. 94 Abs. 1 und 2 VE-StGB

Die vorgeschlagene Neuformulierung des Art. 94 Abs. 1 StGB sieht eine explizite Verankerung der durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Anordnungsvoraussetzungen für Weisungen – insb. deuten einige der Spezialprävention⁹² – im Gesetzestext vor, was begrüssenswert ist. Weiter wird in Abs. 2 eine ausführlichere Formulierung möglicher Weisungen vorgenommen, was die bestehende «armselige Regelungsdichte»⁹³ zu lindern vermag.

Dennoch besteht Verbesserungsbedarf: Erstens ist zu bemerken, dass die vorgeschlagenen Weisungen Eingriffe in die Grundrechte betroffener Personen betreffen, weswegen die gesetzliche Grundlage hinreichend bestimmt sein muss.⁹⁴ Da die Grundrechtseingriffe in zahlreichen Fällen wohl schwer sein dürften⁹⁵ und u.E. auch nicht auszuschliessen ist, dass einzelne dieser Weisungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als Frei-

⁹² BSK StGB-IMPERATORI (Fn. 7), Art. 94 N 9.

⁹³ BSK StGB-IMPERATORI (Fn. 7), Art. 94 N 6 f.

⁹⁴ ASTRID EPINEY, Art. 36 N 35, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

⁹⁵ Vgl. BSK BV-EPINEY (Fn. 94), Art. 36 N 21.

heitsentzug beurteilt werden könnten,⁹⁶ werden qualifizierte Anforderungsvoraussetzungen an den Bestimmtheitsgrad gestellt.⁹⁷

Aus diesem Grund muss die Norm ermöglichen, klar vorherzusehen, welche Weisungen angeordnet werden dürfen.⁹⁸ Durch Verwendung einer nicht abschliessenden Liste der Weisungen ist dies jedoch nicht der Fall, was auch durch die Flexibilisierungswünsche der Praxis⁹⁹ nicht gerechtfertigt werden kann. Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit empfehlen wir daher, die möglichen Weisungen als abschliessende Liste zu konzipieren, was aufgrund des Ausbaus der explizit im Gesetzestext genannten Weisungen u.E. bereits genügend Flexibilität bieten sollte.

Zweitens empfehlen wir, den Inhalt der Weisungen im Verhältnis zu demjenigen der Strafen und Massnahmen zu präzisieren: Denn u.E. dürfen Eingriffe, welche als Strafen und Massnahmen vorgesehen sind, nur in ihrem entsprechenden Kleid angeordnet werden, oder anders gesagt, deren Sperrwirkung muss beachtet werden. Anderweitig würde ebenfalls die Rechtsstaatlichkeit leiden, da deren spezifischen, in der Regel strengeren, Anordnungsvoraussetzung unterlaufen würden.¹⁰⁰

Ergänzend ist festzuhalten, dass das im erläuternden Bericht aufgeführte Beispiel des Verbots des Internets für Konsument*innen harter Pornographie¹⁰¹ im Lichte des Stellenwerts des Internets in der postmodernen Gesellschaft mit höchster Wahrscheinlichkeit als unverhältnismässig taxiert werden müsste. Wir empfehlen daher, dies in der Botschaft klarzustellen.

II Art. 94 Abs. 3 VE-StGB

Durch die in Abs. 3 vorgesehene sachverständige Begutachtung werden die Voraussetzungen zur Anordnung gewisser, besonders eingriffsintensiver Weisungen erhöht (vgl. I). Dies verbessert die Rechtsstaatlichkeit und ist somit begrüssenswert.

⁹⁶ BJÖRN ELBERLING, Art. 5 N 5, in: Ulrich Karpenstein/Franz Mayer (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl., München 2015; auch wenn der Bundesrat hierbei anderer Ansicht ist, siehe Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 24.

⁹⁷ BSK BV-EPINEY (Fn. 94), Art. 36 N 36.

⁹⁸ BSK BV-EPINEY (Fn. 94), Art. 36 N 37.

⁹⁹ Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 25.

¹⁰⁰ Vgl. LUCA RANZONI, Weisungen bei bedingtem Strafvollzug und deren Verhältnis zu Massnahmen, sui generis 2018, S. 77 ff., N 78 m.w.H.

¹⁰¹ Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 46.

III Art. 94 Abs. 4 VE-StGB

Der Vorentwurf möchte neu den Gebrauch des Electronic Monitoring im Zusammenhang mit den Weisungen regeln. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist erfreulich, dass dies in einem formellen Gesetz legiferiert werden soll.¹⁰² Dennoch ergeben sich einige Bedenken. Vorbemerkend muss dazu gesagt werden, dass unklar erscheint, ob der Vorentwurf so zu verstehen ist, dass Electronic Monitoring lediglich zur Kontrolle der Einhaltung spezifischer Weisungen mittels Standortbestimmung eingesetzt werden soll¹⁰³ oder auch zu einer generellen Standortbestimmung, losgelöst von weiteren Weisungen. Letzteres müsste aufgrund von Unverhältnismässigkeit sowie der fraglichen Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Spezialprävention jedoch von vornherein als unzulässig klassifiziert werden.

Weiter ergeben sich Probleme bei der Kontrolle: Aufgrund des expliziten Verzichts des Bundesrats auf eine neue Aufsichtsmassnahme¹⁰⁴ ist eine Weiterführung der bestehenden Kontrollstrukturen der Weisungen anzunehmen, d.h. es ist anzunehmen, dass in den meisten Kantonen die Einhaltung weiterhin der Bewährungshilfe obliegen würde.¹⁰⁵ Empirische Untersuchungen zeigen, dass dabei Beschwerden bezüglich des Electronic Monitorings zum dominierenden Gesprächsthema in der Beratung werden können, was der weiteren Betreuungs- bzw. Beziehungsarbeit abträglich ist¹⁰⁶ und damit die Resozialisierungschancen beeinträchtigt, also dem Ziel der Weisungen diametral gegenüber steht.

Zudem ist der Einsatz auch aus juristischer Sicht zu kritisieren: Dazu ist vorab zu bemerken, dass der erläuternde Bericht zwar die Erwägung, dass Electronic Monitoring nur bei besonders gefährlichen Straftäter*innen eingesetzt werden sollte, streift,¹⁰⁷ diesen Kommentar jedoch nicht weiter vertieft und auch im Vorentwurf keine Einzelheiten dazu regelt. Es muss daher angenommen werden, dass Electronic Monitoring gemäss Vorentwurf sowohl bei Weisungen innerhalb der Probezeit als auch nach dem Straf- und Massnahmenvollzug ermöglicht würde. Wieso dies bei Personen in der Probezeit nötig sein könnte, erschliesst sich uns jedoch nicht, insbesondere da der erläuternde Bericht darauf nicht eingeht. Der Einsatz müsste jedoch aufgrund der nicht negativen Legalprognose klar als unverhältnismässig klas-

¹⁰² Vgl. auch Recommendation CM/Rec(2014)4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring, 1.

¹⁰³ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 47.

¹⁰⁴ Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 24.

¹⁰⁵ MARTINO IMPERATORI, Weisungen, in: Benjamin F. Brägger (Hrsg.), Das schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, S. 529 ff., S. 533 f.

¹⁰⁶ ANNE BRÄUCHLE, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht, Diss. Tübingen 2016, S. 163.

¹⁰⁷ Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 24.

sifiziert werden.¹⁰⁸ Weiter müsste die Frage gestellt werden, was die bedingte Entlassung in diesem Fall noch vom Gebrauch der EM-Backdoor nach Art. 79b Abs. 1 lit. b StGB unterscheiden würde.¹⁰⁹ Die bedingte Entlassung würde dadurch inhaltlich ausgehöhlt und in Frage gestellt.

Ebenso ergäben sich Probleme beim Einsatz nach dem Straf- und Massnahmenvollzug. Denn der Einsatz von Electronic Monitoring – insb. zur Kontrolle von Weisungen nach Abs. 2 lit. a – würde sich stark mit dem Einsatz der technischen Geräte zur Kontrolle von Kontakt- und Rayonverboten (Art. 67b Abs. 3 StGB) überschneiden. Zudem könnten sich auch Überschneidungspunkte mit der EM-Backdoor (Art. 79b Abs. 1 lit. b StGB) ergeben, was Problematiken mit der Sperrwirkung dieser Massnahmen auslösen würde (vgl. I). Im Übrigen könnten die vorgesehenen Weisungen in Kombination mit dem durch das Electronic Monitoring ausgelösten Überwachungseffekt sowie der daraus folgenden gesteigerten Intensität ggf. durch den EGMR als Freiheitsentzug klassifiziert werden,¹¹⁰ was mannigfaltige Auswirkungen hätte und zudem der Intention der Weisungen *nach* dem Straf- und Massnahmenvollzug widersprechen würde.¹¹¹

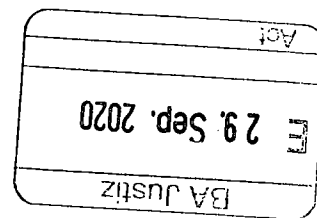
Aus erwähnten Gründen empfehlen wir daher, auf die Einführung von Electronic Monitoring zur Weisungskontrolle zu verzichten.

¹⁰⁸ Vgl. BRÄUCHLE (Fn. 106), S. 163.

¹⁰⁹ Vgl. RANZONI (Fn. 100), N 110.

¹¹⁰ Vgl. ELBERLING (Fn. 96), N 6 u. 9.

¹¹¹ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 2), S. 46.



RECOMMANDE

Office fédéral de la justice (OFJ)
Section droit pénal (DPMIn)
Bundesrain 20
3003 Berne

Sion, le 28 septembre 2020

Modification du droit pénal des mineurs intitulée « Train de mesures. Exécution des sanctions ».

Madame, Monsieur,

Dans le délai échéant le 30 septembre 2020 pour déposer des observations relatives au projet de modification mentionné en titre, nous avons l'honneur de vous faire parvenir les déterminations suivantes.

À titre liminaire, les auteurs de ce courrier partagent expressément le souci d'assurer un certain niveau de sécurité publique. Notre intention n'est pas de critiquer, par principe, toute réforme du droit pénal des mineurs (ci-après DPMIn) parce qu'elle déplacerait le curseur vers un droit spécialisé plus répressif. L'intensification de la répression, si elle était nécessaire, devrait cependant s'opérer en conformité avec les valeurs de notre société, particulièrement avec le respect de l'État de droit. De plus, elle devrait répondre à des standards sur le plan méthodologique et conceptuel, sauf à perdre en légitimité et robustesse. C'est dans cet esprit que les commentaires suivants sont effectués au fil des assertions essentielles du Rapport explicatif (ci-après, Rapport) de l'avant-projet (AP-DPMIn).

- *La réforme repose sur la présomption qu'il existe une « lacune » en matière de sécurité (Rapport, not. p. 49 et 61)*

Il est vraisemblablement trompeur de partir d'un constat qui présenterait la situation comme souffrant d'une lacune. L'avant-projet ne tend pas à combler un manque dans le dispositif pénal. Il s'agit bien plutôt de faire ce qui a toujours été délibérément exclu, à savoir rendre possible le prononcé de mesures purement sécuritaires relevant du droit des adultes à l'égard de mineurs condamnés. Aussi, faut-il d'emblée insister sur le caractère exceptionnel de l'avant-projet qui équivaut à un changement de paradigme conduisant à une extension du filet pénal.

- *La lacune de sécurité découlerait de l'absence de réponse pénale purement sécuritaire à des jeunes vus comme dangereux au terme de la sanction prononcée par le juge des mineurs parce qu'ils persisteraient à constituer, après leur majorité, une grave menace pour des tiers sans pour autant présenter d'état de faiblesse psychique justifiant une mesure civile (Rapport, not. p. 49, 53 et 56)*

L'avant-projet repose sur le concept de dangerosité. Historiquement, c'est un concept relativement nouveau en droit pénal, notamment en droit pénal des mineurs. La culpabilité a longtemps été à la fois le seul fondement et la seule limite de la répression. Généralement définie comme le risque de

passage à l'acte, la dangerosité s'oppose à la culpabilité dans son orientation temporelle. Là où la première correspond à une probabilité de commission d'une infraction dans le futur, la seconde est une réponse à un acte passé. Il en découle nécessairement que la dangerosité est fondamentalement hypothétique. Une telle incertitude en tant que fondement de la répression paraît critiquable dès lors qu'elle conduit à une restriction à un droit fondamental, restriction qui, elle, est absolument certaine.

A cet égard, il convient de rappeler qu'en France, dans une note du 4 janvier 2008 sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté à M. le Premier ministre, à Mme la garde des Sceaux, à Mme la ministre de la santé et à MM. les présidents des assemblées, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) s'inquiétait de « l'introduction au cœur de la procédure pénale du concept de dangerosité, notion émotionnelle dénuée de fondement scientifique », rappelant que « le système judiciaire français se base sur un fait prouvé et non pas sur la prédiction aléatoire d'un comportement futur ».

Conceptuellement, le but du droit pénal des mineurs est de protéger et d'éduquer; cela se traduit juridiquement par l'art. 2 al. 1 DPMin et l'4 al. 1 PPMIn. Or le but du système proposé est prioritairement la sécurité publique. La conséquence est une tension objective et non souhaitable entre la poursuite de ce but sécuritaire et les objectifs du DPMIn renforçant ainsi le caractère exceptionnel de l'avant-projet souligné précédemment.

- *Certains délinquants « profitent » parfois de la lacune (Rapport, p. 50).*

La modification proposée est en partie soutenue par une perception du jeune délinquant comme ennemi de la société. Plusieurs arguments alimentent une forme de « diabolisation » de la criminalité juvénile, ainsi l'affirmation gratuite que des condamnés tireraient volontairement avantage de la législation actuelle. C'est également en ce sens que la réserve de dangerosité est articulée de sorte que la commission « intentionnelle » par le jeune d'une infraction après son énoncé n'aura pas pour conséquence de l'éliminer (Rapport, p. 71). En effet, si, pendant l'exécution d'un jugement accompagné d'une réserve au sens de l'art. 15 al. 2^{bis} AP-DPMIn, un jugement est rendu pour une nouvelle infraction en vertu de la présente loi, il est prévu que la réserve vaut aussi jusqu'au terme de l'exécution du nouveau jugement. Autrement dit, l'avant-projet semble justifier une réponse voulue sévère face à une délinquance supposée perfide.

Cette perception fait écho aux observations du Comité des droits de l'enfant qui souligne que « les enfants qui commettent des infractions ont souvent mauvaise presse, ce qui alimente les stéréotypes négatifs et discriminatoires à leur endroit. La perception négative dont ils sont l'objet ou le fait qu'ils soient traités comme des délinquants s'expliquent souvent par une présentation trompeuse ou une mauvaise compréhension des causes de la délinquance et débouchent régulièrement sur des appels en faveur d'une approche plus dure (tolérance zéro, règle dite « des trois infractions », peines obligatoires, jugement devant un tribunal pour adultes et autres mesures essentiellement répressives) » (Observation générale no 24 (2019) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour enfants, N 111).

- *Selon la consultation des experts, il n'y a actuellement qu'un très petit nombre de délinquants mineurs (5 à 7) qui attendent d'être libérés de l'exécution d'une mesure ou d'une peine de droit pénal des mineurs et à l'encontre desquels il est nécessaire de prendre une mesure de sécurité ultérieure (Rapport, p. 55, 78)*

L'impression d'une exagération dans la description de la délinquance juvénile ressort du fait que l'avant-projet vise en réalité un nombre extrêmement limité de personnes, raison pour laquelle la pertinence de la réforme en est forcément affaiblie, voire même remise en question.

Si tant est qu'il existe des individus correspondant à la description donnée, se pose la question de l'adéquation de la réponse proposée. À cet égard, le Rapport ne contient aucune analyse de cas réels susceptibles d'entrer dans le champ d'application des mesures envisagées. On ignore même si les situations prétendument identifiées permettraient le prononcé de telles mesures, si bien que la pertinence de la réforme est douteuse.

Le Rapport insiste sur le fait que la réserve, respectivement le prononcé effectif de mesures au terme de l'exécution de la sanction, ne devienne pas la règle (p. 40). La recherche enseigne toutefois qu'il y a sérieusement lieu de craindre que la réserve de dangerosité et sa mise en œuvre seront plus fréquentes qu'escomptées. Dans une perspective sécuritaire, le premier juge se gardera bien de rendre impossible le prononcé ultérieur d'une mesure à raison d'une omission de la réserve dans son jugement. Par précaution, nombre de tribunaux ordonneront par la suite des mesures (art. 59, 60, 61 ou 64 CP) dans des cas limites en se fondant sur la réserve. Il existe donc un risque important de *net widening* avec tous les désavantages que ce phénomène comporte, notamment l'accroissement du nombre d'adultes exécutant des mesures du droit des adultes.

