

Benjamin F. Brägger

Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Massnahmenrecht

Die Entwicklungen der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts im Rechtsgebiet der stationären Massnahmen sind aktuell sehr dynamisch und deshalb nicht immer einfach zu überblicken. Geklärt haben die Lausanner Richter kürzlich die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Vollzug einer stationären Massnahme beginnt und somit die Frist zu Berechnung der Massnahmendauer zu laufen anfängt. Zudem stellten sie klar, dass sämtliche im Zusammenhang mit der Anordnung, Verlängerung oder Aufhebung einer stationären Massnahme verbundenen Freiheitsentzüge auf die Massnahmendauer anzurechnen sind.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Strafprozessrecht; Strafen und Massnahmen. Pönologie

Zitiervorschlag: Benjamin F. Brägger, Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Massnahmenrecht, in: Jusletter 11. Juni 2018

Inhaltsübersicht

- I. Zeitpunkt des Massnahmenbeginns
 1. Antritt der Massnahme aus der Freiheit
 2. Antritt der Massnahme aus dem Freiheitsentzug
 3. Kurze Würdigung
- II. Anrechnung von anderen Formen des Freiheitsentzugs auf die Massnahmendauer
 1. Grundsatz
 2. Überhaft und Ersatzpflicht
 - 2.1. Im Allgemeinen
 - 2.2. Im Falle stationärer Massnahmen
 3. Kurze Würdigung
- III. Rechtsnatur und Folgen des vorzeitigen Massnahmenantritts
 1. Rechtsnatur
 2. Haftentlassung
 3. Kurze Würdigung
- IV. Geeignete Institutionen für den Vollzug von Massnahmen nach Art. 59 StGB
- V. Umwandlung einer Verwahrung in eine Massnahme nach Art. 59 StGB
- VI. Umwandlung einer Massnahme in eine Verwahrung
- VII. Umwandlung einer Freiheitsstrafe in eine stationäre Massnahme
- VIII. *Reformatio in peius*

Zusammenfassung

[Rz 1] Der nachfolgende Beitrag fasst die neuesten Entwicklungen der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts im Massnahmenrecht zusammen. Diese sind einerseits aktuell sehr dynamisch und andererseits nicht immer einfach zu überblicken. So wurde kürzlich geklärt, dass die fünfjährige Dauer der Massnahme nach Art. 59 Abs. 4 Satz 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) mit der Anordnung der gerichtlichen Massnahme beginnt, d.h. rückwirkend auf den Tag des Gerichtsurteils, sobald dieses rechtskräftig und vollstreckbar ist (Kapitel I). Zudem kann festgehalten werden, dass sämtliche im Zusammenhang mit der Anordnung, Verlängerung oder Aufhebung einer stationären Massnahme verbundenen Freiheitsentzüge auf die Massnahme anzurechnen sind. Dies kann zu sog. Überhaftssituationen führen, welche zu entschädigen sind, wenn keine Anrechnung auf die Grundstrafe erfolgen kann (Kapitel II). Schliesslich wurde in einem kürzlich ergangenen Leitentscheid unmissverständlich geklärt, dass der vorzeitige Straf- und Massnahmenvollzug nach Art. 236 der Strafprozessordnung (StPO) eine freiheitsentziehende strafprozessuale Zwangsmassnahme darstellt. Deshalb müssen Gesuche um Entlassung aus dem vorzeitigen Massnahmenantritt nach den strafprozessualen Verfahrensregeln für die Haftprüfung beurteilt werden (Art. 224 ff. StPO). Ein weiterdauernder Freiheitsentzug ist deshalb nur gerechtfertigt, wenn nach den massgebenden Bestimmungen der Strafprozessordnung die Voraussetzungen für die Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft gegeben sind (Kapitel III). Gemäss der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in einem Schweizer Fall dürfen psychisch kranke Straftäter, welche zu einer Massnahme nach Art. 59 StGB verurteilt wurden, nicht im Normalvollzug einer geschlossenen Strafanstalt untergebracht werden (Kapitel IV). Auch ergingen verschiedene Urteile im Zusammenhang mit der Frage der Umwandlung der Sanktionen. So darf eine Verwahrung nach Art. 64 StGB erst dann in eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB umgewandelt werden, wenn eine günstige Legalprognose vorliegt, die eine realistische Entlassungsperspektive aufzuzeigen vermag (Kapitel V). Geklärt wurde auch, dass eine sog. nachträgliche Verwahrung nur,

aber immerhin, auf dem Weg eines Revisionsverfahrens (sog. Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 410 ff. StPO) möglich ist (Kapitel VI). Dies gilt auch für die Umwandlung einer Strafe in eine stationäre Massnahme (Kapitel VII). Schliesslich wurde geklärt, dass das Verbot der sog. *reformatio in peius* (Schlechterstellungsverbot) im Massnahmenrecht keine Anwendung findet, d.h. der Anordnung einer anderen als der ursprünglich als indiziert erachteten Massnahme durch die Rechtsmittelinstanz generell nichts entgegen steht.

I. Zeitpunkt des Massnahmenbeginns

[Rz 2] Bis zum 25. Februar 2016 hatte sich das schweizerische Bundesgericht noch nie zur Frage geäussert, zu welchem Zeitpunkt eine gerichtliche oder gesetzliche Frist zur Berechnung der Höchstdauer der Massnahme zu laufen beginnt.¹ In seinem Leitentscheid BGE 142 IV 105 hält unser höchstes Gericht folgende Regeln für die Berechnung des Fristenlaufs bei stationären Massnahmen fest.

1. Antritt der Massnahme aus der Freiheit

[Rz 3] Tritt die verurteilte Person die stationäre Massnahme aus der Freiheit an, beginnt der Fristenlauf gemäss Art. 59 Abs. 4 StGB mit dem Eintritt in die Institution.² Dabei gilt, dass zur Berechnung der Frist auch diejenige Zeit anzurechnen ist, welche der Verurteilte in einer nicht für den Massnahmenvollzug spezialisierten Haftinstitution verbringt, um in eine forensische Klinik oder in eine Massnahmenvollzugsanstalt verlegt zu werden. Die effektive Behandlungsdauer ist nämlich um die nach dem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid ohne Behandlung in einer Straf- oder Haftanstalt verbrachte Zeit zu verkürzen.³

2. Antritt der Massnahme aus dem Freiheitsentzug

[Rz 4] Anders verhält es sich, wenn sich die verurteilte Person vor dem Antritt der stationären Massnahme in Untersuchungs⁴- oder Sicherheitshaft⁵, im vorzeitigen Sanktionenantritt⁶ oder aber in sog. Organisationshaft⁷ befindet. Hier gilt, dass die fünfjährige Dauer der Massnahme

¹ BGE 142 IV 105 E. 4.2.

² BGE 142 IV 105 E. 4.2 *in fine*.

³ BGE 142 IV 105 E. 5.8.1.

⁴ Vgl. dazu Art. 220 ff. der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

⁵ Vgl. dazu Art. 229 ff. StPO.

⁶ Vgl. dazu Art. 236 StPO.

