



**Universität
Zürich^{UZH}**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Stichworte zur Vorlesung

Die Sanktionen des Strafgesetzbuches

Prof. Dr. Felix Bommer

Lehrveranstaltung im Master

Frühjahrssemester 2022

Hinweis: Artikelangaben ohne nachfolgende Angabe des Erlasses beziehen sich auf das StGB.

§ 1 Strafen und Massnahmen

I. Das Sanktionensystem für Erwachsene im Überblick

Zwei Pfeiler des schweizerischen Sanktionenrechts:

- Strafen (Art. 34–55a) und
- Massnahmen (Art. 56–73)

Begriff „Sanktion“ als Oberbegriff.

Strafen: Vergeltender, schuldausgleichender Eingriff in Rechtsgüter (Freiheit oder Eigentum, ferner Ehre und Privatsphäre) des Täters. Anlass und Grund für die Strafe: die in der Vergangenheit liegende Tat, auf welche das Strafrecht mit Strafe reagiert → im Ansatz retrospektive Orientierung der Strafe (in der Ausgestaltung aber auch präventive Gesichtspunkte). 2 Arten von Strafen:

- a) Geldstrafe/Busse (Busse bei Übertretungen, wird nicht im Tagessatzsystem zugemessen)
- b) Freiheitsstrafe

Keine anderen Formen der Strafe (numerus clausus): Todesstrafe und Leibesstrafen verboten (Art. 10 BV; Art. 3 EMRK; Art. 13. Zusatzprotokoll zur EMRK); gemeinnützige Arbeit seit 01.01.2018 nicht mehr eigenständige Strafe, sondern nur noch Vollzugsform (vgl. Art. 79a).

Massnahmen: Haben nach ihrer Intention keinen Strafcharakter. Sind nicht die Antwort auf eine begangene Tat, sondern diejenige auf eine besondere Rückfallgefahr, der nur mit Strafe nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann oder wo mangels Schuldfähigkeit eine Strafe nicht zulässig wäre → rein spezialpräventive, zukunftsbezogene Orientierung. Zudem gibt es Massnahmen, die darauf abzielen, einen unrechtmässigen Zustand rückgängig zu machen (z.B. Vermögensentziehung).

Gesetz unterscheidet zwischen „therapeutischen Massnahmen und Verwahrung“ (sog. „sichernde“ Massnahmen, Art. 56–65) und „anderen“ Massnahmen (Art. 66–73):

Sichernde Massnahmen:

- Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59)
- Suchtbehandlung (Art. 60)
- Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 61)
- Verwahrung (Art. 64)
- Ambulante Behandlung von psych. Störungen u. Suchtkrankheiten (Art. 63)

Andere Massnahmen:

- Friedensbürgschaft (Art. 66)
- Landesverweisung (Art. 66a ff.)
- Tätigkeitsverbot, Kontakt- und Rayonverbot (Art. 67 ff.)
- Fahrverbot (Art. 67e)
- Veröffentlichung des Urteils (Art. 68)
- Einziehung (Art. 69 ff.)

II. Das Verhältnis von Strafen und Massnahmen

Strafen und Massnahmen verfolgen zwar unterschiedliche Zwecke, haben aber dennoch Gemeinsamkeiten: In Wirkung unterscheiden sich Freiheitsstrafe und freiheitsentziehende Massnahme kaum. Und auch mit der Freiheitsstrafe werden spezialpräventive Zwecke verfolgt (Besserung/Abschreckung des Verurteilten, wenn nötig Sicherung gegenüber der Gesellschaft) → freiheitsentziehende Massnahme kann im Vollzug unter bestimmten Voraussetzungen die Funktion der Strafe übernehmen.

Dualistisch-vikariierendes System: Heutiges System des StGB: Beide Sanktionen werden im Urteil ausgesprochen → dualistisch. Im Vollzug aber geht die freiheitsentziehende Massnahme der Freiheitsstrafe i.d.R. vor (Ausn.: Verwahrung) → vikariierend. → „Zweispurig-vertretendes“ System.

Seit Reform 2007 ist der Grundgedanke der Vertretungsfähigkeit der Massnahme gegenüber der Strafe fast ganz umgesetzt: Im Urteil können sowohl eine Strafe wie eine Massnahme verhängt werden, wenn je deren Voraussetzungen erfüllt sind. Im Vollzug hingegen tritt die Strafe zurück: Zunächst wird die Massnahme vollzogen. Bei den freiheitsentziehenden Massnahmen gilt:

- (1) Vollzug von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen (Behandlung von psych. Störungen, Suchtbehandlung, Massnahmen für junge Erwachsene) geht Vollzug einer gleichzeitig ausgesprochenen Strafe voraus, Art. 57 Abs. 2;
- (2) Freiheitsentzug, der mit dieser Massnahme verbunden ist, wird auf den Vollzug der Strafe angerechnet, selbst wenn die Massnahme misslingt, Art. 57 Abs. 3;
- (3) Nach erfolgreichem Abschluss einer Massnahme, d.h. Bewährung während Zeit der bedingten Entlassung (Art. 62 Abs. 1), wird ein allfälliger Rest der aufgeschobenen FS nicht mehr vollzogen, Art. 62b Abs. 3;
- (4) Punkt (3), d.h. Nicht-Mehr-Vollzug der FS bei erfolgreicher Massnahme, gilt sogar dann, wenn die Massnahme keinen freiheitsentziehenden Charakter hatte, sondern nur ambulant vollzogen wurde: die aufgeschobene FS wird dann nicht mehr vollzogen, Art. 63b Abs. 1.
→ Vollzug der aufgeschobenen FS bzw. der Reststrafe nur dann, wenn der Massnahmenvollzug als erfolglos, aussichtslos oder wegen Erreichen einer gesetzlich vorgesehenen Höchstdauer abgebrochen werden muss; dann wird die aufgeschobene Freiheitsstrafe (ambulante Behandlung) oder ihr Rest (stationäre Behandlung) vollzogen, Art. 62c Abs. 1 und 2, Art. 63b Abs. 2.

Ausnahme vom dualistisch-vikariierenden System: Bei Sicherungsverwahrung geht Vollzug einer parallel dazu ausgesprochenen Freiheitsstrafe dem Massnahmenvollzug voraus, Art. 64 Abs. 2.

III. Die Reformen des Sanktionensystems

1. Reform 2007

1983 Anstoss des Bundesrates zur Erarbeitung eines Vorentwurfes für einen neuen StGB AT. 1985 Vorlage des Vorentwurfes durch HANS SCHULTZ. Überarbeitung durch Expertenkommission bis 1992. 1998 Botschaft Bundesrat. 2002 Verabschiedung im Parlament. Notwendigkeit Nachbesserung: Botschaft 2005, 2006 Verabschiedung im Parlament. In Kraft gesetzt per 1. Januar 2007.

Ziele der Reform 2007:

- Neuregelung des Sanktionensystems:
Diese stand Mitte der 80er- bis Anfang der 90er-Jahre im Vordergrund. Das alte StGB litt unter „Sanktionenarmut“: Nur Freiheitsstrafe und Busse. Zudem Problematik der kurzen Freiheitsstrafe (< 6 Mte.).
 - a) Freiheitsstrafen und Bussen als „negative“ Sanktionen, die dem begangenen Unrecht keinen konstruktiven Akt entgegensetzen;
 - b) Wirkungsforschung über die kurzen Freiheitsstrafen: Schaden insgesamt mehr als sie nützen → Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafen als Ziel der Reform;
 - c) Generell: Versuch, (vollziehbare) Freiheitsstrafen zurückzudrängen, soweit verantwortlich (→ Erhöhung Obergrenze des bedingten Strafvollzugs von 18 auf 24 Mte.).
- Neuregelung des Massnahmenrechts:
Ursprüngliches Ziel der Reform: Die jeweiligen Anordnungsvoraussetzungen der einzelnen Massnahmen präziser zu fassen. Nach Tötungsdelikt eines Straftäters auf Hafturlaub Änderung der Perspektive: Nunmehr fast allein Schutz der Gesellschaft vor Gewaltstraftätern im Vordergrund (z.B. Sicherungsverwahrung von geistig gesunden Tätern bereits nach einer Tat, Art. 64 Abs. 1 lit. a).
- Weitere Revisionspostulate: Festlegung von Vollzugsgrundsätzen (Art. 74–96) sowie eigenes Gesetz für das Jugendstrafrecht

2. Reform 2018: Zur 3. Revision des Sanktionenrechts

Obwohl neue AT StGB erst anfangs 2007 in Kraft getreten, sehr bald stark kritisiert. Kernpunkt der Kritik: Ablösung kurzer Freiheitsstrafen durch Geldstrafen oder gemeinnützige Arbeit. Dadurch habe Strafrecht nötige Ernsthaftigkeit verloren, kein schuldangemessener Tausgleich mehr → neue Revisionsvorlage des Bundesrates, folgende Neuerungen:

- a) Vorschlag des Bundesrates
 - Abschaffung der bedingten und teilbedingten GS
 - FS (wieder) von 3 Tagen bis zu 20 Jahren, bedingt und unbedingt
 - Kein Vorrang der GS im Bereich von bis zu 180 Tagen mehr, freie richterliche Wahl (= Streichung von Art. 41)
 - Obergrenze der GS bei 180 TS, darüber nur noch FS
 - Mindesttagessatz von 10 Franken
 - Abschaffung der GA als eigenständige Sanktion, Umwandlung zur Vollzugsform
 - Electronic Monitoring als Vollzugsform für FS von 20 Tagen bis zu 360 Tagen (und als Vollzugsstufe am Ende langer Freiheitsstrafen), neu Art. 79b
 - Wiedereinführung der Landesverweisung (ohne Möglichkeit des probeweisen Aufschubs), neu Art. 67c

Wäre, mit Ausnahme des Tagessatzsystems, auf die Rücknahme der Reform 2007 hinausgelaufen → alle Einwände gegen das alte Recht galten auch hier. Kurze FS hätte sich wieder zur dominierenden Strafform entwickelt, erneute Sanktionenarmut.

Bemerkungen zu den Ziffern 1 bis 3:

1. Wirkungslosigkeit der bedingten Geldstrafe?

Empirisch unbelegte Alltagstheorie mit begrenzter Plausibilität. Rückfallraten insgesamt stabil → Neues Recht (Stand Reform 2007) dem alten Recht (Stand vor der Reform 2007) in spezialpräventiver Sicht nicht unterlegen.

2. Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe?

Nach Reform 2007 kurze bedingte FS (< 6 Mte.) nicht mehr vorgesehen, kurze unbedingte FS nur unter den Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 1. Nach dem Vorschlag Bundesrat sollen wieder FS ab 3 Tagen möglich sein, deren Vollzug aber durch Halbfangenschaft und Electronic Monitoring abgedeckt werden soll.

3. Freie richterliche Wahl zwischen Freiheits- und Geldstrafe?

Nach dem Vorschlag BR soll Richter frei entscheiden können, ob er im Bereich bis zu 180 TS GS an deren Stelle eine äquivalente (bed. o. unbed.) FS verhängen will. Will Richter (beim Ersttäter etwa) Vollzug einer Sanktion vermeiden, muss er eine bed. FS aussprechen, weil es eine GS mit bedingtem Vollzug nicht mehr geben soll.

b) Neuerungen der Reform 2018 = Was vom Vorschlag des BR umgesetzt wurde:

aa) Neuerungen betreffend Geldstrafe

- Keine Abschaffung der bedingten GS
- Abschaffung der teilbedingten GS
- 180 Tagessätze = Obergrenze GS, darüber nur FS
- Neue untere Grenze der Anzahl Tagessätze: 3
- Neuer Mindest-Regeltagessatz: 30 Franken, ausnahmsweise 10
- nur noch Verbindungsbusse

bb) Neuerungen betreffend Freiheitsstrafe:

Kurze bedingte FS (= 3 T. bis 6 Mte.) wieder zulässig (Art. 40). Allenfalls Überlegung, dass es Tätergruppen gibt, die sich durch eine (bedingte) kurze FS eher von weiterer Deliktsbegehung abhalten lassen als durch eine (bedingte) GS („Straftäter auf Durchreise“).

cc) Verhältnis Geldstrafe – Freiheitsstrafe

aaa) Grundsatz: Vorrang der Geldstrafe

Art. 41 verankert Vorrang der GS. Entscheidende Norm im Gefüge von GS und FS. Nur Bedeutung für Tatbestände, die parallel GS- oder FS androhen und soweit eine Strafe unter 180 Einheiten in Betracht kommt. Praktisch sehr bedeutsame Straftaten, z.B. grobe Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Abs. 2 SVG), Fahren in qualifiziert fahruntüchtigem Zustand (Art. 91 Abs. 2 SVG), Diebstahl (Art. 139), Sachbeschädigung (Art. 144) oder einfache Körperverletzung (Art. 123).

bbb) Ausnahme: Freiheitsstrafe

(α) Bei Nichtvollziehbarkeit der Geldstrafe

FS dann, wenn „eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann“ (Art. 41 Abs. 1 lit. b). Gilt, entgegen Wortlaut, nur für unbedingte GS, nicht für bedingte.

(β) Zur Verhinderung weiterer Verbrechen/Vergehen

Wechsel auf FS zulässig, „um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten“ (neu Art. 41 Abs. 1 lit. a). M.a.W.: FS scheint eher als die GS geeignet, künftigen Straftaten vorzubeugen («Einbrecher von jenseits der Grenze»).

dd) Vermeidung der unbedingten (kurzen) Freiheitsstrafe

- GA als Vollzugsform einer GS/Busse oder FS < 6 Mte.
- Halbfangenschaft, Art. 77b (für FS < 12 Mte.)
- Electronic Monitoring als Vollzugsform für FS von 20-360, Art. 79b

ee) Wiedereinführung der Landesverweisung (neu Art. 66a ff.), per 1. Okt. 2016, im Zuge der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative

IV. Die Wahl der Strafe

1. 3 T. – 6 Mte.: Wahl zwischen Geldstrafe und Freiheitsstrafe

GS und FS möglich, Priorität bei GS (Prinzip der Verhältnismässigkeit). GS kommt als Sanktion auch bei einkommensschwachen Tätern in Betracht, weil es infolge des Systems der Tagessätze und deren gegen unten fast offener Skala den geldstrafenzahlungsunfähigen Täter nicht geben soll (nur den geldstrafenzahlungsunwilligen). Eine FS kommt nur *ausnahmsweise* in Betracht: Bei drohender Nichtvollziehbarkeit einer unbedingten GS (Art. 41 Abs. 1 lit. b) und zur negativen Spezialprävention (Art. 41 Abs. 1 lit. a).

2. 6–12 Mte.

Nur FS möglich, bedingt oder unbedingt. Bedingte FS kann (als „Denkzettel“) mit Busse kombiniert werden (Art. 42 Abs. 4), wobei die finanzielle Sanktion ggü. der FS von untergeordneter Bedeutung bleiben muss (BGer: max. 20%).

3. 12–24 Mte.

Nur FS, bedingt, unbedingt oder teilbedingt. Erst wenn Busse nach Art. 42 Abs. 4 unter spezialpräventiven Gesichtspunkten als ungenügend erscheint, kommt eine teilbedingte FS in Betracht.

4. 24–36 Mte.

Nur noch FS; exklusiver Anwendungsbereich der teilbedingten FS.

5. Über 36 Mte.

Nur noch unbedingte FS.

§ 2 Bedingter, teilbedingter und unbedingter Strafvollzug

Überblick: Formelle Voraussetzungen

	Geldstrafe	Freiheitsstrafe	Busse
bedingter Vollzug	möglich	3 Tage–24 Mte.	stets unbedingt
teilbedingter Vollzug	-	möglich zw. 1–3 J., Art. 43 II u. III beachten	
unbedingter Vollzug	möglich	möglich, ab 3 J. ausschliesslich	

Bedingte und unbedingte Strafen sind Varianten ein und derselben Straffart, eben der FS oder der GS; die teilbedingte nur der FS. Es handelt sich beim bS also nicht um eine Massnahme, sondern auch die bS bleibt eine Strafe. Der Schuld- und der Strafspruch stellen sich nicht anders dar als bei der unbedingten. Aber an die Stelle des durchgeführten Strafvollzugs tritt (nur) die Androhung des Strafvollzugs, uU begleitet von Weisungen und Bewährungshilfe.

I. Bedingt

1. Allgemeines

Gericht setzt Strafe fest, Vollzug der Strafe wird für Dauer der Probezeit (2–5 J., vgl. Art. 44 I) aufgeschoben. Wird Verurteilter innerhalb Probezeit nicht mehr straffällig, erfolgt endgültiger Verzicht auf Vollzug der Strafe.

Seit Reform 2007 Obergrenze des bS bei 24 Mte. Bedingter Vollzug als Ausdruck der Spezialprävention (mit absoluter Straftheorie nicht vereinbar). Grundgedanke: Auch ohne vollzogene Strafe keine erneute Straffälligkeit des Verurteilten zu befürchten. 90% der mit bedingtem Vollzug ausgesprochenen Strafen müssen nicht vollzogen werden, weil die Verurteilten sich bewähren.

Merke: „Bedingt“ ist nur der Strafvollzug, die Verurteilung erfolgt unbedingt.

2. Die Regelung in Art. 42

a) Formelle Voraussetzungen

Sämtliche Straffarten können mit bedingtem Vollzug verhängt werden (vgl. Art. 42 I):

- GS: keine Einschränkung bez. Höhe, max. GS von 180 Tagessätzen kann bedingt verhängt werden.
- FS: nur FS zwischen 3 Tagen und 24 Monaten bedingt vollziehbar. Obergrenze aus Gründen der Vergeltung und der Generalprävention.

Entscheidend für Frage, ob von der Dauer her der bS möglich ist, ist die *verhängte* Strafe (nicht diejenige, welche nach Anrechnung der U-Haft übrig bleibt, Art. 51).

b) Materielle Voraussetzungen: Prognose

aa) Allgemeines

Materielle Voraussetzung des bS: dass eine unbedingte Strafe „nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten“ (Art. 42 I). Unpräzise Formulierung: Gericht hat keine Wirkungsprognose abzugeben, ob unbedingte Strafe zur Rückfallverhütung geeignet und notwendig ist. Gemeint vielmehr: dass auch ohne Vollzug der Strafe weitere Straffälligkeit nicht zu erwarten ist.

bb) Kriterien der Prognose

Im Gegensatz zur retrospektiven Blickrichtung bei der Wertung der vorgeworfenen Tat muss Gericht im Rahmen der Verurteilung eine Vorhersage in Bezug auf *zukünftiges* Verhalten treffen: sog. Legalprognose. BGer hat Kriterien entwickelt, auf welche Elemente man die Prognose abstützen soll. Trotz diesen Kriterien bleiben Unsicherheiten, da sich menschliches Verhalten wissenschaftlich nicht exakt prognostizieren lässt.

Kernfrage: Wird sich der Verurteilte in Zukunft bewähren oder besteht begründete Annahme, dass er erneut delinquierte?

Folgende Argumente dürfen bei der Beantwortung der Frage *nicht* ins Gewicht fallen:

- Unzulässig, einer bestimmten Gruppe von Tätern oder bei bestimmten Taten den bS generell zu verweigern (zB bei Drogenhändlern o. Fahrlässigkeitsdelikten). Auch Schwere und Strafwürdigkeit eines Deliktes (sofern die max. Obergrenze von 2 J. nicht überschritten wird) sagen nichts über die Bewährungschancen des konkreten Täters aus. Allein spezialpräventive Aspekte sind entscheidend.
- Neben prognoserelevanten Elementen nicht zu berücksichtigen ist die Frage, ob Täter den bS „verdient“; bS ist kein Gnadenakt.
- Elemente des Schuldausgleichs oder der Generalprävention sind für Prognoseentscheidung irrelevant.

BGer: „Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (...).“ (BGE 134 IV 1, 5 E. 4.2.1)

Die beiden wichtigsten Elemente der Prognose sind die kriminelle Vorbelastung (d.h. allfällige Vorstrafen) sowie die Tatumstände, zB Rücksichtslosigkeit als negativer Faktor. Einsichtslosigkeit steht günstiger Prognose nur entgegen, wenn sie auf Leugnung der Verantwortung für die Tat hinausläuft.

cc) Das „breite Mittelfeld“

Bei Ersttätern verlässliche Prognosestellung schwierig; in etwa 60% dieser Fälle liegt der Täter im Graubereich (weder eindeutig günstige noch eindeutig ungünstige Prognose). Während unter altem StGB eine günstige Prognose erforderlich war, genügt nunmehr das Fehlen einer ungünstigen Prognose zur Gewährung eines Strafaufschubes (sog. Vermutungsumkehr). Der Strafaufschub ist die Regel, der im Graubereich den Vorrang hat.

dd) Vorstrafenbelastung

Erhöhte Anforderungen an die Prognosebildung zu beachten, wenn der Täter innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Tat zu einer FS *von mehr als* 6 Mte. verurteilt worden ist (Art. 42 II). Aufschub hier nur bei Vorliegen besonders günstiger Umstände zulässig, gemäss BGer dann, wenn die neue Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht, oder wenn sich Lebensumstände des Täters besonders positiv verändert haben.

ee) Schadenbehebung (Art. 42 III)

Fehlende Schadensbehebung, soweit zumutbar, kann Grund für Verweigerung des bS darstellen. BGer betrachtet Schadenbehebung als Prognoseelement; Entstehung von Art. 42 III (vom Parlament eingefügt) spricht eher dafür, dass damit verstärkt Opferbelange zu gefördert werden sollten.

c) Aufschub „in der Regel“

Wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen des bS erfüllt, dann schiebt das Gericht den Vollzug *in der Regel* auf (Regel-Ausnahme-Verhältnis). Gründe für Ausnahmen von dieser Regel?

Solche der Spezialprävention nicht, weil sie im Rahmen der Prognosestellung bereits berücksichtigt. Ausnahmeklausel gegen denjenigen Ersttäter gerichtet, der den Strafaufschub auf sicher zu haben glaubt. Die Glaubwürdigkeit der Strafdrohung soll aufrecht erhalten werden. Die Ausnahme verfolgt demnach ein generalpräventives Anliegen. In bisheriger Praxis des BGer aber ungeklärt, worin die Bedeutung dieser Ausnahme liegen soll; nur klar, dass nach Praxis BGer unzulässig, bei FS den bS aus generalpräventiven Gründen zu verweigern.

d) Probezeit, Bewährungshilfe und Weisungen

aa) Probezeit

Bei bedingter Strafe (FS & GS) muss gleichzeitig eine Probezeit zwischen 2 und 5 Jahren festgelegt werden (Art. 44 I). Ihre Dauer so festzulegen, dass die Wahrscheinlichkeit erneuter Delikte am geringsten ist (= präventives Element). Drängt sich die Anordnung flankierender Massnahmen (Bewährungshilfe/Weisungen) auf, ist die Dauer der Probezeit anhand deren Länge zu bemessen. Keine Verfolgung pönaler Elemente mittels verlängerter Probezeit.

bb) Bewährungshilfe

Art. 44 II und 93 I. Soll den Verurteilten vor Rückfällen schützen und ihm bei der sozialen Integration helfen. Bewährungshelfer fungiert als Ansprech- und Bezugsperson, wofür eine Vertrauensbeziehung unerlässlich ist; gleichzeitig (und problematisch) amtiert er aber auch als Kontrolleur, der den Behörden auf Anfrage Bericht über den Verurteilten erstatten muss.

cc) Weisungen

Für Dauer der Probezeit kann das Gericht Weisungen erteilen (Art. 44 II). Dienen allein spezialpräventiven Zwecken. Müssen im Interesse des Verurteilten liegen und nicht unverhältnismässig in dessen persönliche Freiheit eingreifen. Inhaltlich sind mögliche Weisungen in Art. 94 konkretisiert, wobei dortige Aufzählung nicht abschliessend.

3. Bewährung und Widerruf des bedingten Strafvollzugs

Nach Art. 45 wird aufgeschobene Strafe nicht mehr vollzogen, wenn der Verurteilte sich bis zum Ablauf der Probezeit bewährt hat. Gemäss Art. 46 hat sich der Verurteilte bewährt, wenn die bedingte Strafe nicht widerrufen wird. Dies kann verschiedene Gründe haben: dass er

- keine erneute Tat begangen hat
- sich auch nicht der Bewährungshilfe oder Weisungen entzogen hat
- zwar eine erneute Tat begangen hat, aber nicht noch weitere Taten zu erwarten sind (Abs. 2)

2 Einschränkungen: Nicht jede erneute Straftat lässt sich als Nicht-Bewährung auffassen und die Nicht-Verübung einer erneuten Straftat spricht für sich alleine noch nicht für Bewährung. Die erneute Straffälligkeit richtet sich nach Art. 46.

Voraussetzungen des Widerrufs:

- Erneute Begehung eines Verbrechens oder Vergehens (Übertretung reicht nicht aus (Art. 104 f.))
- Wegen neuer Tat ist zu erwarten, dass Täter neue Taten begehen wird: es muss eine neue Prognose gestellt werden.

Bei einem Widerruf wird nicht die bedingte Strafe widerrufen, sondern der Aufschieb der Vollstreckung. Das heisst aber noch nicht, dass für die neue Tat der Vollzug ausgesprochen werden muss: dies ist nach Art. 42 I/II zu beurteilen.

Der Strafvollzug kann auch bei Widersetzung gegen flankierende Massnahmen angeordnet werden. Das ergibt sich aus Art. 46 IV: Entziehung Bewährungshilfe oder Missachtung von Weisungen.

Falls kein Widerruf stattfindet, 2 Möglichkeiten: Verwarnung oder Verlängerung Probezeit.

Zuständigkeit:

- Wenn Bewährung: Verzicht auf Strafvollzug ex lege, Art. 45; keine förmliche richterliche Bestätigung, dass auf Vollzug der Strafe verzichtet wird
- Wenn Nichtbewährung: Zuständig in beiden Fällen die Gerichte, nicht die Strafvollzugsbehörden

Wird der Widerrufsgrund erst nach Ablauf der Probezeit bekannt: Art. 46 V.

II. Teilbedingt (Art. 43)

Bei FS ist der teilbedingte Vollzug für Strafdauer von 1-3 J. möglich, im Bereich von 2–3 J. ausschliesslich (kein vollbedingter).

Unbedingter Teil max. die Hälfte der Strafe, bei FS mind. 6 (max. 18) Mte.

Wichtig: Für teilbedingten Vollzug müssen alle Voraussetzungen des bedingten Vollzugs vorliegen (Fehlen einer ungünstigen Prognose). Gleichzeitig muss das (Vergeltungs-)Bedürfnis bestehen, dem Verschulden des Täters hinreichend Rechnung zu tragen.

III. Unbedingt

Unbedingte Strafen müssen vollzogen werden. GS ist innerhalb einer Frist von 1–6 Mte. zu bezahlen, wobei Ratenzahlung möglich (Art. 35). Bei nicht ordnungsgemäss Zahlung Betreuung nach SchKG, sofern daraus Ergebnis zu erwarten. Wenn nicht: Ersatzfreiheitsstrafe (1 TS = 1 Tag FS).

Bei FS: Verurteilter wird zum Vollzug aufgeboten.

§ 3 Strafzumessung

I. Allgemeines

Strafzumessung ist für den zu verurteilenden Beschuldigten von höchster Bedeutung. Zahlreiche Tatbestände geben nur äusserst weiten Rahmen der möglichen Strafe vor. Gericht hat im Einzelfall die passende Strafe zu finden. Gross ist das Ermessen dort, wo ein Strafraumen gegen unten erweitert wird, z.B. beim Versuch (Art. 22) oder der Gehilfenschaft (Art. 25). Der Strafraumen kann sich auch gegen oben erweitern, allerdings nicht im gleichen Umfang wie gegen unten.

II. Begriff der Strafzumessung

Strafzumessung i.e.S. beinhaltet das Festsetzen der angemessenen Strafe innerhalb eines fixen Strafraumens. Demgegenüber steht bei der Strafzumessung i.w.S. der Strafraumen noch nicht fest, das Gericht muss ihn zuerst noch bestimmen, bevor es die Strafzumessung i.e.S. vornehmen kann.

III. Die Strafzumessungsregeln von Art. 47 StGB im Überblick

Art. 47 StGB stellt keine präzise Handlungsanleitung für die Zumessung der Strafe dar.

1. Der Begriff des Verschuldens: Art. 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2

Art. 47 I Satz 1: Strafe richtet sich nach dem Verschulden des Täters.

Art. 47 II: Verschulden bestimmt sich nach vier Faktoren:

1. nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts,
2. nach der Verwerflichkeit des Handelns
3. nach den Beweggründen und Zielen des Täters sowie
4. danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden

a) (Einzel-)Tatschuld

Einzeltatschuld, keine Lebensführungs- oder Charakterschuld; Strafzumessungsschuld ≠ Strafbegründungsschuld.

b) Bezugspunkt des Verschuldens: Tatkomponente

Strafzumessungsschuld erfasst auch Faktoren, die nicht in Tatschuld eingehen, z.B. das Ausmass des Unrechts (Erfolgsunwert) oder die Verwerflichkeit der Handlung (Handlungsunwert)

Die einzelnen Faktoren des gesamten Strafzumessungsvorganges werden in eine sog. Tatkomponente und eine sog. Täterkomponente aufgeteilt.

Tatkomponente: all diejenigen Elemente, die sich auf das Verschulden beziehen; sind in Art. 47 II (allerdings unvollständig) genannt.

2. Täterkomponente: Art. 47 Abs. 1 Satz 2

Täterkomponente: Vorleben sowie persönliche Verhältnisse des Täters; kommt ins Spiel, sobald tatadäquate Strafe gefunden wurde; ist verschuldensbezogen

3. Präventive Belange

Berücksichtigung der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters

Vorgehen der Strafzumessung

Die Strafzumessung erfolgt in 3 Schritten:

1. Festlegung der verschuldensangemessenen Strafe auf Grundlage der Tatkomponente
2. Deren verschuldensangemessene Adjustierung auf Grundlage der Täterkomponente
3. Deren Überprüfung auf die Frage, ob sie mit Blick auf das zukünftige Leben des Täters zu ändern = herabzusetzen sei.

IV. Faktoren der Strafzumessung

1. Tatkomponente

Tatkomponenten sind all jene Elemente, die sich auf das Verschulden beziehen; sie sind in Art. 47 II (unvollständig) genannt.

a) Objektive Tatkomponenten

aa) Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts

Sie bestimmt sich zum einen nach dem Rang des von der Tat betroffenen Rechtsgutes sowie dem Ausmass der Verletzung oder Gefährdung.

bb) Verwerflichkeit des Handelns

Entscheidend ist, wie gravierend die Tathandlung innerhalb des Spektrums denkbarer Tatausführungen ist. Es wird die Art und Weise der Herbeiführung des Erfolges berücksichtigt sowie die Folgen der Tat für den Geschädigten (etwa welche Leiden dem Opfer zugefügt worden sind). (Achtung: Doppelverwertungsverbot bei qualifizierten oder privilegierten TBs).

b) Subjektive Tatkomponenten

aa) Willensrichtung/Intensität des delikt. Willens

Im Hinblick auf die Willensrichtung wird beim Vorsatzdelikt zwischen den verschiedenen Vorsatzformen (Vorsatz 1. Grades, 2. Grades, Eventualvorsatz) unterschieden, beim Fahrlässigkeitsdelikt ist die Schwere des Sorgfaltsverstosses massgebend. Intensität des deliktischen Willens meint die «kriminelle Energie», mit der die Tat begangen wurde. Schwer fassbarer Verschuldensfaktor; nur eine besonders grosse oder aber kleine kriminelle Energie kann einen Einfluss auf die Verschuldensbemessung haben.

bb) Beweggründe und Ziele

Für die Beurteilung der hinter der Tat stehende Beweggründe und Ziele lassen sich die gesetzlichen Wertungen übernehmen: «Skrupellosigkeit», «selbstsüchtige Beweggründe», «Bereicherungsabsicht» oder «Gewinnsucht» belasten, das Motiv «Mitleid» (Art. 114), «Erleichterung des eigenen Fortkommens» (Art. 252) oder «achtenswerte Beweggründe» (Art. 48 lit. a. Ziff. 1) entlasten ebenso wie (andere) verständliche oder nachvollziehbare Tatmotive.

cc) Fähigkeit des Täters, nach den inneren und äusseren Umständen die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden

Die Höhe des Verschuldens ist abhängig von der Entscheidungsfreiheit, die dem Täter zukam. «Je leichter es für ihn gewesen wäre, die von ihm übertretene Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt seine Entscheidung gegen sie und damit seine Schuld» (vgl. BGE 117 IV 7, 8 E. 3a)aa). Relevant sind etwa psychische Störungen, Affekte, Kulturkonflikte, Alkohol- oder Drogenabhängigkeit, soweit die Schwelle von Art. 19 II nicht erreicht ist.

2. Täterkomponente: Art. 47 Abs. 1 Satz 2

Steht die tatadäquate Strafe fest, gilt es weiter die Täterkomponenten zu beachten. Die Täterkomponenten sind soweit in die Bemessung der schuldangemessenen Strafe einzubeziehen, wie sie in Zusammenhang mit der Tat stehen (was insb. beim Nachtatverhalten schwierig resp. unmöglich ist).

a) Vorleben

Das Vorleben erfasst die gesamte Lebensgeschichte des Täters; insbesondere die Kindheit und Jugend, wobei sich eine schwierige Jugend in der Praxis strafmindernd auswirkt, da erziehungsmässige Defizite und Sozialisationsmängel dazu führen können, dass der Täter das Unrecht nur erschwert einsehen kann. Soweit dies der Fall ist, erscheint auch seine Schuld gemindert. Weiter sind allfällige Vorstrafen zu berücksichtigen; einschlägige Vorstrafen wirken sich besonders straferhöhend aus. Grundsätzlich gilt, je leichter die Vorstrafen sind und je länger sie zurückliegen, desto weniger fallen sie ins Gewicht. Unter dem Vorleben wird weiter der Leumund (= der gute oder schlechte Ruf, den jemand geniesst) beachtet (Bedeutung umstritten). Das Vorleben ist soweit von Relevanz, wie es Aufschluss über die Vorwerfbarkeit der Tat gibt (keine Lebensführungsschuld).

b) Persönliche Verhältnisse

In die Strafzumessung sind weiter die persönlichen Verhältnisse des Täters im Zeitpunkt der Tat miteinzubeziehen, wie etwa Alter und Gesundheitszustand, (Vor-)Bildung und Beruf/Arbeit, intellektuelle Fähigkeiten, individuelle Widerstandskraft, Süchte und Abhängigkeiten, Familien- und sonstige persönliche Beziehungen. Auch die persönlichen Verhältnisse gilt es bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe nur soweit zu beachten, wie sie in einem Zusammenhang zur Tat stehen. Ihnen kommt dabei kein eigenständiger Gehalt zu, sie überschneiden sich mit verschiedenen Teilgehalten der Tatkomponenten.

c) Nachtatverhalten

Nachtatverhalten erfasst Verhalten nach der Tat sowie das Verhalten im Strafverfahren. Richtigerweise sind diese Aspekte alleine unter präventiven Gesichtspunkten zu behandeln, da sie keinen Einfluss auf das Verschulden ausüben.

d) Strafempfindlichkeit

Angemessenheit der Strafe bei feststehendem Verschulden; bei der Geldstrafe wird dies über die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Bemessung der Tagessatzhöhe (Art. 34 Abs. 2) erreicht; bei der Freiheitsstrafe ist besonderen persönlichen Umständen Rechnung zu tragen (bspw. bei schwerwiegenden (mittelbaren) familiären oder beruflichen Auswirkungen der Tat).

≠ «Strafempfänglichkeit», worunter die voraussichtliche Wirkung der Strafe auf den Täter (Frage der Prävention) verstanden wird.

e) Im Verhalten des Staates begründete entlastende Umstände

Kein Aspekt, der das Verschulden beeinflusst; dahinter steht vielmehr die Überlegung, dass der Einzelne nicht unter staatlicher Nachlässigkeit leiden soll. Bsp.: Einsatz von V-Leuten, welche das Mass der zulässigen Einwirkung überschreiten (Art. 293 Abs. 4 StPO), diesem Umstand ist durch Strafmilderung oder sogar durch ein Absehen von Strafe Rechnung zu tragen. Weiter kann auch eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes (Art. 5 StPO) strafmildernd wirken oder gar zur Verfahrenseinstellung führen.

3. Gesichtspunkte der Prävention

a) Punktstrafe und Spielraumtheorie

Theorie der Punktstrafe: Auffassung, dass einem bestimmten Verschulden eine punktgenau bestimmbare Strafe entspricht.

Spielraumtheorie: Ansicht, dass sich die angemessene Strafe über einen Rahmen («Spielraum») von der «schon» schuldangemessenen zur «noch» schuldangemessenen Strafe erstreckt. Der Richter kann die Strafe innerhalb dieses «Spielraums» bestimmen.

b) Keine Überschuldstrafe

Es ist unzulässig, aus general- oder spezialpräventiven Gründen über das schuldangemessene Mass der Strafe hinaus zu gehen. Eine Strafe lässt sich nur in dem Masse vertreten, wie sie in ihrem Umfang der Schuld des Verurteilten entspricht. Nur in diesem Ausmass kann sie dem Täter zum Vorwurf gemacht werden. Eine Überschreitung der schuldangemessenen Strafe verletzt das Schuldprinzip.

c) Spezialprävention: Unterschuldstrafe

Das Gericht berücksichtigt «die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters» (Art. 47 Abs. 1 Satz 2), damit sind *spezialpräventive* Aspekte angesprochen. Diese sind nur insofern in die Strafzumessung miteinzubeziehen, als sie zu einem Strafmass führen, das hinter der Schuld des Verurteilten zurückbleibt (=Unterschuldstrafe).

d) Generalpräventive Belange

Laut BGer ist es zulässig, innerhalb des Schuldrahmens (→ Spielraumtheorie) generalpräventive Bedürfnisse strafferhöhend zu berücksichtigen. Nach dieser Ansicht muss die Strafe des Täters geeignet sein, die Allgemeinheit zu veranlassen, sich an die Strafrechtsnormen zu halten. Wird in der Lehre mit dem Hinweis kritisiert, dass es unzulässig sei, am Einzelnen ein Exempel zu statuieren.

4. Strafzumessungsvorgang und Art der Strafe

a) Strafzumessungsvorgang

Es gibt keine exakte Methode, um Verschulden in Strafeinheiten zu «übersetzen». Gericht kann nur zu akzeptablen Ergebnis kommen, indem das Strafmass im Einzelfall im Quervergleich der Fälle als relativ gerecht angesehen wird, d.h. es wird ein Vergleich mit ähnlichen Fällen vorgenommen.

b) Exkurs. Mathematische Strafzumessungsmodelle in den USA

In den USA sind mathematische Strafzumessungsmodelle verbreitet, sog. «sentencing guidelines». Das sind ziemlich strikte Vorgaben für die Strafzumessung im Einzelfall. Sie werden erlassen durch sog. sentencing commissions, unabhängige Kommissionen der Justiz.

Bis 1960er Jahre: indeterminate sentencing; Strafzumessung durch parole board (Administrativbehörde)

Ab 1960er Jahre: Federal Sentencing Guidelines als Strafzumessungsrecht auf Bundesebene; erkaufen sich Gleichheit mit massiver Vergrößerung der für die Strafzumessung relevanten Kriterien: Gewicht der Tat und Vorstrafenbelastung.

- United States Sentencing Commission weist Grundformen von strafbaren Handlungen einen Schweregrad zu (base offense level, 1-43); zeigt, für wie gravierend die Kommission ein Delikt im Allgemeinen hält
- Sentencing table unterteilt strafrechtliche Vergangenheit in 6 Schwerekatoren; Strafvorbelastung durch offence level und criminal history

c) Inoffizielle Zumessungsfaktoren

Aus empirischen Untersuchungen ist bekannt, dass Einstellungen zu Kriminalitätserklärungen bedeutsam sind: Wer die Tatverantwortung stärker beim Individuum ansiedelt, tendiert zu härteren Strafen als derjenige, der gesellschaftsbezogene Erklärungen favorisiert. Demgegenüber haben soziodemographische Merkmale der Richterschaft (wie Alter, Geschlecht, Konfession, Herkunft) nur geringe Auswirkungen auf die Strafzumessung.

d) Strafzumessung bei der Geldstrafe

Geldstrafe = Strafe für Verbrechen und Vergehen (nicht Übertretungen) der kleinen bis hinein in die mittelschwere Kriminalität.

Ziele des Tagessatzsystems: Transparenz und Rechtsgleichheit; Höhe des Tagessatzes soll nach Möglichkeit Rechtsgleichheit herstellen, genauer: Verlustgleichheit; insbesondere sollen auch wirtschaftlich gut gestellte Täter angemessen getroffen werden können.

aa) Anzahl der Tagessätze. Verschulden

Das Ausmass des Verschuldens muss in eine bestimmte Anzahl Tagessätze «übersetzt» werden. Dies richtet sich in den Grundzügen nach Art. 47.

Eckpunkte im Gesetz: Minimalzahl der Tagessätze = 3 und die Höchstzahl = 180, sofern keine anderslautende gesetzliche Vorschrift besteht (Art. 34 I).

bb) Höhe des Tagessatzes. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

aaa) Strafender Gehalt eines Tagessatzes

BGE 134 IV 60: ausführliche Stellungnahme zur Bemessung des Tagessatzes. Höchstbetrag Tagessatz: 3000 CHF, maximale Geldstrafe somit (x 180) 540'000 CHF.

Regeluntergrenze Tagessatz: neu bei 30 CHF (Art. 34 Abs. 2 nStGB). «Ausnahmsweise» Senkung auf 10 CHF, «wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten».

Die gesetzliche Gleichsetzung mit einem Tag Freiheitsstrafe (Art. 36 I) legt nahe, dass es sich um ein sog. Nettoeinkommenssystem handelt: Der Verlust von einem Tag Freiheit soll dem Verlust der finanziellen Mittel gleichkommen, die an einem Tag zur Verfügung stehen.

bbb) Ermittlung des Tagessatzhöhe

Ausgangspunkt: Nettoeinkommen, das der Täter (im Zeitpunkt des Urteils und im Durchschnitt) pro Tag erzielt, namentlich aus Arbeit, Vermögen und aus privat- oder öffentlichrechtlichen Unterstützungsleistungen.

Abzug von gesetzlich Geschuldetem; v.A. Steuern, Krankenkasse, Unfallversicherung, Unterhaltspflichten; Herausbildung pauschale Prozentabzüge. Aus dieser Berechnung ergibt sich ein Grundtagessatz.

Berücksichtigung des Vermögens: Vorhandenes Vermögen darf nicht tagessatzerhöhend berücksichtigt werden. Der Grundtagessatz darf nicht so hoch angesetzt werden, dass der Verurteilte darauf angewiesen ist, das Vermögen in seiner Substanz anzuzehren. Bestreitet der Verurteilte seinen Lebensunterhalt aus seinem Vermögen, so muss dies in der Tagessatzbemessung berücksichtigt werden.

Kriterium «Lebensaufwand» nur bedeutsam, wo ein ersichtlich hoher Lebensaufwand mit einem auffällig tiefen Einkommen kontrastiert.

Existenzminimum: durch Höhe des Tagessatzes darf nicht in den betriebsrechtlichen Notbedarf des Täters eingegriffen werden (Art. 93 SchKG); ist keine harte Grenze, sondern ein Hinweis darauf, bei tiefen Einkommen den Notbedarf im Auge zu behalten

Berücksichtigung weiterer Faktoren, wenn sie die «persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse» des Täters beeinflussen

Abschluss durch Plausibilitätskontrolle: Gesamtsumme, welche dem Verurteilten zugleich ein fühlbares Übel zufügt, wie auch zugemutet werden kann.

5. Begründung und ihre Überprüfung

a) Begründungspflicht (Art. 50)

Die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung sind im Urteil festzuhalten; erst dadurch eröffnet sich die Möglichkeit, die Strafzumessung bei einer höheren Instanz anzufechten. Als Grundsatz gilt: Je höher die Strafe, desto umfassender muss die Begründung sein.

b) Überprüfung der Begründung

Dem Richter kommt bei der Gewichtung der einzelnen Strafzumessungskomponenten innerhalb des Strafrahmens ein weiter Ermessensspielraum zu. Das BGer greift in dieses Ermessen nur ein, wenn die kantonale Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist, wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen hat oder wenn sie gewisse Elemente in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat.

V. Strafmilderung

1. Allgemeines

Gesetz kennt verschiedene Bestimmungen, die eine Strafmilderung vorsehen. Einen ganzen Strauss solcher Strafmilderungsgründe enthält Art. 48. Es gibt aber weitere aus dem AT und dem BT.

Diskussion um Art. 19 II:

- BGE 134 IV 132: Bekennung zum Schuldprinzip; Verminderung der Schuldfähigkeit ist in ihrem vollen Ausmass Rechnung zu tragen (leicht, mittel oder schwer); Strafmilderung ohne Berücksichtigung der Schwere der Tat, von Opferinteressen oder dem Strafbedürfnis der Öffentlichkeit
- BGE 136 IV 55: Ursache der verminderten Schuldfähigkeit ebenfalls zu gewichten; Verminderte Schuldfähigkeit führe im Regelfall nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten, sondern sei im ordentlichen Strafrahmen zu berücksichtigen; Unterschreitung des Strafrahmens nur, wenn ausserordentliche Umstände «das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen» (S. 63)
- Verminderte Schuldfähigkeit nicht einer unter zahlreichen denkbaren Strafmilderungsgründen, sondern die massgebliche Grösse im Prozess der Strafzumessung.

2. Strafmilderungsgründe und ihre Wirkung (Art. 48 f.)

a) Handeln aus achtenswerten Beweggründen (lit. a Ziff. 1)

Das BGer verlangt eine ethisch hochstehende oder mind. zu rechtfertigende Gesinnung. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich anhand der von der Rechtsgemeinschaft anerkannten Rangordnung ethischer Werte; es kommt nicht auf die subjektive Wertüberzeugung des Täters an.

b) Handeln in schwerer Bedrängnis (lit. a Ziff. 2)

Die Bedrängnis kann materieller oder immaterieller Natur sein. Ein Handeln in schwerer Bedrängnis kommt somit nur insofern in Betracht, wie nicht ohnehin Art. 18 I eingreift (= nicht ein «hochwertiges Gut» bedroht ist).

c) Handeln unter Eindruck einer schweren Drohung (lit. a Ziff. 3)

Hat keine selbständige Bedeutung (wird dementsprechend in der Praxis kaum angewendet). Die schwere Drohung ist ein Spezialfall einer schweren Bedrängnis und findet nur unter folgenden drei Voraussetzungen Anwendung:

- (1) nicht eine Rf. qua Notstand eingreift
- (2) nicht die Schuld qua Notstand ausgeschlossen erscheint
- (3) nicht die Strafe bereits qua Notstandsexzess zu mildern ist, weil die Drohung einem der in Art. 18 I aufgezählten hochwertigen Rechtsgut galt.

d) Handeln auf Veranlassung einer Person, der Täter Gehorsam schuldet oder abhängig ist (lit. a Ziff. 4)

Es handelt sich um einen Sonderfall der Anstiftung mit der Folge einer Strafmilderung für den Haupttäter. Eine *Gehorsamsverpflichtung* kann sich nur auf eine Rechtsnorm stützen (bspw. aus dem Beamtenrecht (z.B. Strafverfolgung), dem Arbeitsrecht, aus dem Bereich des Militärs oder bei Unmündigen ggü. ihren Eltern (ZGB 301 II)). Bei der *Abhängigkeit* kann es sich, im Unterschied zum Gehorsam, auch um eine faktische (wie auch rechtliche) Abhängigkeit handeln, z.B. zwischen Konkubinatspartnern.

e) Versuchung durch den Verletzten (lit. b)

Dieser Milderungsgrund kommt nur in Betracht, «wenn der Verletzte den Anstoss zu der strafbaren Handlung gegeben hat, und zwar so ernstlich, dass der Täter für seinen Entschluss, sie zu begehen, nicht voll verantwortlich erscheint» (BGE 98 IV 67, 70).

f) Handeln in entschuldbarer heftiger Gemütsbewegung oder grosser seelischer Belastung (lit. c)

Die *heftige Gemütsbewegung* stellt einen allgemeinen Strafmilderungsgrund dar, soweit sie nach den Umständen als entschuldbar gelten kann. Spezifische Provokationsregelungen (wie

zB bei der Ehrverletzung Art. 177 II und III) sowie Art. 113 StGB gehen vor. Die *grosse seelische Belastung* deckt sich z.T. mit dem Milderungsgrund der schweren Bedrängnis (lit. a Ziff. 2), u.U. auch mit der «Veranlassungsmilderung» (lit. a Ziff. 4).

g) Betätigung aufrichtiger Reue

Die Praxis legt zur Beurteilung der aufrichtigen Reue einen strengen Massstab an: allein Gewissensbisse, verbales Bedauern oder passives Wohlverhalten genügen nicht; verlangt wird eine freiwillige, besondere Anstrengung des Täters, die seinen Willen zur Wiedergutmachung des Unrechts ausdrückt (bspw.: Schadensbehebung; sofortige Alarmierung nach Brandstiftung; Hilfeleistung an verletztes Raubopfer).

h) Zeitablauf (lit. e)

Für das *Wohlverhalten* ist auf die Legalbewährung abzustellen (nicht etwa auf die moralisch als anstössig oder nicht anstössig zu bewertende Lebensführung). Anforderungen an den *Zeitablauf*: nach der Praxis des BGer ist Art. 48 lit. e immer anwendbar, wenn zwei Drittel der Verjährungsfrist abgelaufen sind; je nach Natur und Schwere der Straftat kann auch ein früherer Zeitpunkt in Betracht kommen.

i) Wirkung

Die Strafmilderung bewirkt, dass die Strafe tiefer ausfällt als sie ohne den Strafmilderungsgrund ausgefallen wäre. Sie ist *obligatorisch* (Wortlaut: der Richter *muss* die Strafe mildern). Das *Ausmass* der Milderung entscheidet sich anhand des Massstabes des *Verschuldens* (in den Fällen von lit. a, b und c) oder danach, wie sehr das *Strafbedürfnis* abgenommen hat (in den Fällen von lit. d und e). *Umstritten* ist, ob sich bei Vorliegen eines Milderungsgrundes der Strafraumen nach unten öffnet (verneinend BGE 136 IV 55, 63 E. 5.8; bejahend etwa STRATENWERTH, AT II, § 6 N 106).

VI. Strafschärfung (Art. 49 StGB)

1. Unechte und echte Konkurrenz

Konkurrenz im strafrechtlichen Sinn: Ein Täter hat mehr als nur einen TB verwirklicht. Konkurrenzlehre beantwortet die Frage, ob in diesem Fall eine Anwendung der einen Vorschrift diejenige der andern ausschliesst (*unechte Konkurrenz*), oder ob sie nebeneinander angewendet werden (*echte Konkurrenz*).

a) Unechte Konkurrenz

Die unechte Konkurrenz ist gesetzlich nicht geregelt, sie ergibt sich aus der Bestimmung des Verhältnisses von zwei (oder mehreren) TB.

Grundgedanke: Unrechtsgehalt der Tat wird durch Anwendung bereits eines der verwirklichten TB voll abgegolten.

→ Vor Prüfung, ob Fall der echten Konkurrenz vorliegt, muss die unechte Konkurrenz ausgeschlossen werden.

Es bestehen folgende Formen unechter Gesetzeskonkurrenz:

aa) Spezialität

Der Spezial-TB umfasst den anderen TB vollständig, er enthält aber noch zusätzliche TB-Merkmale, Bsp:

- privilegierter/qualifizierter TB im Verhältnis zum Grund-TB (Art. 113/112 im Verhältnis zu Art. 111),
- zusammengesetzter TB im Verhältnis zu seinen Einzel-TB (Art. 140 iV zu Art. 139/181).

bb) Subsidiarität

Auffang-TB, der die Vorstufe oder eine weniger schwere Form des Angriffs auf das gleiche Rechtsgut unter Strafe stellt; dieser Auffang-TB tritt zurück, falls die Bestrafung aus dem schwereren TB möglich, Bsp.:

- abstrakte Gefährdungsdelikte iV zu konkreten Gefährdungsdelikten,
- Teilnahmeformen iV zur (Mit-)Täterschaft,
- (strafbare Vorbereitungshandlungen iV zum Versuch, Versuch iV zur Vollendung).

cc) Konsumtion

Bei der Verwirklichung eines schwereren TB wird idR auch ein allfälliger leichterer TB miterfüllt, dessen Unrechtsgehalt durch erhöhte Strafdrohung des vorgehenden TB wertmässig abgegolten wird, Bsp.:

- Art. 122 Abs. 1 i.V. zu Art. 129,
- Art. 140 i.V. zu Art. 183.

dd) Mitbestrafte Vor- (= Fall der Subsidiarität) oder Nachtat

Taten, die an sich selbstständig unter Strafe gestellt sind, begründen keine Strafbarkeit, wenn die Haupttat ausgeführt wird. Der Unrechtsgehalt dieser Vor- oder Nachtaten wird durch die Bestrafung der Haupttat abgegolten, Bsp.:

- Art. 240 i.V. zu Art 242,
- Art. 146 i.V. zu Art. 139 (Sicherungsbetrug).

b) Echte Konkurrenz

Ausgangslage: Der Täter hat mehrere TB verwirklicht, die nebeneinander anzuwenden sind, um das Unrecht angemessen zu erfassen (kann auf Ideal- oder Realkonkurrenz zurückgeführt werden).

Folge: Anwendung von Art. 49 StGB.

aa) Idealkonkurrenz (Ik)

Der Täter verwirklicht durch eine Handlung mehrere Straf-TB (ungleichartige Ik) oder den gleichen Straf-TB mehrfach (gleichartige Ik; nur bei höchstpersönlichen RG), Bsp.:

- Raubmord, Art. 112 und 140,
- Ehrverletzende und falsche Aussage als Zeuge, Art. 173 f. und 307,
- Gewehrsalve in Menschenmenge mit drei Toten, Art. 111 (gleichartige Ik).

bb) Handlungseinheit, Handlungsmehrheit und Realkonkurrenz (Rk)

Der Täter erfüllt durch mehrere Handlungen verschiedene Straf-TB (ungleichartige Rk) oder denselben TB mehrmals (gleichartige Rk).

In best. Fällen werden „mehrere“ Handlungen rechtlich zu einziger zusammengefasst → sog. „*Handlungseinheit*“, keine Anwendung von Art. 49 (!).

cc) Fälle der Handlungseinheit

aaa) Tatbestandliche:

- i. TB aus mehreren Einzelakten (Art. 133, 140, 240)
- ii. Dauerdelikte
- iii. wiederholte TB-Erfüllung (zB Verprügeln mit mehreren Schlägen), wenn auf einmaligem Entschluss beruhend und in engem räumlichem u. zeitlichem Zusammenhang
- iv. sukzessive TB-Erfüllung: Vorbereitung-Versuch-Vollendung

aab) Gesetzliche:

- i. gewerbsmässige Begehung: Vielfache TB-Verwirklichung bereits im höheren Strafrahmen berücksichtigt, keine Anwendung von Art. 49. Gleiches gilt für:
- ii. bandenmässige Begehung:

dd) Praktisches Vorgehen bei der Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses von mehreren verwirklichten TB

(1) Liegt unechte Konkurrenz vor (in den genannten Formen)?

Wenn ja: 49 entfällt

Wenn nein:

(2) Liegt nur eine Handlung vor?

Wenn ja: Ik, gleichartig (wobei hier Individualität der betroffenen RG zu beachten) oder ungleichartig, Anwendung von 49.

Wenn nein:

(3) Lassen sich die mehreren Handlungen juristisch zu einer zusammenfassen?

Wenn ja: Keine Rk (und auch keine unechte, unter Ziff. 1 bereits geprüft), 49 entfällt.
Wenn nein: Rk, Anwendung von 49.

2. Rechtsfolgen echter Konkurrenz: Asperation und Gesamtstrafenbildung

Straferhöhung/-schärfung nach den Prinzipien von Art. 49:

Wenn wir zum Schluss kommen, dass 2 oder mehrere TB nebeneinander anwendbar sind, stellt sich die Frage, nach welchen Grundsätzen die Strafe zuzumessen ist.

Es gibt zwei einfache Lösungen:

- Absorptionsprinzip = angewendet wird nur derjenige TB, der die schwerste Strafe vorsieht.
Anwendungsbereich: bei mehreren verwirkten *gleichartigen* Strafen (FS oder GS oder Busse):
- Kumulationsprinzip = Der Richter spricht für jeden einzelnen verwirklichten TB die Strafe aus, die der Täter verwirkt hat; dann werden diese Strafen kumuliert.
Anwendungsbereich: bei mehreren verwirkten *ungleichartigen* Strafen (FS + GS + Busse) (vgl. Art. 42 Abs. 4: verschuldensangemessenes Kumulationsprinzip).

Dort, wo mehrere FS zusammentreffen, nimmt die Härte der Strafe mit zunehmender Dauer überproportional zu, daher Straferhöhung nach Art. 49 nach dem sog. Asperationsprinzip.

Asperationsprinzip = Mittel zur Bildung der Gesamtstrafe. Folgendes Vorgehen:

- Strafzumessung für jedes einzelne Delikt und Entscheidung, welche Art der Strafe passend ist. Nur wenn mehrere Male jeweils FS, GS oder Busse angemessen ist (=gleichartige Strafen, Art. 49 I), kommt Asperationsprinzip zur Anwendung (sog. konkrete Methode)
- Ermittlung Strafe für die schwerste Tat (sog. Einsatzstrafe) in 2 Schritten:
 - o Ermittlung, welches die schwerste Tat ist, nach abstraktem Strafrahmen (= mit der höchsten Strafe bedroht)
 - o Festlegung Einsatzstrafe für schwerste Tat (innerhalb des ord. Strafrahmens)
- Erhöhung Einsatzstrafe: um wieviel erhöht werden muss, hängt davon ab, welche Einzelstrafe das Gericht für die 2. Tat ausfällen würde; daher komplette Strafzumessung auch für diese Tat durchzuführen. In der Praxis meist Erhöhung um ca. 2/3 dieser Einzelstrafe. Begrenzung Schärfungsmöglichkeit durch 2 Faktoren:
 - o Richter ist nach Art. 49 I Satz 3 an gesetzliches Höchstmass der Strafart gebunden
 - o BGE 143 IV 145, 148: Obergrenze des konkreten Strafrahmens bei Anwendung des Aspirationsprinzips darf nicht zu Höchststrafe führen, die höher ist als die Höchststrafe, die bei Anwendung des Kumulationsprinzips möglich wäre. Gesamtstrafe darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen.

Gegen unten ist die allfällige Mindeststrafe eines verwirklichten Tatbestandes zu beachten. Nach Wortlaut des Art. 49 spielt es keine Rolle, ob die gleichartigen Strafen bedingt, teilbedingt oder unbedingt ausgesprochen werden; auch wenn sie in dieser Hinsicht nicht übereinstimmen, greift die Asperation. Dies der Sache nach nicht haltbar.

3. Retrospektive Konkurrenz (Art. 49 II)

a) Voraussetzungen

(1) (Bisher) Unbekannte Straftat (B) zeitlich vor Verurteilung wg. anderer Straftat (A)

(2) Gleichartigkeit der Strafen:

Richter würde für die später zu beurteilende Tat (B) auf gleiche Art der Strafe erkennen, wie der Erstrichter es für die Tat (A) getan hat. Grund: Eine Schlechterstellung ist nur dann zu befürchten, wenn die beiden Strafen nicht ohnehin kumuliert, sondern asperiert werden.

b) Rechtsfolgen

(1) Hypothetische Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 I:

Zumessung der Strafe für beide Taten ((A)+(B)) nach Asperationsprinzip: Richter bildet Gesamtstrafe (siehe oben).

(2) Strafausspruch: Zusatzstrafe

Von der Gesamtstrafe ((A)+(B)) wird die Strafe für die erste Tat (A) abgezogen, die Differenz bildet die sog. *Zusatzstrafe*, die noch ausgesprochen wird. Auch möglich, dass der Richter eine Gesamtstrafe ausspricht, die nicht über der Strafe für die erste Tat (A) liegt; dann wird auf eine Zusatzstrafe verzichtet. An Rechtskraft des ersten Urteils ändert sich nichts.

Wird die Regelung von Art. 49 II von den Gerichten nicht beachtet, so hält Art. 34 III StPO eine Regelung bereit, wonach auf Gesuch der verurteilten Person eine Gesamtstrafe zu bilden ist.

4. Straftaten vor und nach 18. Altersjahr (Art. 49 III)

Ausgangslage: Täter hat als Jugendlicher vor dem 18. Altersjahr und als Erwachsener nach dem 18. Altersjahr delinquent.

Folge: Es ist hinsichtlich der Strafen nur das StGB anwendbar; dies gilt auch für Zusatzstrafen.

V. Anrechnung der Untersuchungshaft (Art. 51 StGB)

Zur Reihenfolge der Anrechnung (BGE 135 IV 126): UH wird in erster Linie auf die FS, dann auf die GS und zuletzt auf die Busse angerechnet.

Wird der T nicht zu einer Strafe, sondern einer Massnahme verurteilt, so ist die UH auf die Höchstdauer der *stationären Massnahme* anzurechnen, denn es macht unter dem Gesichtspunkt des Freiheitsentzuges keinen Unterschied, unter welchem Titel dem T die Freiheit entzogen wird. Bei einer *ambulanten Massnahme* dürfte die Anrechnung ebenfalls nur insofern von Bedeutung sein, als es um deren zeitliche Höchstgrenze geht. Grosses Ermessen der entscheidenden Behörde.

§ 4 Stationäre Massnahmen

I. Rechtfertigung von freiheitsentziehenden Massnahmen

Ausgangslage: Freiheitsentziehende Massnahme (FM) übersteigt schuldangemessene Strafe; darunter lässt sich FM unter Schuldgesichtspunkten der Strafe rechtfertigen. FM länger als FS → Rechtfertigung und Begründung?

1. Öffentliches Interesse an FM

Öff. Interesse an FM → Verhinderung künftiger Straftaten, Prävention, vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. a: Eine Massnahme ist anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen.

a) Spezialprävention

Zweckstrafe bei VON LISZT: Dreiteilung der Täterkategorien: (1) Abschreckung des Gelegenheitstäters, (2) Besserung des besserungsfähigen und (3) „Unschädlichmachung“ des unverbesserlichen Gewohnheitstäters. (2) + (3) = denkbare Adressaten FM; StGB heute → Unterscheidung zw. bessernden und sichernden Massnahmen, vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. b.

aa) Besserung des Einzelnen, dem steht Eigenwert des Rechtsbrechers entgegen; Besserung aus Sicht Gesellschaft, betr. Person wird zum Besserungsobjekt, Konflikt Art. 7 BV, Menschenwürde.

Methode Besserung/**Behandlung** an sich: öff. Interesse am Unterbleiben künftiger Delikte kann nicht jegliche Behandlung rechtfertigen (zB tiefgreifende Eingriffe körperliche Integrität); Betroffener muss in Behandlung einbezogen werden, sonst: Freiheitsentzug iSv Sicherung, hier gilt aber **strengerer** Massstab.

bb) Sicherung der Allgemeinheit vor „dem Unverbesserlichen“ rechtfertigt ebenfalls nicht jede Verfügung über diesen. Unverbesserlichkeit, doppelte Prognose: Wenn Täter in Freiheit, weitere Delikte zu befürchten, und wir können dies durch Behandlung nicht ändern. Unsicherheit:

(1) Prognoseforschung über zukünftiges menschl. Verhalten (immer) mit Unsicherheiten verbunden;

(2) «Unverbesserlichkeit» bzw. «Unbehandelbarkeit» = relative Begriffe; Gelingen hängt auch von Behandlungsangebot ab. Zudem: Erst nach versuchter Behandlung abschätzbar, ob Betr. behandelbar oder nicht. Weiter: Frage, ob Behandlung überhaupt adäquat war (Scheitern Behandlung nicht immer Fehler des Behandelten!)

Zwei Folgerungen:

1.: Zweiteilung in Behandlung u. Sicherung lässt sich so nicht aufrechterhalten: Behandlung bei FM mit Sicherung verbunden (umso mehr als eine wirkliche Behandlung kaum gegeben).

2. (folgich): abstraktes Argument «Behandlung» o. «Sicherung» genügt nicht zur Rechtfertigung schuldüberschreitender Strafen. Konkrete Ausgestaltung ist entscheidend; auch Frage der Verhältnismässigkeit.

b) Generalprävention

Im Rahmen von FM kein Platz → Verletzung Schuldprinzip, wenn aus generalpräventiven Gründen FM über die schuldangemessene Strafe hinausgeht.

2. Verhältnismässigkeit

Vgl. Art. 56 Abs. 2 → klassische Dreiteilung der Verhältnismässigkeit:

- (1) Geeignetheit des Eingriffs zur Erfüllung des Zwecks
 - (2) Erforderlichkeit = Übermassverbot
 - (3) Proportionalität zw. Eingriff u. Zweck
- (1) bei FM offensichtlich gegeben, (2) + (3) zu diskutieren. Präzisierung/Abwägung: Abzuwendende **Gefahr** ↔ **Eingriff in RG** des Verurteilten. Zudem: Verhältnismässigkeit begrenzt Massnahme in zeitlicher Hinsicht.

a) Abzuwendende Gefahr (öffentliches Interesse)

Hängt ab von Wahrscheinlichkeit u. Schwere der drohenden Tat/en. Diese beiden Aspekte beeinflussen sich ggs. → je schwerer die künftig zu erwartende Tat, desto geringer kann Wahrscheinlichkeit ihrer Verübung sein, um FM zu rechtfertigen (und umgekehrt).

Schwere der drohenden Tat: bei therapeutischen Massnahmen reicht bereits Vergehen, ausnahmsweise Übertretung (Art. 105 Abs. 3, Art. 19a Ziff. 4 BetmG). Bei Sicherungs-V. höhere Anforderungen (s. nachfolgend).

Wahrscheinlichkeit der drohenden Tat: Wahrscheinlichkeit als «überwiegende Möglichkeit» definieren? Bei drohenden schwersten Gewaltdelikte muss geringerer Grad der Wahrscheinlichkeit genügen.

Entscheidend für Wahrscheinlichkeitsurteil = Anlasstat → Bedeutung für Auslösung der FM, aber auch für Prognose. Anlasstat begründet Erwartung weiterer Taten, begrenzt sie aber auch. Tat muss Symptomtat sein (nicht: Gelegenheitstat), d.h. Ausdruck der Störung (vgl. Art. 59 Abs. 1 lit. a).

b) Eingriff in Rechte des Verurteilten

Je nach Ausmass der Freiheitsbeschränkung ↔ möglicher Nutzen für den Verurteilten. Ausmass: abhängig von Dauer der FM, wenn schuldangemessene Strafe überschreitend, aber auch von Art und Weise des Vollzugs. Möglicher Nutzen: FM könnte den Betroffenen von Verhaltenszwängen befreien (z.B. bei schwerer Betäubungsmittelabhängigkeit) = grösserer Vorteil als wenn es nur um Konditionierung (zukünftige Straffreiheit) geht → schuldüberschreitende FM hierbei leichter zu rechtfertigen.

II. Folgerungen aus den allg. Voraussetzungen für FM

1. Zweckgebundenheit

FM nur zulässig, solange Zweck der Verminderung der Rückfallgefahr tatsächlich besteht. Unterscheide: Konstellationen des ursprünglichen Fehlens und des nachträglichen Wegfalls der Zweckgebundenheit:

Ursprünglich: keine FM, wenn Strafe ausreichend Schutz der Allgemeinheit bietet o. dem Behandlungsbedürfnis im Strafvollzug Rechnung getragen werden kann, Art. 56 Abs. 1 lit. a; keine FM, wenn geeignete Einrichtung nicht zur Verfügung steht (vgl. Art. 56 Abs. 5);

keine FM, wenn ausserhalb des Strafrechts Massnahmen der Fürsorge mit gleicher Wirkung vorhanden (z.B. FU, Erwachsenenschutzrecht).

Nachträglich → Aufhebung FM, wenn Zweck nicht mehr erfüllt werden kann: Erfolg ohne Massnahme eingetreten; FM war erfolgreich; FM aussichtslos, kein Erfolg mehr möglich, Behandlung gescheitert, Höchstdauer abgelaufen.

2. Gutachten

Ausgangslage: Strafe allein reicht nicht zur Verhinderung weiterer Delikte. Mittels Gutachten zu klären, und ebenso, ob und welche Massnahme zum Ziel führt.

3. Massnahmenkonkurrenz Art. 56a

Grundsatz: Weniger einschneidende Massnahme geht vor. Wenn Erfolgsaussichten der Massnahme unsicher: Zunächst leichtere Massnahme, bei Scheitern auf schwerere M. wechseln. Möglich auch Massnahmenkumulation, wenn notwendig, Art. 56a Abs. 2 (selten und abzuraten).

4. Konkretes Beispiel: BGer, 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018

Verhältnismässigkeit nachträglicher Verwahrung (V.) unter 2 Aspekten beanstandet: 1. Anlasstaten rechtfertigen sichernde Massnahme nicht, 2. Missverhältnis zw. FS ursprünglich 3 ¾ Jahre, Freiheitsentzug bald 14 Jahre.

Erwägungen: Sexuelle Verfehlungen ggü. Kindern = prinzipiell gravierende Straftaten (auch im konkreten Fall als gravierend eingestuft) → Je schwerer die Delikte, desto geringer kann Gefahr sein, die eine FM rechtfertigt (und umgekehrt). Freiheitsanspruch des Eingewiesenen gewinnt bei langandauernder Unterbringung zunehmend an Gewicht (↔ Spannungsverhältnis zu Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit) → je länger Freiheitsentzug dauert, desto strengere Anforderungen an Verhältnismässigkeit. Aber: Zweck Verwahrung = **Sicherung**. V. kann daher (anders als therapeutische Massn.) nicht ins Verhältnis zur Dauer einer FS gesetzt werden (kein Übermassverbot), V. kann im Laufe d. Zeit nicht durch Erreichen des Massnahmeziels hinfällig o. wegen Unwirksamkeit unverhältnismässig werden → wenn V. damals verhältnismässig, dann bei unveränderter Rechtsgutgefährdung später nicht unverhältnismässig. **Fazit:** Bei unveränderten Risikofaktoren hat Verhältnismässigkeit weiter Bestand. BGer erachtete Verhältnismässigkeit vorliegend als gewahrt (Art. 56 Abs. 2).

Krasse Geringschätzung des Verhältnismässigkeitsaspekts.

III. Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59)

1. Allgemeines

Psychisch schwer gestörter Täter begeht Straftat → Frage der **Schuldfähigkeit**, evtl. schwer vermindert o. ganz ausgeschlossen (Auswirkungen Strafmass). Massnahme nach Art. 59 kann angeordnet werden, auch wenn Schuldfähigkeit ausgeschlossen o. vermindert (Art. 19 Abs. 3). Umgekehrt: Massnahme Art. 59 auch ggü. voll schuldfähigen Tätern möglich, wenn behandlungsbedürftig. Frage: Wie/wo soll psychisch schwer gestörter T. behandelt werden? Am besten in psychiatrischer Klinik, aber (**Zielkonflikt**): T. zugleich gefährlich, wenn weitere Straftaten von ihm erwartet → Sicherungsvorkehren notwendig, in Klinik nicht durchführbar.

2. Einzelerfordernisse Abs. 1

- **Anlasstat:** V/V ausreichend; tatbestandsmässig u. rechtswidrig (auch fahrlässige Tat, wenn strafbar, Art. 12 Abs. 1), nicht notwendig schuldhaft, Art. 19 Abs. 3

- **Schwere psychische Störung:** Hauptelement Art. 59, Diagnose durch einen Sachverständigen (Gutachten), vgl. Art. 56 Abs. 3 → nach neuer Praxis BGer Facharzt für Psychiatrie (Psychologe reicht nicht), siehe BGE 140 IV 49. Wie schwer muss psychische Störung sein? Nicht abstrakt festlegbar, sondern Frage der Verhältnismässigkeit (der Massnahme). Für Diagnose vgl. ICD-10 (Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, Kapitel V: Psychische und Verhaltensstörungen [F00-F99]) und DSM-5 (Diagnostisches und statistisches Manual psychischer Störungen). Richter muss aber weiterhin entscheiden, ob es sich auch juristisch gesehen um eine «schwere» Störung iSv Art. 59 handelt. Nach jüngster bger. Rspr. (BGE 146 IV 1) auch Störung *sui generis* denkbar, die nicht von international anerkannten Klassifikationssystemen (ICD-10 o. DSM-5) erfasst; abzulehnen, weil damit das Erfordernis der schweren psychischen Störung seines Gehalts beraubt, Ausnahmecharakter der FM missachtet und schwerwiegende systematische Folgen nicht bedacht.
- **Zusammenhang zw. Anlasstat und Störung** (lit. a): Störung muss bereits im Zeitpunkt der Anlasstat bestanden haben (nachträgliches Auftreten genügt nicht) und im Urteilszeitpunkt weiterhin vorliegen. Zudem **innerer** Zusammenhang zw. Tat und Störung verlangt: Tat als Ausdruck der Störung
- **Wiederholungsgefahr:** VSS jeder stationären Massnahme. Verhältnismässigkeit beachten, soweit Massn. die schuldangemessene Strafe übersteigt, Art. 56 Abs. 2, auch hier: Diagnose durch Sachverständigen
- Wiederholungsgefahr lässt sich mit stationärer Behandlung **begegnen** (lit. b): Erfolgreiche Behandlung → erfolgreiche Deliktprävention
- **Verhältnismässigkeit:** bei jeder Massn. zu prüfen, ausdrücklich Art. 56 Abs. 2. Gemeint: VSS von Art. 36 BV:
 - **Notwendigkeit:** Strafe reicht nicht zur Bannung erneuter Delikte, vgl. Wiederholungsgefahr, Art. 56 Abs. 1 lit. a
 - **Eignung:** kann der Wiederholungsgefahr mit stat. Behandlung begegnet werden? Täter = behandlungsbedürftig u. behandlungsfähig → **Therapierbarkeit** (gemeint: künftige Straflosigkeit, nicht Heilung im medizinischen Sinne), innert 5 Jahren, vgl. Art. 59 Abs. 4
 - **Verhältnismässigkeit ieS,** Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs
- **Gutachten:** BGer, 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015 → Gericht muss gutachterliche Beurteilungsgrundlage umfassend auf Nachvollziehbarkeit hin überprüfen, im Urteil ist sorgfältig u. klar darzulegen, warum es dem Sachverständigen folgt o. nicht.

Sind alle VSS erfüllt, so **kann** Gericht Behandlung anordnen, **muss aber nicht**, vgl. Art. 59 Abs. 1 = nicht-zwingende Rechtsfolgebestimmung. Stat. Behandlung erfolgt in psychiatrische Klinik o. Massnahmenvollzugseinrichtung, bei Flucht- o. Wiederholungsgefahr in einer geschlossenen Einrichtung (Art. 59 Abs. 2 und 3). Massn. dauert zuerst höchstens 5 Jahre, Art. 59 Abs. 4. Wenn Ziel vorher erreicht: Bedingte Entlassung mit Probezeit (Art. 62 Abs. 1), bei Bewährung endgültig (Art. 62b Abs. 1). Wenn VSS der bed. Entlassung nach Ablauf 5 Jahre nicht gegeben, Verlängerung möglich um max. gleiche Dauer, wenn damit Wiederholungsgefahr begegnet werden kann (Art. 59 Abs. 4). Absolut gefasste Grenze besteht nicht: Schranke bloss Verhältnismässigkeit.

3. Sog. Kleine Verwahrung (Art. 59 Abs. 3)

Durchführung Massnahme idR nach Abs. 2: geeignete psychiatrische Einrichtung oder Massnahmenvollzugseinrichtung = spezifisch ausgerichtetes Setting (psychiatrische Klinik wg. Pflege), nicht Strafanstalt. Dennoch **Abs. 3**: bei Flucht- oder Straftatengefahr kann Täter in einer geschlossenen Einrichtung behandelt werden. Auch **Strafanstalt** nach Art. 76 Abs. 2 zulässig, sofern therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet = Verzicht auf Trennungsregel Art. 58 Abs. 2: Führung von therapeutischen Einrichtungen (Vollzug von stat. Massn.) erfolgt idR **getrennt** vom Strafvollzug.

Zusatzerfordernis Art. 59 Abs. 3 → besonders qualifizierte Gefahr weiterer Taten verlangt, BGer: Gefahr = konkret u. höchstwahrscheinlich. Alternativ Fluchtgefahr: feste u. dauerhafte Absicht des Entkommens verlangt. Praxis: In CH fehlen genügend gesicherte Therapieplätze für gefährliche Massnahmepatienten, Folge: Betroffene im Strafvollzug untergebracht, gesetzlich zulässig, sofern therapeutische Behandlung gewährleistet. Aber: therapeutisches Milieu (Betreuung, Fachpersonen vor Ort) kaum gegeben, Folge: Vollzug nach Art. 59 Abs. 3 kaum mehr von Verwahrung Art. 64 zu unterscheiden. VSS aber unterschiedlich:

(1) Eingangsvoraussetzungen von Abs. 3 weniger streng als Verwahrung, keine Katalogtat erforderlich, grds. reicht jedes Verbrechen/Vergehen

(2) Keine Untherapierbarkeit verlangt, im Gegenteil: Therapierbarkeit = VSS für Abs. 3

Anordnung von Art. 59 Abs. 3 für Gericht weniger heikel als Art. 64, **kritisch**: Therapierbarkeit weit auslegen → Umgehen der Beschränkung von Art. 64 auf schwere Straftaten. Ebenfalls **kritisch**: Mangel an Therapieplätzen → Ausweichen auf Art. 59 Abs. 3 (statt Aufhebung der Massnahme, Art. 62c Abs. 1 lit. c)

Wer entscheidet, ob Vollzug stMN nach Art. 59 Abs. 2 o. 3 erfolgt? D.h. geschlossene Einrichtung/Strafanstalt (Art. 59 Abs. 3 → Art. 76 Abs. 2) anstatt geeignete psychiatr. Einrichtung/ Massn. Vollzugseinrichtung. Nach BGE 142 IV 1 entscheidet **Vollzugsbehörde**, nicht Gericht im Urteil, Art. 59 Abs. 3 = Vollzugsfrage. Auslegungsergebnis des BGer aufgrund von grammatikalischer, historischer und systematischer Auslegung. **Gegenargumente**: Wortlaut Art. 19 Abs. 2 lit. b und Art. 82 Abs. 1 lit. b StPO deuten auf **gerichtliche** Beurteilung hin. BGer: Gericht soll sich in den Erwägungen, nicht aber im Dispositiv (also im eigentlichen Entscheid) zur Frage von Abs. 3 äussern.

Problem dabei: Frage der Verhältnismässigkeit der Massnahme. Ist Bestandteil der sachgerichtlichen Entscheidung über Anordnung, hängt u.a. von Intensität des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen ab. Bevor Vollzugsmodalität nicht feststeht, keine verlässliche Entscheidung üb. Anordnung Massn. Spricht für Zuständigkeit **Gericht**. Kritisch auch rechtsstaatliches Defizit bei VSS von Art. 59 Abs. 3 (**jede Tat** V/V genügt als Anlass!), wenn damit strengere VSS der Verwahrung unterlaufen werden. Insgesamt spricht vieles für eigenständigen Charakter von Art. 59 Abs. 3 = selbständige strafrechtliche Massnahme (nicht reine Vollzugsfrage) → Anordnung nur durch **Sachgericht**. Praxis aber: Vollzugsbehörde wandelt Massn. nach Art. 59 Abs. 2 in solche nach Abs. 3 um, zulässig.

IV. Suchtbehandlung Art. 60

- **Symptomtat**: Verbrechen od. Vergehen, auch Übertretung (Art. 105 Abs. 3), Konsum Betäubungsmittel, Art. 19a Ziff. 4 BetmG. Im Übrigen wie Art. 59, Schuldfähigkeit kann durch Sucht gemindert sein o. entfallen, nicht aus andern Gründen.

- **Adressaten** der Massn. sind «von Suchtstoffen oder in anderer Weise» Abhängige, Begriff der **Sucht** = Abhängigkeit, von der man aus eigener Kraft nicht loskommt. V.a. Alkohol- und Betäubungsmittelabhängigkeit.
- **Zusammenhang zw. Sucht und Tat:** Tat unter dem enthemmenden Einfluss der Sucht begangen; Beschaffung Suchtmittel erfolgt deliktisch; Sucht hat zu Bedürftigkeit geführt, Täter kann diese nur noch deliktisch «beheben»
- **Wiederholungsgefahr:** Gefahr weiterer Straftaten, Zusammenhang mit Sucht, drohende Taten von Qualität der Symptomtat ausreichend (allenf. auch Übertretung)
- **Eignung** der Massn., künftige suchtbedingte Taten zu verhindern → Behandlung des Betroffenen, Befreiung aus der Sucht. Normale Höchstdauer der Massn. = 3 Jahre, Verlängerung einmal um 1 Jahr möglich (Art. 60 Abs. 4).
- **Verhältnismässigkeit:** wenn ambulante Behandlung reicht, hat diese Vorzug vor stMN.

V. Massnahme für junge Erwachsene Art. 61

Grds. normales Erwachsenenstrafrecht für unter-25-Jährige; Spezialregelung bei erheblich gestörter Entwicklung der Persönlichkeit = Art. 61, hohe Kriminalitätsbelastung dieser Altersgruppe. Zusammenhang Straftat - Entwicklungsstörung, Behandlung verspricht Verbesserung der Kriminalprognose.

- **Anlasstat:** Verbrechen od. Vergehen, theoretisch Übertretungen (Art. 105 Abs. 3, derzeit keine entsprechende Bestimmung). Im Übrigen wie Art. 59, Schuldfähigkeit kann durch Störung d. Persönlichkeitsentwicklung gemindert sein o. entfallen, nicht aus andern Gründen
- **Adressaten** = junge Erwachsene «mit Störung der Persönlichkeitsentwicklung», gemeint nicht psychisch oder Sucht, sondern markantes Zurückbleiben hinter dem altersspezifischen Entwicklungsstandard
- **Zusammenhang** zw. Tat und Störung der Persönlichkeitsentwicklung (PE): Tat unter Einfluss Störung PE begangen, zB Sexualdelikt; Störung PE hat zu Bedürftigkeit geführt, Täter kann diese nur deliktisch «beheben»
- **Gefahr** weiterer Straftaten, die in Zusammenhang mit Störung der PE stehen
- **Eignung** der Massn., künftige Taten zu verhindern, Defizite des Betroffenen werden angegangen, Art. 61 Abs. 3, dem Täter sollen Fähigkeiten vermittelt werden, selbstverantwortlich u. straffrei zu leben, insb. berufliche Aus- und Weiterbildung fördern (vgl. Art. 75 Abs. 1)
- Höchstdauer Massnahme = 4 Jahre, insgesamt max. 6 J. (nach Rückversetzung nach bedingter Entlassung), spätestens beim 30. Altersjahr aufzuheben (Art. 61 Abs. 4)
- Verhältnismässigkeit: schuldüberschreitende Dauer Massn. nur gerechtfertigt, wenn soziale Fähigkeiten durch Vollzug tats. gefördert

Allgemeines **Problem** bei stMN: Einweisung in Einrichtung für junge = **fakultativ**, selbst bei erfüllten VSS (dasselbe gilt für stationäre Behandlung von psychischen Störungen o. Süchten), **Frage:** Kommt sie auch bei schwersten Straftaten (zB Mord) in Betracht? **Kritisch:** Dauer Massnahme auf 4 resp. 6 Jahre begrenzt (Art. 61 Abs. 4), Massn. geht Strafvollzug voraus (Art. 57 Abs. 2), erfolgreicher Verlauf Massn. → verhängte FS (wäre viel länger als Dauer der Massn.) nicht mehr vollstreckt (Art. 62b Abs. 3)

Zielkonflikt: Massnahme **präventiv** gesehen erfolgreich, wenn damit Rückfallgefahr gebannt, Strafe müsste nicht mehr vollzogen werden. Aber: **Vergeltung** kritisch, wenn nun die viel längere FS nicht mehr verbüsst wird → hinnehmbar? Zudem Problem **Rechtsgleichheit:** Trotz gleicher Tat kommt Täter mit Persönlichkeitsstörung besser weg als Täter ohne Störung der PE.

Soll Täter mit erzieherischem Defizit (o. mit psych. Störung resp. Sucht) besser gestellt sein ggü. Täter ohne solches Manko/Leiden?

BGer: Auch schwerste Delikte stehen Einweisung nicht entgegen. Aber: Keine Einweisung, wenn T wegen der verübten (Gewalt-)Tat, Begehungsweise u. Persönlichkeit als gefährlich erscheint → gefährliche Gewalttäter gehören **nicht** in Anstalt für junge Erwachsene (Art. 100^{bis} aStGB; BGE 125 IV 237)

§ 5 Verwahrung

Verwahrung = Einschliessung, **zeitlich unbegrenzt**, **nach** Verbüssung der schuldangemessenen Strafe, Art. 64 Abs. 2 → es gibt keine Verwahrung, die sich noch im Bereich der schuldangemessenen Strafe halten würde, geht **immer** darüber hinaus. Bedeutet oft lebenslängl. Freiheitsentzug, obwohl Tat u. Ausmass der Schuld keine lebenslängl. FS rechtfertigen würden. Nicht Heilung/Besserung bezweckt, sondern einzig **physische Isolierung**.

Verwahrung = «ultima ratio» der FM; Bezeichnung «ordentliche» Verwahrung vermeiden, V. immer «ausserordentlich». Rechtfertigung V. → Recht Gesellschaft auf Schutz vor Tätern, die 1. äusserst gefährlich u. 2. nicht behandelbar. **Problematik**: wer gehört in diese Kategorie?

I. Verwahrung aufgrund psychischer Störung, Art. 64 Abs. 1 lit. b

1. Voraussetzungen

- **Anlasstat**, tatbestandsmässig u. rechtswidrig. Verzicht auf schuldhafte Begehung, soweit Defizit der Schuldfähigkeit, vgl. Art. 19 Abs. 3, nicht aber darüber hinaus (zB Nötigungsnotstand)
- V. **nicht auf schwerste Anlassstraftaten beschränkt**, vgl. TB Gefährdung d. Lebens, bei Anlasstat genügt Androhung 5 J. FS (= bereits Diebstahl u. andere Vermögensdelikte), **Kritisch**: Verhältnismässigkeit nicht verwirklicht

- **weiteres Erfordernis** Anlasstat: **schwere** Beeinträchtigung d. physischen, psychischen o. sexuellen Integrität, auch Versuch (→ Fahrlässigkeitsdelikte genügen nicht). Dh nur Straftaten, welche Schutz der genannten Rechtsgüter bezwecken als mögl. Anlasstaten.

Folgerungen:

- **Rein materielle Schäden** reichen nicht → Diebstahl, Betrug etc. keine Verwahrungsdelikte, auch nicht bei **gewerbs- oder bandenmässiger** Begehung (FS bis 10 J.)
- Gleiches gilt für Straftaten mit Strafdrohung 5 J. FS o. mehr, soweit (allein) **gegen Gemeinrechtsgüter** gerichtet (zB falsche Anschuldigung)
- Schwere Beeinträchtigung **auch bez. der in Art. 64 genannten Taten** verlangt
- Nur Taten von bestimmter Schwere Auslöser der Verwahrung = **Verhältnismässigkeitsgedanke**, aber Schwere d. Tat an sich besagt nichts über Rückfallgefahr/Wahrscheinlichkeit d. Wiederholung
- psychische Störung: anhaltend o. langdauernd v. erheblicher Schwere, Zusammenhang Tat, deshalb weitere solche Taten zu erwarten. Vgl. Ausführungen Art. 59, «anhaltend» o. «langdauernd» bewirkt in der Sache keine zusätzliche Einschränkung → lit. b. ohne selbständige Bedeutung, lit. a verlangt für V. keine psychische Störung, es kann auf Persönlichkeitsmerkmale abgestellt werden (!)
- Begriff psych. Störung = Zustände, von der medizinisch-psychischen Norm o. Bandbreite abweichend, so zB Schwachsinn, Persönlichkeitsstörungen, psychogene Fehlentwicklungen inkl. Neurosen u. chronische o. in Phasen verlaufende Geisteskrankheiten. Aber nicht jede geistige Anomalie im sehr weiten med. Sinne, sondern psychopathologische Zustände von gew. Ausprägung verlangt o. relativ schwere Arten u. Formen geistiger Erkrankung (BGer)
- Konnex zw. Anlasstat + psych. Störung: abnormer Geisteszustand bereits im Zeitpunkt Tat (erst später, keine V.) Tat = Ausdruck der psychischen Störung, wie Art. 59

- Gefährlichkeit = Rückfallgefahr. Gesetz verlangt «ernsthaft zu erwarten», dass T weitere Taten dieser Art begeht, erforderlich: hohe Wahrscheinlichkeit künftiger Tatbegehung, denn V. geht immer über Dauer der schuldangemessenen Strafe hinaus
- Wichtig: Ernsthaft zu erwarten → Delikte der gleichen Art wie Anlasstat = Symptom resp. Ausdruck der psych. Störung, darauf gründet Befürchtung der Wiederholung. Generelle Befürchtung reicht nicht.
- Subsidiarität: V. erst zulässig, wenn Anordnung Massn. nach Art. 59 keinen Erfolg verspricht, dh T erscheint als nicht therapierbar. Gefährliche, aber therapierbare Täter → Art. 59 (Abs. 3), Ausdruck Verhältnismässigkeit. Aber: begrenzende Kraft d. Anordnung gering, Gesetz verlangt nicht, dass Versuch einer Therapie bereits einmal unternommen (h.L. verlangt zumindest einen ernsthaften, aber gescheiterten Behandlungsversuch)

Wenn genannte VSS erfüllt: Gericht **muss** Verwahrung anordnen (vgl. Gesetzeswortlaut; keine Kann-Vorschrift wie therapeut. Massnahmen), **zudem**: Strafe allein nicht geeignet, Gefahr weiterer Straftaten abzuwenden. Andersherum: **Sofern** Strafe bereits hinreichend Prävention gewährleistet → keine Verwahrung, sonst Widerspruch zu Art. 56 Abs. 1 lit. a (diese Best. **bei jeder** Massnahme zu beachten)

2. Anforderungen an Gutachten

Für Feststellung erhebliche psychische Störung u. Rückfallgefahr («Gefährlichkeitsprognose»): **sachverständige Begutachtung** nötig (Art. 56 Abs. 3), BGer **strenge Anforderungen** an Gutachten, vgl. BGer, 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018:

Gutachten enthält umfassende u. nachvollziehbare Darstellung des Erkenntnis- und Wertungsprozesses = Grundanforderung. Der Gutachter...

- benennt Erkenntnismittel und Untersuchungsmethode; und
- legt nachvollziehbar dar, wie zu Ergebnissen gelangt (damit Gericht Qualität der Prognose eigenständig überprüfen kann).
- Aber: Methodenfreiheit im Rahmen der geltenden wissenschaftlichen Standards, Wahl Methode im Ermessen des Sachverständigen, muss aber begründet werden

Folgerung BGer: Sog. **standardisierte Prognoseinstrumente** (PCL-R, Static-99, FOTRES etc.) beruhen auf verallgemeinerten statistisch-empirischen Befunden, liefern für sich allein **keine** hinreichende Prognose, nur **Wahrscheinlichkeitsaussage** betr. Begehung erneuter Tat, gestützt auf best. negative Merkmale beim T (Zugehörigkeit zu bestimmter Risikogruppe). Sagt noch nichts über **Einzelfall** aus, darauf kommt es aber an → individuelles Rückfallrisiko muss ermittelt werden

BGer weist auf **Hilfscharakter** solcher Instrumente hin, liefern allenfalls «Anhaltspunkte über das strukturelle Grundrisiko» der erneuten Verwahrungstat. Zusätzlich erforderlich: **klinische Abklärung durch Sachverständigen**, Beachtung **biographischer** Merkmale u. detaillierte **Krankheits- und Delinquenz-Geschichte**

3. Prognoseproblematik

Begründete Vermutung, erheblicher Teil gefährlich eingeschätzter T in Wirklichkeit ungefährlich, kann aber nicht bewiesen werden, solange T in Haft. Sog. **false positives**, d.h. zu Unrecht als gefährlich eingestufte T, **übersteigen** prozentual die **false negatives** erheblich (d.h. zu Unrecht als ungefährlich beurteilt). Fachliteratur schätzt Fehlerquote (Anteil, der fälschlich für gefährlich gehalten wird) bei psych. gestörten T auf 40-70%. Hierfür empirische Evidenz in Form natürlicher Experimente vorhanden:

(1) Baxstrom-Experiment

Baxstrom 1956 wg. Angriffs (assault) verurteilt, keine Freilassung nach Ablauf FS, da für geistig krank u. gefährlich erklärt. Nach Urteil Supreme Court: B. und 966 weitere (ebenfalls als krank-gefährlich eingestuft) entlassen: Teil der Insassen in zivile psychiatrische Klinik verlegt, Teil Freilassung. Folgendes geschah:

- **In zivile Anstalten Überführte** (199 P.) 15% von ihnen begingen körperlichen Übergriff (assault), **nur bei ihnen** hat sich Gefährlichkeitsprognose bewahrheitet; 85% zu Unrecht gefährlich eingestuft.
- **Freigelassene** (98 P.): nur 4 P. wg. entspr. Taten erneut in gl. Anstalten eingewiesen = **weniger als 2%**. Bei 15% gewalttätiges Verhalten festgestellt, ohne Wiedereinweisung als Folge. Dh: Über 80% der Insassen, die gefährlich eingestuft u. unbefristet inhaftiert werden sollten, erwiesen sich völlig ungefährlich.

(2) Dixon-Experiment: gl. Ausgangslage wie Baxstrom, Dixon wehrte sich geg. Überführung in unbefristete Verwahrung nach abgesessener Strafe. Gl. Ergebnis wie Baxstrom. Entwicklung: 60 von 414 begingen erneut Gewaltdelikt innert 4.5 Jahren = knapp 15%. D.h. 85% der gefährlich eingestuften mit unbestimmt langer Haftfolge waren nicht gefährlich

Frage: **Welchen Anteil** an false positives bei welchem Delikt u. nach welcher Unterbringungszeit in Kauf nehmen...

- i) bei Anordnung stat. therapeutischen Massnahme (Art. 59)?
- ii) bei Verwahrung (Art. 64)?
- iii) bei nachträglicher Verwahrung (Art. 65 Abs. 2)?

Keine wissenschaftlichen Antworten, sondern im rechtspolitischen Diskurs auszuhandeln.

II. Verwahrung nach Persönlichkeitsmerkmalen Art. 64 Abs. 1 lit. a

Psychische Störung nicht zwingend VSS Verwahrung; genügend, dass vom T eines entsprechenden Anlassdeliktes aufgr. Persönlichkeitsmerkmale, Tatumstände u. Lebensumstände zu erwarten ist, er begehe weitere solche Taten. Dh Verwahrung bei **erstmaliger** Verübung Anlassstat mögl. (im Ggs. früher, V. von Gewohnheitsverbrechern = mehrfach) → keine Anhaltspunkte f. Rückschlüsse auf Wiederholung Anlassstat; keine verlässliche Grundlage für Einschätzung Rückfallgefahr, bereits ein **einziges** Delikt kann Anlass zur V. geben. Keine Möglichkeit mehr, aus **Schwere, Zahl u. Frequenz** vorheriger Straftaten auf Gefährlichkeit zu schliessen

Neue Bestimmung **keine Alternative** zur Prognosegrundlage: will auf Persönlichkeitsmerkmale, Tatumstände u. gesamte Lebensumstände des T abstellen; welche?

Gesetz komplett unklar; auch unklar, **inwiefern** diese Merkmale Rückfallgefahr beeinflussen sollen → VSS schwammig = Verstoss gegen nulla poena sine lege (Art. 1).

Zudem:

- Welcher Berufszweig soll Rückfallprognose stellen? Nicht Psychiater, da es sich um geistig gesunde Menschen handelt
- Wie soll Entscheidung überprüfbar sein?

= Gefahr **Fehlprognosen** + auch strukturelle Gründe, Einschätzung Rückfallgefahr erfolgt tendenziell zu Lasten d. Angeklagten

Kurz: Diese Version der Verwahrung = rechtsstaatlich höchst problematisch

III. Nachträgliche Verwahrung Art. 65 Abs. 2

StGB → nachträgliche Verwahrung in beiden dargelegten Formen, nach Ergehen Urteil, Art. 65 Abs. 2: **Während Vollzug FS ergibt sich**, dass schon im Urteilszeitpunkt VSS der Verwahrung vorlagen, Gericht konnte dies nicht wissen, nachträgliche Anordnung mögl. Grundregelung: Auch nach Entlassung in Freiheit (nach Verbüßung FS) schwere Gewalt- o. Sexualdelikte zu erwarten, also nachträgliche Verwahrung erforderlich = **polizeirechtliches**, nicht strafrechtliches Anliegen, **Sicherung** d. Öffentlichkeit vor (vermutlich) gefährlichen Verurteilten, ohne Verknüpfung mit begangener Straftat

Wenn aufgrund neuer Tatsachen o. Beweismittel Nachweis mögl., VSS der Verwahrung dem Gericht damals unverschuldet nicht bekannt → nachträgliche Anordnung der V., Bsp.:

- Bei einem Insassen Gefährlichkeit bei Entlassung zu vermuten: zust. Behörde hat **Aufgabe**, neue Tatsachen o. Beweismittel zu produzieren, **Nachweis**, dass bereits im Zeitpunkt Urteil Rückfallgefahr (wg. Persönlichkeitsmerkmalen, psych. Störung etc) bestand, plus: Gericht konnte Umstände nicht kennen
- Unklar, ob Art. 65 Abs. 2 **EMRK**-konform: nachträgliche Verwahrung als Revision zulasten des Verurteilten: ev. Widerspruch **Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK** → Anordnung Freiheitsentzug nur nach/aufgrund gerichtlicher Verurteilung, ursprüngliche Tat abgeurteilt, Verstoß geg. ne bis in idem

IV. Lebenslängliche Verwahrung Art. 64 Abs. 1^{bis}

→ Volksinitiative, angenommen 8. Februar 2004, vgl. Art. 123a BV («lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter»)

Verwahrung = **immer auf unbestimmte Zeit**, auch Art. 64 Abs. 1. Aber: über schuldangemessene Strafe hinaus nur solange zu rechtfertigen, als Rückfallgefahr u. hohe Wahrscheinlichkeit Begehung erneuter schwerster Straftaten gegeben. Lebenslängliche V. **ohne Rückfallgefahr** = Unding, gilt auch für Art. 123a BV (Verwahrter bleibt im Vollzug, obwohl nicht mehr gefährlich)

Zusätzliche VSS ggü. Abs. 1:

- **Abschliessender** Katalog von **Anlasstaten** → Mord, vorsätzliche Tötung, schwere KV, Raub, Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, Freiheitsberaubung o. Entführung, Geiselnahme, Menschenhandel, Völkermord, Verbrechen geg. Menschlichkeit, Kriegsverbr.
- **Besonders** schwere Beeinträchtigung der Integrität. Wie schwer? Verstoß geg. Art. 1
BGE 141 IV 423: Offen gelassen, ob Deliktskatalog Taten enthält, die **per se** eine solch besonders schwere Beeinträchtigung verkörpern, sexuelle Nötigung (Art. 189) gehört jedenfalls nicht zu diesen Delikten, weil sehr breites Spektrum von Verhaltensweisen abgedeckt (auch Geldstrafe möglich)
- **Sehr** hohe Wahrscheinlichkeit erneuter Katalogtat: Wie wahrscheinlich? Verstoß geg. Art. 1
- **Dauerhafte Untherapierbarkeit**: Wie dauerhaft? Verstoß geg. Art. 1
BGE 140 IV 1, 10 E. 3.2.4 (a.E.), Gesetz wörtlich nehmen: in Hinblick auf Behandlungsunfähigkeit iSv Art. 64 Abs. 1^{bis} lit. c nicht (nur) langfristige Nichttherapierbarkeit erforderlich, wie bereits bei ord. Verwahrung Art. 64 Abs. 1 voraussetzt, sondern eine solche, die dauerhaft ist, dh für immer unveränderlich =

lebenslange, bis ans Lebensende bestehende Untherapierbarkeit (auch wenn psych. Literatur eine solch langfristige Prognose für unmöglich hält).

Lebenslängliche V. wie „normale“ in beiden Formen von Abs. 1 lit. a/b möglich, dh: 1 einziges Delikt, mit 5 J. FS bestraft (Entführung), kann zu lebenslangem Wegsperrern führen.

Initiative wollte regelmässige **Überprüfung** d. Verwahrung verhindern; zwingend vorgesehen in Art. 64b u. bei Massnahmen nötig, weil nur solange gerechtfertigt, als Rückfallgefahr besteht. Deshalb: neue Gutachten erst, wenn durch neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen, dass T. geheilt werden kann u. somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt = **Verstoss geg. Recht auf richterliche Haftprüfung** (Art. 5 Ziff. 4 EMRK)

Art. 64c versucht zu retten, Reihenfolge müsste umgekehrt sein: Zuerst Gutachten Eidg. Fachkommission, erst auf deren Grundlage Entscheidung Richter (Abs. 1). Wenn Behandelbarkeit gegeben, wird Behandlung dem T angeboten (Abs. 2); **Erwartung** Behandelbarkeit genügt (kein Nachweis erforderlich). Widerspruch zu Art. 5 Ziff. 4 EMRK bleibt (keine Haftprüfung), Folge höchstens, T erhält Behandlung angeboten, aber keine Prüfung d. Gefährlichkeit (!)

Abs. 3: Behandlung reduziert Gefährlichkeit des T, bis keine Gefahr mehr für Öffentlichkeit → lebenslängl. V. aufgehoben, aber mit Folge stMN Art. 59-61! Obwohl bei V. nach Persönlichkeit kein Defizit gefordert.

§ 6 Straf- und Massnahmenvollzug

Vollzugsrecht im hier verstandenen Sinn beinhaltet alle Entscheide, die von der Vollzugsanordnung bis hin zur definitiven Entlassung des Insassen reichen.

I. Rechtliche Grundlagen

Grundsatz der kantonalen Zuständigkeit (Art. 123 Abs. 2 BV); nachträglich derogatorische Kompetenz des Bundes (Art. 123 Abs. 3 BV).

→ Grundzüge des Straf- und Massnahmenvollzugs sowie bestimmte Zuständigkeitsfragen auf Bundesebene geregelt (StGB; StPO); konkrete Ausgestaltung in (inter-)kantonaler Organisation belassen

Internationale Übereinkommen (darunter viel soft law):

- EMRK (inkl. Rechtsprechung des EGMR)
- UNO Pakt II (IPBPR)
- Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (inkl. Tätigkeit des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe [CPT])
- Europäische Strafvollzugsgrundsätze des Europarates

II. Strafvollzug

1. Vollzugsanordnung

Per Vollzugsbefehl der zuständigen Vollzugsbehörde. Dieser liefert Antworten auf die Fragen des Wann, Wo und Wie der Strafverbüsung.

Wann:

- grundsätzlich umgehend nach rechtskräftiger Verurteilung (Art. 439 Abs. 2 StPO)
- sofort bei Fluchtgefahr oder erheblicher Gefährdung der Öffentlichkeit (Art. 439 Abs. 3 StPO)
- ansonsten Möglichkeit eines Strafaufschubs z.B. aufgrund von gesundheitlichen, beruflichen oder familiären Gründen (vgl. § 48 Abs. 3 und 4 ZH-JVV)

Wo:

- grundsätzlich im Kanton, in dem Strafe ausgesprochen wurde (Art. 372 Abs. 1 StPO); u.U. Anspruch auf ausserkantonalen Vollzug, wenn sich Grundrechtsangriff sonst mit Blick auf Art. 36 BV nicht mehr rechtfertigen lässt
- Angabe der konkreten JVA

Wie: (Entscheid über die konkrete Vollzugsform)

- Normalvollzug:
 - umfassender Freiheitsentzug
 - Offener Vollzug (gemäss Art. 76 Abs. 2 e contrario Regelfall)
 - Geschlossener Vollzug nur bei Flucht- und Ausführungsgefahr
 - Gekennzeichnet durch schärfere Sicherung, längere Zelleinschlusszeiten (damit einhergehend etwa beschränkte Möglichkeit zu telefonieren, Besucher zu empfangen, etc.), eingeschränkte Aussenplätze ausserhalb der Zelleinschlusszeiten, strengere Beaufsichtigung im Vollzugsalltag, bedingte Arbeits- und Ausbildungsmöglichkeiten innerhalb der Gefängnismauern, etc.

- Abteilungen mit erhöhter Sicherheit
- Hochsicherheitstrakt
- Surrogate des Normalvollzugs im Bereich unterjähriger Strafen:
 - Halbgefängenschaft (Art. 77b)

Aufgelockerte Form des Strafvollzugs. Verurteilte Person verfügt über eine Arbeit, Ausbildungsstelle oder anderweitige Beschäftigung ausserhalb der Anstalt, verbringt nur Ruhe- und Freizeit in Gefängenschaft. Verurteilte Person kann damit berufliche Laufbahn fortsetzen, Trennung von Familienangehörigen bleibt aber bestehen.

 - FS bis 12 Mte. o. Reststrafe von bis zu 6 Mte.
 - Keine Flucht- und Wiederholungsgefahr
 - Gesuch der verurteilten Person; trotz „Kann“-Formulierung Anspruch auf Gewährung, wenn übrige Voraussetzungen erfüllt
 - Vollzugsort idR offene Anstalt (ausnahmsweise besondere Abteilung eines Untersuchungsgefängnisses)
 - Gemeinnützige Arbeit (Art. 79a)

Seit Revision von 2018 zur Vollzugsform zurückgestuft, inhaltlich aber gleich geblieben: Verpflichtung der verurteilten Person, Dienstleistungen «zugunsten von sozialen Einrichtungen, Werken in öffentlichem Interesse oder hilfsbedürftigen Personen zu leisten» (vgl. aArt. 37 Abs. 2). Vollzugsbehörde bestimmt Frist (max. 2 J.), innerhalb deren sie zu leisten ist (Art. 79a Abs. 5). Verlängerung bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit muss möglich bleiben.

 - FS 3 T. bis zu 6 Mte./GS (ausser Ersatzfreiheitsstrafen); 4h GA entsprechen 1 Tag FS/GS (Art. 79a Abs. 4); auch Busse
 - Keine Flucht- und Wiederholungsgefahr
 - Gesuch der verurteilten Person; trotz „Kann“-Formulierung Anspruch auf Gewährung, wenn übrige Voraussetzungen erfüllt
 - Bei nicht oder schlecht geleisteter gemeinnütziger Arbeit wird FS im Normalvollzug/in Halbgefängenschaft vollzogen bzw. die GS o. Busse vollstreckt (Art. 79a Abs. 5)
 - Elektronische Überwachung (Art. 79b)

Überwachung durch am Fussgelenk befestigten Sender, der die jederzeitige Lokalisierung seines Trägers oder zumindest die Feststellung seiner Anwesenheit in der überwachten Wohnung erlaubt.

 - 2 Anwendungsbereiche:
 - Vollzug (Ersatz-)FS von 20 T. bis zu 12 Mte. (selbständiger Vollzug Reststrafe hier nicht vorgesehen; sog. front door-Variante)
 - gegen Vollzugsende (als vorvorletzte oder vorletzte Vollzugslockerung für 3-12 Mte. statt Arbeitsexternat oder Arbeits- und Wohnexternat; sog. back door-Variante)
 - Keine Flucht- und Wiederholungsgefahr
 - Gesuch der verurteilten Person
 - dauerhafte Unterkunft
 - geregelte Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung von mindestens 20 Stunden pro Woche. Unklare Voraussetzung, wonach der verurteilten Person „eine solche (erst) zugewiesen werden kann“
 - Zustimmung der Personen im gleichen Haushalt

- Zustimmung der verurteilten Person zum Vollzugsplan
- Abbruch bei Flucht oder Delinquenz, Verlust der Unterkunft oder Arbeits-/ Ausbildungsstelle, Verletzung der Pflichten aus Vollzugsplan (Art. 79b Abs. 3)

2. Stufenvollzug

Gemäss Vollzugsplan (Art. 75): Definiert Ziele und vorbereitende Massnahme im Hinblick auf Entlassung. Stetige Gewährung von Vollzugslockerungen. Wenn verurteilte Person die im Vollzugsplan definierten Ziele erreicht, kann nächste Vollzugsstufe bewilligt werden.

Vollzugslockerungen = jegliche zusätzlich gewährte Freiheiten (vgl. Art. 75a Abs. 2): Offenerer Vollzug (je nach kantonal- und anstaltsspezifisch angebotenen Vollzugsformen); Gewährung von Urlaub; Zulassung in die nächstmögliche Vollzugsstufe, bspw. zu einem Arbeits- und Wohnexternat bis hin zur bedingten Entlassung.

Arbeits- [und Wohn-]externat (Art. 77a): Meistens als letzte Stufe vor bedingter Entlassung. Sehr aufgelockerte Vollzugsform; vergleichbar mit Halbgefängenschaft, aber Wiedereingliederungsmassnahme (= verurteilte Person kann zugeordnete Tätigkeit nicht frei wählen)

3. Bedingte Entlassung

Letzte Stufe des Progressivsystems. Während der sog. Probezeit nach einer bedingten Entlassung kann durch Bewährungshilfe und Weisungen (sog. flankierende Massnahmen) versucht werden, der Gefahr eines Rückfalls zu begegnen. Damit wird die Freiheit des bedingt Entlassenen unter Umständen empfindlich beschränkt.

a) Voraussetzungen

aa) Mindestdauer der Strafverbüsung

Grds. nach $\frac{2}{3}$ der Strafzeit, mind. 3 Mte. (Art. 86 Abs. 1); bei lebenslanger FS nach 15 J. (Art. 86 Abs. 4); ausnahmsweise nach $\frac{1}{2}$ (10 J.), «wenn ausserordentliche, in der Person des Gefangenen liegende Umstände dies rechtfertigen» (Art. 86 Abs. 4 und 5).

bb) Materielle Voraussetzungen

Bedingte Entlassung, wenn «es sein Verhalten im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, er werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen» (Art. 86 Abs. 1; Kann-Formulierung des aStGB gestrichen). Abzustellen primär auf Bewährungsaussichten des individuellen Täters. Verhalten der verurteilten Person im Strafvollzug nur noch als Umstand bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten im Gesamtzusammenhang – und nicht als eigenständiges Kriterium – zu berücksichtigen. Im Rahmen der Gesamtbeurteilung gesamtes Vorleben der zu entlassenden Person, ihre Persönlichkeit, ihr deliktisches und sonstiges Verhalten, aber auch ihre nach der Entlassung zu erwartenden Lebensverhältnisse zu untersuchen. Insgesamt bei Auswahl, Feststellung und Bewertung der für Bewährungsprognose massgebenden Faktoren erhebliches Restmass an Unsicherheit. 3 wichtige Punkte für Entscheidung:

- Zu berücksichtigen nicht nur Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls, sondern auch Rang des dadurch bedrohten Rechtsgutes (BGE 124 IV 195; 125 IV 116).
- BGer verlangt sog. Differenzialprognose betr. Bewährung in Freiheit: Aussichten bei vorzeitiger Entlassung vs. Aussichten bei Vollverbüsung der FS. Dabei zu bedenken: Verbüsung (auch) des Strafrestes schützt Gesellschaft nur während dieser Zeit vor weiteren Delikten. Aber: Währenddessen kaum Verminderung der Gefahr eines Rückfalls, sondern durch Situation des Vollzuges und Fernhaltung des Täters vom

Leben in Freiheit eher Verschärfung Rückfallgefahr. Und: Bedingte Entlassung eröffnet, in Verbindung mit Bewährungshilfe und sachgerechten Weisungen, Möglichkeit einer rechtzeitigen, schrittweisen Anpassung an Leben in Freiheit; erlaubt zudem Krisenintervention in Form von Rückversetzung, wenn sich Täter in Probezeit nicht bewähren sollte.

- Verlangt ist nicht positive, sondern keine negative Legalprognose. Bedingte Entlassung = (normativer!) Regelfall, Vollverbüssung muss Ausnahme bleiben.

b) Konkrete Ausgestaltung

aa) Probezeit (Dauer entspricht Strafrest, jedoch mind. 1, max. 5 J.)

bb) Flankierende Massnahmen:

IdR für Dauer der Probezeit Bewährungshilfe angeordnet (Art. 87 Abs. 2). Neben Bewährungshilfe oder unabhängig von ihr Weisungen für das Verhalten während der Probezeit möglich (Art. 87 Abs. 2). Betreffen «insbesondere die Berufsausübung, den Aufenthalt, das Führen eines Motorfahrzeuges, den Schadensersatz sowie die ärztliche und psychologische Betreuung» (Art. 94).

Nach Auffassung BGer dürfen Weisungen «nicht vorwiegend oder ausschliesslich den Zweck verfolgen, dem Verurteilten Nachteile zuzufügen», also nicht Strafcharakter haben und auch nicht Funktion einer bloss sichernden Massnahme erfüllen; sollen vielmehr Gefahr der Begehung neuer Verbrechen oder Vergehen absenken und/oder auf den Verurteilten erzieherisch einwirken und «mithelfen, die Bewährungschancen zu verbessern» (BGE 107 IV 89) → Weisung allein «nach fürsorgerischen, kriminalpädagogischen oder medizinisch-therapeutischen Bedürfnissen» zu wählen (BGer, a.a.O.).

Wie genau flankierenden Massnahmen ausgestaltet, *wie sehr* sie Freiheit der bedingt entlassenen Person tangieren: Ermessen der Vollzugsbehörde. Ziel der flankierenden Massnahmen zwar grundsätzlich im Interesse der bedingt entlassenen Person. Trotzdem u.U. mit Eingriffen erheblicher Tiefe verbunden.

c) Bewährung und Widerruf

Bewährt sich bedingt Entlassener bis Ablauf der Probezeit → endgültige Entlassung (Art. 88). Bewährung = gesetzeskonformes Verhalten (Nichtbegehen einer weiteren Straftat) + keine Verletzung flankierender Massnahmen

aa) Nichtbewährung aufgrund neuer Delinquenz

Wichtigster Grund für Widerruf der bedingten Entlassung: Verübung einer oder mehrerer Straftaten während Probezeit. Aber: Von Rückversetzung kann abgesehen werden, wenn «nicht zu erwarten [ist], dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird» (Art. 89 Abs. 1, 2). Zuständig zum Entscheid dieser Frage: Nicht Vollzugsbehörde, sondern das für Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht.

bb) Nichtbewährung aufgrund Verletzung der flankierenden Massnahmen

Möglichkeit der Rückversetzung auch dann, wenn bedingt Entlassener zwar (noch) nicht straffällig wurde, er jedoch flankierende Massnahmen während Probezeit verletzt und sich damit gleichzeitig seine Legalprognose verschlechtert (Art. 89 Abs. 3 iVm Art. 95 Abs. 3 und 5).

Einschränkung: Rückversetzung nur, wenn mildere Massnahmen (3) nicht ausreichen.

cc) Mildere Massnahmen

Gericht und Vollzugsbehörde haben vor Widerruf der bedingten Entlassung zu prüfen, ob nicht andere Massnahmen weniger einschneidend und/oder eher geeignet, Rückfall entgegenzuwirken:

Bei bedingter Entlassung selbst im Falle erneuter Delinquenz Ersatzmassnahmen möglich: Verwarnung oder Verlängerung der Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer. Zugleich Bestimmungen über die Bewährungshilfe und die Weisungen anwendbar → flankierende Massnahmen können auch nachträglich noch angeordnet werden (Art. 89 Abs. 2).

Bei Widerruf wegen Verstosses gegen flankierende Massnahmen (Art. 89 Abs. 3): Verlängerung der Probezeit, nachträgliche Anordnung von Bewährungshilfe oder Weisungen, auch Ersatzmassnahmen gemäss Art. 95 Abs. 4. Verwarnung ebenfalls möglich. Zudem Befugnis, Weisungen aufzuheben, zu ändern oder neu zu erteilen, mit der (unverständlichen) Beschränkung auf den Katalog der in Art. 95 Abs. 3 genannten Gründe (Unzweckmässigkeit der Weisung fehlt).

Möglichkeit des Widerrufs auf eine Frist von maximal 3 J seit dem Ablauf der Probezeit begrenzt (Art. 89 Abs. 4).

dd) Ausnahme: Nachträgliche Anordnung von Massnahmen

Grundsatz, dass Strafen zeitlich begrenzt sind, durch Art. 65 relativiert: Unter bestimmten Voraussetzungen lässt sich Strafe während des Vollzugs noch in eine Massnahme verwandeln.

Anordnung einer nachträglichen Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 bereits im StGB, also im materiellen Recht, als Revision zuungunsten der betroffenen Person ausgestaltet. Es müssen nicht nur die strafprozessualen Revisionsvoraussetzungen von Art. 410 ff. StPO, sondern auch diejenigen im materiellen Recht (Art. 65 Abs. 2 StGB) beachtet werden. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen dem Gericht nicht nur „nicht bekannt“ gewesen sein, es durfte diese gar nicht erst gekannt haben *können* → Schranken für Anordnung einer nachträglichen Verwahrung höher angesetzt als bei einer sonstigen Revision zuungunsten der verurteilten Person.

Nachträgliche Anordnung nach Art. 65 Abs. 1 dagegen nicht an erschwerte Voraussetzungen geknüpft. Idee hinter dieser Bestimmung: Offenkundig behandlungsbedürftige Person sollte zu deren eigenen Wohl nachträglich in einen geeigneten Vollzug untergebracht werden können. Art. 44 Ziff. 6 aStGB sah ähnliche Bestimmung für nachträgliche Suchtbehandlung vor, deren Anordnung aber – dies der grosse Unterschied – von der Zustimmung der betroffenen Person abhängig war. Nun ist Zustimmungserfordernis wegfallen. So kann über Art. 65 Abs. 1 eine fast ganz abgessene Strafe in eine stationäre Massnahme nach Art. 59-61 umgewandelt werden. BGer lässt offen, ob nachträgliche Anordnung der Massnahme sogar bei vollständig verbüssteter Strafe zulässig, wobei dann zu fordern, dass zumindest die Verfahreseinleitung noch während Strafzeit erfolgt ist (BGE 137 IV 59, 64 E. 3).

Zudem: Auch bei nachträglicher Anordnung nach Art. 65 Abs. 1 am Erfordernis festzuhalten, dass sich die relevanten Tatsachen oder Beweismittel nicht erst nach Rechtskraft des ursprünglichen Urteils ergeben haben, sondern schon im Urteilszeitpunkt vorlagen, aber vom urteilenden Gericht nicht einmal ansatzweise berücksichtigt worden waren, ansonsten ne bis in idem-Grundsatz (Art. 11 Abs. 1 StPO) in seiner Sperrwirkung verletzt → schwere psychische Störung also bereits zum Zeitpunkt der Tatbegehung und des ursprünglichen Urteils vorhanden, damals aber nicht bemerkt. Schliesslich muss Anordnung der nachträglichen Massnahme innerhalb der Verhältnismässigkeitsgrenzen (Art. 56 Abs. 1 und 2) liegen.

III. Massnahmenvollzug

Massnahmenvollzug erfolgt nach gleichen Grundsätzen wie Strafvollzug, nachfolgend deshalb nur auf massnahmenbedingte Spezifika verwiesen.

1. Vollzugsanordnung

Anspruch der betroffenen Person, dass Massnahme vollzogen und Strafe zu deren Gunsten aufgeschoben wird. Grundsätzlich muss hierzu geeignete psychiatrische Einrichtung oder Massnahmenvollzugseinrichtung bestehen (Art. 59 Abs. 2), sonst darf der Richter Massnahme nicht anordnen (Abs. 5).

Bei Flucht- oder Ausführungsgefahr kann massnahmebedürftige Person gemäss Art. 59 Abs. 3 in Strafvollzugsanstalt eingewiesen werden (sog. kleine Verwahrung). Aber Strafanstalt muss nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleisten.

In Schweiz derzeit Kapazitätsknappheit für massnahmebedürftige Patienten, Mangel an ca. 400 Plätzen. Zudem denkbar, dass grundsätzlich ein Platz vorhanden, sich Einrichtung aber nicht bereit erklärt, die Person aufzunehmen. Deshalb im Vorentwurf (Art. 60 Abs. 2 VE 1993) noch Aufnahmebereitschaft der in Frage kommenden Institution als Voraussetzung für Anordnung der Massnahme vorgesehen (vgl. Botschaft 1998, S. 2073). Diese Regelung nicht Gesetz geworden → Strafrichter ordnet Massnahme an, die Vollzugsbehörde muss geeigneten Platz für sofortige Einweisung nach rechtskräftigem Urteil gewährleisten.

Kann Massnahme nicht sofort vollzogen werden, kommt zunächst Anordnung (oder meist Weiterführung) der Sicherheitshaft in Frage. Fraglich, ob Art. 220 Abs. 2 und Art. 231 Abs. 1 sowie Art. 440 StPO als Grundlage herangezogen werden können (offen gelassen in BGE 142 IV 105, 113 E. 5.5).

BGer lässt vorübergehende Einweisung in Strafvollzug zu, um kurzfristige Überbrückung einer Notsituation (im Sinne von Kapazitätsengpässen) zu ermöglichen, sog. Organisationshaft (vgl. BGer, 6B_564/2018 vom 2.8.2018; s.a. EGMR, Nr. 43368/08 vom 27.1.2015 [Papillo gegen Schweiz], §§ 43 ff.). Dauer einer noch haltbaren Organisationshaft variiert nach konkreten Umständen, sollte aber generell dreimonatige Frist nicht überschreiten.

Weitere Anmerkungen zum Vollzugsort:

- Suchtbehandlung hat gemäss Art. 60 Abs. 3 in spezialisierter Einrichtung o. psychiatrischer Klinik zu erfolgen
- Massnahmen für junge Erwachsene bedürfen nach Art. 61 Abs. 2 eigenständiger Anstalt
- Verwahrsvollzug formell in Massnahmenvollzugseinrichtung möglich. Da aber Anordnung einer Verwahrung im Falle einer psychischen Störung gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b Unbehandelbarkeit voraussetzt, wird sie in der Schweiz im dafür ebenfalls vorgesehenen Strafvollzug durchgeführt (Art. 64 Abs. 4).
- Art. 59 Abs. 3 statuiert Möglichkeit, eine Massnahme in Strafanstalt zu vollziehen = Aufhebung der Trennungsregel von Art. 58 Abs. 2: Dem geschlossenen Massnahmenvollzug in Strafanstalt sollte Ausnahmecharakter zukommen; er sollte zeitlich begrenzt sein. Denn angesichts der Verlängerungsmöglichkeit von Massnahmen gemäss Art. 59 Abs. 4 wird in der Kombination mit Art. 59 Abs. 3 das Ergebnis einer Verwahrung erreicht, ohne dass die erschwerten Voraussetzungen der Anlasstat erfüllt sind; deshalb die Bezeichnung als „kleine Verwahrung“.

2. Stufenvollzug bis zur bedingten Entlassung

Hinsichtlich des Stufenvollzugs gelten im Grundsatz die Erläuterungen für den Strafvollzug. Aber Vollzugslockerungen haben im Massnahmenvollzug grössere Bedeutung, weil Massnahmen auf unbestimmte Dauer ausgesprochen. Somit entscheiden Vollzugslockerungen

über Dauer der Massnahme, weil definitive Entlassung erst nach bedingter Entlassung in Frage kommt.

Das gilt nicht nur bei Massnahmen nach Art. 59, sondern auch bei den zeitlich begrenzten Massnahmen nach Art. 60 und 61: Bei diesen zwar (definitive) Entlassungsmöglichkeit (Art. 62b Abs. 2), wenn Höchstdauer der Massnahme erreicht ist (3-4 J. bei Massnahmen nach Art. 60, 4 J. bei Massnahmen nach Art. 61). Auch hierfür aber Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung nötig. Liegen sie nicht vor (etwa, weil davor keine Vollzugslockerungen gewährt werden konnten), ist die Massnahme nach Art. 62c Abs. 1 lit. b aufzuheben und an ihrer Stelle entweder Vollzug der Reststrafe anzuordnen (Abs. 2) oder eine andere Massnahme, auch eine zeitlich unbegrenzte, auszusprechen (Abs. 3 und 4).

3. Durchlässigkeit von Massnahmen

Recht der FM zeichnet sich durch Bedürfnis nach Flexibilität aus, das dem Strafrecht sonst fremd, sog. Durchlässigkeit. Bedürfnis nach Veränderung einer FM als Folge des Charakters dieser Massnahmen: Spezialpräventiv ausgerichtete Sanktionen, sollen persönlichkeitsbedingte Rückfallgefahr herabsetzen. Deshalb idR auf unbestimmte Zeit ausgesprochen; Anordnung einer Massnahme von x Jahren, wie bei FS, in Praxis äusserst selten. FM lassen sie sich nur solange rechtfertigen, wie Rückfallgefahr (weiter) besteht. Das bedingt periodische Überprüfung ihrer Berechtigung (Art. 62d). Urteil einer FM = notwendig „unfertig“ → Art. 56 Abs. 6: Massnahme aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr gegeben.

Ende einer erfolgreich verlaufenen Massnahme mit der bedingten und – bei Bewährung – endgültigen Entlassung (Art. 62, 62b). Aber: In gewissen Fällen Anpassung an veränderte tatsächliche Umstände nötig: Wenn ohne Aussicht auf Erfolg, wenn ihre jeweilige Höchstdauer erreicht oder wenn keine Einrichtung zu ihrer Durchführung (mehr) existiert. Dann fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung → Massnahme aufzuheben (Art. 62c Abs. 1).

4 Gruppen der nachträglichen Anordnung von stationären Massnahmen, sofern sich herausstellt, dass ihre Voraussetzungen gegeben sind:

- (1) Ersetzung einer aufgehobenen (wegen Aussichtslosigkeit, zeitlicher Höchstdauer o. mangels geeigneter Einrichtung) therapeutischen stationären Massnahme durch andere, Art. 62c Abs. 6, sofern diese verbesserte präventive Wirkung verspricht;
- (2) Ersetzung von einer der drei therapeutischen stationären Massnahmen durch Verwahrung, Art. 62c Abs. 4, sofern Anlasstat eine solche nach Art. 64 Abs. 1 und weitere solche Taten ernsthaft zu erwarten;
- (3) Ersetzung einer FS oder einer Verwahrung nach Art. 64 durch stationäre therapeutische Massnahme, Art. 65 Abs. 1;
- (4) Ersetzung einer aufgehobenen (wegen Aussichtslosigkeit, zeitlicher Höchstdauer o. Erfolglosigkeit) ambulanten Massnahme durch stationäre therapeutische Massnahme, Art. 63b Abs. 5, anstatt die aufgeschobene FS zu vollziehen (Art. 63b Abs. 2).
Achtung: Damit theoretisch (Verwahrungsanlasstat und trotzdem ursprünglich nur ambulante Behandlung angeordnet) Möglichkeit verbunden, später die therapeutische Massnahme in eine Verwahrung abzuändern (Art. 62c Abs. 4) → Gefahr Umgehung Voraussetzungen Art. 65 Abs. 2.

§ 7 Zuständigkeiten

Bundesrechtliche Vorgaben im StGB, nicht in StPO («zuständige Behörde» vs. «richterliche Behörde»).

I. Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts (Art. 363 ff. StPO)

- Art. 363 StPO: Zuständigkeit des *erstinstanzlichen* Gerichts, auch wenn materielles Recht von *anordnendem* Gericht spricht. Ausnahme: kantonale Spezialbestimmungen.
- Art. 364/365 StPO: mündliches Verfahren stellt entgegen Wortlaut Regelfall dar (Art. 5 Ziff. 4 EMRK).

Rechtsnatur der nachträglichen Entscheide umstritten («Beschluss-Beschwerde»- vs. «Urteil-Berufungs»-Ansatz). Bundesgericht spricht sich für Beschluss-Beschwerde-Lösung aus. Konsequenz: verkürzte Beschwerdefrist (10 Tage); keine automatische aufschiebende Wirkung (Art. 387 StPO); Grundsatz der Schriftlichkeit (Art. 390 Abs. 5 StPO). Art. 365 Abs. 3 VE-nStPO sieht neu Berufung vor.

II. Zwei kantonale Modelle (Art. 363 Abs. 3 StPO)

1. Administratives Konzept

Sieht für übrige Vollzugsentscheide den Verwaltungsweg vor (Verfügung – verwaltungsinterner Weiterzug – Verwaltungsgerichtsbarkeit).

Vorteile: Fachkompetenz; Praxisnähe; dynamischer Vollzug (schnelle Entscheide und einfache Anpassung des Vollzugs). Nachteile: mangelnde Unabhängigkeit von Verwaltungsbehörden; längerer Instanzenzug, damit fragliche Vereinbarkeit mit Vorgabe von Art. 5 Ziff. 4 EMRK (gerichtliche Überprüfung innert kurzer Frist); *Verwaltungsgerichtsbarkeit* trotz strafrechtlicher Materie

2. Gerichtliches Konzept (bislang nur in 4 Kantonen: GE, TI, VD, VS)

Sieht für übrige Vollzugsentscheide Kompetenz von spezialisierten Straf- und Massnahmenvollzugsgerichten vor. Damit Vollzugsentscheide schon erstinstanzlich von richterlichen Behörde gefällt. Verfahren richtet sich nach kant. Recht, oftmals wird aber auf Art. 363 ff. und (für den Rechtsmittelweg) Art. 393 ff. StPO verwiesen (aber Anwendung als *kant.* Recht).

Vorteile: verbesserte Kontrolle der Verfahrensgarantien; sofortige richterliche Haftüberprüfung (Art. 5 Ziff. 4 EMRK); Spezialisierung der Gerichte sichert Fachkompetenz.

III. Gerichtliche Vollzugsentscheide

Zuweisung im StGB geht nicht klar aus Gesetzgebungsverfahren hervor. In der Tendenz gilt: Je stärker Entscheid in die Freiheitsrechte der Person einzugreifen droht, desto eher dem Gericht zugewiesen.

Namentliche Aufzählung:

1. Massnahmenvollzug (hier: erhöhte Anpassungsbedürftigkeit, Durchlässigkeitsgedanke)

- Folgeentscheide nach Massnahmenaufhebung (Art. 62c Abs. 2-4)
- Verlängerung der Massnahme (Art. 59 Abs. 4 und Art. 60 Abs. 4)
- Verlängerung der Probezeit (Art. 62 Abs. 4 und Art. 64a Abs. 2)
- bedingte Entlassung aus lebenslänglichem Verwahrvollzug (Art. 64c Abs. 4)

- Rückversetzung bei Nichtbewährung nach bedingter Entlassung (Art. 95 Abs. 5)

2. Strafvollzug

- bedingte Entlassung aus Vorabvollzug (Art. 64 Abs. 3 und Art. 64c Abs. 4 iVm Abs. 6)
- Rückversetzung bei Nichtbewährung nach bedingter Entlassung (Art. 95 Abs. 5)
- Verlängerung der flankierenden Massnahmen (Art. 87 Abs. 3)
- Anordnung stationäre Massnahme im Vorabvollzug einer Verwahrung (Art. 64b Abs. 1 lit. b und Art. 64c Abs. 1-3 iVm 6; Art. 65 Abs. 1)
- nachträgliche Anordnungen nach Art. 65

IV. Anwendbarkeit des Revisionsverfahren nach Art. 410 ff. StPO

Ausdrücklich vorgesehen für Anordnung nach Art. 65 Abs. 2, nicht aber nach Abs. 1.

1. Revisionsgericht dürfte keine Massnahme nach Art. 65 Abs. 1 aussprechen. Bundesgericht lässt aber Anordnung i.S.v. a maiore minus zu.

2. Vereinbarkeit von Art. 65 Abs. 1 mit höherrangigem und unmittelbar anwendbarem Völkerrecht?

a) Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK:

Verlangt Kausalzusammenhang zw. Verurteilung (Schuldfeststellung) und Sanktion. Nachträgliche Anordnung nach Art. 65 Abs. 1 ist keine Verurteilung, solange ursprüngliches Urteil bestehen bleibt. Rechtfertigung von Art. 65 Abs. 1 nach Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK scheidet aus.

b) Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK:

EGMR setzt hohe Anforderung an Intensität psychische Störung und Vollzugssituation. Rechtfertigung nach 5 Ziff. 1 lit. e EMRK scheidet aus, wenn Massnahme in Strafanstalt vollzogen. (Problem: Konkreter Vollzugsort wird erst nach Anordnung der Massnahme bestimmt)

→ Vereinbarkeit von Art. 65 Abs. 1 StGB mit Art. 5 Ziff. 1 EMRK zumindest fraglich

c) ne bis in idem:

Grundsatz verletzt, wenn nachträgliche Massnahme nach Art. 65 Abs. 1 als Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK und Art. 4 Ziff. 1 EMRK-ZP 7 gilt. Strafcharakter bei Einweisung in Psychiatrie fraglich, bei Einweisung im Strafvollzug aber anzunehmen. (Gleiches Problem: Konkreter Vollzugsort wird erst nach Anordnung der Massnahme bestimmt)

Nunmehr BGE 145 IV 383: Revisionsvoraussetzungen auch für den Fall von Abs. 1 verlangt.

3. Umgehungsgefahr von Art. 65 Abs. 2 über Art. 65 Abs. 1 iVm Art. 62c Abs. 4.

Höhere Hürden für nachträgliche Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 lassen sich über Anordnung einer stationären Massnahme nach Abs. 1 und späteren (einfachen) Massnahmen-austausch nach Art. 62c Abs. 4 umgehen.