- *Il n'est pas rare que des mineurs soient condamnés pour des infractions très graves, mais cela ne signifie pas qu'ils doivent dans tous les cas être considérés comme dangereux* (Rapport, p. 55)

L'avant-projet repose sur l'idée que la commission d'une infraction grave implique une dangerosité accrue. Or, comme le Rapport le relève, il n'y a pas de corrélation directe. Il faut tenir compte de toute une série de variables. Le système reposant sur la réserve de dangerosité repose donc en grande partie sur un potentiel biais cognitif.

Selon le Rapport (p. 55), le risque de récidive des mineurs condamnés pour des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle est deux fois plus grand que celui des mineurs condamnés pour d'autres infractions. Cette affirmation ressort en effet d'une étude de l'Office fédéral de la statistique sur la re-condamnation de mineurs à l'âge adulte de 1999 à 2015 : facteurs de risque (not. p. 15). Toutefois, la mention de cette étude paraît aussi insuffisante que partielle. Nombre de facteurs de risque y sont identifiés, sans qu'ils ne soient du tout discutés, comme la célérité de la procédure. À cela s'ajoute que le sexe y est décrit comme la variable la plus prédictible. Il ne viendrait cependant pas à l'idée du législateur d'appliquer une réserve de dangerosité automatique aux garçons. Dans ces conditions, et vu le peu de personnes susceptibles d'être visées par la mise en œuvre de la réserve, les statistiques ne semblent pas être une justification sérieuse pour asseoir le système proposé.

- *La mesure de la dangerosité correspond à une probabilité qui n'a de valeur que pour une période déterminée* (Rapport explicatif, p. 64)

La question de la fiabilité de l'évaluation est au cœur du débat lorsqu'il s'agit de rendre une décision sur la base de la dangerosité. Le Rapport rappelle que le risque de passage à l'acte est une probabilité. Il ne s'agit pas de mesurer un événement passé (et avéré) mais d'anticiper un événement futur (donc incertain). Cette évaluation perd en outre de sa valeur à mesure que le temps passe. De manière générale, plus la dangerosité est évaluée à long terme, moins le pronostic est fiable. Cette évidence pose donc problème dès lors que la durée de la réserve dépend de la mesure de la durée de la sanction qui peut s'étendre sur des années.

La difficulté est manifestement accrue en présence de mineur. Comme le souligne le Rapport (p. 70), plus l'auteur est jeune, plus il est difficile de faire un pronostic. C'est pour cette raison que les experts en psychologie et en psychiatrie légale ont signalé qu'il était pratiquement impossible

d'émettre un pronostic relatif à la dangerosité d'un mineurs, le développement du cerveau s'achevant généralement à 23 ou 24 ans pour les hommes et à 21 ans pour les femmes (Rapport, not. p. 56, 60, 65, 70). C'est du reste pour la même raison que la plupart des experts consultés rejettent l'idée d'un internement avant 25 ans (Rapport, p. 56). C'est encore pour la même raison que le Comité des droits de l'enfant observe que, selon les connaissances actuelles dans le domaine du développement de l'enfant et des neurosciences, la maturité et la capacité d'abstraction des enfants âgés de 12 à 13 ans sont encore en pleine évolution, le cortex frontal n'ayant pas fini de se développer, raison pour laquelle présumer d'une responsabilité pénale déjà à cet âge paraît prématuré (Observation générale no 24 (2019) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour enfants, N 22). Dans ce contexte, il faut rappeler ici que le système proposé rend possible la réserve de dangerosité en présence d'un mineur de 10 ans puisque le placement en milieu fermé peut être ordonné dès cet âge (art. 3 al. 1 et 15 DPMin). Aussi, il apparaît que l'appréciation du premier juge ne présente en règle générale pas une fiabilité solide.

- *Le report du prononcé de la mesure garantit la qualité du pronostic* (Rapport, p. 82)

Pour contourner les difficultés d'évaluation, le pronostic devrait être confirmé au terme de la sanction prononcée. Dès lors que la première évaluation n'a pas d'assise suffisante, il paraît inapproprié de parler de garantie de fiabilité. En réalité, la faculté est légalement offerte aux autorités pénales d'ordonner une mesure sécuritaire sur la base d'une appréciation faite pour la première fois au terme de l'exécution de la sanction en lui donnant l'apparence d'entretenir un lien de causalité avec celle contenue dans le premier jugement.

- *La doctrine et des professionnels soutiennent l'extension du champ d'application du placement à des fins d'assistance* (Rapport, p. 56, 59)

En admettant qu'il faille modifier la loi, la moins mauvaise solution pourrait être d'étendre le champ d'application du placement à des fins d'assistance. Cette solution présenterait l'avantage de ne pas instrumentaliser une condamnation pénale pour justifier des mesures purement sécuritaires. Cela étant, il ne faut pas oublier que le placement à des fins d'assistance a été instauré en 1981 pour remplacer les internements administratifs, sans que l'on puisse véritablement parler de césure. Aussi, est-il à craindre que, si la dangerosité pour des tiers devait être trop largement admise comme préalable à des mesures civiles, une forte augmentation des personnes sous surveillance soit observée avec toutes les difficultés que cela comporte sous l'angle non seulement des garanties procédurales à respecter mais également des coûts d'une telle politique. À cela s'ajoute le fort risque de stigmatisation de personnes, voire de groupe de personnes. C'est pour cette raison que l'extension du champ d'application du placement à des fins d'assistance irait plus loin que les demandes formulées à la base de la réforme proposée (Rapport, p. 57) sans que cela soit nécessaire.

Résolument décidés à favoriser un débat contradictoire, nous n'excluons pas que la réponse appropriée aux demandes de révision du droit pénal des mineurs soit de faire confiance au statu quo.

- *La réserve d'une mesure sécuritaire au terme de la sanction pourrait atteindre la motivation des jeunes à œuvrer à leur progrès et à leur guérison* (Rapport, p. 59)

L'inscription d'une réserve de dangerosité comprend un risque de stigmatisation des jeunes. Alors qu'ils sont en plein développement, des mineurs se retrouveraient étiquetés comme « dangereux » (soit des criminels en puissance), alors que la notion est particulièrement délicate à manier. Cet étiquetage pourrait avoir des effets défavorables sur leur développement. On pense notamment à l'effet Golem bien connu des sciences comportementales selon lequel l'individu s'identifie à une perception négative émise à son égard de sorte qu'il oriente son comportement futur de façon à s'y conformer. La réserve pourrait donc s'avérer contre-productive sous l'angle de la prévention de la récidive par le biais.

Il n'y a pas que la motivation du jeune qui est susceptible d'être atteinte. Comme le relève le Rapport, la réserve d'une mesure sécuritaire ôterait la pression sur les autorités d'exécution dans leurs efforts de resocialisation du jeune délinquant pendant un laps de temps déterminé (p. 59). L'absence de mesure sécuritaire au terme de la sanction apparaît comme un élément renforçant l'obligation positive de l'État d'offrir aux jeunes condamnés une prise en charge concrète et effective.

- *Le prononcé subséquent d'une mesure sécuritaire correspond à un changement de sanction tel que prévu en droit pénal des adultes aux art. 62c et 65 al. 1 CP (Rapport, p. 63)*

Cette affirmation semble inexacte. En effet, l'art. 62c CP permet le prononcé d'un internement là où la mesure thérapeutique institutionnelle doit être levée. Dans l'avant-projet, il est en revanche question d'ordonner une mesure qui ne l'a pas été. Quant à l'art. 65 CP, il correspond à une correction du premier jugement à raison d'éléments nouveaux. En matière de prononcé subséquent d'un internement (art. 65 al. 2 CP), la procédure à suivre est en outre celle de la révision. Dans l'avant-projet, il ne s'agit pas de corriger le premier jugement. En effet, le premier juge ne pouvait pas ordonner une mesure relevant du droit des adultes. Aussi, la mise en œuvre de la réserve de dangerosité n'équivaut pas à une exception - admise en droit pénal des adultes à des conditions très strictes - à l'autorité de la chose jugée.

- *Le système de réserve de dangerosité est compatible avec le principe de l'interdiction de la double poursuite (ne bis in idem) (Rapport, p. 56)*

Comme indiqué plus haut, le système proposé ne correspond pas à une révision. De plus, comme le retient le Rapport, le principe prohibant la double poursuite s'applique en plein au domaine concerné. Aussi, il y a lieu de considérer que le système est contraire à la sécurité du droit puisqu'il autorise d'imposer une deuxième sanction au terme de la clôture de la procédure ayant valu une première sanction, ce qui est clair en matière de prononcé ultérieur d'un internement qui est une sanction supplémentaire (Rapport, p. 66).

- *La mise en œuvre de la réserve de dangerosité supposera la consultation de la commission de dangerosité comme le prévoit l'art. 19 al. 1^{bis} CP AP-DPMin (Rapport, p. 71)*

Le système proposé implique l'apparition des commissions de dangerosité dans le traitement de la délinquance juvénile. Cette nouveauté renforce le caractère exceptionnel des conséquences juridiques possibles de l'avant-projet. Dès lors que l'évaluation de la dangerosité paraît problématique, il y a lieu de prendre avec précaution le préavis de ces commissions. Ceci d'autant plus que leur composition et leur mode de fonctionnement varient beaucoup d'un canton à l'autre, nuisant à l'apparence d'une réelle méthodologie objective qui conférerait une crédibilité à l'appréciation. Aussi, leur implication n'est pas un facteur contrebalançant les craintes éprouvées à la lecture de la modification proposée.

- *La saisine de l'autorité de jugement en vue de mettre en œuvre la réserve de dangerosité se fera ensuite de l'administration de preuve par l'autorité d'exécution, notamment la mise en œuvre d'une expertise psychiatrique, comme le prévoit les art. 19c al. 2 et 27c^{bis} al. 2 AP-DPMin (Rapport, p. 74 et 76)*

La compétence d'ordonner des mesures du droit des adultes relève du tribunal des adultes. Or il est prévu que l'administration des preuves soit opérée en amont de sa saisine puisqu'il incombe à l'autorité d'exécution d'instruire pour fonder sa requête. Il semble ici inapproprié que la récolte des moyens de preuve ne soit pas opérée directement par l'autorité appelée à statuer. Cette articulation

pose en outre la question de la procédure suivie par l'autorité d'exécution. L'application par analogie du CPP et ses garanties n'est pas assurée. Il n'est donc pas acquis que le condamné soit par exemple assisté avant la saisine du tribunal, ce qui fragilise grandement le respect de son droit d'être entendu à l'occasion du processus expertal mené en amont dont le résultat est pourtant déterminant.

- *La mise en œuvre de la réserve de dangerosité correspond à un prononcé sous condition suspensive, le juge ordonnant définitivement la mesure dans le second jugement (Rapport, not p. 81 et 82)*

Dite de manière triviale, la réserve de dangerosité est un ovni juridique. A notre connaissance, il n'existe pas d'institution équivalente en droit pénal, et surtout pas en droit pénal des mineurs. Il existe bien des réserves dans d'autres domaines du droit, notamment en droit des obligations. L'art. 46 al. 2 CO prévoit la possibilité de réserver une réévaluation du dommage en cas de lésions corporelles pendant une durée de deux ans après le jugement. Cette limite de temps tranche avec la réserve de dangerosité qui ne connaît pas de telle limite arrêtée, ce qui accroît l'atteinte à la sécurité du droit.

La nature juridique de la réserve de dangerosité et de sa mise en œuvre n'est pas claire. Tantôt la réserve semble être une voie ouverte à une révision du premier jugement la contenant, tantôt elle est présentée comme le prononcé d'une mesure sous condition suspensive dont les modalités doivent être arrêtées dans le second jugement. En tous les cas, ce flou pose toute une série de questions dont le nombre incite à douter de sa valeur en droit.

- *Il est légitime de s'interroger sur l'applicabilité de la Convention sur les droits de l'enfant (CDE) lors de l'examen de la réforme dès lors que la mesure sécuritaire sera nécessairement prononcée alors que le jeune sera devenu majeur (Rapport, p. 84)*

Il est indubitable que le système interdit la mise en œuvre de la réserve avant la majorité. A cet égard, la prétendue lacune à éliminer persiste d'une certaine façon puisqu'avant la majorité, aucune mesure sécuritaire ne peut être prononcée à l'égard d'un mineur parvenant au terme de la sanction et à qui est imputé une dangerosité sans dimension psychique, à moins qu'il ne récidive. Cela étant, le prononcé de la réserve et ses conséquences possibles interviennent au moment où le condamné est mineur. Il en découle que le système doit bien être examiné à la lumière de la CDE.

- *Le système de réserve de dangerosité est compatible avec la CDE (Rapport, p. 83)*

Cette affirmation apparaît comme peu fondée. La CDE a synthétisé, à l'art. 40 § 1, l'esprit du droit de l'enfant à jouir d'une justice séparée de celle des adultes, spécialisée et visant des objectifs différents de celle des adultes, dite ordinaire. Elle exige notamment le droit de l'enfant en conflit avec la loi (ou mineur qui a commis un délit) de bénéficier d'« [...] un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité ». On peut se poser légitimement la question de savoir si la réserve de dangerosité remplit cette exigence et si le fait de taxer, au moment du jugement, un adolescent de personne dangereuse n'est pas un étiquetage inutilement stigmatisant et contraire au respect de sa dignité.

De plus, l'art. 40 § 1 CDE demande aux États parties à la CDE de « faciliter sa réintégration dans la société » ; on ne voit pas comment ici on pourrait remplir cette exigence, puisque dès la condamnation, le juge émet un avis négatif sur une quelconque possibilité de réinsertion et mine, de fait, chez l'intéressé toute velléité de réintégration.

Il n'y a donc pas seulement une violation du principe *ne bis in idem*, dans cette proposition de modification, mais assurément une double peine, puisque l'enfant est non seulement privé de liberté

au moment du jugement, mais surtout privé de toute perspective future, au nom d'une inquantifiable dangerosité.

* * *

Au vu de ce qui précède, nous préavisons défavorablement l'adoption de la modification du droit pénal des mineurs intitulée « Train de mesures. Exécution des sanctions », non seulement telle qu'elle est proposée, mais également parce qu'elle ne nous paraît ni opportune, ni nécessaire et qu'elle se révèle inutilement stigmatisante.

Veuillez croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

Dr. Iur. Loïc Parein
Avocat & Chargé d'enseignement



Prof. Philip D. Jaffé
Membre du Comité des droits de l'enfant



Dr. hc. Jean Zermatten
Anc. Président du Comité des droits de l'enfant



PS : Pour toute correspondance, prière de prendre contact avec le Dr. Iur. Loïc Parein,
Loic.Parein@unige.ch

Fachbereich Strafrecht und Strafprozessrecht

Ass.-Prof. Dr. Anna Coninx
Assistenzprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht

MLaw Diego Langenegger
Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter Universität Luzern



Luzern, 28. September 2020

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Interessen haben wir von der Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens «Massnahmenpaket Strafvollzug» Kenntnis genommen. Unsere Bemerkungen beschränken sich auf die Einführung der eingriffsintensivsten Massnahmen im Erwachsenenstrafrecht und im Jugendstrafrecht, d.h. auf:

- den Ausbau des Rechts der Weisungen und der Bewährungshilfe (Vorlage I);
- die Einführung einer vorbehaltenen stationären Massnahme oder einer vorbehaltenen Verwahrung im Jugendstrafrecht (Vorlage II).

Vorweg möchten wir betonen, dass wir die vorgeschlagenen Änderungen ablehnen, weil diese mit tiefeschürfenden individualrechtlichen Problemen behaftet sind.

Vorlage I

1. **Empfehlung:** Vom vorgeschlagenen Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen im Nachgang an eine Schuldstrafe (Art. 41a VE-StGB) ist abzusehen.
2. **Begründung:**
 - a. **Grundsätzliche Bemerkungen:**

Bewährungshilfe und Weisungen konnten bislang nur in Fällen ausgesprochen werden, in denen eine positive Legalprognose bzw. im Fall der bedingten Strafe zumindest keine negative Legalprognose vorliegt: Sämtliche Anwendungsfelder – die vorzeitige bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug, die bedingte Entlassung aus der Massnahme und die bedingte Strafe – setzten vo-

raus, dass der Täter nicht als rückfallgefährdet angesehen wird bzw. die Rückfallgefahr als so klein angesehen wird, dass eine Entlassung in Freiheit als verantwortbar erscheint. Besonders deutlich wird das bei der Formulierung der Voraussetzung einer bedingten Entlassung aus der Massnahme, die angeordnet werden soll, sobald der «Zustand» des Straftäters es rechtfertigt, «dass ihm Gelegenheit gegeben wird, sich in der Freiheit zu bewähren» (Art. 62 Abs. 1 StGB).