⁷ Die Zeit, in welcher die betroffene Person ohne Behandlung in einer Straf- oder Haftanstalt wartet, um in eine geeignete Massnahmenvollzugseinrichtung verlegt zu werden, wird in Deutschland als sog. Organisationshaft bezeichnet. Die «Organisationshaft» dient der Vorbereitung des Massnahmenvollzugs. Sie führt aber dann zu einer gesetzeswidrigen und dem zu vollstreckenden Urteil widersprechenden Umkehrung der Vollstreckungsreihenfolge, wenn die Vollstreckungsbehörde nicht unverzüglich die Überstellung des Verurteilten in eine Massnahmenvollzugsinstitution einleitet und herbeiführt. Denn in der Justizvollzugsanstalt kann die durch die stationäre Massnahme bezweckte Behandlung des Verurteilten nicht gewährt werden (Beschluss vom 26. September 2005 des deutschen Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1019/01). Der Umstand, dass eine adäquate Institution für den Massnahmenvollzug nicht gefunden werden kann, berechtigt die Vollstreckungsbehörde nicht, den Betroffenen wochen- oder monatelang in einer Straf- oder Haftanstalt unterzubringen (BGE 142 IV 105 E. 5.8).

nach Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB mit der gerichtlichen Anordnung der Massnahme beginnt, liegt doch ab diesem Zeitpunkt ein gültiger materieller Vollzugstitel vor (Art. 59 Abs. 1 i.V. m. Art. 56 StGB)⁸. Besteht ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Entscheid, wird der verurteilten Person die Freiheit immer im Hinblick auf den Massnahmenvollzug entzogen.⁹ Dies führt dazu, dass die effektive Behandlungsdauer um die nach dem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid ohne Behandlung in einer Straf- oder Haftanstalt verbrachte Zeit verkürzt wird.¹⁰ Es gilt, dass sämtliche mit einer Massnahme verbundenen Freiheitsentzüge auf die Massnahme anzurechnen sind.¹¹

[Rz 5] Es gilt somit zu klären, wann ein Entscheid sowohl rechtskräftig als auch vollstreckbar ist. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Schweizerische Strafprozessordnung die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit von Entscheiden weitgehend voneinander trennt.¹²

[Rz 6] Gemäss Art. 437 der Schweizerischen Strafprozessordnung ist der Eintritt der Rechtskraft wie folgt geregelt:

Urteile und andere verfahrenserledigende Entscheide, gegen die ein Rechtsmittel nach der StPO zulässig ist, werden rechtskräftig, wenn die Rechtsmittelfrist unbenützt abgelaufen ist oder die berechtigte Person erklärt, auf ein Rechtsmittel zu verzichten oder aber ein ergriffenes Rechtsmittel zurückzieht oder die Rechtsmittelinstanz auf das Rechtsmittel nicht eintritt oder es abweist.

Die Rechtskraft tritt rückwirkend auf den Tag ein, an dem der Entscheid gefällt worden ist. Entscheide, gegen die kein Rechtsmittel nach der StPO zulässig ist, werden mit ihrer Ausfällung rechtskräftig.

[Rz 7] Nach Art. 387 StPO haben Rechtsmittel, die nach der Strafprozessordnung geltend gemacht werden, im Grundsatz keine aufschiebende Wirkung, d.h. auch angefochtene Entscheide werden rechtskräftig.¹³ Eine gewichtige Ausnahme bildet die Berufung, die nach Art. 402 StPO im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung hat. Das Berufungsgericht kann sodann ein neues Urteil fällen (Art. 408 StPO), welches das erstinstanzliche ersetzt oder aber dieses aufheben und zur Neuurteilung zurückweisen (Art. 409 StPO).

[Rz 8] Wird ein obergerichtliches Urteil mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen, hat die Beschwerde im Umfang der Begehren aufschiebende Wirkung, wenn sie sich gegen einen Entscheid richtet, der eine unbedingte Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme ausspricht (Art. 103 Abs. 2 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes; BGG).

[Rz 9] Entscheide des Bundesgerichts erwachsen am Tag ihrer Ausfällung in Rechtskraft (Art. 61 BGG).

⁸ Vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 6B_1203/2017 vom 1. November 2017 E. 4.1.3.

⁹ BGE 142 IV 105 E. 5.6 f.

¹⁰ BGE 142 IV 105 E. 5.8.1.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1213/2016 vom 8. März 2017 E. 2.2.; zur Frage der Anrechenbarkeit von Untersuchungs- und Sicherheitshaft auf den Massnahmenvollzug vgl. insbesondere auch BGE 141 IV 236.

¹² THOMAS SPRENGER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basel 2014, N. 9 zu Art. 437 StPO.

¹³ THOMAS SPRENGER (Fn. 12), N. 8 f. zu Art. 437.

[Rz 10] Hebt das Bundesgericht den Entscheid auf, weist es die Sache i.d.R. zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

[Rz 11] Weil die Rechtskraft rückwirkend auf den Tag eintritt, an dem der Entscheid gefällt wurde, ist für den Fristenlauf des Massnahmenvollzugs je nach Fallkonstellation das Datum des erstinstanzlichen oder des obergerichtlichen Urteils massgebend. Mit anderen Worten beginnt die fünfjährige Massnahmendauer rückwirkend mit dem Datum des Urteils des massgebenden Gerichts. Dabei spielt es für den Antrag auf Verlängerung der Massnahme keine Rolle, ob und wie lange während dieser Zeit eine Behandlung erfolgt ist oder nicht.

3. Kurze Würdigung

[Rz 12] Die Klärung der Frage durch das Bundesgericht, ab welchem Zeitpunkt die fünfjährige Frist gemäss Art. 59 Abs. 4 StGB zu laufen beginnt, ist für die Behörden, welche die stationäre Massnahme in Vollzug setzen und die vollzugsleitenden Entscheide erlassen¹⁴, äusserst wichtig, denn diesen obliegt u.a. rechtzeitig, d.h. vor Ablauf der Fünfjahresfrist, eine allfällige Verlängerung der Massnahmendauer beim zuständigen Gericht zu beantragen. Auch für die betroffenen Massnahmeninsassen ist diese Klärung von zentraler Bedeutung, um diese vor einem ungerechtfertigt lange dauernden Massnahmenvollzug zu schützen.

[Rz 13] Zu begrüssen ist, dass die neue Rechtsprechung unseres höchsten Gerichts Rechtsicherheit schafft. In seinem Leitentscheid beruft sich die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts¹⁵ auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, auf das Gleichheitsgebot und auf Praktikabilitätsgründe.

[Rz 14] Demzufolge sei der Lösungsansatz, welcher bestimme, dass die fünfjährige Dauer von Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB mit der gerichtlichen Anordnung der Massnahme beginne, sehr praktikabel, da in jedem Einzelfall unabhängig von den konkreten Umständen auf den Entscheid abgestellt werde, mit dem die Massnahme angeordnet wurde. So brauche jeweils nicht abgeklärt zu werden, ob der Massnahmenunterworfenen während seinem Aufenthalt in der Straf- oder Haftanstalt bereits teilweise therapeutisch betreut wurde, als er auf einen Behandlungsplatz wartete, und ob dies gegebenenfalls beim Beginn der Massnahmendauer zu berücksichtigen wäre.

