



Jugendstrafrecht/Sanktionenrecht HS 18

Musterlösung Teil Sanktionenrecht

Hinweise zur Musterlösung

- Die Musterlösung stellt ein hinreichendes Beispiel zur Erreichung der vollen Punktzahl dar; sie ist nicht umfassend.
- Die Musterlösung stellt eine standardisierte Lösung dar. Deshalb sind Abweichungen vom Punkteraster möglich. Abzüge sind namentlich denkbar aufgrund von Aufbaufehlern, Widersprüchlichkeiten, Unklarheiten oder fehlerhaften Ausführungen.

Frage 1

Mit der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Revision des StGB AT sind kurze Freiheitsstrafen zugunsten von Geldstrafen zurückgedrängt worden. Im Entwurf des Bundesrates zu der am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Sanktionenreform war zum einen die Wiedereinführung der kurzen bedingten Freiheitsstrafe vorgesehen. Zum anderen sollte der Vorrang der Geldstrafe abgeschafft werden. Erläutern Sie, ob und inwiefern diese Vorhaben im geltenden Recht umgesetzt wurden. Die einschlägigen Bestimmungen des geltenden StGB sind hierbei kritisch zu würdigen.

Lösung:

Die kurze *bedingte* Freiheitsstrafe ist tatsächlich wieder eingeführt worden (1). Die Priorität der Geldstrafe hingegen ist nicht abgeschafft worden, sondern nur in kleinem Ausmass eingeschränkt (2).

(1) Nach der am 1.1.2007 in Kraft getretenen Sanktionenrevision war in Art. 40 und 41 Abs. 1 aStGB nur noch die Möglichkeit von *unbedingten* kurzen Freiheitsstrafen vorgesehen. Die kurze *bedingte* Freiheitsstrafe unter sechs Monate war abgeschafft worden.

Nun sieht Art. 40 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 StGB neu wieder die Möglichkeit der kurzen *bedingten* Freiheitsstrafe ab 3 Tage vor. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs der kurzen Freiheitsstrafe ist insofern diskutabel, als diese selber in der Diskussion steht. Ihr unbedingter Vollzug, regelmässige Konsequenz eines Rückfalls, ist wenig erstrebenswert und kann durch verschiedene Surrogate abgewendet werden: Halbgefängenschaft (Art. 77b StGB), gemeinnützige Arbeit (Art. 79a StGB) und elektronische Überwachung (Art. 79 StGB).

(2) Art. 41 Abs. 1 StGB sieht noch immer den Vorrang der Geldstrafe vor. Insofern wurde ein grosses Ziel des Bundesrates während der Revision wieder fallen gelassen. Die Anordnung einer kurzen Freiheitsstrafe ist aber in zwei Ausnahmefällen weiterhin vorgesehen (lit. a und lit. b), wobei die Wahl dieser Sanktion zusätzlich zu begründen ist (Abs. 2). Vorausgesetzt ist dabei, dass der einschlägige Tatbestand sowohl Geld- wie auch Freiheitsstrafe androht. Da die Anzahl der Tagessätze einer Geldstrafe (nunmehr) auf 180 beschränkt ist, sind nur im Bereich von 3 bis 180 Tagessätzen beide Sanktionen, d. h. sowohl die Freiheitsstrafe als auch die Geldstrafe möglich.

Der Ausnahmefall von Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB widerspricht dem Befund der sog. Austauschbarkeit der Sanktionen (Austauschbarkeitsthese, auch Gleichwertigkeitsthese genannt). Sie besagt, dass, aufs Ganze gesehen, die Freiheitsstrafe keine besseren spezialpräventiven Effekte erzielt als eine Geldstrafe. Im Allgemeinen ist also eine Freiheitsstrafe nicht besser geeignet, spätere Straffälligkeit zu verhindern. Dennoch soll Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB im Einzelfall angewendet werden, wenn unter den konkreten Umständen eine Freiheitsstrafe zur Rückfallprävention wirksamer erscheint. Der Wechsel kann bei einer bedingten oder unbedingten Geldstrafe erfolgen.

Der Ausnahmefall von Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB gilt dem Wortlaut nach auch, wenn die Geldstrafe bedingt ausgesprochen wird. Er muss jedoch auf den Fall

der unbedingten Geldstrafe beschränkt werden, weil ein Nichtvollzug nur drohen kann, wenn an sich vollzogen werden müsste.

Frage 2:

Der ehrgeizige Sebastian (S), 19, hatte nach erfolgreich bestandener Matura gerade sein Rechtsstudium begonnen und blickte mit Zuversicht auf eine glänzende Anwaltskarriere, als er seine neue Freundin Viola (V), 31, kennenlernte. V war schon mehrfach vorbestraft und es zeigte sich schnell ab, dass sie einen schlechten Einfluss auf S hatte. Blind vor Liebe merkte er jedoch nicht, wie er allmählich sein Studium vernachlässigte und immer mehr in schlechte Kreise geriet, bis er schliesslich selber straffällig wurde: Während eines Drogengeschäfts, bei dem der Dealer V an ihre Schulden erinnerte, rastete S aus und prügelte ihn beinahe zu Tode. In der Folge wurde S zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 3 Jahren verurteilt. Davor bereits hatte S sein Studium aufgegeben, ohne andere Zukunftsperspektiven zu haben. Zudem hatte ihn V so lange unter Druck gesetzt, bis er den Kontakt zu seinen engsten Familienangehörigen und Bekannten abbrach, so dass er bis heute keinerlei Beziehungen mehr zu ihnen hat.