Nach Vorschlag des Bundesrates sollen Bewährungshilfe und Weisungen neu auch in Fällen ausgesprochen werden, in denen man davon ausgeht, dass sich der Täter *nicht* bewährt. Das ist dann gegeben, wenn jemandem aufgrund einer schlechten Legalprognose die vorzeitige Entlassung aus dem Strafvollzug bis zur Vollverbüßung der Strafe verweigert wurde sowie in den Fällen, in denen eine Massnahme aufgrund von Aussichtslosigkeit (in der Regel Therapieverweigerung), Erreichen der Höchstdauer der Massnahme oder mangels Therapieplatz *aufgehoben* wird. In sämtlichen Fällen besteht typischerweise eine schlechte Legalprognose. **Weisungen und Bewährungshilfe werden also nicht angeordnet, weil man davon ausgeht, dass das Rückfallrisiko mit Entlassung geringer ist, als wenn jemand im Straf- oder Massnahmenvollzug verbleibt,¹ sondern im Gegenteil, in Fällen, in denen die Behörden der Meinung sind, dass sie es nach wie vor mit gefährlichen Täter zu tun haben.** So ist es das erklärte Ziel des Bundesrates mit der Revision des Sanktionenrechts Straftäter zu avisieren, die zwar als gefährlich angesehen werden können, allerdings als nicht so gefährlich, dass sie verwahrt werden müssten.

Mit diesem Fokus auf den «gefährlichen Straftäter» verändert sich auch der Charakter von Bewährungshilfe und Weisungen grundlegend. Wird der «gefährliche Straftäter» entlassen, rückt die aktive Verhinderung von Rückfällen verstärkt ins Zentrum. Dabei nimmt die Kontroll- und Überwachungsfunktion im Verhältnis zur Betreuungsfunktion deutlich zu. **Die Folge sind unauflöslliche Widersprüche mit dem herkömmlichen Konzept der Bewährungshilfe und der Weisungen.**

Die Bewährungshilfe gründete bisher auf dem Gedanken, dass die ehemaligen Straftäter mit den Behörden kooperieren. Die Annahme, zwischen ehemaligem Straftätern und Bewährungshilfe könne trotz des verstärkten Fokus auf die Kontroll- und Überwachungsfunktion ein Vertrauensverhältnis geschaffen werden, ist aber unrealistisch. Ein fehlendes Vertrauensverhältnis dürfte wiederum einschneidende Konsequenzen für die Arbeit der Bewährungshilfe haben. So sind heute die Bewährungshelfer und Bewährungshelferinnen für das Einhalten von Weisungen **in grossen Teilen auf die Aussagen der Betroffenen angewiesen. Fällt diese Kooperation dahin, ist die Eignung**

¹ Vgl. BGE 124 IV 198 ff.

entsprechender Massnahmen grundsätzlich fraglich bzw. müsste mit anderen Kontrollmechanismen aufgefangen werden (insb. elektronische Fussfessel). Weitere Delikte lassen sich aber mit der elektronischen Überwachung nicht verhindern. Damit stellt sich mit Nachdruck die Frage der Eignung entsprechender Massnahmen. Im Übrigen dürften solche neuen Kontrollmechanismen sehr hohe Kosten verursachen.

b. Bemerkungen zu Art. 41a VE-StGB:

aa. Neu soll auch nach *vollverbüsster Strafe* mittels Weisungen und Bewährungshilfe auf ehemalige Straftäter eingewirkt werden können, ohne dass diese Intervention von Gesetzes wegen zeitlich limitiert wäre. Ohne dies explizit zu machen, wird mit dem Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen im Nachgang an eine Strafe ein **eigentlicher Paradigmenwechsel angestrebt, weil neu nach Ende der Schuldstrafe Weisungen und Bewährungshilfe auferlegt werden können**. Allerdings muss beachtet werden, dass es bereits nach geltendem Recht möglich war, bei Verwahrungsdelikten die Probezeit unbeschränkte Male zu verlängern und damit entlassenen Straftätern potentiell lebenslängliche Verhaltensanweisungen zu auferlegen und diese zu überwachen (vgl. Art. 87 Abs. 3 StGB). **Der Vorentwurf geht aber im Vergleich zum geltenden Recht insofern weiter, dass auch bei weniger schwerwiegenden Straftaten potentiell lebenslängliche Weisungen und Bewährungshilfe möglich sein sollen**. Vergewenwärtigt man sich, dass nach dem Vorentwurf eine Weisung mitunter einen Aufenthalt in einer «offenen Einrichtung» zum Gegenstand haben kann (vgl. Art. 94 Abs. 2 lit. a VE-StGB), bei der «eine gewisse Überwachung aufrechterhalten wird»², wird deutlich, dass es sich bei Weisungen um sehr schwere Eingriffe in die persönliche Freiheit der betroffenen Person handeln kann. **Ansichts der Schwere des Grundrechtseingriffes muss an die Anordnungsvoraussetzungen ein strenger Massstab angelegt werden. Der Entwurf kommt dieser Forderung nicht nach.**

bb. Zwar wird in den Erläuterungen verschiedentlich betont, dass sich die Anordnungsvoraussetzungen von Art. 41a VE-StGB an denjenigen der Verwahrung orientieren. An zentralen Stellen ist die Hürde aber wesentlich tiefer: **Erstens verzichtet der Bundesrat auf Katalogstraftaten; zweitens wird keine schwere Schädigung des Opfers vorausgesetzt; drittens ist hervorzuheben, dass keine hohe Wahrscheinlichkeit der erneuten Straftatenbegehung verlangt wird.**

² Erläuternder Bericht, S. 46.

- cc. Die Formulierung des Vorentwurfes in Bezug auf die Anlassdelikte ist unklar. **Es wäre sinnvoll, den Deliktskatalog auf die Verwahrungsdelikte zu beschränken.** Dies würde auch mit Blick auf Art. 87 Abs. 3 StGB Sinn machen, weil damit die Regelung der Weisungen bei bedingter Entlassung bei vorzeitiger Entlassung und nach Vollverbüßung einander angeglichen würden.
- dd. Als besonders problematisch erweist sich sodann die vorgeschlagene Formulierung der Gefährlichkeitsprognose: Nach dem Vorentwurf reicht es aus, wenn «die Tatumstände und die Persönlichkeit des Täters zum Zeitpunkt des Urteils erwarten lassen, dass er rückfällig wird»; was mit der Wendung «erwarten lassen» gemeint ist, bleibt völlig unklar. **Nach dem Wortlaut genügt jede noch so kleine Wahrscheinlichkeit der Rückfälligkeit, was unseres Erachtens unhaltbar ist.** Die nicht genauer spezifizierte Rückfälligkeit erscheint auch deshalb als prekär, weil bei der Risikokommunikation (Angaben über Rückfallwahrscheinlichkeiten) in der Praxis erhebliche Probleme bestehen. Studien haben gezeigt, dass die Einstufung «niedrig», «mittel» oder «hohes» Rückfallrisiko sehr uneinheitlich verwendet werden.³ In der Botschaft wird des Weiteren ausgeführt, dass nicht verlangt wird, dass der Täter im Sinne der herkömmlichen Klassifikationssysteme (ICD-10 oder DSM-5) psychisch krank sein muss. **Inwiefern von der «Persönlichkeit» auf Rückfälligkeit geschlossen werden kann, erläutert der Bundesrat nicht.** Voraussetzung ist wohl allein, dass sich ein Sachverständiger finden lässt, der sich eine entsprechende Rückfallprognose zutraut; das ist rechtstaatlich äusserst bedenklich. **Aufgrund der vorgeschlagenen gesetzlichen Formulierung besteht die Gefahr, dass das Anbringen des Vorbehalts bei Freiheitsstrafen von über 2 Jahren zur Regel wird,** zumal das Gericht einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen *hat*. Dass der Bundesrat betont, der Vorbehalt soll nicht zur Regel werden, wird daran kaum ändern. **In jedem Fall sollte anstelle eines Obligatoriums eine «Kann-Formulierung» gewählt werden.**
- ee. Als grundsätzlich problematisch erachten wir sodann das **Konstrukt des «Vorbehalts»**. Dabei sollen einerseits die rechtlichen Probleme einer möglichen Verletzung von *ne bis in idem* (Sperrwirkung der abgeurteilten Sache) und die Konflikte mit dem Vertrauensschutz gelöst werden und andererseits die Prognose vereinfacht werden. Dies trifft unseres Erachtens nicht zu. Ausserdem werden falsche Anreize gesetzt.

³ Vgl. RETTENBERGER/EHER et al., Kriminalprognosen in der Praxis, Die Ergebnisse des Internationalen Risk Surveys (IRIS) aus Deutschland, Diagnostica 1/2017, 2, 8 f.

ff. Der Vorbehalt soll bewirken, dass ein schützenswertes Vertrauen des Betroffenen in die Beständigkeit des Urteils nicht entstehen durfte.⁴ Diese Argumentation verkennt, dass der **Vertrauensgrundsatz dem Bürger die Gewissheit geben soll, nicht dauernd unter dem Damoklesschwert einer erneuten Sanktionierung zu stehen.**⁵

gg. Der Vorbehalt soll ausserdem erlauben, bei der Gefährlichkeitsprognose an die Erfahrungen, die später im Vollzug gemacht werden, anzuknüpfen. Dabei werden aber – entgegen einer vorschnellen Annahme – die Prognoseprobleme nicht gelöst, sondern vervielfacht. **Rückfallprognosen, die sich wesentlich auf das Vollzugsverhalten stützen, sind sehr komplex und bislang empirisch wenig erforscht.**⁶ Die Schwierigkeit ist insbesondere, dass es sich bei der Haft um einen hochspezifischen Bezugsrahmen handelt, der aufgrund der starken Reglementierung und Überwachung mit dem Leben in Freiheit nichts zu tun hat. **Sodann dürfte der Vorbehalt wie eine implizite Theorie wirken: wer einen Vorbehalt anbringt, gibt die Richtung vor. Es braucht einiges mehr an Argumentationsleistung und Überzeugungskraft vom Vorbehalt wieder abzurücken als diesen zu bestätigen.** Ein Gutachter muss aber alles daransetzen, eine Person ergebnisoffen zu betrachten und differenziert abzubilden. Aufgrund der Prognoseschwierigkeiten ist davon auszugehen, dass mit einer hohen Zahl von *false positives* zu rechnen ist, was neben der offenkundigen individualrechtlichen Problematik sehr hohe Kosten für die Kantone verursacht. Diese Problematik besteht freilich im gesamten Massnahmenrecht, akzentuiert sich aber insbesondere dann, wenn an die Wahrscheinlichkeit der Tatausführung vergleichsweise niedrige Hürden aufgestellt werden («erwarten lässt»). Ein Blick nach Deutschland, die das analoge Modell der Führungsaufsicht kennen, zeigt, dass die Fallzahlen in den letzten Jahren extrem stark zugenommen haben.⁷

hh. **Das Konstrukt des Vorbehalts setzt falsche Anreize.** Es ist damit zu rechnen, dass die Grosszahl der Verfahren bei schwerer Delinquenz zu einem Vorbehalt führen wird, weil sich die Entscheidsträger nicht später dem Vorwurf aussetzen wollen, dass sie nicht alles getan hätten. Dasselbe

⁴ Vgl. HEER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.): Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 62c StGB, N 11b.

⁵ Vgl. KINZIG, NJW 2002, 3204, 3206 m.w.H.

⁶ Vgl. HAUSAM, Haftverhalten in der Straftäterbehandlung und Prognose, Hildensheim 2020, 22.

⁷ Vgl. KETT-STRAUB, «Totgeglaubte leben länger», in: SAFFERLING et al. (Hrsg.), Festschrift Franz Streng, Heidelberg 2017, 309 ff.

Problem stellt sich im Zeitpunkt, in dem der Vorbehalt aktiviert werden soll.

- ii. Es fällt sodann auf, dass nicht gesetzlich vorgesehen ist, dass die Bewährungshilfe und Weisungen geeignet sein müssen, um der Gefahr weiterer Delikte zu begegnen. **Die Prüfung der Eignung ist zwar Teil der Verhältnismässigkeitsprüfung, sollte aber in jedem Fall explizit begründet werden müssen. Insbesondere die Verpflichtung zur Therapie oder dergl. dürften bei Aussichtslosigkeit nicht angeordnet werden.** Eine Therapie, auch wenn sie gerichtlich verordnet wird, zielt auf das Innerste des Individuums, und muss in einem liberalen Staat auch verweigert werden dürfen.

3. Empfehlung: Vom vorgeschlagenen Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen bei Aufhebung einer stationären Massnahme (Art. 62f VE-StGB) ist abzusehen.

4. Begründung:

- a. Die Ausgangslage bei der stationären Massnahme nach Art. 59 StGB ist insofern anders als bei den Freiheitsstrafen, als dass stationäre Massnahmen zeitlich unbefristet angeordnet werden können. Es wird also nicht ein zeitlich begrenztes Schuldstrafrecht mit zeitlich unbestimmten Weisungen gekoppelt wie bei Art. 41a VE-StGB. Dennoch stellt der Ausbau der Weisungen und Bewährungshilfe nach Aufhebung einer stationären Massnahme eine bedeutende Ausdehnung der staatlichen Möglichkeiten der Kontrolle und Überwachung dar. **Sie sollte deshalb nur dann unternommen werden, wenn ein ausgewiesener Bedarf dafür besteht. Ebenso sollte darauf geachtet werden, dass eine kohärente Regelung mit Blick auf die Auferlegung von Weisungen und Bewährungshilfe bei bedingter Entlassung aus der Massnahme besteht. Beide Voraussetzungen erfüllt der vorliegende Gesetzesentwurf unseres Erachtens nicht.**
- b. Zur Illustration der Notwendigkeit einer neuen Regelung führt der Bundesrat unterschiedliche Fälle auf, in denen stationäre Massnahmen wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben wurden.⁸ **Allerdings stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen nicht ambulante Massnahme (Art. 63 StGB) angeordnet werden könnten.** Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll nämlich anstelle der als aussichtslos aufgehobenen stationären Massnahme eine mildere ambulante Massnahme angeordnet werden.⁹ Die ambulante Massnahme kann mit Weisungen und Bewährungshilfe verbunden werden.¹⁰ So hat das Bundesgericht etwa in dem in den Erläuterungen zitierten Fall von B., der wegen mehrfachen

⁸ Vgl. für beide Fallkonstellationen, Erläuternder Bericht, S. 17.

⁹ BGE 143 IV 1 E. 5.4; BGer 6B_82/2019 vom 1. Juli 2019, E. 2.3.6.

¹⁰ BGer 6B_82/2019 vom 1. Juli 2019, E. 2.3.7

sexuellen Handlungen mit Kindern verurteilt wurde, festgehalten, dass bei Scheitern einer stationären Massnahme eine ambulante Massnahme angeordnet werden müsse.¹¹ Welche anderen Massnahmen in Form von Weisungen geeignet und erforderlich wären, in diesem Fall Deliktsprävention zu leisten, erläutert der Bundesrat nicht.

- c. Freilich ist die Anordnung einer ambulanten Massnahme anstelle einer stationären Massnahme in Fällen, in denen eine stationäre Massnahme wegen fehlender Kooperationsbereitschaft aufgehoben wurde, zum Teil zweifelhaft. Angesichts dessen, dass mehrfache Motivationsversuche einer gescheiterten stationären Behandlung vorausgehen, dürfte auch eine Therapie in Freiheit von gewissen Straftätern abgelehnt werden. Sofern auch keine Reststrafe bleibt, muss entschieden werden, wie mit den Sicherheitsrisiken umzugehen ist, wenn jemand bedingungslos aus der stationären Massnahme entlassen wird. **Die Frage ist, ob wir uns gegen alle möglichen Risiken absichern können und vor allem auch zu welchem Preis wir das tun sollten. Dass es sinnvoll ist, jemand, der lange im Freiheitsentzug war, in praktischen Belange wie der Wohnungssuche, der Eröffnung eines Kontos, oder der Arbeitssuche etc. zu unterstützen, dürfte kaum bestritten sein. Dafür braucht es aber kein ambulantes Pendant zur stationären Massnahme in Form von potentiell lebenslänglichen Weisungen.** Sogenannte «Anschlusslösungen» oder eine «Nachbetreuung» sind oft mit empfindlichen Eingriffen in die persönliche Freiheit verbunden. Es reicht eben nicht, dass es «opportun»¹² erscheinen würde, jemanden statt bedingungslos in Freiheit zu entlassen, weiterhin mit Verpflichtungen zu Therapien, Alkoholabstinenz und Vorgaben im Hinblick auf seinen Aufenthalt in seiner Lebensführung zu steuern, zu kontrollieren und zu überwachen. Vielmehr muss diese Freiheitseinschränkung strengen Anordnungsvoraussetzungen unterliegen und einer strikten Verhältnismässigkeitsprüfung genügen.
- d. Nach geltendem Recht sind Weisungen und Bewährungshilfe bei einer *bedingten Entlassung aus dem Massnahmenvollzug* möglich (Art. 62 Abs. 2 und Abs. 3 StGB), nicht aber im Fall einer *Aufhebung der Massnahme* infolge von Aussichtslosigkeit oder Erreichen der Höchstdauer (Art. 62c Abs. 1 StGB). Diese Diskrepanz mag auf den ersten Blick wenig sinnvoll erscheinen. Der Grund liegt eben darin, dass Weisungen und Bewährungshilfe mit Blick auf eine mögliche Strafaussetzung im Rahmen einer vorzeitigen bedingten Entlassung entstanden sind, und demnach eine positive Legalprognose voraussetzen. **Man kann die Idee einer letzten Stufe innerhalb eines Progressionssystem nicht einfach telquel auf Fallkonstellationen übertragen, in denen man es mit Straftäter mit einer negativen Legalprognose zu tun hat. Dabei resultieren unweigerlich**

¹¹ BGer 6B_746/2016 vom 8. Dezember 2017, E. 2; Erläuternder Bericht, S. 17.