[Rz 15] Auch das Gleichheitsgebot spreche dafür, den Aufenthalt nach Anordnung der Massnahme in einer Straf- oder Haftanstalt zu berücksichtigen, denn die einzelnen Betroffenen können in der Regel nicht beeinflussen, wie lange sie auf eine effektive Behandlung warten müssten.¹⁶ Die gefundene Lösung führe dazu, dass die effektive Behandlungsdauer um die nach dem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid ohne Behandlung in einer Straf- oder Haftanstalt verbrachte Zeit verkürzt werde. Dies sei in Kauf zu nehmen. Einzig auf den Freiheitsentzug während der stationären Behandlung abzustellen, wäre mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht ver-

¹⁴ Dabei handelt es sich um die sog. Vollstreckungsbehörde. Das Schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) spricht i.d.R. von der Vollzugsbehörde oder zuständigen Behörde. In der Praxis ist auch noch der Begriff «einweisenden Behörde» gebräuchlich. Zur begrifflichen Unterscheidung zwischen Strafvollstreckung und Strafvollzug und deren rechtliche Konsequenzen vgl. BENJAMIN F. BRÄGGER, in: Das schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, Stichwort: Vollstreckungsrecht/Vollzugsrecht, S. 510–514; Stichwort: Vollstreckungsplanung/Vollzugsplan, S. 503–514.

¹⁵ Diese Rechtsprechung wurde mit Urteil des Bundesgerichts 6B_1213/2016 vom 8. März 2017 bestätigt, vgl. dazu insbesondere E. 5.9.

¹⁶ BGE 142 IV 105 E. 5.6.

einbar. Diesfalls bliebe ein (längerer) Freiheitsentzug in einer Straf- oder Haftanstalt, während dem ein Betroffener ohne Behandlung auf einen Platz in einer geeigneten Einrichtung oder Strafanstalt wartet, unberücksichtigt,¹⁷ was dem Verhältnismässigkeitsprinzip widersprechen würde. Das Verhältnismässigkeitsprinzip stellt sicher, dass die Sicherheitsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen als wechselseitiges Korrektiv gesehen und im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden.¹⁸ Es nimmt somit bei stationären Massnahmen eine rechtstaatliche Begrenzungsfunktion wahr.

[Rz 16] Das Bundesgericht ist sich indessen bewusst, dass in Anwendung der neuen Rechtsprechung die effektive Behandlungsdauer um die Dauer der Untersuchungs- und Sicherheitshaft «verkürzt» und somit die Resozialisierung durch eine geeinigte Behandlung dementsprechend «unterlaufen» werde. Dabei handle es sich um eine unter Umständen nicht leicht zu lösende Problematik des Vollzugsmanagements. Diese Problematik ändere jedoch nichts daran, dass einer Person die Freiheit nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden dürfe (Art. 31 Abs. 1 der Bundesverfassung; BV).¹⁹

[Rz 17] Es zeigt sich somit, dass das Schweizerische Bundesgericht die grundrechtliche Perspektive stärker gewichtet, als die konkrete Umsetzung der stationären therapeutischen Massnahme. Dies ist aus verfassungsmässiger und dogmatischer Sicht zu begrüßen, stellt doch der Entzug der Freiheit einen der grösstmöglichen staatlichen Eingriffe in die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger dar. Dieser ist deshalb nach dem Wortlaut der Bundesverfassung²⁰ nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise rechtskonform. Diese Betrachtungsweise führt dazu, dass alle Freiheitsentzüge, die im Zusammenhang mit der Anordnung und Umsetzung einer stationären Massnahme stehen auf die Massnahmendauer anzurechnen sind.

[Rz 18] Die konkrete Umsetzung dieser Rechtsprechung wird jedoch dazu führen, dass in vielen Fällen die zuständige Vollstreckungsbehörde eine Verlängerung der stationären therapeutischen Massnahme beim zuständigen Gericht beantragen muss, obwohl die verurteilte Person entweder noch gar keine oder erst seit einer kurzen Zeitspanne eine deliktorientierte und rückfallpräventive Therapie erhalten hat. Dies erklärt sich dadurch, dass die Verfahren häufig sehr lange dauern, bis eine stationäre therapeutische Massnahme sowohl rechtskräftig als auch vollstreckbar wird. In der Praxis können leicht drei bis vier Jahre verstreichen, bis diese rechtlichen Bedingungen erfüllt sind. Während dieser Zeit befinden sich die beschuldigten Personen i.d.R. in Sicherheitshaft in sog. Haftanstalten oder aber im vorzeitigen Massnahmenantritt.²¹ Als problematisch erweist sich dabei in erster Linie die jeweils sehr lange Verfahrensdauer, welche von den Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden zu verantworten ist. Nur in zweiter Linie handelt es sich dabei – in den Worten des Bundesgerichts – um eine nicht leicht zu lösende Frage des Vollzugsmanagements. Die Gerichte habe diese Ausgangslage, d.h. die oftmals langen bis sehr langen Verfahrensdauern zu berücksichtigen, wenn die zuständige Vollstreckungsbehörde ein Antrag auf Verlängerung der Massnahme stellt, obwohl der Massnahmenunterworfenen entweder keine oder erst seit geraumer Zeit eine adäquate und gesetzlich vorgeschriebene Therapie erhalten hat. Dies liegt häufig nicht an einem mangelnden Vollzugsmanagement, sondern ist verfahrensrechtlich systembedingt.

¹⁷ BGE 142 IV 105 E. 5.8.1.

¹⁸ BGE 142 IV 105 E. 5.5 mit der dort zitierten weiteren Rechtsprechung.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1203/2017 vom 1. November 2017 E. 4.1.4.

²⁰ Art. 31 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

²¹ Zur kontrovers diskutierten Frage des vorzeitigen Massnahmenantritts gemäss Art. 236 StPO vgl. hinten unter III.

[Rz 19] Nichtsdestotrotz ist diese Rechtsprechung zu begrüssen. In einem Rechtsstaat sind grundrechtliche Kautelen immer stärker zu gewichten als vollzugspraktische Überlegungen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um die Frage einer rechtmässigen Inhaftierung handelt, d.h. wenn es darum geht, ob sich eine Inhaftierung auf einen rechtsgenügenden Vollzugstitel abstützen kann. Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage der Entschädigung.²²

[Rz 20] Wie bereits erwähnt, war die Frage des Fristenlaufs bei Massnahmen nach Art. 59 StGB bisher nicht geklärt. Deshalb wird die besprochene Rechtsprechung des Bundesgerichts sicherlich zu Fallkonstellationen führen, bei welchen die fünfjährige Frist gestützt auf die vom Bundesgericht nun geklärte Berechnungsmethode bereits abgelaufen ist, ohne dass die Vollstreckungsbehörde einen Verlängerungsantrag beim zuständigen Gericht stellen konnte. Bei diesen Fällen handelt es sich gewissermassen um eine Art von übergangsrechtlichen Konstellationen, bei denen im gerichtlichen Verlängerungsverfahren zu berücksichtigen ist, dass der zuständigen Vollstreckungsbehörde nicht vorgeworfen werden kann, dass sie die Frist nicht eingehalten hat und dass wegen der daraus resultierenden zeitlichen Dringlichkeit eventuell nicht alle prognostisch relevanten Unterlagen, wie beispielweise neue forensische Gutachten, vorliegen. In diesen Fällen muss das zuständige Gericht der Güterabwägung zwischen den Sicherheitsbelangen der Allgemeinheit und dem Freiheitsanspruch des Betroffenen ein besonderes Augenmerk schenken, um zu verhindern, dass Massnahmeninsassen, welche von der Vollstreckungsbehörde als immer noch stark rückfallgefährdet eingestuft werden, ohne genügende Entlassungsvorbereitungen nach mehrjähriger Inhaftierung auf die Strasse entlassen werden. Solche Fallkonstellationen sind sowohl für die betroffenen Personen als auch im Hinblick auf die Vermeidung von Rückfällen zu vermeiden.