S konnte seine Freiheitsstrafe zunächst im offenen Vollzug und später im Wohn- und Arbeitsexternat verbüssen. Er zeigte sich schnell reuig und konnte kaum glauben, was mit ihm geschehen war. Er merkte zudem, wie stark er vereinsamt war. Die einzige Person, die ihn während seiner Haftzeit besucht hatte, war die V. Nach den jeweiligen Besuchen zeigte sich S zwar immer wieder unruhig und leicht aggressiv, ansonsten zeigte er jedoch ein tadelloses, ja gar vorbildhaftes Verhalten gegenüber dem Vollzugspersonal sowie seinen Mitinsassen. Auch der ihm zugeteilten Arbeit in der Küche ging S stets pflichtbewusst nach, an einer Kochlehre oder einer anderweitigen Ausbildung war er indessen nicht interessiert. Er könne nach seiner Entlassung bei V einziehen und sie würde dann schon irgend-einen Job für ihn finden.

Nach zwei Jahren im Vollzug ist zwei Drittel der Vollzugsdauer erreicht und damit die formelle Voraussetzung von Art. 86 Abs. 1 StGB erfüllt. Sie müssen nun als zuständige Behörde über die bedingte Entlassung befinden. Würden Sie den S auf Grundlage der einschlägigen bundesgerichtlichen Praxis und den geschilderten Umständen bedingt entlassen? Begründen Sie Ihre Antwort.

Lösung:

In materieller Hinsicht ist eine Person gemäss Art. 86 Abs. 1 StGB zu entlassen, wenn es ihr Verhalten im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, dass sie weitere Verbrechen oder Vergehen begeht. Generell gilt, dass die bedingte Entlassung den Regelfall darstellt und die Vollverbüsung der Freiheitsstrafe die Ausnahme bleiben sollte.

Zunächst ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung klar, dass das Verhalten im Strafvollzug kein eigenständiges Kriterium darstellt, sondern als Teil einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist. Im Ergebnis geht es um die Frage der Bewährungsaussichten. Eine tadellose Führung im Vollzug, wie in casu, ist nicht immer mit einer guten Legalprognose ausserhalb der Struktur des Strafvollzugs gleichzusetzen

und vice versa. Zu berücksichtigen gilt aber jedenfalls, dass S sich bereits in einer sehr offenen Vollzugsstufe befindet (Wohn- und Arbeitsexternat als letztmögliche Vollzugsstufe vor der bedingten Entlassung) und sich dort bewährt hat.

Weiter ist auf die Kriterien einzugehen, die das Bundesgericht zu der von ihm verlangten Gesamtwürdigung heranzieht. Hier spricht das bisher straffreie Vorleben von S klar für die bedingte Entlassung. Hinsichtlich seiner Persönlichkeitsentwicklung ist gemäss SV erstellt, dass er sich reuig zeigt. Allerdings ist die Kompetenz des Anstaltspersonals fraglich, solche Persönlichkeitsentwicklungen überhaupt zu erkennen und richtig einzuschätzen, obgleich im Grunde nur sie Auskunft darüber geben können. Hingegen zeugt das Vorgehen des S bei der Tat von einer gewissen Hemmungslosigkeit, zumindest dann, wenn V involviert ist. Gleichzeitig muss berücksichtigt werden, dass S seine früheren Kontakte abgebrochen hat und nach seiner Entlassung wieder unter Einfluss von V stehen wird. Damit besteht die Gefahr, dass er – mangels Alternative – wieder in die gleichen kriminellen Kreise rutscht, zumal er darüber hinaus nur die Matura und keine eigentliche Ausbildung vorzuweisen hat. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass dieser Gefahr durch geeignete flankierende Massnahme begegnet werden kann. Als Bewährungshilfe kommt etwa eine Unterstützung bei der eigenen Wohnungssuche und Ausbildung in Frage, als Weisung liesse sich an ein eingeschränktes Kontaktverbot denken.

Das Bundesgericht würde weiter die Schwere der zukünftig zu erwartenden Straftaten und den Rang der gefährdeten Rechtsgüter gegen das nicht abschliessend einschätzbare Rückfallrisiko abwägen. Hierüber schweigt sich der Sachverhalt aus, klar ist nur, dass S bereits einmal gewillt war, das Rechtsgut von Leib und Leben zu verletzen. Je höherrangiger das gefährdete Rechtsgut einzustufen ist, desto geringer darf das restliche hinzunehmende Rückfallrisiko sein. Sofern wieder mit Delikten gegen Leib und Leben zu rechnen ist, sind also in der Tendenz höhere Anforderungen an die Legalprognose zu stellen.