¹² Erläuternder Bericht, S. 18.

Widersprüche, was sich bei den Anordnungsvoraussetzungen des Vorentwurfes zeigt: So sind die Anordnungsvoraussetzung bei der Entlassung einer Massnahme nach Art. 62 Abs. 3 und Abs. 4 StGB deutlich weniger strikt als bei der Aufhebung der Massnahme nach Art. 62f VE-StGB. Es werden bei Art. 62f VE-StGB (angelehnt an Art. 41a VE-StGB) hinsichtlich der möglichen Anlassdelikte Einschränkungen gemacht, die bei Art. 62 StGB nicht bestehen: Der Täter muss ein *Verbrechen* verübt haben, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte (vgl. Art. 62f Abs. 1 lit. a VE-StGB); demgegenüber gelten bei einer Entlassung aus der Massnahme nach Art. 62 StGB hinsichtlich der Anlasstat die Voraussetzungen von Art. 59 StGB, das heisst, es reichen auch Vergehen. Die vergleichsweise erhöhten Anordnungsvoraussetzungen könnten höchstens dann Sinn machen, wenn bei Aufhebung der Massnahmen grundsätzlich andere Weisungen möglich sind als bei einer bedingten Entlassung aus der Massnahme. Nach dem Vorentwurf des Bundesrates wird aber kein grundsätzlicher Unterschied zwischen «normalen» und «qualifizierten» Weisungen gemacht.

- e. **Aus Überlegungen der Verhältnismässigkeit und um Exzesse zu verhindern, sollten Weisungen und Bewährungshilfe sodann nicht *open-end* angeordnet werden können, sondern deren Anwendungsbereich mit einer absoluten Höchstdauer begrenzt werden.** Die Kernkompetenzen von Bewährungshelfern liegen in einer sozialarbeiterischen Beratung, im Begleiten und Unterstützen der ehemaligen Straftäter und in der Vermittlung von Sozial- und Fachhilfe. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb diese Betreuung über Jahre andauern sollte. **In jedem Fall sollte die Zeit der Nachbetreuung nicht länger als 5 Jahre dauern, was für die Freiheitsstrafe im Übrigen gesetzlich vorgesehen ist (vgl. Art. 87 StGB).** Was die Weisungen angeht, muss nochmals betont werden, dass es sich dabei mitunter um sehr schwere Grundrechtseingriffe handelt, die nur insoweit auferlegt werden sollten, als sie geeignet und zwingend erforderlich sind, um einer Rückfallgefahr zu begegnen. Stossend ist etwa, wenn eine ambulante Therapie in eine Weisung gepackt wird, ohne dass klar wäre, was eigentlich die Voraussetzungen dafür sind.
- f. Insofern geht der Vorschlag des Bundesrates, die Probezeit bei stationären Massnahmen nach **Art. 60 und Art. 61 StGB unbestimmte Mal zu verlängern** (Art. 62 Abs. 4 Bst. b und Abs. 5 VE-StGB), um zeitlich unbeschränkt Bewährungshilfe und Weisungen anordnen zu können, in die falsche Richtung. **Anstatt die zeitliche Beschränkung bei Art. 60 und Art. 61 StGB aufzuheben, sollte sie mit Blick auf sämtliche Massnahmen (also auch Art. 59 StGB) eingeführt werden und unabhängig davon gelten, ob es sich um eine Bewährungshilfe/Weisungen im Rahmen einer bedingten Entlassung oder einer Aufhe-**

bung einer Massnahme handelt. Im Übrigen legt der Bundesrat nicht dar, inwiefern Bedarf besteht, die absolute zeitliche Beschränkung der Probezeit nach Art. 62 Abs. 5 StGB aufzuheben.

- g. Weisungen können – wie bereits an vorderer Stelle betont – schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte der Betroffenen mit sich bringen. Sie sollten deshalb – wie auch die Massnahmen selbst – von vornherein nur dann greifen, wenn zu erwarten ist, dass sich dadurch der Gefahr weiterer Delikte mit Erfolg begegnen lässt und diese auch zwingend erforderlich sind. **Eine entsprechende Formulierung bezüglich der Eignung fehlt im Gesetzesentwurf und sollte unbedingt vorgenommen werden.**

5. Bemerkungen zu Art. 94 VE-StGB (Inhalt der Weisungen):

a. Allgemeines:

aa. Was die Umschreibung der Weisungen in Art. 94 VE-StGB angeht, ist zu begrüssen, dass der Bundesrat versucht den Weisungsinhalt präziser zu fassen. **Richtigerweise müsste die Liste aber abschliessend sein.** Zwar ist es durchaus so, dass der Wunsch nach einer möglichst weitgehenden Flexibilität in der Praxis besteht. In einer individualrechtlichen Perspektive bedeutet die Verhaltenslenkung aber einen empfindlichen Eingriff in die Freiheitsrechte. **Es ist nicht ersichtlich, weshalb die allgemeine verfassungsrechtliche Regel einer möglichst präzisen gesetzlichen Grundlage nicht greifen sollte, wenn es etwa darum geht, jemanden ein zeitlich unbegrenztes Alkoholverbot zu auferlegen und damit in seine Lebensführung einzugreifen.**

bb. **Des Weiteren müsste grundsätzlich überlegt werden, ob sämtliche Weisungen nach Art. 94 VE-StGB in den unterschiedlichen möglichen Konstellationen zur Verfügung stehen.** Dabei muss man sich vergegenwärtigen, dass Weisungen auch angeordnet werden können, wenn eine bedingte (Geld-)Strafe ausgesprochen wird. So sollte bspw. eine mehrjährige ambulante Behandlung oder die Verpflichtung «zum Aufenthalt an einem Ort» nicht bei bedingten Strafen ausgesprochen werden können, was gesetzlich auszuschliessen wäre.

cc. **Schliesslich ist nach geltendem Recht unklar, in welchem Verhältnis die Weisungen zu anderen Massnahmen stehen** (ambulante Massnahme, Tätigkeitsverbot, Kontakt- und Rayonverbot). Dieser Missstand wird durch den Vorentwurf nicht behoben (vgl. dazu auch die Bemerkungen unter b.)

b. Bemerkungen zu den gesetzlich vorgesehenen Weisungen (Auswahl):

aa. **Art. 94 Abs. 2 lit. a:** Bei der Verpflichtung zum Aufenthalt an einem bestimmten Ort wird sehr stark in die Freiheit des Betroffenen eingegriffen.

Wir lehnen diese Möglichkeit in Form der Weisung entschieden ab.

Sollte der Bundesrat an dieser Weisung festhalten, müsste zwingend gesetzlich festgehalten werden, dass es sich um eine «offene Einrichtung» handelt, wie in den Erläuterungen festgehalten.

bb. **Art. 94 Abs. 2 lit. b:** Es ist nach geltendem Recht unklar, wie sich die Weisung hinsichtlich Berufsausübung vom Tätigkeitsverbot nach Art. 67 f. StGB abgrenzt; die Frage ist in der Lehre umstritten.¹³ Wenn – wie in den Erläuterungen festgehalten – mit der Weisung keine eigentlichen *Verbote* einhergehen, dann ist das eine neue Lesart und sollte im Gesetz deutlich gemacht werden. Es wäre stossend, wenn die Massnahmenvorsatzung von Art. 67 f. StGB mittels Weisung umgangen werden könnte. Unklar ist im Übrigen auch, wie sich **Kontakt- und Rayonverbote**, die nach Ansicht des Bundesrates auch in Form von Weisungen auferlegt werden können,¹⁴ von der Massnahme i.S.v. Art. 67b StGB abgrenzen.

cc. **Art. 94 Abs. 2 lit. c:** Es ist bereits nach geltendem Recht **unklar, in welchem Verhältnis eine entsprechende Weisung mit ambulanten Massnahmen nach Art. 63 StGB steht.** Insbesondere ist nicht klar, ob damit nicht nur relativ niederschwellige Formen von Therapien gemeint sind, sondern auch Weisungen, die sich inhaltlich mit einer ambulanten Massnahme nach Art. 63 StGB decken. Ist Letzteres gemeint, erscheint insbesondere problematisch, dass bei der Weisung im Gegensatz zu Art. 63 StGB kein besonderer Zustand (psychische Störung und sich daraus ergebende Sozialgefährlichkeit) vorliegen muss, die Hürde also deutlich tiefer ist.

dd. **Art. 94 Abs. 2 lit. d:** Die Pflicht, sich toxikologischen Tests zu unterziehen ist Konsequenz der Möglichkeit, dem ehemaligen Straftäter den Konsum bestimmter (legaler) Substanzen – insbesondere Alkohol – zu verbieten. Das stellt einen schweren Eingriff in die Freiheitssphäre des Betroffenen dar. Sofern dies gewollt ist, sollte es im Gesetz explizit gemacht werden.

¹³ Zu den bisherigen Abgrenzungsversuchen in der Lehre, die aber nicht überzeugten RANZONI, Weisungen bei bedingtem Strafvollzug und deren Verhältnis zu Massnahmen, *sui-generis* 2018, 99 ff. m.w.H.

¹⁴ Vgl. Botschaft 2012, 8852; betreffend Kontaktverbot deutlich auch BGer 6B_173/2018 vom 5. Juli 2018, E. 2.2.5.

Vorlage II

1. **Empfehlung:** Von der Einführung einer vorbehaltenen freiheitsentziehenden Massnahme nach Erwachsenenstrafrecht (Verwahrung und stationären Massnahme nach Art. 59 StGB) für Jugendliche i.S.v Art. 25a und 27a VE-JStGB ist abzusehen.
2. **Zusammenfassende Begründung:** Es ist aufgrund des derzeitigen Forschungsstandes nicht ersichtlich, wie die Prognose einer «qualifizierten Gefährlichkeit», das heisst die «hohe Wahrscheinlichkeit weiterer schwerwiegender Straftaten», die für eine Verwahrung nötig ist,¹⁵ bei einem ehemals jugendlichen Straftäter zuverlässig erbracht werden kann.¹⁶ Angesichts dessen, dass es sich bei der stationären Massnahme ebenfalls um einen potentiell lebenslänglichen Freiheitsentzug handelt, müssen auch hier strenge Anforderungen an die Gefährlichkeitsprognose gestellt werden, die aus den gleichen Gründen wie bei der Verwahrung nicht erfüllt werden können.¹⁷ Sodann zeigt sich auch hier die «Vorbehaltsproblematik», dass bei sehr schwerer Delinquenz typischerweise ein Vorbehalt gemacht wird, weil erstens die Hürde kleiner ist (Gefährlichkeit muss im Zeitpunkt des Vorbehalts nicht gutachterlich festgestellt werden) und sich zweitens die Behörde nicht dem Vorwurf aussetzen will, sie hätte nichts getan. Demgegenüber riskieren die Behörden kein fehlbares Verhalten, wenn sie einen Vorbehalt anbringen. Der Vorbehalt wirkt sodann wie ein Präjudiz für das Gericht, das bei Beendigung der Massnahme definitiv über die Massnahme entscheiden muss.
3. **Ausführliche Begründung:**
 - a. Der Bundesrat schlägt vor, in Anlehnung an die Voraussetzungen für die Verwahrung nach Art. 64 StGB eine Prognose vorauszusetzen, wonach «ernsthaft zu erwarten ist, dass erneut schwere Taten begangen werden». Diese Prognose soll sowohl im Zeitpunkt des jugendstrafrechtlichen Grundurteils erfolgen als auch im Zeitpunkt der Anordnung im Erwachsenenalter. Der Bundesrat betont an verschiedenen Stellen, dass bei minderjährigen Straftätern die Prognose «sehr schwierig sei», weil die Persönlichkeitsentwicklung noch nicht abgeschlossen sei.¹⁸ **Auch die forensischen Psychiater, die als Experten am Gesetzesprojekt mitgearbeitet haben, haben sich laut Bericht dahingehend ausgesprochen, dass eine «Zukunftsprognose bei einer minderjährigen Person praktisch nicht möglich sei».**¹⁹

¹⁵ Vgl. HEER/HABERMEYER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.): Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 64 StGB, N 47 [mit Hervorhebungen im Original].

¹⁶ So auch das Fazit von MEIER, Sicherungsverwahrung bei Jugendlichen und Heranwachsenden, in: KASPAR, Sicherungsverwahrung 2.0?, Baden-Baden 2017, 217 ff. für die deutsche Regelung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung für jugendliche Straftäter.

¹⁷ Vgl. dazu bereits ausführlich CONINX, Verwahrung statt fürsorgereische Unterbringung für ehemals jugendliche Straftäter?, FamPra 02/2019, 402, 415 ff.

¹⁸ Erläuternder Bericht, S. 66.

¹⁹ Erläuternder Bericht, S. 57 [Hervorhebungen nicht im Original].

- b. Der Bundesrat will der Prognoseproblematik dadurch begegnen, dass im Grundurteil bloss ein Vorbehalt der Verwahrung bzw. einer stationären Massnahme angebracht wird und erst im nachträglichen Massnahmenverfahren definitiv über dessen Anordnung entschieden wird. **Entgegen den Behauptungen des Bundesrates,²⁰ löst das Konstrukt des «Vorbehalts» die Prognoseprobleme aber nicht.** Die Qualität der Prognose wird nicht dadurch verbessert, dass die endgültige Bewertung der Gefährlichkeit hinausgeschoben wird und dass das Gericht im Urteilszeitpunkt quasi eine Prognose der Prognose machen muss. Denn die Probleme, die sich mit Blick auf die Gefährlichkeitsprognose im Zeitpunkt des Grundurteils stellen, sind im nachträglichen Massnahmenverfahren nicht verschwunden. **In der Forschung wird betont, dass ein «hinreichend valides jugendspezifisches Prognoseverfahren [...] nicht vorhanden» sei.²¹ Diese Einschätzung deckt sich mit der Meinung weiterer Experten.²²**
- c. **Sämtliche Prognoseverfahren – egal ob im Urteilszeitpunkt oder später – stellen zur Voraussage von delinquentem Verhalten stark auf das bisherige Legalverhalten ab.²³ Aber genau dieses Kriterium dürfte bei jugendlichen Straftätern regelmässig wenig aussagekräftig sein,** weil die Delinquenz in einem Alter stattgefunden hat, in dem sich der Jugendliche in verschiedene Richtungen entwickeln kann und es sich bei schwerster Delinquenz (insb. Mord) in der Regel um Ersttäter handeln dürfte. Dies war jedenfalls das Problem im ersten deutschen Fall der Sicherungsverwahrung eines Jugendlichen (Fall *Ilseher*), der vor einer Mordbegehung mit keinen Straftaten aufgefallen war.²⁴ Diejenigen Taten – nämlich schwerste Straftaten – die vom Täter mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden müssen, stützen sich dann auf eine derart **geringe Basisrate**, dass der positive Vorhersagewert sehr niedrig ist und damit die Treffsicherheit der Prognose klein.²⁵
- d. Neben dem bisherigen Legalverhalten, bleibt nur der Zuwachs von Erkenntnis, der während des jugendstrafrechtlichen Vollzugs der Schutzmassnahme oder der Strafe gewonnen wurde. Wie bereits oben betont, sind Rückfallprognosen, die sich wesentlich auf das Vollzugsverhalten stützen, extrem komplex und bislang empirisch wenig erforscht.²⁶ **Im Freiheitsentzug lebt der Insasse in einer**

²⁰ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 84.