II. Anrechnung von anderen Formen des Freiheitsentzugs auf die Massnahmendauer

1. Grundsatz

[Rz 21] Die in BGE 142 IV 105 E. 4.1 noch nicht abschliessend beurteilte Frage der Anrechenbarkeit anderer Formen von verbüssten Freiheitsentzügen an die Dauer einer stationären Massnahme, wurde spätestens mit Entscheid vom 8. März 2017 geklärt. Demnach gilt, dass sämtliche mit einer Massnahme verbundenen Freiheitsentzüge auf die Massnahme anzurechnen sind.²³ Dies bedeutet, dass die Untersuchungs²⁴- und Sicherheitshaft²⁵, welche während des Strafverfahrens verbüsst wurde, das zum Massnahmenentscheid führte, aber auch die Zeit im vorzeitigen Sanktionenantritt, sei dies ein vorzeitiger Straf- oder Massnahmenantritt²⁶, die Zeit in der sog. Organisationshaft²⁷ oder aber die Dauer einer vollstreckungsrechtlichen Sicherheitshaft während eines nachträglichen Verfahrens betreffend die Verlängerung oder Abänderung der Massnahme, auf die Dauer der Massnahme anzurechnen sind.

²² Siehe dazu das nachfolgende Kapitel II.

²³ Urteil des Bundesgerichts 6B_1213/2016 vom 8. März 2017 E. 2.2.; der sich auf BGE 141 IV 236 beruft.

²⁴ Vgl. dazu Art. 220 ff. StPO.

²⁵ Vgl. dazu Art. 229 ff. StPO.

²⁶ Vgl. dazu Art. 236 StPO.

²⁷ Vgl. dazu vorne Fn. 8.

[Rz 22] Das Bundesgericht legitimiert diese Sichtweise wie folgt²⁸: Gestützt auf Art. 51 StGB rechne das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden habe, auf die Strafe an.²⁹ Als Untersuchungshaft gelte jede in einem Strafverfahren verhängte Haft, Untersuchungs-, Sicherheits- und Auslieferungshaft (Art. 110 Abs. 7 StGB). Nach dem Wortlaut von Art. 51 StGB sei für die Anrechnung der Haft weder Tat- noch Verfahrensidentität erforderlich.³⁰ Anzurechnen sei sowohl auf unbedingte als auch auf bedingte Strafen.³¹ Art. 51 StGB liege der Grundsatz der umfassenden Haftanrechnung zugrunde. Erst wenn eine Anrechnung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft an eine andere Sanktion nicht mehr erfolgen könne, stelle sich die Frage der finanziellen Entschädigung.³² Der Ausgleich von Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft solle demnach in erster Linie als Realersatz erfolgen. Es sei dabei primär auf Freiheitsstrafen anzurechnen, sekundär auf allfällige Nebensanktionen wie Geldstrafen, Arbeitsstrafen oder Bussen.³³ Der Ausgleich in Form einer Entschädigung sei subsidiär. Der Betroffene habe diesbezüglich kein Wahlrecht.

[Rz 23] Nicht im Gesetz geregelt sei jedoch die Frage der Anrechnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft an freiheitsentziehende Massnahmen im Sinne von Art. 56 ff. StGB. Stationäre therapeutische Massnahmen nach Art. 59 StGB seien im Unterschied zu Strafen zeitlich relativ unbestimmt. Ihre Dauer hänge vom Behandlungsbedürfnis des Betroffenen und der Erfolgsaussicht der Massnahme (vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB) ab, letztlich also von den Auswirkungen der Massnahme auf die Gefahr weiterer Straftaten.³⁴ Der mit ihr verbundene Freiheitsentzug betrage in der Regel maximal fünf Jahre und könne um jeweils höchstens fünf Jahre verlängert werden (Art. 59 Abs. 4 StGB). Das Ende der Massnahme werde damit im Unterschied zum Ende der Strafe nicht durch simplen Zeitablauf bestimmt. Sie dauere vielmehr grundsätzlich so lange an, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich eine Zweckerreichung als aussichtslos erweise.³⁵ Der Vollzug der Massnahme gehe einer allenfalls gleichzeitig ausgesprochenen Freiheitsstrafe voraus (Art. 57 Abs. 2 StGB). Der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug sei auf die Strafe anzurechnen (Art. 57 Abs. 3 StGB).³⁶

[Rz 24] Der Wortlaut von Art. 431 Abs. 2 StPO stelle indessen klar, dass Untersuchungs- und Sicherheitshaft auch auf freiheitsentziehende Massnahmen anzurechnen seien. In dieser Norm sei, anders als in Art. 51 StGB, ausdrücklich von Sanktionen und nicht nur etwa von Strafen die Rede, welche Grundlage der Anrechnung bilden können. Unter Sanktionen als Rechtsfolgen eines Deliktes werden jedoch nicht nur Strafen verstanden, sondern auch Massnahmen im Sinne von Art. 56 ff. StGB. Die Anrechnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft auf freiheitsentziehende Massnahmen im Sinne von Art. 59 StGB entspreche überdies auch dem Willen des historischen Gesetzgebers und stehe auch dem Massnahmenzweck nicht entgegen.³⁷

²⁸ BGE 141 IV 236 E. 3.3 ff.

²⁹ Vgl. BGE 135 IV 126 E. 1.3.5

³⁰ Vgl. auch BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 154 ff.; Urteil des Bundesgerichts 1B_179/2011 vom 17. Juni 2011 E. 4.2; je mit Hinweisen.

³¹ Vgl. BGE 135 IV 126 E. 1.3.6; Urteil des Bundesgerichts 6B_75/2009 vom 2. Juni 2009 E. 4.3 und 4.4.

³² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_558/2013 vom 13. Dezember 2013 E. 1.5 mit Hinweisen.

³³ Vgl. BGE 135 IV 126 E. 1.3.6; BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 155 mit Hinweisen.

³⁴ Vgl. BGE 136 IV 156 E. 2.3.

³⁵ BGE 141 IV 49 E. 2.1 und 2.2 S. 51 f.

³⁶ Vgl. BGE 136 IV 156 E. 3.1.

³⁷ Die Erläuterungen dazu können in BGE 141 IV 236 E. 3.7 f. nachgelesen werden.

[Rz 25] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sämtliche im Zusammenhang mit der Anordnung, Verlängerung oder Aufhebung einer stationären Massnahme verbundenen Freiheitsentzüge auf die Massnahme anzurechnen sind.

2. Überhaft und Ersatzpflicht

2.1. Im Allgemeinen³⁸

[Rz 26] Art. 431 Abs. 2 StPO regelt die Frage der Überhaft, d.h. eines «übermässigen Freiheitsentzugs».³⁹ Überhaft liegt vor, wenn die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft oder der vorzeitige Sanktionenantritt⁴⁰ formell und materiell rechtmässig angeordnet wurde, die Haft aber länger dauerte als die ausgefallte Sanktion.⁴¹ Art. 431 Abs. 2 StPO stellt die Grundregel auf, dass Überhaft nur zu entschädigen ist, wenn sie nicht angerechnet werden kann.⁴² Dass die beschuldigte Person in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm versties, die Einleitung des Verfahrens schuldhaft veranlasste oder (teilweise) verurteilt wurde, ist für die Überhaftentschädigung ohne Belang. Soweit der Freiheitsentzug die tatsächlich ausgefallte Sanktion übersteigt, hat das Gericht neben der Anrechnung die Überhaft abzugelten.⁴³ *Ratio legis* ist der Grundsatz des Realausgleichs des Eingriffs in die persönliche Freiheit. Im Einklang mit Art. 51 StGB stellt Art. 431 Abs. 2 StPO daher die Regel auf, dass Überhaft primär an eine Sanktion anzurechnen ist und nur insoweit zu entschädigen ist, als keine Anrechnung erfolgen kann.⁴⁴