Das ausschlaggebende Kriterium liegt im vorliegenden Fall jedoch darin, dass sich die Legalprognose bei Vollverbüsung der Strafe verschlechtern würde. S wäre noch abhängiger von V und wäre ihr ohne Unterstützung des Bewährungsdienstes komplett ausgeliefert. Diesen Umstand berücksichtigt das Bundesgericht im Rahmen der von ihm entwickelten *Differenzialprognose*. Kann eine bessere Legalprognose gestellt werden, wenn die betroffene Person unter der Aufsicht der Vollzugsbehörde und unter Anordnung von flankierenden Massnahmen bedingt entlassen wird, als dies bei einer unvermeidbaren und definitiven Entlassung bei Strafende zu erwarten ist, spricht dies für die Gewährung der bedingten Entlassung.

Frage 3:

- a. Erläutern Sie das Prinzip der Durchlässigkeit des Massnahmenrechts anhand zweier Beispiele.
- b. Welche rechtlichen Schwierigkeiten stellen sich, wenn dieser Durchlässigkeitsgedanke nunmehr auch in den Strafvollzug vordringt?



Lösung:

- a. Der Begriff der Durchlässigkeit bezieht sich auf den Umstand, dass Massnahmen, anders als Strafen, aufgrund ihrer spezialpräventiven Ausrichtung im Verlauf des Vollzugs angepasst werden können: etwa in folgenden Fällen:
 - Eine stationäre Massnahme kann unter den Voraussetzungen von Art. 62c Abs. 1 StGB – insb. auch bei erreichter Höchstdauer – aufgehoben werden und jederzeit durch eine neue Massnahme gemäss Abs. 3 und 4 ersetzt werden.
 - Das gleiche Prinzip gilt gemäss Art. 63b Abs. 2 StGB auch für den ambulanten Massnahmenvollzug, der nach Aufhebung der ambulanten Massnahme sogar in einen stationären Vollzug umgewandelt werden kann.

- b. Mit Einführung des Art. 65 StGB hat dieser Durchlässigkeitsgedanke nunmehr Eingang in den Strafvollzug gefunden. Dies ist insbesondere hinsichtlich der nachträglichen Anordnung nach Abs. 1 problematisch, zumal deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht fraglich ist. Anders als für die nachträgliche Verwahrung nach Abs. 2 ist für die nachträgliche Anordnung nach Abs. 1 gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Verfahren nach Art. 363 ff. StPO und nicht das Revisionsverfahren anwendbar. Ohne Revision des Strafurteils ist jedoch fraglich, ob die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahmen mit Art. 5 EMRK sowie dem Prinzip von *ne bis in idem* vereinbar ist. Zum einen verlangt Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK einen hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen Verurteilung und Massnahme und verbietet die Anordnung einer Sanktion, ohne dass über die Schuldfrage entschieden wird. Zum anderen setzt Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK hohe Anforderungen an die Vollzugssituation, die namentlich im Fall der Einweisung in eine Strafvollzugsanstalt nicht erfüllt sind. Letztlich verstösst die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 65 Abs. 1 StGB wohl gegen Art. 4 Ziff. 1 EMRK-ZP 7 (*ne bis in idem*), wenn die nachträgliche stationäre Massnahme als (erneute) *Strafe* qualifiziert wird.

Frage 4:

Worauf bezieht sich der Gesetzgeber, wenn er in den Vollzugsbestimmungen des StGB auf die Entscheidkompetenz der «zuständigen Behörde» verweist?

Lösung:

Die Vollzugsbestimmungen des StGB verweisen teilweise auf die Zuständigkeit der richterlichen Behörde und enthalten sonst nur den Verweis auf die zuständige Behörde.

Das in Art. 363 ff. StPO geregelte Nachverfahren kommt grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn bereits das StGB eine richterliche Kompetenz verlangt. Wenn bloss auf die zuständige Behörde verwiesen wird, können die Kantone gemäss



Art. 363 Abs. 3 StPO die zuständige Behörde für nachträgliche Entscheide selbständig wählen.

Auf kantonaler Ebene gibt es zwei Konzepte, das administrative Konzept und das gerichtliche Konzept. Je nachdem, welches Konzept im Kanton vorgesehen ist, ist die zuständige Behörde eine administrative oder eine richterliche Behörde.

Das in der Deutschschweiz verbreitete administrative Konzept ermöglicht eine rasche Entscheidfällung und damit einen dynamischen Vollzug. Kritisch scheint jedoch die mangelnde Unabhängigkeit von Verwaltungsbehörden. Zudem ist die Vereinbarkeit mit Art. 5 Ziff. 4 EMRK aufgrund des langen Instanzenzugs fraglich.

Das gerichtliche Konzept ist nur in vier Kantonen umgesetzt (GE, VD, VS, TI) und mit Blick auf die besser gewährleisteten Verfahrensgarantien und die Vorgaben von Art. 5 Ziff. 4 EMRK wohl vorzuziehen.