²¹ Vgl. EISENBERG/KÖLBEL, § 7 d-JGG, N 34 f., Jugendgerichtsgesetz, 21. Aufl., München 2020 [Hervorhebungen nicht im Original].

²² Vgl. MEIER, Sicherungsverwahrung auch im Jugendstrafrecht?, in: HÖFFLER (Hrsg.), Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen?, Göttingen 2015, 165, 170 m.w.H.; OSTENDORF, Nachträgliche Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht - Rechtspolitische Folgen der Entscheidung des EGMR, ZRP 2010, 245, 248.

²³ Vgl. HEER/HABERMEYER (Fn. 15), Art. 64 StGB, N 51.

²⁴ Vgl. Ilseher vs. Germany, EGMR vom 4. 12. 2018 Nr. 10211/12.

²⁵ Vgl. MEIER (Fn. 22), 170 m.w.H.; OSTENDORF, Nachträgliche Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht - Rechtspolitische Folgen der Entscheidung des EGMR, ZRP 2010, 245, 248.

²⁶ Vgl. ULLENBRUCH/MORGENSTERN, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 2: §§ 38-79b StGB, 3. Aufl., München 2016, § 66a d-StGB, N 2.

künstlichen Welt, die stark reglementiert ist, und mitunter 23 Stunden Einschluss in einer Zelle bedeuten kann. Bei jugendlichen Straftätern verschärft sich die Situation insofern, als dass eine Zeitperiode prognostisch relevant sein soll, die typischerweise vom Auflehnen gegen Autoritäten geprägt ist.²⁷

Wie soll denn das Verhalten eines Jugendlichen bzw. jungen Erwachsenen, der jahrelang in Umfeld lebt, das übermässig auf Sicherheit und Disziplinierung ausgerichtet ist, und kaum Selbstbestimmung und Selbstverantwortung zulässt, ein zuverlässiger Indikator sein, um Aussagen über eine mögliche künftige schwere Straffälligkeit zu gewinnen?²⁸ Es liegt auf der Hand, dass das «Dankeschwergewicht der Verwahrung» Scheinanpassungen fördert: «Welcher Straftäter wird sich auf ein offenes Therapiegespräch einlassen, seine geheimen Gelüste zum Beispiel zu strafbedrohten Sexualpraktiken offenbaren, wenn diese Informationen dazu führen können, dass die Sicherungsverwahrung angeordnet wird?»²⁹

- e. **Wie eine für die Verwahrung erforderliche hohe Wahrscheinlichkeit erneuter Straftaten im nachträglichen Verfahren festgestellt werden soll, nachdem der Jugendliche mehrere Jahre im Strafvollzug bzw. Vollzug der Schutzmassnahme verbracht hat, ist damit völlig unklar.** Vor dem Hintergrund, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gestützt auf Überlegungen zur Verhältnismässigkeit mit zunehmender Dauer des Vollzugs strengere Anforderungen an Art und Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten zu stellen sind,³⁰ ist derzeit nicht ersichtlich wie eine entsprechende Prognose zufriedenstellen erbracht werden kann.
- f. **Schliesslich ist es irreführend, wenn der Bundesrat argumentiert, die vorbehaltene Massnahme sei für den Betroffenen weniger einschneidend als die im Urteil definitiv angeordnete therapeutische Massnahme bzw. Verwahrung.**³¹ Natürlich ist es weniger einschneidend, wenn dem jugendlichen Straftäter zum Zeitpunkt des Grundurteils gesagt wird, dass er nach einem mehrjährigen Freiheitsentzug nur möglicherweise und nicht definitiv verwahrt wird. Der Vergleich hinkt aber in zweierlei Hinsicht: Zum einen ist die Prognose, die für eine Verwahrung bzw. stationäre Massnahme nötig wäre, nach Aussage

²⁷ Vgl. MEIER (Fn. 22), 165, 171.

²⁸ Kritisch jedenfalls die h.L. in Deutschland, vgl. MEIER (Fn. 22), 165, 171 m.w.H. in Fn. 20.

²⁹ Vgl. OSTENDORF, ZRP 2010, 245, 246.

³⁰ Vgl. BGE 136 IV 156 E. 3.2: «Je länger ein Freiheitsentzug gedauert hat, umso strengere Anforderungen sind an die Art und Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten zu stellen, die bei der Risikoanalyse eine Rolle spielen und damit eine Aufrechterhaltung oder Umwandlung einer Massnahme zu begründen vermögen. Mit längerer Dauer des Vollzugs, mithin mit sich vergrösserndem zeitlichem Abstand zwischen der ursprünglichen Verurteilung und dem Entscheid betreffend Anpassung der Massnahme, sind zunehmend strengere Anforderungen an den Kausalzusammenhang des Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK zu stellen.»; vgl. auch HEER (Fn. 4), Art. 62c StGB, N 11.

³¹ Erläuternder Bericht, S. 85.

des Bundesrates im Zeitpunkt des Grundurteils ja nicht zu erbringen; entsprechend gibt es diese schlimmere Alternative gar nicht. Zum anderen kommt es auf das Grundurteil gar nicht an. Vielmehr ist letztlich entscheidend, was im nachträglichen Verfahren entschieden wird, wo eben definitiv über die Verwahrung bzw. die stationäre Massnahme entschieden wird. Im Übrigen dürfte der Vorbehalt («Damoklesschwert der Verwahrung») für viele Jugendliche als sehr belastend wahrgenommen werden.

g. **Zur Ablehnung der vorbehaltenen stationären Massnahme im Besonderen:**

aa. Die angespannte finanzielle Situation in vielen Kantonen hat in den letzten zu einem **chronischen Vollzugsnotstand** geführt, sodass bei vielen Straftätern mangels Therapieangebot der Freiheitsentzug zu einer vorwiegend sichernden Massnahme verkommen ist, die in einer Strafanstalt vollzogen wird (vgl. Art. 59 Abs. 3 StGB). Und selbst wenn ein *Therapie-setting* sichergestellt würde, bleibt ein Freiheitsentzug der schwerste Eingriff in die persönliche Freiheit, der während der Phase des jungen Erwachsenseins als besonders prekär erscheint. **Bezeichnenderweise hat sich für die stationäre Massnahme nach Art. 59 Abs. 3 StGB denn auch die Bezeichnung «kleine Verwahrung» eingebürgert.**³²

bb. Es besteht heute die Möglichkeit, jugendliche Straftäter bis zum 25. Altersjahr in einer geschlossenen jugendstrafrechtlichen Unterbringung zu therapieren und zu sichern. **Sofern sich über Jahre kein Therapieerfolg eingestellt hat, erscheint es zweifelhaft, dass eine Therapie unter Art. 59 StGB erfolgreich ist.**

cc. Angesichts dessen, dass es sich bei der stationären Massnahme ebenfalls um einen **potentiell lebenslänglichen Freiheitsentzug handelt, müssen auch hier strenge Anforderungen an die Anforderungen, insbesondere die Gefährlichkeitsprognose, gestellt werden.** In der Lehre wird richtigerweise gefordert, dass angesichts des sichernden Charakters der Massnahme nach Art. 59 Abs. 3 StGB die Grundsätze i.S.v. Art. 64 Abs. 1 StGB herangezogen werden.³³ Es sollte also eine «qualifizierte Gefährlichkeit» verlangt werden, das heisst eine «hohe Wahrscheinlichkeit weiterer schwerwiegender Straftaten».³⁴ Eine solche Prognose kann – wie oben dargelegt – bei jugendlichen Straftätern nicht zuverlässig erbracht werden.

³² Vgl. WEDER, Die "kleine Verwahrung" (Art. 59 Abs. 3 StGB) im Vergleich mit der Verwahrung gemäss Art. 64 StGB, ZSR I 2011, 577.

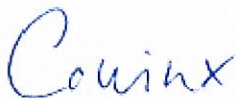
³³ HEER/HABERMEYER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.): Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 59 StGB, N 56a.

³⁴ HEER/HABERMEYER (Fn. 15), Art. 64 StGB, N 47 (mit Hervorhebungen im Original).

- h. Abschliessend sei betont, dass das gesamte Sanktionensystem des Jugendstrafrechts seine Rechtfertigung gerade daraus bezieht, dass Jugendliche und Heranwachsende anders behandelt werden als Erwachsene. Dieser Grundgedanke sollte nicht aufgegeben werden. Die Tatsache, dass die vorbehaltene Verwahrung/stationäre Massnahme erst im Erwachsenenalter ausgesprochen wird, ändert nichts daran: Der Grund für die Verwahrung ist die Straftatenbegehung als Jugendlicher. Eine andere Interpretation geriete unweigerlich in Widerspruch zu Art. 5 EMRK, wonach das Grundurteil die Grundlage der definitiven Anordnung der Verwahrung ist, wie der Bundesrat auch selbst betont.³⁵
4. **Fazit:** Auf die Einführung einer vorbehaltenen Verwahrung bzw. stationären Massnahme für ehemals jugendliche Straftäter ist zu verzichten, weil es sich um einen sehr schweren Grundrechtseingriff handelt und derzeit nicht ersichtlich ist, wie eine entsprechende Prognose zufriedenstellend bewerkstelligt werden kann.
5. **Alternativen:** Problematisch ist, dass das geltende Jugendstrafrecht bei der Entlassung aus den Schutzmassnahmen im Unterschied zu den Jugendstrafen keine abgestufte Progression im Sinne einer bedingten Entlassung kennt, sondern nach Erreichen der Höchstfrist den ehemals jugendlichen Straftäter voraussetzungslos in die Freiheit entlässt. **Eine abgestufte Progression könnte allerdings durch eine rechtzeitige Änderung der Massnahme erreicht werden, in dem die geschlossene Unterbringung frühzeitig durch die weniger eingriffsintensive offene Unterbringung und schliesslich durch eine ambulante Massnahme abgelöst wird, also durch die Aufsicht nach Art. 12 JStG oder die persönliche Betreuung nach Art. 13 JStG, womöglich in Kombination mit einer ambulanten Betreuung.**³⁶

Wir bedanken uns bestens für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen



Anna Coninx



Diego Langenegger

³⁵ Erläuternder Bericht, S. 84.

³⁶ Vgl. AEBERSOLD, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 3. Aufl., Bern 2017, N 478.

Neuchâtel, le 24 septembre 2020

Département fédéral de
justice et police
Par voie électronique à
annemarie.gasser@bj.admin.ch

**Procédure de consultation – Modification du code pénal et du droit pénal des mineurs
(Train de mesures Exécution des sanctions).**

Madame, Monsieur,

André Kuhn
Professeur
andre.kuhn@unine.ch
+41 (0)32 718 13 23

Par la présente, la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel a l'honneur de vous transmettre sa prise de position dans le cadre de la procédure de consultation mentionnée en exergue.

Modifications du Code pénal

Remplacement d'expressions

Le remplacement de la mention « autorité compétente » par « autorité d'exécution » est bienvenu. Le terme « autorité compétente » ne couvrira ainsi plus le concept de compétence identique octroyée cantonalement à des autorités différentes, mais sera réservé aux cas où, à l'intérieur d'un même système cantonal, une compétence est octroyée à diverses autorités (art. 52, 53, 54 CP). La notion d'autorité d'exécution existe par ailleurs déjà aux art. 35, 59 al. 4, 60 al. 4, 62 al. 3-4, 62a al. 1 et 3, 62c al. 4, 63 al. 4, 64a al. 2-3, 67c al. 7-7^{bis}, 75 al. 6 let. a, 75a al. 1 let. b, 77a al. 3, 77b al. 4, 79a al. 5-6, 79b al. 1 et 3, 80 al. 2, 87 al. 2-3, 92a, 94, 95 et 295.

Inversement, il serait peut-être bon de réfléchir à un éventuel remplacement de la notion « le juge ou l'autorité d'exécution » des art. 67c al. 7, 94, 95 al. 4 et 295 par celle de « l'autorité compétente ». Idem éventuellement à l'art. 20 pour « L'autorité d'instruction ou le juge ».

Il serait par ailleurs peut-être temps d'enfin appeler un tribunal « tribunal » et non plus « juge » comme le fait le CP dans ses versions française et italienne (art. 3 al. 2 et 4, 4 al. 2, 5 al. 3, 6 al. 2 et 4, 7 al. 3 et 5, 11 al. 4, 16 al. 1, 19 al. 2, 20, 21, 22, 23, 34, etc.). Cette remarque vaut par ailleurs également pour les dispositions de l'avant-projet mis en consultation (art. 41a, 62, 62c, 62d, 62e, 62f, 63a, 89a, 94, 95a).

Art. 41a

En très résumé et de manière un peu caricaturale, le droit pénal sert à punir des personnes commettant des infractions dans le but de les dissuader d'en commettre d'autres à l'avenir. L'art. 56 CP concrétise déjà l'aveu implicite de l'échec du droit pénal en prévoyant que si la peine ne suffit pas à écarter le danger que l'auteur commette d'autres infractions, le tribunal ordonne une mesure.

La question se pose donc de savoir s'il est véritablement opportun de prévoir une seconde norme remettant en doute l'utilité du droit pénal dans le code pénal lui-même. L'art. 41a n'est en effet rien d'autre que l'aveu que la peine prononcée n'est probablement pas propre à dissuader et qu'il faut dès lors prévoir l'éventualité d'une « demi-mesure » d'assistance de probation en plus de la peine au moment du jugement déjà.

FACULTÉ DE DROIT

Ne serait-il pas plus opportun de repenser l'effet dissuasif au regard des connaissances scientifiques et d'introduire un système de sanctions propre à atteindre les buts que se fixe le droit pénal ? C'est ainsi qu'une réflexion plus large sur l'extension de la palette des peines prononçables (TIG, surveillance électronique, interdiction de conduire, pour ne reprendre ici que ce qui existe déjà dans notre système pénal sous une autre forme que celle de la peine) nous semble nécessaire. Au-delà même d'une telle réflexion sur les peines, ne serait-il pas opportun également de réfléchir à l'introduction d'un système – alternatif au système rétributif du droit pénal actuel – de justice restaurative, sachant que ce genre de système permet d'attendre des taux de récidive plus bas que ceux générés par un système répressif.

Cela sans compter par ailleurs que l'autorité d'exécution est bien mieux à même de juger de l'opportunité d'instituer une assistance de probation dans le cadre du régime progressif d'exécution des peines (ce que les autorités d'exécution font d'ailleurs à chaque fois que cela est nécessaire) que ne l'est le juge auquel on demande ici de faire un pronostic sur l'état probable d'un individu au terme d'une peine privative de liberté qui n'a pas encore débutée. Un tel pronostic relève du don de voyance plutôt que de la compétence acquise par un juge durant sa formation.

Étant donné que la norme proposée ne représente rien moins qu'une incitation faite au juge de réserver une assistance de probation allant au-delà du temps de la peine, ne serait-il pas plus opportun de prévoir dans les dispositions sur le délai d'épreuve que celui-ci peut être prolongé par le tribunal sur demande de l'autorité la plus compétente en la matière (soit l'autorité d'exécution de la peine) au-delà du temps du délai d'épreuve ? Cette manière de faire est d'ailleurs celle de l'art. 87 al. 3 CP, dont il suffirait de modifier les conditions.

Pour « vendre » cet art. 41a on nous fait miroiter les cas dans lesquels la libération conditionnelle ne serait pas envisageable et pour lesquels il faudrait prévoir – en lieu et place d'une sortie sèche de prison au terme de la peine – une assistance de probation. Il s'agirait donc de cas pour lesquels aucune mesure n'est envisageable, mais qui seraient tellement dangereux qu'ils devraient être surveillés au-delà de la durée de leur peine. Ces cas existent-ils vraiment ? Soit une personne est dangereuse et semble inaccessible à l'effet dissuasif de la peine et on applique alors les art. 56ss sur les mesures institutionnelles, soit elle ne représente pas un tel danger et le régime progressif d'exécution des peines est alors la règle et une libération conditionnelle l'objectif. Intégrer une « réserve de l'assistance de probation » revient ainsi à inciter – pour ne pas dire contraindre – l'autorité d'exécution à ne pas libérer conditionnellement avant le terme de la peine, puisqu'elle peut – certes avec l'aval du tribunal au sens de l'art. 89a de l'avant-projet, mais aval qui sera automatiquement donné lorsque l'on n'aura pas testé le condamné par l'intermédiaire de la libération conditionnelle – encore faire un travail post-peine avec le condamné (qui a pourtant terminé l'exécution de sa peine et donc payé sa dette à la société).

Les résultats probables de ce genre de norme seront : (1) une incitation faite aux juges de prononcer la réserve de l'art. 41a, (2) la réserve ayant été prononcée, une incitation aux autorités d'exécution de ne pas libérer conditionnellement avant le terme de la peine, et finalement (3) la libération conditionnelle n'ayant pas été octroyée et donc la personne n'ayant pas été testée à l'extérieur de la prison, une incitation au tribunal de prononcer l'assistance de probation post-peine conformément à l'art. 89a. En d'autres termes : moins de libérations conditionnelles, accroissement de la durée effective des peines, accroissement de la population carcérale, nécessité de construire de nouvelles prisons, augmentation des impôts ou de l'endettement étatique.

Finalement, cette norme est d'autant plus inutile que – si notre compréhension du système mis en place est correcte – aucune sanction sérieuse au non-respect des règles de conduite ou de l'assistance de probation n'est prévue en dehors d'une éventuelle application de l'art. 295 CP. Il y a bien l'art. 95a de l'avant-projet mais lorsqu'on est devant un individu récalcitrant, le droit pénal montrera alors au grand jour ses limites. En effet, la peine ayant été exécutée jusqu'au bout, aucune possibilité de réintégration ne sera envisageable. Raison de plus d'envisager un système *a posteriori* de prolongation du délai d'épreuve pour les cas qui le nécessitent vraiment, plutôt qu'un système de « réserve » *a priori* (c'est-à-dire au

moment du jugement déjà) d'une assistance de probation post-peine qui ne se justifiera peut-être plus du tout au terme de l'exécution de la peine.

Art. 57a

Cette disposition est la concrétisation de la jurisprudence logique du Tribunal fédéral et consiste à calculer la durée de la mesure thérapeutique institutionnelle (c'est comme cela que le CP les appelle dans le titre marginal précédant l'art. 59, et non « mesure thérapeutique privative de liberté ») non pas depuis le moment d'entrée effective en mesure, mais depuis l'entrée en force du prononcé de la mesure. Il n'y a donc là pas de problème à signaler à notre sens.

Art. 62

Cette modification permet de maintenir le traitement ambulatoire, les règles de conduite et l'assistance de probation à la suite d'une libération conditionnelle d'une mesure au sens des art. 60 et 61 CP en permettant au tribunal de prolonger de trois ans en trois ans, autant de fois que nécessaire, le délai d'épreuve. Elle prévoit ainsi le pendant de ce qui est déjà possible pour les mesures au sens de l'art. 59 CP (art. 62 al. 4 let. a). Une telle disposition ne prévoyant pas le prolongement de la mesure en tant que telle au-delà du nécessaire, elle nous paraît faire du sens lorsque l'état de santé du condamné le nécessite. Une telle mesure pourrait par ailleurs être à même de moins faire hésiter les autorités lors de la décision de libération conditionnelle, puisque la surveillance et la prise en charge post-mesure pourra durer plus longtemps.

La rédaction de la lettre b devrait toutefois suivre le modèle de la lettre a en remplaçant «d'un» par «de un»

Art. 62c

Cette disposition n'appelle à notre sens pas de commentaire particulier. Elle précise que le tribunal devra être saisi à chaque fois qu'une levée ou un changement de mesure est envisagé. Elle prévoit donc un transfert de certaines compétences de l'autorité d'exécution au tribunal, sans que cela ne nous paraisse fondamentalement choquant. Il se pourrait en effet que la *Mussvorschrift* soit mieux respectée par un tribunal qu'elle ne l'est par des autorités administratives liées au pouvoir exécutif.

Par contre, nous ne comprenons pas pourquoi la proposition d'une telle levée de mesure ne peut provenir que de l'autorité d'exécution. Il serait en effet bon que le principal intéressé – soit le condamné – puisse lui aussi directement saisir le tribunal d'une telle demande et non passer par l'autorité d'exécution au sens de l'art. 62d. Les raisons de la levée de la mesure au sens de l'art. 62c sont en effet de caractère tellement impératif qu'elles devraient intervenir automatiquement et, si l'automatisme administratif ne fonctionne pas, donner un accès direct au juge.

Art. 62d

La modification de l'al. 1 est la conséquence logique de la modification de l'art. 62c. L'al. 2 est tronqué de sa mention de la commission d'évaluation de la dangerosité qui est transférée aux art. 62e et 91a. Selon nous, au-delà de ce qui a été mentionné en relation avec l'art. 62c, il n'y a là rien de choquant à relever.

Art. 62e

Cette disposition reprend précise et durcit quelque peu l'actuel art. 90 al. 4^{bis}, qui renvoie à l'art. 75a CP. En effet, selon cette dernière disposition, les allègements des peines ne sont soumis à la commission d'évaluation de la dangerosité que si – cumulativement, même si cela ne ressort pas du texte en français de la loi – (a) le détenu a commis un crime visé par l'art. 64 al. 1 ET que (b) l'autorité d'exécution n'est pas en mesure de se prononcer catégoriquement sur la dangerosité. L'art. 62e, comme c'est le cas aujourd'hui de l'art. 90 al. 4^{bis}, étend cette norme aux mesures thérapeutiques institutionnelles et, d'autre part, ne retient

que la première des deux conditions dans ses lettres a et b, alors qu'elle retient les deux dans la lettre c.

S'il faut admettre que, dans certains cantons du moins, la pratique est depuis plusieurs années celle proposée par cette disposition, cette dernière n'en est pas moins un durcissement de la norme en ce sens que davantage de cas seront obligatoirement (de par la loi) soumis à la commission d'évaluation de la dangerosité. Il n'est par contre pas clair – criminologiquement parlant – de savoir s'il s'agit d'un durcissement de la loi du point de vue du condamné. En effet, les commissions d'évaluation de la dangerosité – généralement pensées pour rendre plus difficiles la progression dans l'exécution des peines et mesures – pourraient également représenter un facteur de dilution de la responsabilité permettant à chaque autorité (d'exécution, de jugement, ainsi que la commission qui préavise) de prendre ses décisions de manière plus «décontractée», sachant qu'elle n'est pas seule responsable de la décision qu'elle prend.

Art. 62f

Cette norme est le pendant de l'art. 41a commenté *supra* et de 89a pour les mesures thérapeutiques institutionnelles. Nous renvoyons dès lors aux remarques faites ci-dessus. En résumé, cette norme est probablement bien plus utile aux politiciens pour se profiler auprès de leurs électeurs qu'en matière pénale où elle ne présente aucune utilité pratique (puisque les dispositions sur la libération conditionnelle règlent d'ores et déjà la chose).

Art. 63a

Il s'agit du même transfert de compétence de l'autorité d'exécution au tribunal que celle prévue à l'art. 62c pour les mesures thérapeutiques institutionnelles, mais cette fois-ci pour le traitement ambulatoire. Les remarques faites *supra* à 62c sont donc pertinentes ici aussi, tout particulièrement la question de la requête du condamné.

Art. 64

L'ajout de cet al. 5 à la norme sur l'internement n'est qu'un transfert de ce qui est actuellement prévu à l'art. 90 al. 4^{bis} CP. Les remarques faites à ce propos *supra* concernant l'art. 62e valent ici aussi, avec toutefois la particularité que les conditions du prononcé de l'internement sont ici toujours réalisées, puisque l'internement a été ordonné.

Art. 64a

Aucune remarque.

Art. 64b

Si la modification de l'al. 2 let. c de cette disposition n'a pas de raison d'être discutée si l'on admet le déplacement de la norme fondant la commission d'évaluation de la dangerosité de l'art. 62d à l'art. 91a, il n'en va pas de même de l'al. 3 qui ne prévoit rien moins qu'une norme allant à l'encontre de la CEDH. Pour toutes les sanctions à durée indéterminée, la situation du condamné doit être revue une fois par année. Prévoir ici un délai de trois ans, c'est envoyer la Suisse au casse-pipe lorsqu'un interné concerné se prévaut d'une décision prise sur la base de cette disposition devant la CourEDH. On se serait plutôt attendu ici à voir une modification de l'al. 1 let. a de cette même norme qui prévoit un délai d'attente de deux ans là où cela ne se justifie pas au regard de la CEDH.

Art. 65a

Si le TF estime que l'autorité d'exécution n'a pas d'intérêt juridiquement protégé à former recours (ATF 133 IV 121 et ATF 145 IV 65), il est difficile de comprendre comment on peut lui créer un intérêt juridiquement protégé en lui octroyant une qualité de partie limitée au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. D'autres parties à part entière (nous pensons ici aux parties plaignantes) n'ont pas d'intérêt dans la sanction prononcée, pourquoi en irait-il autrement de l'administration ? De plus, il est douteux de se fonder sur 104 al. 2 CPP qui prévoit que

la Confédération et les Cantons peuvent reconnaître la qualité de partie à des autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics. En effet, la *ratio legis* de cette norme est de permettre aux cantons de reconnaître la qualité de partie à certaines de leurs autorités et à la Confédération à certaines des siennes, mais pas à la Confédération de s'immiscer dans les organisations judiciaires cantonales et de reconnaître cette qualité à des autorités cantonales.

Art. 75a

L'al. 1 représente une clarification bienvenue du texte de la disposition actuelle (en tout cas dans sa version en langue française).

L'abrogation de l'al. 3 est justifié par la création de l'art. 91b.

Art. 84

L'al. 6^{bis} de cette norme est une aberration. En effet, l'art. 64 al. 3 prévoit une possibilité de libérer conditionnellement un individu condamné à un internement aux deux-tiers de sa peine. Si un jour une situation de ce genre devait se présenter, il est indispensable que le condamné puisse être testé avant l'octroi de cette libération conditionnelle. Des congés non accompagnés sont donc indispensables à défaut de quoi l'art. 64 al. 3 non seulement continuera à ne jamais être appliqué, mais sera totalement inapplicable, faute de pouvoir mettre le condamné dans une situation de liberté durant quelques heures avant de se déterminer sur une liberté pendant plusieurs mois, voire années.

L'al. 6^{ter} de cette norme est tout aussi aberrante, à tout le moins si l'on considère que l'art. 64 al. 3 s'applique aussi à 64 al. 1^{bis}, ce qui – en termes de légistique – paraît évident puisque l'al. 3 intervient après l'al. 1^{bis} et s'applique dès lors autant à l'al. 1 qu'à l'al. 1^{bis}.

Art. 89a

Voir à ce propos les remarques faites *supra* aux art. 41a et 62f.

Il convient d'ajouter ici qu'il nous semble erroné de penser, comme semblent le faire les autorités fédérales, qu'il suffit de réserver une sanction supplémentaire dans le jugement initial pour éviter, en cas de prononcé de cette sanction supplémentaire, de tomber sous le coup de l'interdiction du *ne bis in idem*. Si cela devait être le cas, il suffirait de mentionner dans une condamnation à une amende pour parage illicite que l'autorité se réserve la possibilité de faire payer une seconde fois l'amende pour pouvoir doubler les montants des amendes... A notre sens un tel procédé tombe clairement sous le coup de l'interdiction du *ne bis in idem* dans le sens où l'on attend la fin de la peine initialement prononcée pour y ajouter encore une assistance de probation. Les arguments avancés dans le rapport explicatif à ce propos sont très loin d'être convaincants.

Par ailleurs, nous ne sommes pas certain que ce soit le condamné qui fasse l'objet une réserve, mais plutôt le jugement qui contient une telle réserve (voir à ce propos la rédaction de l'art. 41a).

Art. 90

A l'al. 1, on étend les conditions de l'isolement cellulaire prévu pour les mesures thérapeutiques (art. 90 al. let. b et c) et les peines (art. 78 let. b et c) aux deux formes de l'internement (art. 64 al. 1 et 1^{bis}). Au vu des pratiques actuelles, il n'est pas très clair ici de savoir si cela aggrave la situation des internés – car ils pourront être mis à l'isolement à l'avenir alors qu'ils ne le pouvaient pas jusqu'ici – ou si cela améliore leur situation – en restreignant leur isolement aux deux conditions mentionnées –, mais en tous les cas ça précise les conditions auxquelles un tel isolement peut être prévu.

L'al. 1^{bis} ne fait que reprendre l'actuel al. 1 let. a.

L'al. 4^{bis} est ici encore une aberration, puisque les congés sont indispensables à la progression vers une éventuelle libération conditionnelle. Une telle norme vient ainsi confirmer la pratique actuelle qui consiste à ne presque jamais octroyer la libération conditionnelle d'un interné, mais de transformer la mesure d'internement en une mesure thérapeutique institutionnelle (59 al. 3, puis 59 al. 2 CP) avant d'éventuellement libérer conditionnellement l'individu. Si telle est la volonté du législateur, alors faisons définitivement le deuil des articles 64a et 64b.

Art. 91a

La commission d'évaluation de la dangerosité prend une importance accrue de par le fait que la loi lui accorde dorénavant une disposition particulière. Comme mentionné *supra* (art. 62e), il n'est criminologiquement parlant par clairement déterminé si ces commissions – généralement pensées pour rendre plus difficiles la progression dans l'exécution des peines et mesures – ne pourraient pas aussi représenter un facteur de dilution de la responsabilité permettant à chaque autorité de prendre ses décisions de manière plus «décontractée», sachant qu'elle n'est pas seule responsable desdites décisions.

Cette disposition reprend en substance ce qui est déjà prévu dans la loi actuellement (al. 1) et précise clairement les éléments qui doivent être soumis à la commission (al. 2). En cela, il n'y a pas grand-chose à redire à notre sens. L'al. 3 par contre fait une confusion entre les grandes orientations – qui dépendent du degré de dangerosité du condamné – et l'aspect opérationnel des choses. En effet, en disposant que la commission doit préconiser dans son préavis des modalités d'exécution, la loi lui attribuerait des compétences opérationnelles qui devraient impérativement rester de la compétence exclusive des autorités d'exécution des sanctions, plus proches du terrain.

Art. 91b

Il s'agit de la reprise de ce qui est actuellement prévu à l'art. 75a al. 3.

Art. 93

Pas de commentaire particulier sur cette redéfinition de l'assistance de probation.

Un commentaire plus global sur l'assistance de probation nous semble toutefois nécessaire. En effet, les nouvelles normes proposées ici nécessiteront un accroissement conséquent du dispositif d'assistance de probation. Cela n'est évidemment pas négatif, bien au contraire, mais nécessitera soit des moyens financiers supplémentaires très conséquents, soit que l'on cesse d'investir dans l'accroissement du carcéral pour enfin remplacer l'objectif d'enfermement par celui de resocialisation.

Mais où donc a passé l'art. 93 al. 2 sur le secret ? Cette disposition est à réhabiliter !

Art. 94

Pas de commentaire particulier sur la redéfinition des règles de conduite (al. 1 et 2).

La précision que certaines d'entre elles ne pourront être ordonnées qu'en conformité avec une expertise (al. 3) nous semble adéquate.

La surveillance électronique post-sanction (al. 4) nous paraît être totalement disproportionnée.

Art. 95

Croit-on vraiment que le juge est formé pour faire de l'opérationnel. Généralement, les juges ont plutôt fait des études de droit... Ne serait-il pas plus opportun de laisser ces décisions aux mains des personnes formées pour cela ?

Art. 95a

Cette disposition vient, d'une part, remplacer l'art. 93 al. 3, ainsi que, d'autre part, rendre obligatoire le rapport à l'autorité d'exécution qui pourra prendre quelques mesures très limitées (cf. *supra* remarque à 41a).

Nous rappelons une fois encore (cf. *supra* art. 93) que la réglementation sur le secret auquel sont soumises les autorités chargées de l'assistance de probation (actuellement art. 93 al. 2) doit impérativement être réhabilitée.

Art. 81 LTF

Cette modification est inutile au regard de notre commentaire fait *supra* à l'art. 65a.

Art. 28 al. 3 DPMIn

Il s'agit de la conséquence logique du déplacement de la disposition instituant la commission d'évaluation de la dangerosité. Il est néanmoins important de garder à l'esprit que ce ne peut être LA commission de l'art. 91a, mais bien UNE commission constituée de la même manière que celle de l'art. 91a et spécifiquement compétente en matière de DPMIn. L'expertise nécessaire en DPMIn n'est en effet pas identique à celle nécessaire en droit pénal des adultes.

Art. 34a^{bis} CPM

Voir *supra* les remarques faites à l'art. 41a CP.

Modifications du DPMIn

Art. 3

Les modifications proposées sont essentiellement cosmétiques, à l'exception du renvoi à l'art. 15a sur lequel nous reviendrons *infra*.

Art. 4

Pas de remarque.

Art. 14

Il s'agit de la correction d'un oubli lorsqu'on avait malencontreusement introduit l'art. 16a DPMIn.

Art. 15

Pas de remarque.

Art. 15a

Non contente d'avoir le DPMIn qui s'attaque à notre jeunesse dès l'âge de 10 ans (alors que partout ailleurs en Europe on ne criminalise plus les enfants de 10 ans), voici que la Suisse veut se doter d'une possibilité de traiter un mineur presque comme un adulte. Ce qui est proposé ici n'est rien moins que la possibilité d'infliger une double condamnation à un mineur, comme mineur d'abord, puis comme adulte par la suite, pour la même infraction.

Les remarques faites plus haut concernant l'interdiction du *ne bis in idem* sont ici encore plus pertinentes qu'elles ne l'étaient *supra* (art. 89a CP)

Comme à l'art. 41a pour les adultes, conformément auquel on n'envisage pas de remettre en liberté sans surveillance au terme de leur peine, on prévoit ici la possibilité de sanctionner

par une mesure pourtant réservée aux adultes une personne qui a commis son infraction et qui a été sanctionnée en conséquence alors qu'elle était mineure. La situation est ici même pire que celle prévue par l'art. 41a puisqu'on prévoit un maintien en mesure institutionnelle, y compris d'ailleurs l'internement.

Cela se passerait comme à l'art. 41a par l'intermédiaire d'une réserve au moment de la condamnation (art. 15a), puis du prononcé de la mesure réservée (art. 27a). En d'autres termes, un mineur qui aura commis une infraction pourrait à l'avenir passer le restant de ses jours en mesure d'internement...

Cette idée est non seulement saugrenue, mais totalement inadmissible dans un État moderne, appliquant les connaissances actuelles sur le développement de la personne humaine. Cela fait longtemps que nous avons dépassé l'âge où l'on croyait que l'enfant était un adulte miniature et que l'on sait que l'enfant est en fait un adulte en devenir. Remettre en question un tel devenir est indigne de l'image que les Suisses se font d'eux-mêmes...

L'idée même d'une telle disposition doit ainsi impérativement être abandonnée.

De surcroît la norme est tellement mal rédigée que l'on ne sait même pas si la réserve pouvant mener à l'internement serait déjà applicable à un enfant de 10 ans... En effet, lorsque l'art. 15a al. 1 let. a parle d'une «infraction au sens de l'art. 25 al. 2» on ne comprend pas si l'auteur doit avoir atteint l'âge de 16 ans (soit l'âge minimal pour pouvoir être condamné selon l'art. 25 al. 2) ou si l'on parle véritablement de l'infraction qui doit avoir été commise, soit tout crime pour lequel le droit applicable aux adultes prévoit une peine de trois ans au moins.

Art. 19

L'al. 1bis fait mention du fait qu'il faut avoir entendu une commission constituée conformément à l'art. 62d al. 2 CP (qu'il faut comprendre comme l'art. 91a CP). Nous rappelons ici la remarque faite *supra* : «Il est néanmoins important de garder à l'esprit que ce ne peut être LA commission de l'art. 91a, mais bien UNE commission constituée de la même manière que celle de l'art. 91a et spécifiquement compétente en matière de DPMIn. L'expertise nécessaire en DPMIn n'est en effet pas identique à celle nécessaire en droit pénal des adultes». Cette remarque vaut par ailleurs aussi pour les art. 19c al. 2 let. c et 27a al. 2 let. c.

Art. 19a

Il s'agit d'un garde-fou minimal qui prévoit que les mesures pour adultes ne peuvent être prononcées que si une mesure civile de protection de l'adulte n'est pas réunie. C'est la moindre des choses.

Art. 19b

Remplace l'actuel art. 19 al. 4 qui était déjà plus que discutable. En effet, le droit pénal des mineurs protège le mineur en priorité et là on envisage non plus de protéger le mineur contre des mauvaises fréquentations, mais de protéger autrui.

Art. 19c

Il s'agit de la concrétisation de la double mesure à la suite d'un second jugement pour la même infraction dont il a été question *supra* lorsque nous traitons de l'art. 15a. C'est tout simplement horrible – pour ne pas dire inadmissible – et totalement contraire à l'esprit du droit pénal des mineurs.

Art. 25a

Il s'agit de l'équivalent de 15a mais cette fois-ci pour les peines. Après une peine privative de liberté pour mineurs, on pourrait donc réserver puis prononcer une mesure pour adultes.

Les remarques faites précédemment concernant la mesure de l'art. 15a sont également applicables ici.

Il est par ailleurs particulièrement incongru de penser qu'un mineur à l'encontre duquel le tribunal des mineurs n'a pas ordonné une mesure de protection alors qu'il était mineur peut par la suite se voir ordonner une mesure à l'âge adulte... En d'autres termes, il n'aurait pas nécessité de prise en charge particulière avant 18 ans (alors qu'il se trouve alors soumis à un droit pénal de l'auteur), mais en aurait tout à coup besoin après l'âge de 18 ans (dans le cadre d'un droit pénal de l'acte qui ne prend en considération l'auteur qu'en second critère)... Cela peine à faire sens.

Art. 27a

Il s'agit ici de la disposition de prononcé de la mesure réservée. Là encore nous revoyons à ce qui a été dit concernant l'art. 15a.

Art. 45

Pas de remarque.

En espérant que ces quelques remarques vous seront utiles, je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de ma considération distinguée



Professeur **André Kuhn**

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



Postfach
8090 Zürich
Telefon 043 257 50 00
JV.2020.00056

Direktion der Justiz und des Innern des
Kantons Zürich
Frau Jaqueline Fehr
Postfach
8090 Zürich

E-Mail an: david.rechsteiner@ji.zh.ch

Zürich, 19. Mai 2020/Bd/LE

Ihre Referenz: 2020-1067/DR

Vernehmlassung zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, Massnahmenpaket Sanktionenvollzug, Änderung

Sehr geehrte Frau Regierungsrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zur vorgesehenen Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug).

Die Änderungen sehen unter anderem eine Vereinfachung der Zuständigkeiten bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer Massnahme (nach Art. 59-61, 63 StGB) vor. Unseres Erachtens sollte eine solche Vereinfachung auf kantonaler Ebene auch für die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug und insbesondere aus der Verwahrung vorgenommen werden, was schon länger diskutiert wird. Wir werden uns erlauben, wo nötig, entsprechende Bemerkungen anzubringen.

Artikel 41a VE StGB

Nach dieser – neuen – Bestimmung behält das Gericht (schon) im Urteil Bewährungshilfe gemäss Art. 93 und Weisungen gemäss Art. 94 StGB vor, wenn der Täter (lit. a) ein Verbrechen begangen hat, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, aber nicht in einem derart schweren Ausmass wie nach Art. 64 Abs. 1 StGB. Entsprechend ist vorausgesetzt, (lit. b) dass der Täter (oder die Täterin) mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bestraft (Erläuternder Bericht [EB], Ziff. 2.6, S. 39), aber (lit. c) nicht verwahrt wurde. Jedoch muss (lit. d) Wiederholungsgefahr für eine erneute solche Straftat

bestehen (EB, Ziff. 1.2.7, S. 16-18; Ziff. 2.6, S. 38-40). Gefährlichkeit im Sinn von Art. 91b VE StGB ist anscheinend nicht gefordert, muss doch nach dieser Bestimmung die Gefahr bestehen, dass der Täter eine neue Straftat begeht, welche die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person *schwer* beeinträchtigt. Dazu würde es nach Art. 64 Abs. 1 StGB ausreichen, eine mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat zu begehen. Die in Art. 41a VE StGB vorgesehene Mindeststrafdauer von zwei Jahren schliesst eine Bestrafung mit fünf oder mehr Jahren nicht aus. Je höher demnach das Strafmass für die von einer Täterschaft begangene Tat ist, welche die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person beeinträchtigte, desto eher wird sich die Frage stellen, ob damit die Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt wurde und desto genauer wird die Abgrenzung zur Verwahrung (Art. 64 Abs. 1 StGB) vorgenommen werden müssen.

Entscheidend an dieser neuen Bestimmung ist aber in jedem Fall, dass das *Gericht* nach Ende der Sanktion für die Erteilung von Weisungen auf Antrag der Vollzugsbehörde zuständig ist. Das kann nur das Strafgericht sein, das ja einen entsprechenden Vorbehalt im Strafurteil anbringen muss (EB, Ziff. 1.3.6.3, S. 24 f.; EB S. 43). In diesem Zusammenhang bleibt zu überlegen, ob nicht *generell* das jeweils zuständige Strafgericht auf Antrag der Vollzugsbehörde über die Bewährungshilfe und die Erteilung von Weisungen entscheiden soll. Es ist nicht einzusehen, weshalb nur dann immer das Strafgericht (allein) dafür zuständig sein soll, wenn es einen entsprechenden Vorbehalt im Strafurteil anbringt, was zudem als Ausnahmefall betrachtet wird (EB, Ziff. 1.3.6.3, S. 25; Ziff. 2.6, S. 40), in den anderen Fällen aber gemäss Art. 94 und 95 Abs. 1 StGB entweder das Gericht oder die Strafvollzugsbehörde zuständig sein soll. Entscheide der Strafvollzugsbehörde werden nach aktuellem Recht nicht an das Strafgericht, sondern über die Rekursinstanz an das Verwaltungsgericht weitergezogen. Eine solche Teilung des Rechtsmittelwegs ist unzweckmässig. In analoger Weise zur Kompetenz zur Aufhebung einer therapeutischen Massnahme sollte das Gericht, und zwar das Strafgericht, immer für den Entscheid über Bewährungshilfe und die Erteilung von Weisungen zuständig sein (vgl. EB, Ziff. 1.2.5, S. 13-15; Ziff. 1.3.4 S. 20-22).

2. Art. 62c, 62d und 63a VE StGB

(Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung einer Massnahme)

Art. 62c Abs. 1 StGB spricht nur von der Aufhebung einer Massnahme, nicht aber, wer dafür zuständig sein soll. Neu legt Art. 62c Abs. 1 VE StGB die Zuständigkeit fest, indem das Gericht die Massnahme auf Antrag der Vollzugsbehörde aufhebt, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind. Wie sich aus den Erläuterungen ergibt, ist damit gemeint, dass die Kompetenz zur Aufhebung einer therapeutischen Massnahme immer das Gericht haben soll, das in einem Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden gemäss StPO entscheidet. Das ist das Strafgericht und nicht das Verwaltungsgericht, auch wenn das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde entscheidet. Diese Kompetenzzuweisung ist sehr zu begrüessen (EB Ziff. 2.4 S. 31 f.). Dies bedeutet eine Abkehr vom bisher vorgesehenen zweigeteilten Rechtsmittelweg: Über den vollzugsrechtlichen Entscheid der Aufhebung einer Massnahme befindet aktuell in einem ersten Schritt die Vollzugsbehörde. Deren Entscheid kann nach Ausschöpfung des kantonalen - meist verwaltungsgerichtlichen -

Instanzenzugs beim Bundesgericht mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden (Art. 78 Abs. 2 lit. b BGG; vgl. BGE 141 IV 49 E. 2.4 S. 52 mit Hinweisen). Über die Folgen der Aufhebung entscheidet in einem zweiten Schritt dann eine gerichtliche Instanz (BGE 141 IV 49 E. 2.5 f. S. 52 f.; BGr, 21. März 2019, 6B_1098/2018, E. 1.4). Es muss bei diesem zweigeteilten Rechtsmittelweg zunächst der rechtskräftige Entscheid betreffend die Aufhebung der Massnahme abgewartet werden, bevor über das weitere Vorgehen entschieden werden kann. Das Bundesrecht schreibt jedoch nicht zwingend vor, dass der vollzugsrechtliche Aufhebungsentscheid auf dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg anzufechten ist. Auch bezüglich des anwendbaren Verfahrensrechts im Rechtsmittelverfahren steht es den Kantonen frei, die StPO unter dem Titel ergänzenden kantonalen Rechts oder die kantonalen Verwaltungsgerichtsgesetze für anwendbar zu erklären (BGr, 21. März 2019, 6B_1098/2018, E. 1.6 = BGE 145 IV 167; insofern irreführend EB Ziff. 1.2.5, S. 14 oben bzw. durch BGE 145 IV 167 überholt). Es erscheint daher sinnvoll, dass dieselbe Behörde, die über die Änderung der Sanktion entscheiden soll, im selben Entscheid zunächst über die Aufhebung der Massnahme urteilt (EB, Ziff. 1.2.5, S. 15 oben). Der Entscheid über die Aufhebung einer Massnahme und über den Strafvollzug oder die Anordnung einer anderen Massnahme (Art. 62c Abs. 2 und 3) kann im selben Verfahren erfolgen. Das ist sehr zu begrüssen und wird in Art. 62c Abs. 1 VE StGB so festgelegt (EB Ziff. 1.3.4, S. 20-22; Ziff. 1.3.7 S. 28 f.; Ziff. 2.4 S. 31 f.).

Konsequenterweise sollte diese Zuständigkeitsordnung auch für die bedingte Entlassung eines Straftäters oder einer Straftäterin aus einer Massnahme gelten. Art. 62d Abs. 1 VE StGB überlässt es jedoch der Vollzugsbehörde, über die bedingte Entlassung aus einer Massnahme zu entscheiden oder dem (Straf-) Gericht Antrag auf Aufhebung der Massnahme zu stellen. Wenn schon die Kompetenz zum Entscheid über die Aufhebung einer Massnahme auf Antrag der Vollzugsbehörde vom Strafgericht zu fällen und insofern ein zweigeteilter Rechtsmittelweg von Bundesrechts wegen nicht vorgesehen ist, sollte das in gleicher Weise auch für die Frage der bedingten Entlassung aus dem Vollzug der Massnahme gelten, um die erwähnte Zweispurigkeit des Rechtsmittelwegs zu vermeiden. Sollte die Vollzugsbehörde aber die Fortführung der Massnahme bejahen und entsprechend keinen Antrag an das Strafgericht stellen, muss auch ein solcher Entscheid beim Strafgericht anfechtbar sein. Art. 62d Abs. 1 sollte deshalb wie folgt ergänzt werden:

Die Vollzugsbehörde prüft auf Gesuch hin oder von Amtes wegen, ob und wann der Täter aus dem Vollzug der Massnahme bedingt zu entlassen oder *ob die Massnahme aufzuheben ist*. Sie stellt dem Gericht Antrag entweder auf Aufhebung der Massnahme oder auf bedingte Entlassung aus dem Vollzug der Massnahme. Sie beschliesst über die Antragstellung an das Gericht mindestens einmal jährlich. Der Entscheid über einen Verzicht auf Antragstellung ist beim Strafgericht anfechtbar. Vorher holt sie einen Bericht der Leitung der Vollzugseinrichtung ein. Der Täter ist anzuhören.

Konsequenterweise müsste Art. 63a Abs. 1 VE StGB entsprechend angepasst werden, um geteilte Rechtsmittelwege zu vermeiden, etwa wie folgt:

Die Vollzugsbehörde prüft mindestens einmal jährlich, ob die ambulante Behandlung fortzusetzen oder *aufzuheben* ist. *Sie stellt dem Gericht Antrag entweder auf Fortsetzung der ambulanten Behandlung oder auf Aufhebung der Massnahme. Der Entscheid über einen Verzicht auf Antragstellung ist beim Strafgericht anfechtbar.* Sie holt vorher einen Bericht des Therapeuten ein. Der Täter ist anzuhören.

In gleicher Weise muss das Strafgericht zuständig sein, auf Antrag der Vollzugsbehörde über die Anordnung der Bewährungshilfe und von Weisungen zu entscheiden (Art. 62f VE StGB). Die Erläuterungen sprechen nur von der Zuständigkeit eines Gerichts. Nachdem das Gericht den Täter anhören (Art. 62f Abs. 3 VE StGB) und die Bewährungshilfe sowie die Weisungen im Detail festzulegen hat (Art. 62f Abs. 4 VE StGB), sowie im Hinblick auf die Ausführungen zu Art. 41a VE StGB muss das Strafgericht als zuständiges Gericht genannt werden. Andernfalls müsste wohl ein kantonales Verwaltungsgericht, im kantonalen Verfahren üblicherweise eine zweite Instanz, als erste Instanz zum Einsatz gelangen, was nicht zielführend ist. Im Fall von Art. 89a VE StGB ist das bereits so vorgesehen.

Art. 84 Abs. 6^{bis} und 6^{ter}; Art. 90 Abs. 4^{bis} VE StGB

Gemäss Art. 64 Abs. 2 StGB geht der Vollzug der Freiheitsstrafe der Verwahrung voraus. Ist schon während des Vollzugs der Freiheitsstrafe zu erwarten, dass der Täter sich in Freiheit bewährt, so verfügt das Gericht nach Art. 64 Abs. 3 StGB die bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe frühestens auf den Zeitpunkt hin, an welchem der Täter zwei Drittel der Freiheitsstrafe oder 15 Jahre der lebenslänglichen Freiheitsstrafe verbüsst hat (...). Art. 84 Abs. 6^{bis} VE StGB sieht nun vor, dass verwahrten Straftätern während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs keine unbegleiteten Urlaube gewährt werden (EB, Ziff. 1.2.2, S. 12 f.; Ziff. 1.3.1 S. 19). Entgegen dem ungenauen Wortlaut in den Erläuterungen (EB Ziff. 2.1 S. 29) werden Verwahrten im Strafvollzug keine unbegleiteten Urlaube gewährt, unabhängig davon, ob sie sich im *geschlossenen* Straf- oder Massnahmenvollzug befinden oder nicht bzw. bereits in den Genuss von Vollzugslockerungen noch während des Strafvollzugs gekommen sind. Der Hinweis auf den geschlossenen Vollzug findet sich nur in Art. 90 Abs. 4^{bis} VE StGB. Bislang war die Gewährung von Urlauben oder anderen Vollzugsöffnungen nur lebenslänglich verwahrten Straftätern während des der Verwahrung vorausgehenden Strafvollzugs verboten (EB, Ziff. 1.2.2, S. 12).

Art. 84 Abs. 6^{bis} VE StGB steht in *Widerspruch* zu Art. 64 Abs. 3 StGB: Die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug ist trotz im Urteil angeordneter Verwahrung möglich, wenn nicht mehr von der Gefährlichkeit der verurteilten Person auszugehen ist. Es muss demnach eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass sich der Verurteilte in Freiheit wohlverhalten wird (BGE 137 IV 203 = Pra 2012, Nr. 22). Solches lässt sich aber nur beurteilen, wenn die einzelnen Vollzugslockerungen – angefangen bei begleiteten über unbegleitete Urlaube, Verlegung in eine offene Anstalt bis zu Wohn- und Arbeitsexternat (Art. 75a Abs. 2, 77a, 84 Abs. 6 StGB) – durchgeführt werden können.

§ 61 Abs. 1 der Justizvollzugsverordnung vom 6. Dezember 2006 (JVV) verweist in Bezug auf die Urlaubsregelung auf die Richtlinien der Ostschweizerischen Strafvollzugskommis-

sion vom 7. April 2006 über die Ausgangs- und Urlaubsgewährung. Beziehungsurlaube dienen neben therapeutischen Zwecken der Aufrechterhaltung und Pflege von Kontakten des Gefangenen mit der Aussenwelt und können unter anderem bewilligt werden zum Besuch von Ehe- und Lebenspartnern, eigenen Kindern, Eltern oder Geschwistern (Ziff. 3.4 Abs. 2 lit. a Richtlinien). Gemäss Ziffer 3.1 der Richtlinien können der eingewiesenen Person Ausgang und Urlaub bewilligt werden, wenn: a) keine Gefahr besteht, dass sie flieht oder weitere Straftaten begeht; b) sie den Vollzugsplan einhält und bei den Eingliederungsbemühungen aktiv mitwirkt; c) ihre Einstellung und Haltung im Vollzug sowie ihre Arbeitsleistungen zu keinen Beanstandungen Anlass geben; d) Grund zur Annahme besteht, dass sie rechtzeitig in die Vollzugseinrichtung zurückkehrt, sich an die durch die zuständige Behörde festgelegten Bedingungen und Auflagen hält und während des Urlaubs das in sie gesetzte Vertrauen nicht missbraucht; e) sie über genügend Mittel verfügt, um die Kosten des Ausgangs oder Urlaubs zu bezahlen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf Fluchtgefahr nicht bereits angenommen werden, wenn die Möglichkeit der Flucht in abstrakter Weise besteht. Es braucht vielmehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Inhaftierte, wenn er in Freiheit wäre, sich dem Vollzug der Strafe durch Flucht entzöge. Es müssen konkrete Gründe dargetan werden, die eine Flucht als wahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür sind die gesamten Verhältnisse des Gefangenen wie beispielsweise die Lebensumstände, familiäre Bindungen, berufliche und finanzielle Situation sowie Kontakte zum Ausland in Betracht zu ziehen (BGr, 12. Januar 2012, 6B_577/2011, E. 2.2; BGE 125 I 60 E. 3a; VGr, 28. August 2015, VB.2015.00420, E. 2.1 f.).

Wenn schon unbegleitete Urlaube vor Antritt der Verwahrung nicht gewährt werden dürfen, so dürften weitere Vollzugslockerungen (Wohn- und Arbeitsexternat, Verlegung in eine offene Anstalt, bedingte Entlassung; Art. 75a Abs. 2 StGB) schon gar nicht in Frage kommen. Art. 84 Abs. 6^{bis} verunmöglicht damit, die Voraussetzungen für eine Entlassung aus dem Strafvollzug nach Art. 64 Abs. 3 StGB zu prüfen, da sich die Gefährlichkeit der verurteilten Person ohne Gewährung von Vollzugslockerungen nicht beurteilen lässt. Angesichts der einschränkenden Voraussetzungen, unter denen Urlaub gewährt werden kann, erscheinen Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Art. 84 Abs. 6^{bis} VE StGB fraglich.

Art. 64b Abs. 3 VE StGB

Nach Art. 64b Abs. 1 StGB prüft die zuständige Behörde (Vollzugsbehörde) auf Gesuch hin oder von Amtes wegen mindestens einmal jährlich – und erstmals nach Ablauf von zwei Jahren – ob und wann der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen werden kann. Der Entscheid der Vollzugsbehörde wird auf dem Verwaltungsweg angefochten (im Kanton Zürich Rekurs an die Direktion der Justiz und des Innern; Beschwerde an das Verwaltungsgericht). Neu soll nach Art. 64 Abs. 3 VE StGB die Vollzugsbehörde, wenn sie die bedingte Entlassung aus der Verwahrung (Art. 64a Abs. 1) dreimal in Folge abgelehnt hat, diese frühestens nach drei Jahren wieder von Amtes wegen prüfen müssen. Die Vollzugsbehörde kann sich beim Entscheid über die bedingte Entlassung auf eine frühere Expertise berufen, sofern diese noch aktuell ist und sich die Verhältnisse seither nicht verändert haben. Massgeblich ist, dass die zuständige Vollzugsbehörde dreimal in Folge einen negativen rechtskräftigen Entlassungsentscheid getroffen hat. Die Prüfung auf Ge-

such der betroffenen Person hin ist von der vorgeschlagenen Regelung nicht betroffen. Gemäss dem insofern unveränderten Gesetzestext reicht es, dass die verwahrte Person ein Gesuch gestellt hat; soweit die Erläuterungen von einem "begründeten Antrag" ausgehen, stellt sich die Frage, ob Solches vom Gesetzestext gedeckt ist (EB, Ziff. 1.3.2 S. 19 f.; Ziff. 2.2 S. 29).

Richtig ist, dass die Prüfung der bedingten Entlassung einen hohen administrativen Aufwand erfordert. Der Entscheid über die bedingte Entlassung kann angesichts der vom betroffenen Verurteilten begangenen Delikte (Art. 64 Abs. 1 StGB), die eine *schwere* Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität einer anderen Person voraussetzen, nicht leichtfertig getroffen werden. Dies kann nicht nur zu länger dauernden Verfahren führen (vgl. etwa VGr, 28. Juni 2019, VB.2019.002016 betreffend eine am 2. August 2017 von der Vollzugsbehörde abgelehnte bedingte Entlassung). Es droht auch die Gefahr, dass während ein Verfahren zur Überprüfung der bedingten Entlassung aus der Verwahrung an der Rechtsmittelinstanz noch hängig ist, bereits (ein Jahr später) wieder von Amtes wegen über die bedingte Entlassung befunden werden muss, was wenig sinnvoll erscheint. Hinzu kommt, dass die verurteilte Person ihrerseits das Gesuch um bedingte Entlassung jederzeit stellen kann. Es kann somit zur Überschneidung mehrerer Verfahren um bedingte Entlassung kommen. Das wird mit der neuen Regelung nicht ausgeschlossen. Sie sieht immerhin einen Unterbruch in der Prüfung der bedingten Entlassung aus der Verwahrung von Amtes wegen vor, wenn dreimal hintereinander negativ und rechtskräftig darüber entschieden wurde. Dessen ungeachtet kann die verurteilte Person jederzeit ein Gesuch um Prüfung der bedingten Entlassung stellen. Es fragt sich somit, worin die Entlastung der Vollzugsbehörde mit der neuen Regelung liegen soll.

Es wäre daher sinnvoller, generell das Intervall zur Überprüfung der bedingten Entlassung aus der Verwahrung zu spreizen, etwa auf zwei Jahre, um sich überschneidende Verfahren aus der Überprüfung der bedingten Entlassung von Amtes wegen zu vermeiden. Art. 64b Abs. 1 lit. a StGB müsste entsprechend angepasst werden:

Die zuständige Behörde prüft auf Gesuch hin oder von Amtes wegen (lit. a) *mindestens alle zwei Jahre*, und erstmals nach Ablauf von zwei Jahren, ob und wann der Täter bedingt aus der Verwahrung entlassen werden kann (Art. 64a Abs. 1 StGB);

Die Bestimmung von Art. 64 Abs. 3 VE StGB würde damit hinfällig.

Exkurs zur Zuständigkeit bei der bedingten Entlassung aus der Verwahrung

Analog zur Zuständigkeit eines Gerichts betreffend Aufhebung einer Massnahme nach Art. 59-61 StGB stellt sich die Frage, ob nicht auch für den Entscheid über die bedingte Entlassung die Zuständigkeit eines **Strafgerichts** (und nicht der Vollzugsbehörde) bundesrechtlich angeordnet werden müsste.

Nimmt wie aktuell im Kanton Zürich ein solches Verfahren seinen Verlauf über den Verwaltungsweg, ist der Entscheid der Vollzugsbehörde innert 30 Tagen mit Rekurs bei der Direktion der Justiz und des Innern anfechtbar. Deren Entscheid wiederum ist binnen 30

Tagen beim Verwaltungsgericht als erster *gerichtlicher* Instanz anfechtbar, wobei die Vernehmlassungsfristen (Beschwerdefrist und Beschwerdeantwortfrist) in der Regel je 30 Tage betragen (§ 22 Abs. 1, § 26b Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 [Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959] in Verbindung mit § 53 und 58 VRG). Die Vernehmlassungsfristen lassen sich zwar abkürzen, aber nur, wenn die Rekursfrist abgekürzt wurde (§ 26b Abs. 2 VRG). Da es jedoch den verwahrten Insassen in einer Justizvollzugsanstalt nicht in gleicher Weise möglich ist, kurzfristig etwa einen Rechtsanwalt beizuziehen, Akteneinsicht vorzunehmen und ihren Schriftenverkehr sogleich zu erledigen wie Personen ausserhalb des Strafvollzugs, wird in der Praxis zurückhaltend mit abgekürzten Fristen umgegangen, um den Betroffenen die Wahrung ihrer Rechte nicht zu verunmöglichen. Es liegt damit auf der Hand, dass allein mit der Beschwerdefrist, der Beschwerdeantwortfrist, der Frist für die Oberstaatsanwaltschaft zur Stellungnahme (nach § 29 Abs. 2 lit. b des Straf- und Justizvollzugsgesetzes des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006, wonach der Oberstaatsanwaltschaft im Verfahren vor Verwaltungsgericht Parteistellung zukommt) und der Wahrung des rechtlichen Gehörs im Verfahren vor Verwaltungsgericht 90 und mehr Tage vergehen, bis ein Fall um bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug vom Verwaltungsgericht überhaupt erst bearbeitet werden kann.

In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des EGMR zur bedingten Entlassung aus der Verwahrung zu berücksichtigen. Im Urteil vom 13. Juli 2006 (Fuchser c. Schweiz) hielt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Dauer von *vier Monaten und sechs Tagen* bis zum Entscheid zwischen Entlassungsgesuch und erstinstanzlichem Urteil (damals noch durch das Strafgericht) für überlang (!), obwohl noch ein psychiatrisches Gutachten abgewartet werden musste. Diesem Urteil mass der Gerichtshof eine ganz besondere Relevanz für sein Urteil vom 10. Mai 2016 (Derungs c. Schweiz) zu. Im Fall Derungs dauerte das Verfahren 11 Monate bis zum ersten Gerichtsentscheid (durch das Verwaltungsgericht), wobei die Vereinigung zweier Verfahren abgewartet werden musste. Nachdem der EGMR im Fall Fuchser schon eine Verfahrensdauer von vier Monaten und sechs Tagen als überlang erachtet hatte, kam er zum Schluss, dass im Fall Derungs das Verwaltungsgericht nicht innert kurzer Frist, wie Art. 5 Abs. 4 EMRK vorschreibe, entschieden habe und keine Gründe bestünden, welche eine derartige Verzögerung rechtfertigten (Ziff. 52-55). Demnach muss ein (mindestens erster) gerichtlicher Entscheid über die bedingte Entlassung aus der Verwahrung nach der Rechtsprechung des EGMR innert spätestens 3-4 Monaten nach gestelltem Gesuch gefällt werden. Wie bereits gezeigt, gehen schon die im Verfahren vor Verwaltungsgericht (als zweiter Instanz) zu wählenden Rechtsmittel- und Vernehmlassungsfristen weit über den Zeitraum von drei Monaten hinaus. Soweit demnach die Vollzugsbehörden zum Entscheid über die bedingte Entlassung aus der Verwahrung berufen sind und der Rechtsmittelweg sich über die Verwaltungsinstanzen erstreckt, werden die vom EGMR vorgegebenen Fristen nie einzuhalten sein.

Da gemäss der vorgesehenen Revision die Kompetenz zur Aufhebung einer therapeutischen Massnahme immer dem (Straf-)Gericht zukommen soll, das in einem Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden gemäss StPO entscheidet, und zwar auf Antrag der Vollzugsbehörde (EB, Ziff. 1.3.7, S. 28 f., Ziff. 2.4, S. 31 f.), sollte dasselbe für die mit der bedingten Entlassung aus einer Massnahme vergleichbare bedingte Entlassung aus der Verwahrung auch gelten (gemäss Art. 64c Abs. 3 StGB gilt das bereits für die be-

dingte Entlassung aus der Verwahrung bei lebenslang Verwahrten; EB, Ziff. 1.3.4, S. 21). Das Verwaltungsgericht eignete sich in diesen Fällen jedenfalls nicht als erste Instanz anstelle eines Strafgerichts. Analog hätte die Vollzugsbehörde nicht nur im Rahmen der – wie hier vorgeschlagen zweijährlichen – von Amtes wegen vorzunehmenden Prüfung, sondern auch dann immer einen Antrag an das Strafgericht zu stellen, wenn die betroffene Person ein schriftliches und begründetes Gesuch um Aufhebung der Massnahme (Art. 62d Abs. 1 StGB) bzw. bedingte Entlassung aus der Verwahrung stellt (Art. 64a Abs. 1 StGB). Damit würde bezüglich Zuständigkeit für eine gewisse Einheitlichkeit gesorgt, insbesondere aber ein Entscheid "innert kurzer Frist", wie er nach Art. 5 Abs. 4 EMRK gefordert wird, sichergestellt, wozu die erstinstanzlichen Strafgerichte ohne Weiteres in der Lage sind. Der weitere Rechtsmittelweg ginge dann den strafrechtlichen Gang (Strafkammern des Obergerichts) und würde vom Verwaltungsweg gänzlich abgekoppelt. Mit den aktuell bestehenden Zuständigkeiten wird in vielen Kantonen die vom EGMR geforderte kurze Frist von 3-4 Monaten bis zu einem ersten gerichtlichen Entscheid aktuell nicht eingehalten werden können. Will die Schweiz nicht einzig wegen überlanger Verfahrensdauer vom EGMR verurteilt werden, die mit der aktuell langen Verfahrensdauer bei der bedingten Entlassung aus der Verwahrung in jedem Fall geltend gemacht werden kann, unabhängig vom materiellen Entscheid, müssen die Zuständigkeiten dringend im vorgenannten Sinn geändert werden.

Im Übrigen haben wir keine Bemerkungen zur vorgesehenen Revision des StGB und des Jugendstrafrechts.

Wir hoffen Ihnen mit unserer Stellungnahme gedient zu haben.

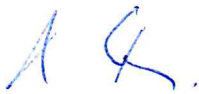
Wunschgemäss senden wir dieses Schreiben ebenfalls elektronisch an david.rechsteiner@ji.zh.ch.

Mit freundlichen Grüssen

Im Namen der Verwaltungskommission

Der Präsident:

Die Stv. Generalsekretärin:



lic. iur. A. Frei



lic. iur. A. Altherr Müller

Kopie: Annemarie Gasser, Bundesamt für Justiz (annemarie.gasser@bj.admin.ch)