2.2. Im Falle stationärer Massnahmen⁴⁵

[Rz 27] Im Fall einer stationären Massnahme nach Art. 60 StGB (Suchtbehandlung) oder nach Art. 61 (Massnahme für junge Erwachsene) kann Überhaft dann entstehen, wenn die gesetzliche Höchstdauer der entsprechenden Massnahme erreicht ist⁴⁶ und die verurteilte Person nicht aus der Massnahme entlassen wird, weil die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung nicht gegeben sind, jedoch wegen Schuldunfähigkeit (Art. 19 Abs. 1 StGB) keine Grundstrafe vorliegt oder der bisherig erstandene Freiheitsentzug im Zusammenhang mit der Massnahme bereits länger gedauert hat, als die ursprüngliche Grundstrafe und das zuständige Gericht ablehnt, eine andere Massnahme gemäss Art. 65 StGB anzuordnen. In diesen Fällen liegt weder ein rechtsgültiger

³⁸ Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_1076/2016 vom 12. Januar 2017, namentlich E. 3.2.

³⁹ Urteil des Bundesgerichts 1B_136/2018 vom 9. April 2018 E. 3.1. (zur Publikation vorgesehen); vgl. dazu auch Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 6B_1076/2016 vom 12. Januar 2017 von BENJAMIN F. BRÄGGER, in: *forum poenale* 2018, S. 89 ff.

⁴⁰ Beim vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzug nach Art. 236 StPO handelt es sich um freiheitsentziehende strafprozessuale Zwangsmassnahme (BGE 143 IV 160). Dies ergibt sich auch aus einer systematischen Gesetzesauslegung. Die Bestimmung zum vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzug befindet sich im 5. Titel der StPO, welche sich den Zwangsmassnahmen widmet.

⁴¹ BGE 141 IV 236 E. 3.2.

⁴² BGE 141 IV 236 E. 3.3.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 6B_747/2016 vom 27. Oktober 2016 E. 3.2.

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_747/2016 vom 27. Oktober 2016 E. 3.5.1.

⁴⁵ Vgl. dazu die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung: BGE 141 IV 236; Urteil des Bundesgerichts 6B_1203/2017 vom 1. November 2017.

⁴⁶ Art. 60 Abs. 4 oder Art. 61 Abs. 4 StGB.

Hafttitel mehr vor, noch kann eine Anrechnung erfolgen. Deshalb liegt in diesen Konstellationen jeweils ein Fall von Überhaft vor, der entschädigungspflichtig ist.

[Rz 28] Im Fall von sog. stationären therapeutischen Massnahmen nach Art. 59 StGB gibt es grundsätzlich drei Situationen, die zu einer entschädigungspflichtigen Überhaft führen können. Dauert das Verfahren zur Anordnung der stationären Massnahme länger als die erstmalige Massnahmendauer von fünf Jahren (Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB), d.h. liegt nach fünf Jahren nach der Inhaftierung der beschuldigten Person immer noch kein rechtskräftiger und vollstreckbarer Entscheid vor, kann die Massnahme auch nicht nach Art. 59 Abs. 4 Satz 2 verlängert werden. Stellt sich nun rückblickend heraus, dass das Gericht dem Massnahmenverlängerungsantrag, der von der Vollstreckungsbehörde unverzüglich gestellt wurde, nach dem die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urteils eingetreten ist, nicht Folge leistet, liegt kein rechtsgültiger Massnahmenvollzugstitel mehr vor für die Inhaftierungszeit nach Ablauf der fünfjährigen Initialfrist. Überhaft ergibt sich sodann, wenn entweder keine Grundstrafe besteht oder aber keine Reststrafe mehr vollzogen werden kann, weil die bisherige Inhaftierungsdauer⁴⁷ die Grundstrafe bereits übersteigt. Weil in diesem Falle auch keine Anrechenbarkeit mehr möglich ist, entsteht eine Entschädigungspflicht.⁴⁸

[Rz 29] Die häufigere Fallkonstellation ist sicherlich diejenige, bei welcher die stationäre therapeutische Massnahme von der Vollstreckungsbehörde wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben wird (Art. 62c StGB)⁴⁹ und das zuständige Gericht keine andere Massnahme anordnet (Art. 62c Abs. 3 und 4 StGB). Besteht bei dieser Fallkonstellation keine Grundstrafe oder aber keine vollstreckbare Reststrafe, besteht mangels Anrechenbarkeit des bereits verbüsstes Freiheitsentzugs ein entschädigungspflichtiger Fall von Überhaft. Gleich verhält es sich, wenn das Gericht nach Ablauf der Initialfrist von fünf Jahren dem Verlängerungsantrag der Vollstreckungsbehörde nicht Folge leistet und der Verurteilte aus der Massnahme bedingt oder definitiv zu entlassen ist. Wurde die betreffende Person zu Sicherung dieses nachträglichen Entscheides nach der initialen fünfjährigen Massnahmendauer in vollstreckungsrechtliche Sicherheitshaft genommen, liegt Überhaft vor, wenn keine Grundstrafe vorliegt oder aber die Zeit dieser Sicherheitshaft im nachträglichen Verfahren nicht mehr auf die Grundstrafe anrechenbar ist.

3. Kurze Würdigung

[Rz 30] Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass in allen Fällen, bei welchen eine stationäre Massnahme erfolgreich beendet worden ist (Art. 62b StGB), der damit verbundene Freiheitsentzug ohne Entschädigungspflicht länger sein kann, als die Dauer der Grundstrafe.⁵⁰ Dies liegt im Prinzip des Massnahmenrechts, welches präventive, schuldüberschiessende Freiheitsentzüge zulässt, um das Rückfallrisiko zu reduzieren. Im Falle der Aufhebung wegen Aussichtslosigkeit oder der Nichtverlängerung muss jeweils geprüft werden, ob die Dauer der im Zusammenhang mit dieser stationären Massnahme erstandenen Freiheitsentzüge durch die Grundstrafe abgedeckt ist, d.h. anrechenbar ist. Im gegenteiligen Fall muss der ungerechtfertig-

⁴⁷ Dabei müssen alle während der Verfahrensdauer ausgestandenen Freiheitsentzüge angerechnet werden, gleichgültig ob es sich um Untersuchungs-, Sicherheitshaft oder vorzeitigem Sanktionenantritt handelt.

⁴⁸ Dies stellt keine häufige Fallkonstellation dar, hat sich jedoch in der Praxis bereits ergeben.

⁴⁹ Vgl. dazu BGE 141 IV 49.

⁵⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_136/2018 vom 9. April 2018, E. 4.3. (zur Publikation vorgesehen).

te Freiheitsentzug, d.h. derjenige, welcher rückblickend durch keinen Hafttitel abgedeckt war, wegen Überhaft entschädigt werden.

III. Rechtsnatur und Folgen des vorzeitigen Massnahmenantritts

1. Rechtsnatur

[Rz 31] Mit Urteil der strafrechtlichen Abteilung vom 16. Februar 2017 hat das Bundesgericht in seinem Leitentscheid⁵¹ die Rechtsnatur und Folgen des vorzeitigen Massnahmenantritts eindeutig geklärt.

