



Lösung Prüfung Jugendstrafrecht/Sanktionenrecht

5. Januar 2021

Allgemeiner Hinweis

Die Musterlösung stellt eine standardisierte Lösung dar. Deshalb sind Abweichungen möglich. So wird jeweils nur ein Lösungsweg dargestellt. An verschiedenen Orten sind andere Meinungen vertretbar und wurden ebenfalls bepunktet, sofern sie entsprechend begründet wurden. Punktabzüge sind, neben eigentlich fehlerhaften Antworten, namentlich denkbar aufgrund von Auslassungen, Aufbaufehlern oder inneren Widersprüchen.

Teil 1 – Jugendstrafrecht (15 Punkte)

Aufgabe 1.1: Folgeschweres Botellón (6 Punkte)

a) Gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. b JStPO ist die Untersuchungsbehörde, also im vorliegenden Fall die Jugendrichterin, zuständig, Untersuchungshaft anzuordnen. Die Untersuchungshaft ist dabei ausdrücklich ultima ratio (Art. 27 Abs. 1 JStPO). Sie kann nur angeordnet werden, wenn keine Ersatzmassnahmen möglich sind. Die Haftgründe sind in der JStPO nicht gesondert geregelt und ergeben sich demnach aus der StPO (Art. 3 Abs. 1 JStPO).

Ein möglicher Haftgrund ist die Kollusionsgefahr nach Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO. Als Kollusion gilt jedes Verhalten, durch das Beweismittel manipuliert werden. Gemäss Sachverhalt befürchtet die Jugendrichterin, dass sich Franziska mit ihren Kolleginnen absprechen könnte. Eine solche Absprache könnte die Aussagen – und damit ein Beweismittel – manipulieren. Entsprechend besteht Kollusionsgefahr. Franziska darf in Haft genommen werden, wenn keine andere Möglichkeit besteht, die Kollusionsgefahr zu beseitigen. Eine Ersatzmassnahme nach Art. 237 StPO, die die Kollusionsgefahr ebenfalls beseitigen würde, ist nicht ersichtlich. Dementsprechend ist ein Haftgrund gegeben.

In zeitlicher Hinsicht kann die Jugendrichterin die Haft zunächst für 7 Tage anordnen (Art. 27 Abs. 2 JStPO). Da lediglich eine 5-tägige Haft angeordnet wird, ist keine Anordnung durch das Zwangsmassnahmengericht notwendig.

b) Wird die beschuldigte Person mehr als 24 Stunden in Untersuchungshaft genommen, so liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung nach Art. 24 lit. c JStPO vor. Die vorliegend 5-tägige Untersuchungshaft begründet damit ein Fall der notwendigen Verteidigung. Umstritten ist, ob die notwendige Verteidigung auch nach Entlassung aus der Untersuchungshaft weiterhin bestehen bleibt. Da die Untersuchungshaft ultima ratio ist und daher nur bei schweren Delikten angeordnet wird, dürfte dies der Fall sein. Selbst wenn angenommen wird, dass die notwendige Verteidigung nach Entlassung aus der Untersuchungshaft entfällt, dürften in casu andere Gründe für die Anwendung von Art. 24 JStPO bestehen; handelt es sich bei der Tat von Franziska doch um eine schwere Straftat. *[Hinweis: es bestehen auch andere Auswirkungen der Untersuchungshaft, die bei entsprechender Begründung auch bepunktet wurden.]*

c) Das Jugendstrafrecht ist nur auf Täter zwischen 10 und 18 Jahren anwendbar (Art. 1 Abs. 1 lit. a JStG). Anita und Simone sind gemäss Sachverhalt bereits volljährig. Es stellt sich somit die Frage, wie hinsichtlich einer allfälligen Strafverfolgung dieser beiden Personen vorzugehen ist. Die Jugendrichterin ist grundsätzlich nicht zuständig für das Verfahren von Erwachsenen; das Verfahren von Jugendlichen und Erwachsenen wird grundsätzlich getrennt geführt (Art. 11 Abs. 1 JStPO). Nur ausnahmsweise kann auf die Trennung verzichtet werden, wenn die Trennung die Untersuchung erheblich erschweren würde (Art. 11 Abs. 2 JStPO). Dies wird in der Praxis beispielsweise angenommen, wenn ein Delikt von zahlreichen Jugendlichen und nur einem Erwachsenen begangen wurde. Solche Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich.

d) Hat ein Jugendlicher eine Straftat begangen und dabei schuldhaft gehandelt, so ist zwingend eine Strafe zu verhängen (Art. 11 Abs. 1 JStG). Vorliegend bestehen keine Hinweise auf eine Schuldunfähigkeit oder eine Strafbefreiung. Als mögliche Strafen kommen in Betracht:

- Verweis (Art. 22 JStG): Da es sich vorliegend um ein schweres Delikt handelt (schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB ist ein Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 StGB), erscheint diese Möglichkeit bloss theoretischer Natur.
- Persönliche Leistung (Art. 23 JStG): Diese kann bis zu drei Monate betragen, da Franziska bereits 15-jährig ist (Art. 23 Abs. 3 Satz 2 JStG). Umstritten ist, wie vielen Arbeitsstunden ein Tag entspricht. Teilweise wird aufgrund des Vergleichs mit Art. 79a Abs. 3 StGB von 4 Stunden pro Tag ausgegangen, während andere aufgrund der geringen Gesamtdauer einen täglichen Arbeitseinsatz von 8 Stunden befürworten.
- Busse (Art. 24 JStG): Aufgrund Franziskas Alters kann eine Busse von 1 bis 2000 Franken verhängt werden.
- Freiheitsentzug (Art. 25 JStG): Franziska ist über 15-jährig und hat ein Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 StGB begangen. Somit kann auf jeden Fall ein Freiheitsentzug von 1 Tag bis zu 1 Jahr verhängt werden (Art. 25 Abs. 1 JStG). Da Franziska über 16 ist, ist zu prüfen, ob auch ein langer Freiheitsentzug gemäss Art. 25 Abs. 2 JStG möglich ist. Ein solcher kommt insbesondere in Betracht, wenn eine Tat nach Art. 122 StGB begangen und dabei besonders skrupellos gehandelt wurde. Für die Beurteilung der Skrupellosigkeit ist auf die Grundsätze zur Bestimmung des Begriffs gemäss Art. 112 StGB zurückzugreifen. Die im Gesetz genannten Merkmale sind Regelbeispiele für die Skrupellosigkeit, entscheidend ist eine Gesamtbeurteilung der äusseren und inneren Tatumstände. Vorliegend kommen insbesondere das Motiv der Habsucht – da Franziska nur aus monetärem Antrieb handelt – sowie das Motiv der Elimination – eine Nebenbuhlerin soll zumindest für den Abend «aus dem Weg geräumt werden» – in Betracht. Sowohl die Alkoholisierung als auch der Umstand, dass Franziska lediglich eventualvorsätzlich handelt, stehen der Einstufung als besonders skrupellos nicht entgegen. Umstände, die die Tat in einem milderem Licht erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich. Folglich hat Franziska besonders skrupellos gehandelt und Art. 25 Abs. 2 JStG ist somit anwendbar. Es kann demnach eine Freiheitsstrafe von 1 Tag bis zu 4 Jahren verhängt werden.

e) Hat sich im Untersuchungsverfahren ein Tatverdacht erhärtet, so hat die Untersuchungsbehörde entweder einen Strafbefehl zu erlassen oder Anklage beim Jugendgericht zu erheben. Zwingend Anklage zu erheben ist, wenn eine Unterbringung, eine Busse von mehr als 1000 Franken oder ein Freiheitsentzug von mehr als 3 Monaten angeordnet werden soll (Art. 34 Abs. 1 JStPO). Ansonsten ist ein Strafbefehl zu erlassen (32 Abs. 2 JStPO).

Wenn die Jugendrichterin in casu also nicht eine Strafe oder Massnahme i.S.v. Art. 34 Abs. 1 JStPO verlangen möchte, muss sie einen Strafbefehl erlassen. Das Verfahren richtet sich dabei nach den Regeln des Erwachsenenstrafrechts (Art. 352-356 StPO), wobei die Grundsätze des Jugendstrafverfahrens zu berücksichtigen sind (Art. 4 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 StPO). Möchte sie hingegen eine Strafe oder Massnahme i.S.v. Art. 34 Abs. 1 JStPO verhängen, so ist das

Jugendgericht zuständig. Da vorliegend das Jugendrichtermodell gilt, bedeutet dies, dass die Jugendrichterin die Sache zur Anklageerhebung an die Jugendstaatsanwaltschaft übergeben muss. Die Entscheidung fällt das Jugendgericht, in welchem die Jugendrichterin – sofern keine Ablehnung nach Art. 9 JStPO verlangt wurde – als Richterin vertreten ist (Art. 6 Abs. 3 JStPO).

f) Im vorliegenden Fall leidet Franziska an einer bipolaren Persönlichkeitsstörung. Zu prüfen ist, ob die Jugendstrafbehörden zur Behandlung dieser Störung eine Schutzmassnahme anordnen können. Grundsätzlich ist eine Schutzmassnahme anzuordnen, wenn ein Jugendlicher eine mit Strafe bedrohte Tat begangen hat und eine Abklärung ergibt, dass er einer besonderen erzieherischen Betreuung oder therapeutischen Behandlung bedarf. Die Voraussetzungen der Anlasstat und der Massnahmebedürftigkeit sind vorliegend zweifelfrei erfüllt. Umstritten ist, ob im Jugendstrafrecht darüber hinaus ein Konnex zwischen der Störung und der Anlasstat bestehen muss. Gemäss einer Lehrmeinung ist dies zwingend, da es ansonsten kaum eine Abgrenzung zu zivilrechtlichen Massnahmen gibt. Andere Autoren setzen keinen solchen Konnex voraus, da das JStG keine Art. 59 Abs. 1 StGB entsprechende Formulierung aufweist. Richtigerweise ist ein gewisser Konnex zwischen Anlasstat und psychischer Störung zu verlangen, da das Jugendstrafrecht ansonsten zu einem Vormundschaftsrecht wird. Im vorliegenden Fall kann daher keine Schutzmassnahme angeordnet werden, da keinerlei Verbindung zwischen Störung und Anlasstat besteht. *[Hinweis: Unter Berufung auf die entsprechende Lehrmeinung kann auch vertreten werden, dass kein Konnex zwischen Anlasstat und Entwicklungsstörung vorliegen muss. Dann kann eine Schutzmassnahme angeordnet werden, sofern sie verhältnismässig ist.]*

Aufgabe 1.2: Die Podiumsdiskussion (3 Punkte)

a) Zunächst ist die Feststellung, «dass Jugendliche immer krimineller werden», nicht ohne Weiteres richtig. Zwar ist in den letzten vier Jahren ein leichter Anstieg der Verurteilungen festzustellen, Ende der 2000er-Jahre waren die Zahlen jedoch auf ähnlich hohem und teilweise höherem Stand. Das gilt auch für die Straftaten gegen Leib und Leben. Bei den Sexualdelikten wurde allerdings 2019 ein Höchststand erreicht.

Tatsächlich ist die Höchststrafe im schweizerischen Jugendstrafrecht mit maximal vier Jahren Freiheitsentzug im internationalen Vergleich tief. Allerdings ist zu beachten, dass bei schweren Straftaten häufig Schutzmassnahmen angeordnet werden, die länger als vier Jahre dauern können. Ausserdem gibt es in der Forschung kaum stichhaltige Hinweise auf eine klare Abschreckungswirkung von hohen Strafdrohungen. Die Risikofaktoren für die Straffälligkeit von Jugendlichen sind andere. Gestützt auf entwicklungspsychologische Ansätze ist davon auszugehen, dass insbesondere das Alter und das Geschlecht wichtige Risikofaktoren darstellen. Ebenso sind insbesondere brüchige Familienstrukturen und sozioökonomische Probleme, der Einfluss der Peergroup, das Freizeitverhalten, Traumaerfahrungen, schulische Probleme, gewaltlegitimierende Werthaltungen sowie eine mangelnde gesellschaftliche Integration entscheidende Faktoren. Das geltende Strafmaximum dürfte demgegenüber kaum Einfluss darauf haben. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Jugendkriminalität auch in Ländern mit höheren Maximalstrafen im Jugendstrafrecht nicht tiefer ist.

b) Das Jugendstrafrecht ist ein Sonderstrafrecht; es richtet sich an jugendliche Straftäter. Dementsprechend sind der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen die begleitenden Grundsätze (Art. 2 Abs. 1 JStG). Diese Ausprägung führt zu gewissen Anpassungen und insbesondere zu einem sehr flexiblen Sanktionensystem. Bei den Strafen, aber insbesondere auch bei den Schutzmassnahmen, wird den Behörden ein sehr grosser Spielraum eingeräumt. Sie sollen für den Einzelfall die bestmögliche Lösung finden, damit der sich wieder in die Gesellschaft integrieren kann. Darum sind auch sog. Sondersettings möglich. Diese können speziell ausgerichtet sein, um die notwendige erzieherische Betreuung bestmöglich sicherzustellen. Solche Massnahmen haben – anders als Strafen – grundsätzlich keinen vergeltenden

Charakter. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass Forschungsergebnisse zeigen, dass die Rückfallgefahr nicht durch härtere Strafen bzw. Massnahmen gesenkt werden kann.

c) Zunächst ist festzuhalten, dass es sich beim Jugendstrafrecht um eine strafrechtliche Ordnung handelt. Allerdings gelten im Jugendstrafverfahren spezielle Grundsätze; so der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen massgebend (Art. 4 Abs. 1 JStPO). Ein entscheidender Unterschied zum Erwachsenenstrafrecht ist dabei das Prinzip der Einheitlichkeit. So ist eine Magistratsperson an allen Verfahrensschritten beteiligt. Dadurch soll ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Jugendlichen und der Strafbehörde ermöglicht werden. So kennt die zuständige Person den Jugendlichen besser und kann besser beurteilen, welche Sanktionen zu fällen sind. Ausserdem besteht umgekehrt eine grössere Akzeptanz von Seiten des Jugendlichen. Daneben ist hervorzuheben, dass das Jugendstrafrecht verschiedene Möglichkeiten für eine aussergerichtliche Erledigung des Strafverfahrens kennt. Möglich sind einerseits der Vergleich und die Wiedergutmachung nach Art. 16 JStPO. Dabei wird die Versöhnung zwischen dem jugendlichen Täter und dem Opfer durch die Jugendstrafbehörde angestrebt und im Erfolgsfall wird das Strafverfahren eingestellt. Völlig ausserhalb der ordentlichen Strafbehörden läuft sodann die Mediation nach Art. 17 JStPO ab. Hier wird das Jugendstrafverfahren sistiert und eine speziell geschulte Person übernimmt die Mediation zwischen dem jugendlichen Beschuldigten und dem Opfer. Ist die Mediation erfolgreich, wird das Verfahren eingestellt.

Aufgabe 1.3: Der Gang-Boss mit dem grünen Daumen (6 Punkte)

a) Beim Tatverdächtigen Nico handelt es sich um einen 17-jährigen Jugendlichen. Entsprechend ist das Jugendstrafgesetz anwendbar (Art. 3 Abs. 1 JStG). Das Strafverfahren richtet sich nach den Regeln der JStPO (Art. 1 JStPO). Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 10 JStPO. Es gilt das Wohnortsprinzip; zuständig sind die Behörden an dem Ort, an welchem der Jugendliche seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Gemäss Sachverhalt ist Nico in Bazenheid aufgewachsen und noch bei seiner dort wohnhaften Mutter offiziell gemeldet; er wohnt aber praktisch vollständig bei seinen Grosseltern in Winterthur. Er hat seinen Lebensmittelpunkt also in Winterthur, weshalb die dortigen Untersuchungsbehörden zuständig sind. Gemäss Art. 6 Abs. 2 JStPO haben die Kantone die Wahl, als Untersuchungsbehörde Jugendrichter oder Jugendanwälte einzusetzen. Gemäss § 86 Abs. 1 lit. c GOG gilt im Kanton Zürich das Jugendanwaltsmodell. Entsprechend ist ein Jugendanwalt der Jugendanwaltschaft Winterthur zuständig, die Untersuchung zu führen.

b) Hat ein Jugendlicher eine Straftat begangen und kommt eine Schutzmassnahme in Betracht, hat grundsätzlich eine Abklärung der persönlichen Verhältnisse i.S.v. Art. 9 JStG zu erfolgen. Ergibt die Abklärung, dass der Jugendliche einer besonderen erzieherischen Betreuung oder therapeutischen Behandlung bedarf, so kann unabhängig von seiner Schuldfähigkeit eine Schutzmassnahme angeordnet werden (Art. 10 Abs. 1 JStG). Eine Unterbringung kann nur angeordnet werden, wenn die notwendige Erziehung und Behandlung des Jugendlichen nicht anders sichergestellt werden kann (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 JStG). Ausserdem muss die Verhältnismässigkeit gewahrt werden (Art. 56 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. c JStG) und es muss eine geeignete Einrichtung zur Verfügung stehen (Art. 56 Abs. 5 StGB i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. c JStG). Gemäss Sachverhalt besteht bei Nico eine erhebliche Persönlichkeitsentwicklungsstörung, die mit einer grossen Rückfallgefahr verbunden ist. Nico hat ein schweres Delikt verübt und wurde bereits früher strafrechtlich auffällig. Er stammt zudem aus problematischen Familienverhältnissen und hat ein problematisches Peer-Umfeld. Dementsprechend besteht ein besonderer Erziehungs- bzw. Therapiebedarf. Dieser kann kaum anders als mit einer Unterbringung sichergestellt werden.

c) Die Unterbringung kann in geschlossenen Einrichtungen erfolgen, wenn dies für den persönlichen Schutz oder für die Behandlung der psychischen Störung des Jugendlichen unumgänglich oder es zum Schutz Dritter vor schwerwiegender Gefährdung durch den Jugendlichen notwendig ist (Art. 15 Abs. 2 JStG). Gerade bei der Unterbringung im geschlossenen Vollzug ist der Verhältnismässigkeit besondere Beachtung zu schenken. Vorliegend geht es um die Rückfallgefahr von Nico. Er wurde bereits mehrfach straffällig und hat sehr schwere Delikte (Raub ist ein Verbrechen) begangen. Daher erscheint die geschlossene Unterbringung notwendig, um Dritte vor schwerwiegenden Gefährdungen zu schützen.

d) Der Umgang mit Jugendlichen, die in Uitikon untergebracht sind, ergeht anhand von drei Säulen. Erstens erhält der Jugendliche eine adäquate Schul- und Berufsbildung. Je nach Alter, Fähigkeiten und schulischen Voraussetzungen kann ein Jugendlicher in Uitikon eine Ausbildung absolvieren oder er kann weiterhin in Form von Einzel- oder Gruppenunterricht unterrichtet werden. Zweitens wird mit den untergebrachten Jugendlichen eine deliktsorientierte Therapie abgehalten. Dabei stehen die Deliktprävention und der Opferschutz im Zentrum. All diese Anstrengungen erfolgen drittens nach sozialpädagogischen Grundsätzen.

Vorliegend ist daher davon auszugehen, dass Nico darin unterstützt wird, eine Berufslehre zu absolvieren. Dabei werden grundsätzlich auch die Wünsche der Jugendlichen berücksichtigt. Nico scheint zwar dafür geeignet, eine Lehre als Gärtner zu absolvieren. Allerdings wird diese Ausbildung im MZU nur in der offenen Abteilung ermöglicht. Da Nico gemäss Sachverhalt länger im geschlossenen Vollzug verbleiben muss, ist diese Ausbildung zumindest im Moment nicht möglich. Diese Lehre könnte er erst später antreten oder er muss eine Lehre antreten, die im geschlossenen Vollzug möglich ist. Dem Wunsch nach sportlicher Betätigung wird demgegenüber wohl entsprochen. Gerade da er sich dadurch gut mit seiner Vergangenheit auseinandersetzen kann, was mit dem Ziel der Deliktprävention übereinstimmt.

e) Es gilt der Grundsatz, dass jugendstrafrechtliche Massnahmen und Strafen grundsätzlich immer getrennt von solchen nach Erwachsenenstrafrecht zu vollziehen sind. Damit soll sichergestellt werden, dass Erwachsene keinen schlechten Einfluss auf die Jugendlichen ausüben können. Art. 16 Abs. 3 JStG sieht für die Unterbringung von über 17-Jährigen vor, dass diese auch in einer Einrichtung für junge Erwachsene vollzogen oder weitergeführt werden kann. Die Sanktion von Nico kann also auch in einer Einrichtung für junge Erwachsene vollzogen werden. Tatsächlich werden im MZU entsprechende Massnahmen vollzogen und es bestehen Abteilungen, in denen Massnahmen nach Art. 61 StGB und solche nach Art. 15 und 16 Abs. 3 JStG zusammen vollzogen werden. Für den gemeinsamen Vollzug spricht, dass die altersbedingten Unterschiede von 17-jährigen Personen und jungen Erwachsenen oft geringer ist als solche zwischen 17- und 15-Jährigen. Daher erscheint die Einteilung in casu sinnvoll.

f) Im Unterschied zum Erwachsenenstrafrecht besteht im Jugendstrafrecht keine Möglichkeit der bedingten Entlassung aus der Massnahme. Die Massnahme wird jährlich überprüft und wird aufgehoben, wenn ihr Zweck erreicht ist oder feststeht, dass sie keine erzieherischen oder therapeutischen Wirkungen mehr entfaltet (Art. 19 Abs. 1 JStG). Die Massnahme endet damit, wenn sie entweder erfolgreich war oder wenn sie keinen Erfolg mehr verspricht. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die Massnahme wegen Erfolglosigkeit aufgehoben werden müsste. Fraglich ist jedoch, ob die Massnahme ihren Zweck erreicht hat. Dies ist der Fall, wenn von der betreffenden Person keine Rückfallgefahr mehr ausgeht. Nico ist zwar kein Musterfall, doch gehen die zuständigen Therapeuten davon aus, dass er sich ausserhalb des MZU wahrscheinlich bewähren wird. Damit kommt ihm keine Rückfallgefahr mehr zu und die Unterbringung hat ihr Ziel erreicht. Nico kann daher entlassen werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Nico ohnehin nicht mehr lange in der Massnahme bleiben könnte, da jede Massnahme mit dem Erreichen des 25. Altersjahres der betroffenen Person dahinfällt (Art. 19 Abs. 2 JStG).



Teil 2 – Sanktionenrecht (15 Punkte)

Nachfolgend ist BGE 142 IV 1 abgedruckt (gekürzt). Das Bundesgericht hat sich in dem Urteil auf den Standpunkt gestellt, dass die Frage, ob die stationäre Behandlung von psychischen Störungen in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder einer Massnahmenvollzugseinrichtung (Art. 59 Abs. 1 und 2 StGB) oder aber in einer geschlossenen Einrichtung nach Art. 59 Abs. 3 StGB stattfinden soll, von den Vollzugsbehörden zu entscheiden sei, nicht vom Gericht.

A) Nennen Sie 4 Argumente, mit denen das BGer seine Position begründet.

Korrekturhinweis: Verlangt waren 4 Argumente. Deshalb konnten auch bei korrekter Nennung von mehr als 4 Argumenten, mit denen das BGer seine Position begründet, maximal 4 Punkte erzielt werden. Dementsprechend wurden für darüber hinausgehende Argumente nicht zusätzliche Punkte vergeben, soweit die mögliche Höchstzahl von 4 Punkten bereits erreicht war.

B) Nehmen Sie Stellung zu diesen Argumenten (nachfolgend findet sich die einschlägige Stellungnahme jeweils gleich nach dem Argument).

1. Grammatikalische Auslegung (Wortlautargument; E. 2.4.2)

a) Der Wortlaut deutet auf die Zuständigkeit der Vollzugsbehörde hin. Wenn der Gesetzgeber im Rahmen der Behandlung psychisch gestörter Täter das Gericht als zuständig betrachte, so sage er dies jeweils explizit («das Gericht ordnet an»); Abs. 3 spricht aber nicht davon, dass das Gericht den geschlossenen Vollzug anordne.

b) Zudem sei geschlossene Unterbringung nur solange nötig, wie «die Gefahr besteht, dass der Täter flieht oder weitere Straftaten begeht». Dies verlange nach rascher Anpassungsmöglichkeit, was mit der zwingenden Zuständigkeit durch ein Gericht nicht vereinbar sei.

Stellungnahme:

a) ist wohl richtig, insbes. stellt die gerichtliche Zuständigkeit insofern die Ausnahme dar, und die müsste schon explizit bezeichnet sein.

b) hingegen stellt zunächst einmal, abgesehen von der Frage inhaltlicher Richtigkeit, kein Wortlautargument dar. In der Sache ist das Argument mehr als zweifelhaft: Wenn es um das «downgrading» geht, also den Wechsel von Abs. 3 zu Abs. 1, entfällt das Argument unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit; wohl aber hätte es einen Ansatzpunkt unter dem Aspekt der Eingriffstiefe. Umgekehrt, beim «upgrading» von Abs. 1 zu Abs. 3, steht die öffentliche Sicherheit auf dem Spiel, ist aber die Eingriffstiefe nicht betroffen. Unabhängig davon ist schwer zu sehen, weshalb eine Vollzugsbehörde schneller entscheiden soll als ein Gericht. Denn auch sie muss ja von der Anstaltsleitung mit einem entsprechenden Gesuch bedient werden. Wäre ein Gericht zuständig, müsste dieses Gesuch auf Initiative der Anstaltsleitung von der Vollzugsbehörde gestellt werden; ob dies zeitlich zu untragbaren Verzögerungen führen würde, erscheint zumindest sehr zweifelhaft. Gerichte jedenfalls sind nicht a priori ausserstande, schnell zu entscheiden, man denke nur an die Zwangsmassnahmengерichte und die ihren Entscheidungen gesetzten engen Fristen.

2. Historische Auslegung (E. 2.4.3)

Weil das StGB ein junges Gesetz ist (ab 2007), kommt diesem Argument erhöhter Stellenwert zu. Ziel der Revision war u.a. ein besserer Schutz vor gefährlichen Gewaltstraftätern. Art. 59 Abs. 3 StGB sei in diesem Kontext zu verstehen und ermöglicht es, gefährliche, aber therapierbare Täter in einer geschlossenen Einrichtung zu behandeln. Es besteht somit ein enger Bezug zwischen der therapeutischen Behandlung in einer geschlossenen Einrichtung und der Verwahrung nach Art. 64 StGB, was nahelegt, dass der Gesetzgeber Art. 59 Abs. 3 StGB als Vollzugsvorschrift verstand und die Vollzugsbehörden für die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung für zuständig erachtete.

Stellungnahme:

a) Das BGer liefert das Gegenargument selber: Psychisch gefährliche Täter wurden unter altem Recht schlicht verwahrt, unabhängig davon, ob sie therapierbar waren oder nicht. Neu geschieht dies nur noch bei untherapierbaren, die therapierbaren werden ins Regime nach Art. 59 Abs. 3 StGB gewiesen. Es besteht also ein enger Zusammenhang zwischen diesen beiden Tätergruppen, was ursprünglich auch daran sichtbar war, dass Art. 59 Abs. 3 StGB eine Katalogtat nach Art. 64 StGB voraussetzte. Diese enge Verwandtschaft von Verwahrung und geschlossener therapeutischer Unterbringung spricht dafür, dass auch *diese* von einem Gericht angeordnet werden muss, denn dass *die Verwahrung* von einem Gericht angeordnet werden muss, ist ja klar.

b) Zudem darf die Behandlung in einer geschlossenen Strafanstalt vollzogen werden (ursprünglich war noch eine getrennte Abteilung einer Strafanstalt verlangt, was gestrichen wurde mit der Vorlage zu Korrekturen am Sanktionenrecht), was sie der Strafe annähert, auch wenn «die nötige therapeutische Behandlung gewährleistet sein muss». Auch dies spricht für gerichtliche Zuständigkeit.

3. Systematische Auslegung (E. 2.4.4)

Die ord. Verwahrung (Art. 64 Abs. 1 StGB) und die lebenslänglicher Verwahrung (Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB) haben unterschiedliche Anordnungsvoraussetzungen, die Massnahmen nach Art. 59 Abs. 1 StGB und nach Art. 59 Abs. 3 StGB aber nicht. Die geschlossene Unterbringung ist vielmehr einfach Teil der Unterbringung nach Art. 59 StGB. Das soll für den Charakter einer Vollzugsvorschrift sprechen.

Stellungnahme:

a) Das BGer liefert auch hier ein Gegenargument (das es, im Gegensatz zu 2., auch offen als solches bezeichnet): Die Parallelbestimmung zu Art. 59 Abs. 3 bei Strafen ist Art. 76 StGB, der den offenen/geschlossenen Vollzug regelt. Dieser ist im 4. Titel «Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen untergebracht, Art. 59 Abs. 3 StGB aber nicht, sondern im 3. Titel «Strafen und Massnahmen». Daraus könnte man den Schluss ziehen («isoliert betrachtet»), diese Norm sei keine Vollzugsvorschrift.

b) Zudem ist fraglich, ob die Anordnungsvoraussetzungen wirklich dieselben sind. Das trifft nur zu unter der Prämisse, dass Fluchtgefahr bzw. die Gefahr der Begehung weiterer schwerer Straftaten nicht die Frage der Anordnung betreffen, sondern Vollzugsmodalitäten darstellen (so E. 2.4.4 1. Abschnitt). Das aber ist ja gerade die Frage. Die These, die Anordnungsvoraussetzungen seien dieselben, erweist sich damit als eine geschickt formulierte *petitio principii*.

c) Weiter macht das BGer unannehmbare Folgen geltend, wenn Abs. 3 keine Vollzugsfrage behandeln würde:



- Das Gericht müsste dann bei veränderten Verhältnissen in (analoger) Anwendung von Art. 62c Abs. 6 StGB i.V.m. Art. 363 ff. StPO auch über die Versetzung vom geschlossenen in den offenen Vollzug nach Art. 59 Abs. 2 StGB befinden.

Stellungnahme: Nein, weil es dabei nicht um eine be-, sondern eine entlastende Versetzung geht.

Auf diese Logik basiert bspw. auch Art. 228 Abs. 2 StPO, wonach die Staatsanwaltschaft, wenn sie einem Haftentlassungsgesuch nachkommt, selbständig die Haftentlassung verfügen kann. Im Gegensatz dazu muss die Staatsanwaltschaft, will sie dem Gesuch *nicht* entsprechen, dieses mit den jeweiligen Akten und einer begründeten Stellungnahme an das Zwangsmassnahmengericht zur Entscheidung weiterleiten.

- Über die Unterbringung im geschlossenen und über die Versetzung vom offenen in den geschlossenen Strafvollzug (und umgekehrt) gemäss Art. 76 StGB entscheidet unbestrittenermassen die Vollzugsbehörde.

Stellungnahme: Ja, aber dabei geht es um Strafvollzug, der sich definitionsgemäss innerhalb des Schuldrahmens hält, hier aber um Massnahmenvollzug, der schuldüberschreitend sein/werden kann.

- Für den Verwahrvollzug sei auch die Vollzugsbehörde zuständig (Art. 64 Abs. 4 StGB).

Stellungnahme: Ja, aber *angeordnet* hat die Verwahrung ein Gericht.

- Wäre Abs. 3 keine Vollzugsfrage, dürften die Vollzugsbehörden zwar über Vollzugslockerungen bei Verwahrten und Gefangenen befinden, nicht jedoch bei stationären Massnahmepatienten. Diese Unterscheidung sei nicht nachvollziehbar.

Stellungnahme: Soweit es um eine *entlastende* Versetzung geht, spricht nichts dagegen, die Vollzugsbehörde für zuständig zu erklären (vgl. 1. bullet point).

- Die mit dem geschlossenen Vollzug verbundene Mehrbelastung des Freiheitsrechts sei bei einer Massnahme nicht stärker als bei einer Freiheitsstrafe.

Stellungnahme: Soweit es um die Mehrbelastung geht, die mit dem geschlossenen Vollzug verbunden ist, trifft das Argument zu. Es lässt aber ausser acht, dass bei der Freiheitsstrafe deren Dauer nicht über das schuldangemessene Mass hinausgehen kann, bei der stationären Massnahme schon.

- Nicht begründbar sei ferner, dass die Vollzugsbehörde den Massnahmepatienten gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB theoretisch zwar bedingt und definitiv entlassen, ihn jedoch nicht vom geschlossenen in den offenen Vollzug versetzen dürfte.

Stellungnahme: Doch, das kann sie, weil nicht *belastend*; dass sie es umgekehrt nicht tun dürfen soll, ist wiederum richtig.



C) Welche weiteren Argumente können Sie gegen die Lösung des BGer ins Feld führen? (5 P.)

1. Verhältnismässigkeit

Diese Sicht der Dinge lässt einen zentralen Aspekt unberücksichtigt: Die Verhältnismässigkeit der Massnahme ist Bestandteil der sachgerichtlichen Entscheidung über ihre Anordnung. Diese hängt u. a. von der Intensität des Eingriffs in die Rechte des Internierten ab. Diese ihrerseits ist aber davon abhängig, ob die Massnahme in einer geschlossenen Einrichtung oder Strafanstalt oder aber in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder Massnahmevollzugseinrichtung vollzogen wird. M. a. W.: Bevor diese Vollzugsmodalität nicht feststeht, lässt sich nicht verlässlich über die Anordnung der Massnahme entscheiden, um deren Vollzug es geht. Diese Überlegung spricht für die Lösung: dass es das Gericht sein muss, das über die Vollzugsform entscheidet (näher LEHNER, Freiheitsentziehende Massnahmen im schweizerischen Strafrecht, recht 2017, 81 ff., 92 f.).

2. Defizitäre Anordnungsvoraussetzungen

Die gerichtliche Zuständigkeit drängt sich auch vor dem Hintergrund des rechtsstaatlichen Defizits an Anordnungsvoraussetzungen auf, das Art. 59 Abs. 3 StGB kennzeichnet: Wenn die Bestimmung (seit der Revision vom 24. März 2006) als Anlassdelikt ausser Übertretungen jede Tat genügen lässt und so die strengeren Voraussetzungen der Verwahrung (Art. 64 StGB) unterläuft, mit der Folge, dass diese in der Praxis wesentlich an Bedeutung verloren hat, so besteht aller Anlass, über die Vollzugsform, die sie der Verwahrung annähernd gleichsetzt, nicht eine Vollzugsbehörde, sondern eine gerichtliche Behörde entscheiden zu lassen. Nicht von ungefähr ist es ebenso treffend wie verharmlosend, Art. 59 Abs. 3 StGB als «kleine Verwahrung» zu bezeichnen.

3. Art. 19 II lit. b StPO und Art. 82 Abs. 1 lit. b StPO

Art. 19 II lit. b StPO sieht vor, dass die Beurteilung durch ein Einzelgericht u.a. dann unzulässig ist, wenn die Staatsanwaltschaft eine Behandlung nach Artikel 59 Absatz 3 StGB beantragt. Art. 82 Abs. 1 lit. b StPO verbietet den Verzicht auf eine schriftliche Begründung u.a. dann, wenn das erstinstanzliche Gericht eine Behandlung nach Artikel 59 Absatz 3 StGB ausspricht. Beide Regelungen gehen offenkundig davon aus, dass die Staatsanwaltschaft die geschlossene Unterbringung nach Art. 59 Abs. 3 StGB beantragen und das Gericht sie im Urteil aussprechen kann. Zudem ist die StPO (2011) das jüngere Gesetz als das StGB (2007).