[Rz 32] Der vorzeitige Straf- oder Massnahmenantritt stellt folglich seiner Natur nach eine strafprozessuale Zwangsmassnahme auf der Schwelle zwischen Strafverfolgung und Strafvollzug dar.⁵² Damit soll schon vor Erlass des rechtskräftigen Strafurteils ein Haftregime ermöglicht werden, das auf die persönliche Situation der beschuldigten Person zugeschnitten ist. Zudem können erste Erfahrungen mit der voraussichtlich sachlich gebotenen Vollzugsform gesammelt werden.⁵³ Für eine Fortdauer der strafprozessualen Haft in den Modalitäten des vorzeitigen Strafvollzugs muss weiterhin mindestens ein besonderer Haftgrund (analog zu Art. 221 StPO) vorliegen.⁵⁴ Sodann muss der vorzeitige Strafvollzug verhältnismässig sein,⁵⁵ ansonsten dieser gegen das Überhaftverbot verstösst.⁵⁶

2. Haftentlassung

[Rz 33] Der vorzeitige Strafantritt betrifft nur das Vollzugsregime. Die strafprozessuale Haft wird nicht wie üblich in einer Haftanstalt vollzogen, die diesem Zweck vorbehalten ist (vgl. Art. 234 Abs. 1 StPO). Mit dem vorzeitigen Antritt der Strafe ändern sich allein die Vollzugsmodalitäten, indem das Regime der Vollzugsanstalt zur Anwendung gelangt. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich beim vorzeitigen Strafantritt um nichts anderes als um eine Variante der strafprozessualen Haft handelt. Das Erfordernis einer klaren gesetzlichen Grundlage für den mit dem vorzeitigen Strafantritt verbundenen Freiheitsentzug bleibt davon unberührt.⁵⁷ Die Einwilligung zum vorzeitigen Strafantritt entbindet die Strafbehörden lediglich davon, das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren zur Anordnung und Prüfung der strafprozessualen Haft (Art. 224 ff. StPO) einzuhalten. Mit seiner ausdrücklichen Einwilligung zum vorzeitigen Strafantritt, die eine Grundvoraussetzung zur Bewilligung dieses Haftinstituts darstellt, verzichtet die beschuldigte Person auf die ihr durch Verfassung und die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfrei-

⁵¹ BGE 143 IV 160.

⁵² BGE 133 I 270 E. 3.2.1.

⁵³ BGE 126 I 172 E. 3a.

⁵⁴ BGE 133 I 270 E. 3.2.1.

⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 1B_69/2016 vom 21. März 2016 E. 2.1.

⁵⁶ Vgl. dazu vorne unter II. 2.

⁵⁷ BGE 143 IV 160 E. 2.1.

heiten (EMRK) garantierten und in der Strafprozessordnung konkretisierten Garantien;⁵⁸ denn ohne ihre Einwilligung müssten diese zwingend eingehalten werden.⁵⁹

[Rz 34] Die beschuldigte Person hat das Recht, jederzeit ein Gesuch um Entlassung aus dem vorzeitigen Sanktionenantritt zu stellen.⁶⁰ Reicht die beschuldigte Person, die vorzeitig die Strafe oder Massnahme angetreten hat, ein Haftentlassungsgesuch ein, ist unbestritten, dass ein weiterer Freiheitsentzug nur gerechtfertigt ist, wenn nach den massgebenden Bestimmungen der Strafprozessordnung die Voraussetzungen für die Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft gegeben sind. Mit ihrem Haftentlassungsgesuch bringt sie aber auch klar zum Ausdruck, dass sie nicht nur die materiellen Voraussetzungen der Haft bestreitet, sondern im Hinblick auf einen allfälligen weiteren Freiheitsentzug nicht mehr länger auf die ihr nach der Strafprozessordnung zustehenden Verfahrensgarantien verzichtet. Deshalb hat die mit der Behandlung des Haftentlassungsgesuchs befasste Behörde nach den für die Haftprüfung geltenden Verfahrensregeln zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft nach wie vor gegeben sind. Verneint sie diese, hat sie die Haftentlassung zu verfügen. Bejaht sie die Voraussetzungen, hat sie formell die Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft anzuordnen, da nur so die zur Begründung eines rechtmässigen Freiheitsentzugs bestehenden Garantien eingehalten werden können.⁶¹

[Rz 35] Weil es sich beim vorzeitigen Antritt einer stationären Massnahme somit um eine freiheitsentziehende strafprozessuale Zwangsmassnahme handelt,⁶² besteht somit weder Raum für ein strafrechtliches Entlassungsverfahren nach Art. 86/62 StGB noch für eine Verlängerung der vorzeitig angetretenen stationären Massnahme nach fünfjähriger Dauer analog eines nachträglichen Verfahrens nach Art. 59 Abs. 4 Satz 2 StGB. Einzig das Vorliegen von strafprozessualen Haftgründen rechtfertigt eine weitere Inhaftierung von Personen im vorzeitigen Sanktionenantritt.

3. Kurze Würdigung

[Rz 36] Aus dogmatischer Sichtweise, d.h. wegen des strafprozessualen Grundsatzes der Unschuldsvormutung (Art. 10 Abs. 1 StPO), ist der vorzeitige Sanktionenantritt im Allgemeinen und der vorzeitige Antritt einer stationären Massnahme im Besonderen grundsätzlich abzulehnen. In der Praxis kommt es immer wieder zu kaum lösbaren Spannungsfeldern. Vielfach willigen die beschuldigten Personen in einen vorzeitigen Massnahmenantritt ein, jedoch nur, um in den Genuss von besseren Haftbedingungen in Kliniken oder Massnahmenvollzugsanstalten zu gelangen. Sie streiten jedoch nach der Verlegung dann häufig die ihnen im laufenden Strafverfahren zur Last gelegten Delikte ab. Mit dem Argument, sie seien unschuldig und hätten die ihnen vorgehaltenen Delikte nicht begangen, verweigern sie deshalb regelmässig die Teilnahme an den forensischen, delikts- und risikoorientierten therapeutischen Interventionen, welche dazu beitragen sollen, die Legalprognose der inhaftierten Person zu verbessern.

⁵⁸ BGE 143 IV 160 E. 2.2.

⁵⁹ BGE 117 Ia 72 E. 1c.

⁶⁰ BGE 117 Ia 72 E. 1d.

⁶¹ BGE 143 IV 160 E. 2.3.

⁶² Vgl. dazu vorne Fn. 40.

[Rz 37] Aus diesen Gründen hält die Richtlinie des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweizer Kantone vom 3. November 2017 betreffend Vollzugsplanung und Vollzugsplan in Art. 9 Abs. 4 fest: «Wartet die eingewiesene Person auf ihre Verlegung in eine geeignete therapeutische Einrichtung oder befindet sie sich im vorzeitigen Massnahmenvollzug nach Art. 236 StPO, konzentriert sich die Vollzugsplanung auf Behandlungen der Störung oder Abhängigkeit der eingewiesenen Person sowie auf Massnahmen zur Förderung des sozialen Verhaltens und der Fähigkeiten im Arbeitsbereich, wenn der Gesundheitszustand dies zulässt» (vgl. Art. 10 Abs. 2).⁶³ Somit steht die ärztliche, medikamentöse Behandlung einer allfälligen Störung oder Abhängigkeit im Vordergrund, jedoch nicht eine delikts- oder risikoorientierte Therapie, welche auf eine Rückfallverminderung abzielt.

[Rz 38] Der Gesetzgeber war sich dieses nicht abschliessend auflösbaren Dilemmas bewusst, hält er doch in Art. 236 Abs. 3 StPO fest, dass der Bund und die Kantone vorsehen können, dass der vorzeitige Massnahmenvollzug der Zustimmung der Vollzugsbehörde⁶⁴ bedarf. Die Kantone sollten wegen den sich häufig in der Praxis stellenden Problemen in Bezug auf die Umsetzung der forensischen, delikts- und risikoorientierten therapeutischen Interventionen während des vorzeitigen Massnahmenvollzugs nach der hier vertretenen Meinung von diesem Vorbehalt Gebrauch machen.⁶⁵

IV. Geeignete Institutionen für den Vollzug von Massnahmen nach Art. 59 StGB

[Rz 39] Stationäre therapeutische Einrichtungen für die Behandlung von psychisch gestörten Straftätern (Art. 59 StGB), für die Suchtbehandlung abhängiger Verurteilter (Art. 60 StGB) und den Vollzug von Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) sind gemäss Art. 58 Abs. 2 StGB vom Strafvollzug getrennt zu führen.

[Rz 40] Der akute Mangel an gesicherten Therapieplätzen in psychiatrischen Kliniken hat dazu geführt, dass in den vergangenen Jahren in mehreren geschlossenen Strafanstalten sog. Therapieabteilungen eröffnet wurden. Man kann sich mit Fug streiten, ob eine geschlossene Strafanstalt wirklich eine geeignete Einrichtung ist, um erfolversprechend therapeutisch zu arbeiten. Sicherlich ist es jedoch illusorisch, in diesem Umfeld sog. milieutherapeutische Ansätze zu verfolgen, ist doch eine geschlossene Strafanstalt auf Grund des Sicherheitsauftrages notwendigerweise weit von den Lebensbedingungen in Freiheit entfernt. Diese Sichtweise wird auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem Urteil vom 9. Januar 2018 geteilt.⁶⁶ Die Schweiz wurde wegen einer Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK verurteilt, weil ein psychisch kranker Straftäter, welcher eine Massnahme nach Art. 59 StGB zu verbüssen hatte, in einer geschlossenen Strafanstalt untergebracht war, welche offensichtlich die notwendige Therapie und Pflege nicht gewährleisten konnte.

⁶³ Richtlinie der Konkordatskonferenz des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweizer vom 3. November 2017 betreffend Vollzugsplanung und Vollzugsplan, SSED 11.0, einsehbar unter: <https://www.konkordate.ch/konkordatliche-erlasse>, alle Websites zuletzt besucht am 29. Mai 2018.

⁶⁴ Auch Vollstreckungs- oder einweisende Behörde genannt, vgl. dazu auch vorne Fn. 14.

⁶⁵ Dies sieht beispielsweise der Kanton Basel-Stadt in seinem am 28. März 2018 in die Vernehmlassung geschickten Gesetzesentwurf über den Justizvollzug vor (vgl. dazu § 6 Abs. 2 des Entwurfs).

⁶⁶ Urteil des EGMR *Kadusic Mihret gegen Schweiz* vom 9. Januar 2018.

[Rz 41] Eine freie Durchmischung von zu stationären therapeutischen Massnahmen Verurteilten mit Strafgefangenen ist nicht gesetzeskonform. In dieser Mischunterbringung kann die gesetzlich geforderte forensische Behandlung grundsätzlich nicht gewährleistet werden. Der EGMR hält dazu fest, dass der Freiheitsentzug einer wegen ihrer psychischen Krankheit verurteilten Person nur rechtmässig i.S.v. Art. 5 Abs. 1 EMRK ist, wenn dieser in einem Krankenhaus, einer Klinik oder einer anderen geeigneten Einrichtung durchgeführt wird. Der Freiheitsentzug im sog. Normalvollzug einer geschlossenen Strafanstalt ist für psychisch kranke Straftäter offensichtlich ungeeignet.⁶⁷ Diese Platzierungs- und Trennungsvorschriften sind im schweizerischen Vollzugsalltag leider immer noch wenig bekannt und werden deshalb auch nicht immer respektiert.

[Rz 42] Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es drei gesetzlich erlaubte Unterbringungsformen für die stationäre Behandlung von psychisch schwer gestörten Rechtsbrechern gibt, die im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR stehen, nämlich der Freiheitsentzug in:

- (forensisch-)psychiatrischen Kliniken, diese können sog. offen oder geschlossen geführte Behandlungsplätze anbieten;
- Massnahmenvollzugszentren, diese können sog. offen oder geschlossen geführte Therapieplätze anbieten;
- geschlossenen Strafanstalten, welche sog. therapeutische Spezialabteilungen mit geschlossenen geführten Therapieplätzen anbieten.

V. Umwandlung einer Verwahrung in eine Massnahme nach Art. 59 StGB

[Rz 43] Gemäss der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet werden, wenn im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer Straftaten deutlich verringern. Somit reichen einerseits die bloss vage Möglichkeit einer Verringerung der Gefahr und andererseits die Erwartung einer lediglich minimalen Verringerung nicht aus. Bezogen auf den Zeitraum ist davon auszugehen, dass gemäss Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB die stationäre therapeutische Massnahme in der Regel höchstens fünf Jahre beträgt. Das Gericht kann gegenüber einem psychisch schwer gestörten Täter eine therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB anordnen, wenn im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich durch eine solche Behandlung über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr von weiteren mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Taten deutlich verringern lässt. Es muss jedoch im Zeitpunkt des Entscheids nicht hinreichend wahrscheinlich sein, dass schon nach einer stationären Behandlung von fünf Jahren ein Zustand erreicht werden kann, der es rechtfertigt, dem Täter die Gelegenheit zu geben, sich in der Freiheit zu bewähren, und ihn daher aus der stationären Massnahme bedingt zu entlassen.⁶⁸

[Rz 44] Eine Verwahrung nach Art. 64 StGB kann erst dann in eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB umgewandelt werden, wenn eine günstige Legalprognose vorliegt, die eine realistische Entlassungsperspektive aufzuzeigen vermag.⁶⁹ Da jeder Freiheitentzug

⁶⁷ Urteil des EGMR *Kadusic Mihret gegen Schweiz* vom 9. Januar 2018; vgl. dazu die Urteilsübersetzung in deutscher Sprache: Newsletter Menschenrechte (NLMR), März 2018 S. 24 N. 45 und 58.

⁶⁸ BGE 134 IV 315, insb. in E. 3.4.1 und E. 5.

⁶⁹ BENJAMIN F. BRÄGGER, Der Verwahrungsvollzug [...], in: Nicolas Queloz et al., Überwachen und Strafen: Neuere Entwicklungen im Justizvollzug, 2018, S. 140; Urteil des Bundesgerichts 6B_1343/2017 vom 9. April 2018 E. 2.9.

gemäss Art. 31 BV und Art. 75 Abs. 1 StGB sowie Art. 5 EMRK in einer Entlassungsperspektive steht,⁷⁰ sind auch während des Verwahrungsvollzugs alle intramuralen betreuerischen, therapeutischen und medizinischen sowie pädagogischen Interventionen anzubieten, welche dazu beitragen helfen können, in Richtung einer realistischen Entlassungsperspektive hinzuarbeiten.⁷¹

VI. Umwandlung einer Massnahme in eine Verwahrung

[Rz 45] Ist bei Aufhebung einer Massnahme, die auf Grund einer Straftat nach Artikel 64 Absatz 1 StGB angeordnet wurde, ernsthaft zu erwarten, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht, so kann das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verwahrung anordnen (Art. 62c Abs. 4 StGB).

[Rz 46] Diese Bestimmung zur Anpassung eines in Rechtskraft erwachsenen Strafurteils, welche seit der StGB Revision von 2007 Gültigkeit hat, gehört aus einer grundrechtlichen Perspektive betrachtet wohl zu den umstrittensten Neuerungen des Massnahmenrechts. Es stellen sich Fragen, ob diese Bestimmungen mit Art. 5 EMRK, dem Verbot der Doppelbestrafung und mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Nichtanpassung von rechtskräftigen Strafurteilen vereinbar sind.⁷²

[Rz 47] Geklärt ist, dass eine sog. nachträgliche Verwahrung nur, aber immerhin, auf dem Weg eines Revisionsverfahrens (sog. Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 410 ff. StPO) möglich ist. Eine Abänderung eines rechtskräftigen Sachurteils darf rechtstaatlich nur möglich sein, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel, die bereits zum Zeitpunkt der damaligen Verurteilung vorlagen oder bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis hatte, ins Recht gelegt werden können.⁷³ Ein neues psychiatrisches Gutachten⁷⁴ kann im Einzelfall die Anforderungen für eine Revision erfüllen.⁷⁵ Eine nachträgliche Verwahrung, welche sich nicht auf diese revisionsrechtlichen Anforderungen stützen kann, ist konventionswidrig und somit ungültig.⁷⁶ Das schweizerische Bundesgericht weist deutlich darauf hin, dass eine nachträgliche Verwahrung immer nur unter strikter Anwendung des *ultima ratio* Grundsatzes ausgesprochen werden dürfe, auch wenn Revisionsgründe vorliegen.⁷⁷

[Rz 48] Es zeigt sich, dass einer nachträglichen Anpassung eines rechtskräftigen Urteils aus rechtstaatlicher Sicht enge Grenzen gesetzt sind. Wurden die Weichen im Ursprungsurteil ungenau oder gar falsch gestellt, ist es auch bei sehr gefährlichen Verurteilten nachträglich sehr schwierig bis unmöglich, eine Änderung der Sanktion in grundrechtlich unbedenklicher Art und Weise anzuordnen, ungeachtet ob dies gestützt auf Art. 62c Abs. 4 StGB oder Art. 65 Abs. 2 StGB erfolgt.

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_1343/2017 vom 9. April 2018 E. 2.5.3.

⁷¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1343/2017 vom 9. April 2018 E. 2.10.

⁷² Vgl. dazu CHRIS LEHNER, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, Eine Auseinandersetzung mit Art. 65 Abs. 1 StGB, Diss. Zürich 2015.

⁷³ Vgl. dazu MARIANNE HEER, Basler Kommentar Strafrecht I, Basel 2013, N. 19 und 39 zu Art. 65.

⁷⁴ Zum Begriff und Stellenwert des Gutachtens vgl. BENJAMIN F. BRÄGGER/MARC GRAF, Gefährlichkeitsbeurteilung von psychisch kranken Straftätern, in: Jusletter 27. April 2015, Rz. 31 ff.

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_404/2011 vom 2. März 2012.

⁷⁶ Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Mai 2011 zur Sicherungsverwahrung 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10; 2 BvR 2333/08, 2 BvR 571/10, 2 BvR 1152/10; vgl. dazu <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2011/bvg11-031.html>.

⁷⁷ BGE 137 IV 59 E. 6.2.

VII. Umwandlung einer Freiheitsstrafe in eine stationäre Massnahme

[Rz 49] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anerkennt in seinem Urteil vom 9. Januar 2018, dass eine Freiheitsstrafe nachträglich in eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB umgewandelt werden kann, wenn ein ausreichender Kausalzusammenhang zur Verurteilung und damit auch zur Straftat besteht. Hierzu müssen die neuen Tatsachen oder Beweismittel, die ins Recht gelegt werden, bereits vor dem Entscheid vorgelegen haben.⁷⁸ Deshalb müssen auch für eine rechtlich anstandslose Umwandlung einer Strafe in eine stationäre therapeutische Massnahme strafprozessuale Revisionsgründe vorliegen.⁷⁹

VIII. *Reformatio in peius*

[Rz 50] Obwohl die Frage, ob unter dem Aspekt der *reformatio in peius* im Rechtsmittelverfahren bzw. nach einer Rückweisung eine Massnahme durch eine stärker in die persönliche Freiheit eingreifende andere Massnahme ersetzt werden kann, in der Lehre umstritten beurteilt wird,⁸⁰ hat die öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts in einem zur Veröffentlichung vorgesehenen Leitentscheid vom 9. April 2018 dies eindeutig als zulässig erklärt.⁸¹

[Rz 51] Nach der publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts stehe der Anordnung einer anderen als der ursprünglich als indiziert erachteten Massnahme durch die Rechtsmittelinstanz generell nichts entgegen.⁸² Die Umwandlung einer ambulanten in eine stationäre Massnahme im Rechtsmittelverfahren sei demnach als zulässig einzustufen. Dies sei damit zu begründen, dass ein solches Vorgehen im objektiven Interesse des Betroffenen liege, mit seiner psychischen Störung umgehen zu können und nicht rückfällig zu werden. Zugleich könne damit das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit gewährleistet werden. Nicht verkannt werde dabei, dass solche Behandlungen deutlich länger dauern können als eine schuldangemessene Strafe. Der Gesetzgeber habe aber klar zum Ausdruck gebracht, dass eine Behandlung des Betroffenen möglichst Vorrang haben soll. Im Übrigen wäre es wenig effizient, dem Gericht im Rechtsmittelverfahren eine Befugnis abzuspochen, die der Gesetzgeber ihm nach Rechtskraft des Urteils ohne weiteres einräume.⁸³

[Rz 52] Nach dem Gesagten stehe das Schlechterstellungsverbot der Aussprechung einer stationären Massnahme im Rechtsmittelverfahren bzw. nach einer Rückweisung nicht entgegen.⁸⁴

⁷⁸ Urteil des EGMR *Kadusic Mihret gegen Schweiz* vom 9. Januar 2018; vgl. dazu auch <https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/egmr/ch-faelle-dok/unzulaessige-anordnung-therapeutischer-massnahme>.

⁷⁹ Wie dies MARIANNE HEER (Fn. 73), N. 19 zu Art. 65 fordert.

⁸⁰ MARIANNE HEER (Fn. 73), N. 22 ff. zu Art. 56 StGB.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 1B_136/2018 vom 9. April 2018 (zur Publikation vorgesehen).

⁸² Urteil des Bundesgerichts 1B_136/2018 vom 9. April 2018 E. 4.3. *in fine* (zur Publikation vorgesehen); vgl. dazu auch BGE 123 IV I E. 4c.

⁸³ Zur Möglichkeit der nachträglichen Ersetzung einer ambulanten strafvollzugsbegleitenden Massnahme durch eine stationäre Massnahme gestützt auf Art. 63b Abs. 5 StGB vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_253/2015 vom 23. Juli 2015 E. 2.2.2; siehe auch CHRIS LEHNER (Fn. 72), S. 103 ff.

⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 1B_136/2018 vom 9. April 2018 E. 4.3. *in fine* (zur Publikation vorgesehen).

Dr. iur. BENJAMIN F. BRÄGGER, Direktor des Schweizerischen Instituts für Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrecht, Börsingen.

Der Autor dankt Frau Rechtsanwältin MLaw Deborah Torriani herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts.