

Zeitschrift:	Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC
Herausgeber:	Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
Band:	40 (2023)
Artikel:	Wo brauchen wir Mauern und wo brauchen wir keine? : Alternativen zu den freiheitsentziehenden Sanktionen des Strafrechts und was hinter und vor den Mauern zu leisten ist: 15 Positionen
Autor:	Noll, Thomas / Dreifuss, Michal / Bürgi, Silja
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-1051591

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 06.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Wo brauchen wir Mauern und wo brauchen wir keine? Alternativen zu den freiheitsentziehenden Sanktionen des Strafrechts und was hinter und vor den Mauern zu leisten ist: 15 Positionen

Thomas Noll/Michal Dreifuss/Silja Bürgi/Hans-Jürg Patzen*

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	84
Résumé	84
1. Einleitung	84
2. Muss es gleich eine Freiheitsstrafe sein? Investitionen in besondere Vollzugsformen	85
2.1 Position 1: Gemeinnützige Arbeit fördern – auch für Personen, die aus der Schweiz ausgewiesen werden	90
2.2 Position 2: Electronic Monitoring fördern	92
2.3 Position 3: Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Therapie	94
2.4 Zwischenfazit	95
3. Restorative Justiz	96
Position 4: Verstärkte Forschung im Bereich der restaurativen Justiz	96
4. Neugestaltung der Untersuchungshaft	99
4.1 Position 5: Paradigmenerweiterung – Sicherheitszentrierte Aufsicht mit der ressourcenorientierten Betreuung und Sozialarbeit ergänzen	99
4.2 Position 6: Abklärungsprozesse für die Ersatzmassnahmenanordnung weiterentwickeln	102
4.3 Position 7: Prozesslandschaft der Risiko- und Bedarfsorientierung in der Untersuchungshaft-Phase beginnen ..	104
5. Langstrafenvollzug	106
Position 8: Für Personen im Vollzug von langen Freiheitsstrafen und der Verwahrung sind neue Gestaltungsmöglichkeiten im Wohn-/Zellenbereich einzurichten	106

* Thomas Noll, PD Dr. iur. Dr. med., F&E, JuWe; Michal Dreifuss, MLaw, F&E, JuWe; Silja Bürgi, Dr. iur., RA, Leiterin VEZ, JuWe, Hans-Jürg Patzen, ehem. Amtschef JuWe.

6.	Vollzugsfairness	109
6.1	Position 9: Gefängnisklima – Untersuchung und Entwicklung	112
6.2	Position 10: Beratungsangebot (Zweitmeinung) für inhaftierte Personen bereitstellen	114
6.3	Position 11: Evidenzorientierung im Justizvollzug	117
7.	Freiwillige Behandlungen	120
	Position 12: Genügend Ressourcen für freiwillige Behandlungen zur Verfügung stellen	120
8.	Angehörigenarbeit	123
	Position 13: Mindeststandards für die Angehörigenarbeit einführen	123
9.	Rückkehrorientierung bei ausländischen Gefangenen	127
	Position 14: Für die Rückkehr sind spezifische Beratungs- und Unterstützungsleistungen bereitzustellen	127
10.	Vollzugsentscheidungen	130
	Position 15: Von der Vollzugsbehörde und Fachkommission zum Vollzugsgericht	130
11.	Fazit	133

Zusammenfassung

Der folgende Beitrag beleuchtet ausgewählte Themen aus der Perspektive der Vollzugspraxis, die nach Meinung der Autorenschaft in der Schweizer Justizvollzugslandschaft brisant sind oder es demnächst sein werden. Daraus werden 15 Positionen abgeleitet. Ziel des Beitrags ist es, eine Diskussion anzustossen und Qualitätsstandards im Sinn einer best practice zu definieren.

Résumé

L'article suivant examine des thèmes choisis du point de vue de la pratique pénitentiaire qui, selon les auteurs, sont ou seront bientôt très actuels dans le paysage carcéral suisse. De là, 15 positions sont dérivées. L'objectif de la contribution est d'initier une discussion et de définir des normes de qualité en termes de bonnes pratiques.

1. Einleitung

Muss es gleich eine Freiheitsstrafe sein? Was gibt es für Alternativen? Wie können wir Freiheitsstrafen – falls sie denn nötig sind – besser gestalten? Was sind dringende Handlungs- und Entwicklungsschwerpunkte im Schweizer Justizvollzug? Diskutiert werden beispielsweise innovative Ansätze in der

Angehörigenarbeit, in der Untersuchungshaft, im Bereich der Mediation und der restaurativen Justiz, bei der Evidenzbasierung im Vollzug, zur Vollzugsfairness und im Risikomanagement. In den Fokus rücken insb. Prozesse, die die gesellschaftliche Wiedereingliederung von StraftäterInnen fördern sollen und gleichzeitig kriminalpräventive, wirkungsorientierte Alternativen zum ausschliesslichen Freiheitsentzug darstellen.

Der folgende Beitrag beleuchtet ausgewählte Themen aus der Perspektive der Vollzugspraxis, die nach Meinung der Autorenschaft in der Schweizer Justizvollzugslandschaft brisant sind oder es demnächst sein werden. Daraus werden 15 Positionen abgeleitet. Die Reihenfolge der Positionen indiziert keine Priorisierung, und selbstverständlich handelt es sich nicht um eine abschliessende Liste.

Ziel dieses Beitrags ist es, eine Diskussion anzustossen und punktuell – z.B. beim Thema der Rückkehrorientierung bei ausländischen inhaftierten Personen oder bei der Neuausrichtung der Untersuchungshaft – Qualitätsstandards im Sinn einer best practice zu definieren.

2. Muss es gleich eine Freiheitsstrafe sein? Investitionen in besondere Vollzugsformen

Das schweizerische Sanktionenrecht kannte bis zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs von 2007 neben der Freiheitsstrafe einzig die Busse als mögliche Strafe. Diese Sanktionenarmut war der Hauptgrund dafür, dass damals die kurze Freiheitsstrafe (< 6 Mte.) besonders häufig verhängt wurde.¹ Mit der Revision 2007 wurde eine Neuordnung des Sanktionensystems angestrebt. Dabei waren die Revisionsbestrebungen stark durch die vorangegangenen kriminalpolitischen Diskussionen und Tendenzen seit den 1960er- und 1970er-Jahren beeinflusst: Nicht der vergangenheitsorientierte Vergeltungszweck der Strafe und damit die Übelzufügung sollte im Zentrum des Sanktionenrechts stehen, sondern der zukunftsorientierte, positiv-spezialpräventive Zweck der Resozialisierung, d.h. die Wiedereingliederung der Straftäter in die Gesellschaft.² Die kriminalpolitische Haltung, Verbrechensverhütung als vorndergründiges Ziel des Strafrechts und die Wiedereingliederung als Hauptaufgabe des Justizvollzugs zu erklären, wurde vom Bundesgericht bestätigt.³ Nicht zuletzt trugen Zweifel an der Wirksamkeit kurzer (unbedingter) Freiheitsstra-

1 Daniel Jositsch/George Poulikakos, Neuerungen im Sanktionenrecht: von der Botschaft zur Schlussabstimmung, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 135/2017 343 f.

2 Monika Simmler, Sieben enttäuschte Hoffnungen? Zur statistischen Überprüfung der realen Folgen der AT-Revision, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 134/2016 74.

3 BGE 124 IV 246.

fen sowie der Blick ins Ausland zur Umbildung bei, die kurzen Freiheitsstrafen zugunsten alternativer Sanktionen zurückzudrängen.⁴

Neu sollten kurze Freiheitsstrafen nur noch ausnahmsweise zur Anwendung gelangen, da man der Meinung war, dass sie kaum zur Sozialisierung des Täters beitragen würden. Zudem sah sie der Bundesrat angesichts des «Wertewandels und der Entwicklung in unserer Gesellschaft» als überholt an.⁵ Die kurze Freiheitsstrafe sei im Wesentlichen eine «kostspielige Freizeitstrafe». Die Freizeit könne jedoch durch alternative Sanktionen für den Betroffenen wie für die Gesellschaft auf sinnvollere Weise eingeschränkt werden. Kurze Freiheitsstrafen, also solche unter sechs Monaten, sollten nur noch ausnahmsweise zur Anwendung gelangen. An deren Stelle traten mit der Revision 2007 die Geldstrafe im Tagessatzsystem und die gemeinnützige Arbeit.⁶

Parallel zu diesen progressiven Tendenzen bestanden bereits seit den frühen neunziger Jahren vermehrt auch punitiv orientierte Bestrebungen, die den Fokus der strafrechtlichen Sanktionen eher auf dem Schutz der Öffentlichkeit vor gefährlichen Straftätern sahen.⁷ Nach Inkrafttreten des neuen Sanktionsrechts im Jahr 2007 wurde schon bald aufgrund der vermuteten unbefriedigenden Wirkung sowie Gerechtigkeitsüberlegungen Kritik an der Geldstrafe als Sanktionsform laut, und die auf punitiven Gedanken basierende, anhaltende Kritik aus Lehre und Praxis führte zu Tatendrang seitens des Bundesrats, sodass dieser bereits im Jahr 2009 eine Teilrevision des soeben in Kraft getretenen Gesetzes an die Hand nahm.⁸ Ergebnis dieser Teilrevision 2018 war unter anderem, dass kurze Freiheitsstrafen ab drei Tagen bis sechs Monate

4 BGE 134 IV 97, E. 4.2.2; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998 (BBl 1999 II 2032 ff.) (zit. Botschaft StGB AT 1998); vgl. hierzu Franz Riklin, Zur Revision des Systems der Hauptstrafen, ZStrR 1999, 117/1999 255 ff.

5 Botschaft StGB AT 1998, 1981.

6 Botschaft StGB AT 1998 1985.

7 Franz Riklin, Strafen und Massnahmen im Überblick, in: Brigitte Tag/Max Hauri (Hrsg.), Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zürich/St. Gallen 2006, 102; Marianne Heer, Lange Strafen und längere Verwahrungen – ein Überblick über das geltende und das künftige Recht, in: Volker Dittman/André Kuhn/Renie Maag/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, Chur/Zürich 2002, 189 f.; Felix Bommer, Die Sanktionen im neuen AT StGB – ein Überblick, recht 25/2007 1 ff. Resozialisierungsbemühungen werden im entsprechenden Diskurs viel zu oft als diametraler Gegensatz zum Schutz der Öffentlichkeit dargestellt. Tatsächlich ist die Resozialisierung der Täter angesichts der Realität, dass rund 99 % aller Gefangener in der Schweiz irgendwann wieder auf freiem Fuß sein werden, die sinnvollste Art des präventiven Opferschutzes, so Sven Grossmann, Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft, Baden-Baden 2016, 83.

8 Jositsch/Poulikakos (Fn. 1), 351. Eine Übersicht zur Kritik an der Geldstrafe dazu findet sich bspw. in Botschaft StGB 2012, S. 4727 ff., 4733 f.; Killias in Brand, NZZ am Sonntag 10. Mai 2009, S. 22.

wieder möglich wurden,⁹ obwohl deren Abschaffung 2007 keine signifikante Veränderung in der Rückfallrate der Verurteilten hervorbrachte.¹⁰ Begründet wurde die erneute Änderung folgendermassen: Kurze Freiheitsstrafen vermochten wohlhabende Täter besser vor weiterer Delinquenz abzuhalten als Geldstrafen; in Kombination mit ambulanter Behandlung wären kurze Freiheitsstrafen gerade bei Wiederholungstätern in der Lage, einen gewissen Druck zu erzeugen, die Behandlung erfolgreich durchzuführen; die Opfer fühlten sich bei einer Freiheitsstrafe des Täters ernster genommen als bei einer Geldstrafe, und schliesslich könne bei Delikten im sozialen Nahbereich eine Geldstrafe das oftmals ohnehin schmale Familienbudget zusätzlich belasten und dazu führen, dass letztlich das Opfer einen Teil der Strafe zu tragen habe.¹¹

Verschiedene methodisch hochwertige Studienergebnisse v.a. aus dem angelsächsischen Gebiet suggerieren, dass kustodiale Sanktionen keine individualpräventive Wirkung haben oder sogar kriminogen sind.¹² Ein möglicher Grund für eine kriminalitätsfördernde Wirkung von Freiheitsstrafen im Bereich des Jugendstrafvollzugs ist etwa, dass Gefängnisse als «Schulen des Verbrechens» funktionieren, in denen inhaftierte Personen neue Delinquenzmethoden und -möglichkeiten erlernen und/oder ihre kriminellen Netzwerke erweitern.¹³ Es gibt einen weiteren Mechanismus, wie eine Inhaftierung die Rückfälligkeit erhöhen könnte: Man geht davon aus, dass eine Inhaftierung die kriminelle Identität der Gefangenen nachhaltig stärkt. Wenn einem Straftäter durch einen Gefängnisaufenthalt tagtäglich zu verstehen gegeben wird, dass er kriminell ist, entwickelt sich sein Verhalten in einer Art selbsterfüllender Prophezeiung in ebendiese Richtung.¹⁴ Zu berücksichtigen ist sodann, dass ein

9 Allerdings mit gesetzlicher Prioritätsklausel zugunsten der nichtkustodialen Sanktionen (Art. 41 StGB).

10 Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012 (BBl 2012 4729 f.) (zit. Botschaft Sanktionenrecht 2012).

11 Botschaft Sanktionenrecht 2012, 4735 f.

12 Damon M. Petrich/Travis C. Pratt/Cheryl Lero Jonson/Francis T. Cullen, Custodial Sanctions and Reoffending: A Meta-Analytic Review, *Crime and Justice*, 1/2021 1 ff.; Paula Smith/Claire Goggin/Paul Gendreau, The Effects of Prison Sentences and Intermediate Sanctions on Recidivism: General effects and individual differences, Ottawa/Ontario 2002 1 ff.; Patrice Villetaz/ Gwladys Gillieron/ Martin Killias, The Effects on Re-offending of Custodial vs. Non-custodial Sanctions: An updated systematic review of the state of knowledge, Campbell systematic review, 1/2015 1 ff.

13 Patrick Bayer/Randi Hjalmarsson/David Pozen, Building Criminal Capital Behind Bars: Peer Effects in Juvenile Corrections, *The Quarterly Journal of Economics* 1/2009 105 ff.

14 Amy E. Lerman, The People Prisons Make: Effects of Incarceration on Criminal Psychology, in: Raphael Steven/Michael Stoll (Hrsg.), *Do Prisons Make Us Safer? The Benefits and Costs of the Prison Boom*, New York 2009, 151 ff.; Glenn D. Walters, Changes in Criminal Thinking and Identity in Novice and Experienced Inmates: Prisonization Revisited, *Criminal Justice and Behavior* 4/2003 399 ff.; Alain Cohn/Michel Maréchal/Thomas Noll, Bad Boys: How Criminal Identity Salience Affects Rule Violation, *Review of Economic Studies* 4/2015 1289 ff. Ein weiterer grundsätzlich kriminalitätsfördernder Effekt des Freiheitsentzugs – allerdings eher von langen Freiheitsstrafen, bei denen eine alternative Sanktion nicht möglich ist –, ist derjenige der Prisonisierung:

Freiheitsentzug oft mit einem Verlust der Arbeitsstelle, Wohnung und prososzialen Kontakten einhergehen kann. Auf der anderen Seite werden gerade in der Schweiz die risikosenkenden Interventionen im Rahmen einer regulären Freiheitsstrafe als Grund dafür angeführt,¹⁵ dass auch reine Freiheitsstrafen (ohne vollzugsbegleitende deliktorientierte Therapie) eine gewisse kriminalitätssenkende Wirkung haben könne.¹⁶ Gemäss Villettaz *et al.* verschieben sich die Resultate umso mehr zugunsten der kurzen Freiheitsstrafe, je hochwertiger das Studiendesign ist.¹⁷ Den Studienergebnissen zufolge führen Randomized Controlled Trials (RCT) und natürliche Experimente zu Ergebnissen, die weniger günstig für nichtkustodiale Sanktionen (Geldstrafen, electronic Monitoring, gemeinnützige Arbeit, bedingte Strafen) sind als quasi-experimentelle Studien.

Insgesamt sind also die empirischen Befunde bezüglich spezialpräventiver Effekte nichtkustodialer Sanktionen vs. derjenigen kurzer unbedingter Freiheitsstrafen sehr heterogen,¹⁸ sodass in der Literatur von «Austauschbarkeit der Sanktionen»¹⁹ gesprochen wird. Aus der Austauschbarkeitsthese leitet sich aufgrund des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) ab, dass aus den bezüglich der kriminalprotektiven Wirkung äquivalenter Sanktionen stets diejenige zu wählen sei, die weniger stark in die

Der Strafgefangene verliert die für ein Leben ausserhalb des Vollzugs erforderliche Eigenverantwortung für sein Handeln und wird zum fremdgesteuerten «Objekt», so Andrea Baechtold/Jonas Weber/Ueli Hostettler, Strafvollzug, in: Nicolas Queloz/Franz Riklin/Thomas Noll (Hrsg.), 3. Aufl., Bern 2016, 30.

15 Beispielsweise die strukturierte Arbeit unter Anleitung von arbeitsagogisch geschulten WerkmeisterInnen, der einfache Zugang zur psychiatrischen Grundversorgung, die engmaschige sozialarbeiterische Betreuung, etc.

16 Katharina Seewald/Astrid Rossegger/Juliane Gerth/Frank Urbaniok/Gary Phillips/Jérôme Endrass, Effectiveness of a Risk–Need–Responsivity-Based Treatment Program for Violent and Sexual Offenders: Results of a retrospective, quasi-experimental study, Legal and Criminological Psychology 1/2018 94.

17 Villettaz/Gillieron/Killias (Fn. 12), 1 ff.

18 Gwladys Gilliéron/Clara Poglia/Françoise Villard/Joelle Vuille/Céline Perisset/Martin Killias, Bessere Resozialisierung nach gemeinnütziger Arbeit? Ein Vergleich mit kurzen Freiheitstrafen – 11 Jahre später, Crimiscope 34/2006; Gebhard Hüsl/Jakob Locher, Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen, Analyse der Sanktionspraxis und Rückfall-Vergleichsuntersuchung, Bern/Stuttgart/Wien 1991, 83 ff.; James M. Byrne/Karin Tusinski Miofsky, From Preentry to Reentry: An examination of the effectiveness of institutional and community-based sanctions, Victims & Offenders 4/2009 348 ff.; Joan Petersilia/Susan Turner/Joyce Peterson, Prison versus Probation in California: Implications for crime and offender recidivism, Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice 1986, abrufbar unter: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/prison-versus-probation-california-implications-crime-and-offender>, zuletzt besucht am 23. Oktober 2022.

19 Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Auflage, Basel 2018, Goran Mazzucchelli, Art. 41 N 10. (zit. BSK StGB-Autor); Simmler (Fn. 2), 77

persönliche Freiheit des Bestraften eingreife.²⁰ Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip lautet die Frage also, ob es legitim ist, eine gegebene Sanktion im Namen der «Härte» zu wählen, selbst wenn ein Rückfall durch das Verhängen einer für den Täter milderer Strafe nicht begünstigt wird.²¹ Diese Überlegungen dürften in der Regel für die nichtkustodiale Sanktion oder Vollzugsform sprechen.

Die Austauschbarkeit der Sanktionen legt nahe, dass unter Umständen kurze unbedingte Freiheitsstrafen durch nichtkustodiale, ambulante Alternativen substituiert werden können, ohne dass deswegen eine ungünstige Entwicklung der Kriminalitätsrate resultieren würde. Ist die Anordnung von Geldstrafe oder Busse nicht möglich oder werden diese umgewandelt, sind nichtkustodiale Vollzugsformen der kurzen Freiheitsstrafe zu prüfen. Die gemeinnützige Arbeit und die elektronische Überwachung²² sind seit der Teilrevision 2018 folgendermassen geregelt: Die gemeinnützige Arbeit ist nicht mehr als eigenständige Sanktion, sondern als individualpräventive Vollzugsform ausgestaltet (Art. 79a StGB), und, «damit nicht alle Freiheitsstrafen auch wirklich in Vollzugsanstalten vollzogen werden müssen»,²³ gibt es seit der Teilrevision 2018 die Möglichkeit des elektronisch überwachten Vollzugs außerhalb von Vollzugseinrichtungen, das sog. electronic Monitoring (EM, Art. 79b StGB).²⁴ Diese nichtkustodialen, alternativen Vollzugsmodalitäten sollen verhindern, dass zu kurzen unbedingten Freiheitsstrafen verurteilte, sozial integrierte Personen aus ihrem Berufsalltag, der Familie und anderen sozialen Netzwerken herausgerissen werden und durch einen Strafvollzug stigmatisiert werden.²⁵ Mit der Einführung der gemeinnützigen Arbeit und dem electronic Monitoring anerkennt der Gesetzgeber die Sozialschädlichkeit des Kurzzeitvollzuges und begnügt sich im Rahmen der Strafe mit der Beschränkung der Freizeit des Täters. Eine weitere Möglichkeit, die kustodiale Sanktion zwecks Wiedereingliederung des Straftäters zu umgehen – neben der offensichtlichen Möglichkeit, bei entsprechend günstiger Legalprognose das Instrument der bedingten Freiheitsstrafe (Art. 42 StGB) offensiv zu nutzen –, ist der Aufschub einer Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Therapie (Art. 63 Abs. 2 StGB).

Diese drei Alternativen (gemeinnützige Arbeit, electronic Monitoring und Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Therapie) werden im Folgenden genauer dargestellt.

20 BSK StGB-Mazzucchelli, Art. 41 N 11; Simmler (Fn. 2), 77; Riklin (Fn. 4), 258 ff.

21 Jositsch/Poulikakos (Fn. 1), 352 f.

22 Auch bei der gemeinnützigen Arbeit und der elektronischen Überwachung erfolgt ein Entzug der Freizeitmöglichkeiten, dies aber weniger stark bzw. nicht in einem stationären Setting wie bei der Halbgefangenschaft (Art. 77b StGB), auf deren Präsentation hier aufgrund der überwiegend nichtkustodialen Anteile verzichtet wird.

23 Botschaft Sanktionenrecht 2012, 4733.

24 Botschaft Sanktionenrecht 2012, 4733.

25 BSK StGB-Brägger, Art. 79a N 59.

2.1 Position 1: Gemeinnützige Arbeit fördern – auch für Personen, die aus der Schweiz ausgewiesen werden

Die gemeinnützige Arbeit stellte bis zum Inkrafttreten des revidierten Sanktionenrechts am 1.1.2007 die wichtigste Vollzugsmodalität im Bereich von Freiheitsstrafen bis zu drei Monaten Dauer dar. Vom 1.1.2007 bis zum 31.12.2017 war die gemeinnützige Arbeit sodann nicht mehr eine Vollzugsform für unbedingte kurze Freiheitsstrafen, denn sie wurde neu als Hauptstrafe ausgestaltet. Mit dem Inkrafttreten der Teilrevision StGB von 2018 wurde die Arbeitsleistung wiederum als Vollzugsform für unbedingte Freiheitsstrafen von nicht mehr als 6 Monaten Dauer sowie für Geldstrafen und Bussen umgestaltet (Art. 79a Abs. 1 lit. a und c StGB).²⁶ Als materielle Voraussetzung sieht Art. 79a Abs. 1 StGB vor, dass der Verurteilte weder flucht- noch rückfallgefährdet sein darf, somit eine positive Legalprognose hat. Von diesen Fällen abgesehen soll die Vollzugsbehörde jedem Verurteilten die Möglichkeit gemeinnütziger Arbeit bewilligen, wenn er arbeitsfähig und prinzipiell bereit ist, sie zu leisten.²⁷

Laut BGer rechtfertigte sich die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit jedoch nur, solange wenigstens Aussicht bestehe, dass der Betroffene auch nach einem allfälligen Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben darf. Denn Sinn der gemeinnützigen Arbeit sei die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft sowie die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten. Dort aber, wo ein Verbleib des Ausländers oder der Ausländerin von vornherein ausgeschlossen sei, lasse sich dies nicht erreichen. Die gemeinnützige Arbeit habe demnach als unzweckmässige Sanktion dort auszuscheiden, wo bereits im Urteilszeitpunkt klar sei, dass der/die Betreffende die Schweiz verlassen müsse.²⁸ Die konkordatlichen Richtlinien der Ostschweizer Strafvollzugskommission und des Strafvollzugskonkordats Nordwest- und Innenschweiz für die besonderen Vollzugsformen vom 31. März 2017 sehen zudem vor, dass ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz bestehen muss und keine Landesverweisung gem. Art. Art. 66a und Art. 66a^{bis} StGB vorliegen darf. Bei einer obligatorischen Landesverweisung erlöschen die ausländerrechtlichen Bewilligungen sodann mit der Rechtskrakft des Strafurteils (Art. 61 Abs. 1 lit. e AIG) und damit auch das Recht auf Erwerbstätigkeit.

Die Frage der Zulässigkeit von gemeinnütziger Arbeit bei auszuweisenden AusländerInnen ist allein schon aufgrund ihrer schieren Masse relevant: Ein erheblicher Anteil der StraftäterInnen in der Schweiz müssen nach Verbüßung ihrer Strafe die Schweiz verlassen.²⁹ Die Begründung des Bundesgerichts

26 BSK StGB-Brägger, Art. 79a N 4 ff.

27 BGer, vom 17.3. 2008, 6B_341/2007, E. 6.3.3.3.

28 Urteile BGer, vom 17.3.2008, 6B_341/2007, E. 6.3.3.4; BGer, vom 13.5.2008, 6B_541/2007, E. 4.2.4.

29 Wenngleich keine exakten Daten dazu vorliegen, wie viele verurteilte Personen nach der Entlassung die Schweiz verlassen müssen bzw. die migrationsrechtlichen Fernhaltemassnahmen

zu dieser Frage teilen die AutorInnen des vorliegenden Beitrags nicht. Zwar trifft es zu, dass bei TäterInnen, die ausgewiesen werden sollen, das Ziel der gemeinnützigen Arbeit, bei ihnen zu verhindern, dass sie aus ihrem Berufsalltag, der Familie und anderen sozialen Netzwerken herausgerissen werden, nicht passen würde, sofern die Ausweisung vollzogen werden kann und die Trennung zur Familie mit dieser sowieso erfolgen würde. Wieso aber das Ziel der Wiedergutmachung zu Gunsten einer lokalen Gemeinschaft nicht auch bei AusländerInnen, die danach ausgeschafft werden, verfolgt werden soll, leuchtet nicht ein. Im Übrigen soll auch bei auszuweisenden Personen die Rückfallgefahr reduziert werden, und der Vollzug von gemeinnütziger Arbeit kann hierzu einen Beitrag leisten.

So hält auch der Bundesrat in seiner Antwort auf die Interpellation 16.3645 vom 12.09.2016 fest: «Auch bei Häftlingen, die im Anschluss an die Haft die Schweiz verlassen müssen, besteht ein Interesse daran, dass sie während und nach dem Vollzug keine weiteren Straftaten begehen. Das StGB schreibt denn auch keine Resozialisierung in die Schweizer Gesellschaft vor.» Auf die Frage, ob die stationäre Behandlung nach 59 StGB auch bei auszuweisenden Ausländern angeordnet werden solle, antwortet der Bundesrat: «Gemäss Artikel 59 Absatz 1 Buchstabe b StGB soll mit der Behandlung die Verhinderung oder Verminderung der Gefahr weiterer Delikte erreicht werden. Dieses Ziel ist auch bei Ausländern, die die Schweiz verlassen müssen, anzustreben.»³⁰

Auch für AusländerInnen gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 StGB), welches in diesem Fall gebietet, bei gleicher deliktprotektiver Wirksamkeit von verschiedenen Vollzugsformen (Austauschbarkeitsthese, s. oben) diejenige zu wählen, die für den/die StraftäterIn am wenigsten einschneidend ist.

nach Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) sowie die strafrechtliche Landesverweisung dann auch tatsächlich vollzogen werden können (so Silja Bürgi/Michael Bühl/Kevin Sacher/Pascal Muriset, Vollzugsziele und Ziele der Bewährungshilfe in den Bewährungs- und Vollzugsdiensten des Kantons Zürich – Aktualitäten, besondere Herausforderungen und Entwicklungen, in: SZK, Sondernummer JuV, 21), ist doch eine gewisse Approximation möglich: Im Jahr 2020 waren 2439 Personen ohne B-/C-Ausweis und 953 Personen mit B-/C-Ausweis in der Schweiz aufgrund einer Strafe oder Massnahme inhaftiert und somit potenzielle AdressatInnen einer ausländerrechtlichen Massnahme. Wenn keine Landesverweisung ausgesprochen worden ist, dürften die Migrationsbehörden eigentlich keine ausländerrechtliche Massnahme aufgrund der Straffälligkeit mehr aussprechen. Ebenso relevant ist der Aufenthaltsstatus hinsichtlich der Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB). In den Jahren 2017–2019 erfolgten Landesverweise in 3253 Fällen, die Mehrzahl davon (gut 87 %) gegenüber Personen ohne Niederlassungsbewilligung. Demnach liegt für einen wesentlichen Teil aller Inhaftierten die Perspektive nach einer Entlassung nicht in der Schweiz (Thierry Urwyler/Daniel Treuthardt/Christoph Sidler/Steffen Lau/Elmar Habermeyer, Rückkehrorientierung im Straf- und Massnahmenvollzug bei ausländischen Inhaftierten ohne Bleiberecht in der Schweiz, NKrim 1/2022 37, mit weiteren Hinweisen).

30 Interpellation 16.3645, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20163645>> (zuletzt besucht am 22.10.2022).

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass allen arbeitsfähigen und arbeitswilligen, zu kurzer Freiheitsstrafe Verurteilten (auch auszuschaffenden AusländerInnen), die weder flucht- noch rückfallgefährdet sind, die Möglichkeit gemeinnütziger Arbeit offenstehen sollte.

2.2 Position 2: Electronic Monitoring fördern

Seit dem 1. Januar 2018 ist die elektronische Überwachung mittels einer mit einem Sender ausgerüsteten Fussfessel («Electronic Monitoring», EM) als Vollzugsform für Freiheitsstrafen zwischen 20 Tagen und zwölf Monaten im Strafgesetzbuch verankert (Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB). Diese sog. Front-Door Anwendung des EM zielt darauf ab, den Gefängnisaufenthalt gänzlich zu vermeiden, indem individuell je nach Überwachungsprofil die Anwesenheitszeit zuhause oder (in Ausnahmefällen) das Bewegungsprofil rund um die Uhr per EM überwacht wird. Die Überwachung beruht auf dem Prinzip, dass der verurteilten Person klare Auflagen auferlegt werden, wie etwa Hausarrest, Rayonverbote oder -arreste, Kontaktverbote sowie Abstinenzauflagen. Gewisse dieser Auflagen können denn auch mit EM überprüft werden. Das EM fügt somit dem resozialisierenden Strafvollzug ausserhalb der Gefängnisse ein kontrollierendes Instrument hinzu.

EM kann zudem gegen Ende der Verbüssung langer Freiheitsstrafen als Alternative zum Arbeitsexternat und zum Arbeits- und Wohnexternat für eine Dauer von drei bis zwölf Monaten angeordnet werden (Art. 79b Abs. 1 lit. b StGB). Bei dieser sog. Back-Door Variante wird der Gefängnisaufenthalt lediglich verkürzt, indem nur der letzte Teil der Strafe per EM vollzogen wird.³¹ Durch die Kontrolle kann die Qualität der begleitenden Sozialarbeit während der Übergangsphase erhöht werden.

Zudem kann das zuständige Gericht gemäss Art. 237 Abs. 1 und 3 der Strafprozessordnung (StPO) die elektronische Überwachung anstelle der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft anordnen. Zu den persönlichen Voraussetzungen zählen auch hier das Fehlen von Flucht- und Delinquenzgefahr (Art. 237 Abs. 2 lit. a StGB), wobei sich diese Voraussetzungen bei der Back-Door Variante bereits aus Art. 77a Abs. 1 StGB ergeben. Die verurteilte Person darf keine Landesverweisung haben und muss ausserdem über eine dauerhafte Unterkunft verfügen, wo die elektronische Datenübertragung des Überwachungsträgers in technischer Hinsicht möglich ist (Art. 237 Abs. 2 lit. b StGB). Die in derselben Wohnung lebenden Erwachsenen müssen dem EM-Vollzug zustimmen (Art. 237 Abs. 2 lit. d StGB). Die verurteilte Person muss einer geregelten

³¹ Vgl. BFS, einsehbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaetsstrafrecht/justizvollzug/arbeitseinsatz-elektronischer-hausarrest-betreuung.html#543491083>> (zuletzt besucht am 22.10.2022).

Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung von min. 20 Stunden pro Woche nachgehen (Art. 237 Abs. 2 lit. c StGB).

Das EM wurde in den 70er Jahren im US-Bundesstaat New Mexico als Alternative zur Freiheitsstrafe für Straftäter, die nur wegen geringfügiger bis mittelschwerer Taten zu verurteilen waren, entwickelt.³² Mit dieser Vollzugsform kann sowohl das bisherige Arbeitsumfeld als auch das engere soziale Netz (Partnerschaft, Familie, übrige Sozialkontakte – soweit sich diese im häuslichen Rahmen abwickeln) weitgehend intakt bleiben.³³ 1999 bis 2002 wurde in den Kantonen BE, BL und BS sowie VD, GE und TI ein vom Bundesamt für Justiz bewilligter Modellversuch durchgeführt. In dessen Wirkungsevaluation wurde von «grosser Attraktivität, technischer Durchführbarkeit und tiefen Vollzugskosten im Vollzugsformenvergleich» gesprochen. Das EM sei für die Straftäter wie auch für ihre Angehörigen die «sozialverträglichste Vollzugsform im schweizerischen Strafvollzugssystem».³⁴ In einer experimentellen Evaluation zum Vergleich von Electronic Monitoring vs. gemeinnützige Arbeit kamen Kissling und Killias zum Schluss, dass sich die beiden Sanktionsformen kaum unterschiedlich auf das weitere Leben und die Legalbewährung der Betroffenen auswirken, dass aber EM bei den meisten untersuchten Kriterien geringfügig günstiger abschneidet.³⁵

Sowohl bei der Front- wie auch bei der Back-Door-Variante ist EM nur bei Freiheitsstrafen von maximal 12 Monaten möglich. Eine Kontroverse betrifft die Frage, ob bei der Front-Door-Anwendung (Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB) für die Bemessung der zulässigen Maximaldauer der Freiheitsstrafe bei teilbedingten Strafen (12 Monate) nur der unbedingte Teil der Freiheitsstrafe oder die gesamte Freiheitsstrafe massgeblich ist. In einem kürzlich publizierten Aufsatz legt Thierry Urwyler überzeugend dar, dass es sowohl dem gesetzgeberischen Willen als auch systematisch-teleologischen Gesichtspunkten entspricht, die Maximaldauer i.S.v. Art. 79b Abs. 1 lit. a bei teilbedingten Freiheitsstrafen auf Basis des unbedingten Teils zu berechnen.³⁶ Diese Betrachtungsweise würde den Anwendungsbereich des EM vergrössern.

EM ist unwesentlich günstiger als die gemeinnützige Arbeit, aber deutlich kostengünstiger als die Halbgefängenschaft und der Normalvollzug. Die Anord-

32 Jonas Weber, Der elektronisch überwachte Hausarrest und seine versuchsweise Einführung in der Schweiz, Dissertation Universität Basel, Basel 2004, 43 ff.

33 Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 14), 146.

34 Gabriela Peter-Egger, Interkantonaler Modellversuch. Elektronisch überwachter Strafvollzug (Electronic Monitoring / EM) für Kurz- und Langstrafen, 1. September 1999 – 31. August 2002, Evaluations-Schlussbericht vom 30. Juni 2003, zu Handen des Bundesamtes für Justiz, 91.

35 Izumi Kissling/Martin Killias, Schlussbericht über die experimentelle Evaluation von Electronic Monitoring vs. Gemeinnützige Arbeit vom 15. November 2006, 20.

36 Thierry Urwyler, Electronic Monitoring (Front Door): Berechnung der zulässigen Maximalstrafe bei teilbedingten Freiheitsstrafe, Recht 1/2022 24 ff.

nung des EM erfolgte bisher im Wesentlichen zu Lasten der Halbgefängenschaft. Eine Verdrängung des Normalvollzugs durch die Einführung des EM konnte dagegen nicht beobachtet werden,³⁷ was angesichts der positiven Evaluation (s. oben) erstaunt. Bei der Wahl der geeignetsten Vollzugsform im konkreten Fall sollten verschiedene Faktoren berücksichtigt werden. So differieren bspw. die Betreuungsmöglichkeiten oder Möglichkeiten betr. des Ausbaus der sozialen Kompetenzen bei den verschiedenen Vollzugsformen. EM dürfte sodann bei Gewaltvorfällen im familiären Kontext kaum angezeigt sein.

Eine durch die KKJPD eingesetzte Arbeitsgruppe hatte die schweizweite Harmonisierung des EM bereits 2013 anvisiert.³⁸ Eine Standesinitiative vom Kanton Basel-Landschaft forderte 2015 eine Ausweitung der EM-Anwendung von 12 Monaten auf drei Jahre Freiheitsstrafe.³⁹ Zwar wurde der Initiative keine Folge gegeben, immerhin wurde an der Plenarversammlung der KKJPD vom 9.4.2015 beschlossen, ab 2023 eine gesamtschweizerische EM-Lösung in Betrieb zu setzen. 2019 schlossen sich 22 Kantone zu einer interkantonalen Trägerschaft zusammen, um die Beschaffung eines einheitlichen und zweckdienlichen Systems anzugehen. In der zwischenzeitlichen Übergangsphase (2018-2023) können sich die Kantone dem Zürcher EM-Server (Modell) anschliessen. Ob das EM in Zukunft einen breiteren Anwendungsbereich finden und andere Vollzugsformen verdrängen wird, wird sich noch zeigen (Art. 79b StGB).⁴⁰

2.3 Position 3: Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Therapie

Eine weitere Möglichkeit, eine kurze Freiheitsstrafe zu vermeiden, ist der Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Therapie. Wird die ambulante Behandlung nicht strafvollzugsbegleitend, sondern unter Aufschub einer Freiheitsstrafe (Art. 63 Abs. 2 StGB) angeordnet, findet die Behandlung in Freiheit statt. In dieser Konstellation ist die ambulante Behandlung eine sog. «Community sanction».⁴¹ Ein Strafaufschub ist anzuordnen, wenn eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefallenen Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde.⁴² Die andere

37 Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 14), 149.

38 BSK StGB-Koller, Art. 86 N 8.

39 Standesinitiative Basel-Landschaft vom 24.9.2015, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150315>>, zuletzt besucht am 17.10.2022.

40 BSK StGB-Koller, Art. 86 N 8f.

41 Thierry Urwyler, Die ambulante Behandlung (Art. 63 StGB), Verlegenheitslösung oder sinnvolles Präventionsinstrument?, in: Heer M./Habermeier E./Bernard S. (Hrsg.), Forum Justiz & Psychiatrie, Angeordnete Therapie als Allheilmittel?, Bern 2022, 56 ff.

42 Urteile BGer, vom 12.8.2020, 6B_391/2020, E. 3.2.1; BGer, vom 3.1.2018, 6B_1020/2017, E. 2.2; BGE 129 IV 161, E. 4.1.

Voraussetzung für den Strafaufschub ist die Ungefährlichkeit des Täters resp. der Täterin.⁴³ Die Verbesserung der Erfolgsaussichten der Therapie reicht nicht aus, um den Strafaufschub zu begründen.⁴⁴ Auf der anderen Seite ist es für einen Strafaufschub jedoch auch nicht erforderlich, dass die Behandlung durch die Freiheitsstrafe völlig unmöglich oder aussichtslos wird.⁴⁵ Ist die ambulante Behandlung erfolgreich abgeschlossen, so wird die aufgeschobene Freiheitsstrafe nicht mehr vollzogen (Art. 63b Abs. 1 StGB). Die Privilegierung gegenüber einer Person, die lediglich eine Freiheitsstrafe erhalten hat, ist bei genauerer Betrachtung nur theoretischer Natur:⁴⁶ Anders als bei der Freiheitsstrafe steht der Vollzug einer ambulanten Behandlung stets unter der grundrechtlichen «Zusatzlast» der möglichen Umwandlung in eine stationäre Behandlung nach Art. 63b Abs. 5 StGB (und bei gegebenen Voraussetzungen später sogar in eine Verwahrung [Art. 62c Abs. 4 StGB]).⁴⁷ Weiter ist der Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen in ihrem subjektiven Empfinden aufgrund der je nach Setting äusserst eingriffsintensiven Rahmenbedingungen bei der ambulanten Behandlung nicht selten grösser als beim Freiheitsentzug.⁴⁸ Nach der für das Massnahmenrecht charakteristischen spezialpräventiven Ratio wäre es u.E. sachgerecht, den Strafaufschub dann anzutreten, solange kein erhebliches Rückfallrisiko in Freiheit besteht.⁴⁹ Zu berücksichtigen dabei ist u.a aber auch, welche Delikte drohen und wie hoch die Erfolgswahrscheinlichkeit der Behandlung ist.

2.4 Zwischenfazit

Wie in der StGB-Revision 2007 vorgesehen, sollte die kurze unbedingte Freiheitsstrafe überall dort zugunsten besonderer Vollzugsformen in den Hintergrund treten, wo dies möglich ist. Selbst wenn mit Blick auf entsprechende Studienergebnisse nicht mit absoluter Sicherheit gesagt werden kann, dass

43 Urteil BGer, vom 12.8.2020, 6B_391/2020, E. 3.2.2.

44 BSK StGB-Heer, Art. 62d N 47.

45 BGE 119 IV 309, 314; BGE 116 IV 101, 102.

46 BGE 129 IV 161, E. 4.2.

47 Urwyler (Fn. 41), 56 ff..

48 Petrich *et al.* (Fn 12), 353 ff.; Eric J. Wodahl/Brett E. Garland/Kimberly Schweitzer, Are Jail Sanctions More Punitive than Community-Based Punishments? An examination into the perceived severity of alternative sanctions in community supervision, Criminal Justice Policy Review 5/2020 696 ff.; Günter Stratenwerth/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3. Aufl., Bern 2020, §8 N 79; Urwyler (Fn. 41), 56 ff..

49 Stratenwerth/Bommer (Fn. 48), §8 N 73; Urwyler (Fn. 41) 56 ff.; Urwyler schlägt – unter der Voraussetzung fehlender Gefährlichkeit – folgende Richtgrössen vor: Bei Freiheitsstrafen bis zu gut drei Jahren sollte der Strafaufschub Standard sein, bei Freiheitsstrafen zwischen dreieinhalb und fünf Jahren soll der Aufschub von der Eingriffsintensität des ambulanten Settings abhängen, und bei Freiheitsstrafen von fünf Jahren und mehr dürfte sich ein Aufschub nur noch rechtfertigen, wenn das ambulante Therapiesetting sehr eingriffsintensiv gestaltet ist. Urwyler (Fn. 41.), 56 ff.

diese tatsächlich deliktpräventiver wirken als kurze Freiheitsstrafen, muss aufgrund des Verbots der behördlichen Ermessensunterschreitung immer dort auch die alternative Sanktion geprüft werden, wo die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.⁵⁰ In Fällen, wo mehrere verschiedene alternative Sanktionen zur Verfügung stehen, muss wiederum mit Blick auf die Verhältnismässigkeit die Sanktion gewählt werden, die für die betroffene Person am wenigsten einschneidend ist.

3. Restaurative Justiz

Position 4: Verstärkte Forschung im Bereich der restaurativen Justiz

Wird gegen Rechtsnormen verstossen, löst dies i.S.d. klassischen Straftheorien Prozesse der staatlichen Strafrechtspflege und nicht der «opferbezogenen» Wiedergutmachung aus. Dem Staat kommt das Straf- und Gewaltmonopol zu, und gestützt auf das Legalitätsprinzip reagiert er mit dem Mittel der Strafe auf den Verstoss gegen seine Rechtsnorm.⁵¹

Demgegenüber setzt die restaurative Justiz nicht die Strafe an sich ins Zentrum, sondern die Wiedergutmachung des Schadens zwischen den «Konfliktparteien». Es findet ein Verfahren der Konfliktbewältigung ausserhalb des förmlichen Strafverfahrens zwischen geschädigten und beschuldigten Personen statt, welches das Strafrecht im Fall einer alternativen Anwendung zumindest teilweise suspendiert und den staatlichen Strafanspruch dementsprechend in den Hintergrund treten lässt. In vielen begangenen Straftat werden zwischenmenschliche Beziehungen gestört und psychische oder physische Schäden angerichtet,⁵² weshalb nicht (nur) der finanzielle Ausgleich im Fokus

50 Die jeweiligen Normen sind zwar als Kann-Vorschriften formuliert. Dies bedeutet jedoch nur, dass die Behörden bei der Prüfung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, einen grossen Spielraum haben. Kommen die Behörden zum Schluss, dass die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, ist die alternative Sanktionsform für die Behörden aufgrund des Verhältnismässigkeitsgebots nicht mehr fakultativ, sondern obligatorisch, vgl. BGE 124 IV 246, E. 2b mit Hinweisen.

51 Alexander Baur, Positionspapier Restorative Justiz vom 19. April 2021, Forschung & Entwicklung, Justizvollzug und Wiedereingliederung, Zürich 2021, 3; Hans-Peter Weikard, Einige Schwierigkeiten in der Theorie der optimalen Strafe, in: Arnold Volker (Hrsg.), Wirtschaftsethische Perspektiven, Berlin 2002, 99; Martin Killias/Nora Markwalder/André Kuhn/Nathalie Dongois, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2. Aufl., Bern 2017, N 305 ff.

52 Manuel J. Constam/Sibylle Moopanar/Vanessa Vagnone/Damian Wyss, Restorative Justiz, Definition, Ansätze, Entwicklungen, Schriftliche Gruppenarbeit im Kurs Strafvollzug Transdisziplinär, Hochschule St. Gallen, St. Gallen 2022, 5; André Kuhn, Quel avenir pour la justice pénale?, Charmey 2012, 48; Theo Van Willigenburg, Restorative Justice as Empowerment: How to better serve the goals of punitive retribution, The International Journal of Restorative Justice 1/2018 283.

ist, sondern Entschuldigungen sowie Verhaltensvereinbarungen zwischen den Parteien.

Aus Sicht der geschädigten Person kann zwar durch die Ahndung der Tat eine gewisse Entlastung eintreten. Gleichzeitig wird die geschädigte Person im regulären Strafverfahren marginalisiert und durch die Verdrängung in die Zeugenrolle zu einem blossen Mittel der strafrechtlichen Sachverhaltsermittlung. Dabei droht eine sog. «sekundäre Vikimisierung», bei der das Opfer durch Prozesse im Strafverfahren erneut geschädigt wird, beispielsweise indem ihm (ggf. indirekt) Schuldvorwürfe gemacht werden oder die Straftat in seinen Augen bagatellisiert wird. Die restaurative Justiz soll Belastungen des Strafverfahrens reduzieren, indem der geschädigten Person die aktiveren Rolle einer «zentralen Konfliktpartei» eingeräumt wird.⁵³ Howard Zehr, Mitglied der Freikirche der Mennoniten und einer der Begründer der restaurativen Justiz in ihrer heutigen Form, definiert in seinem grundlegenden Buch «The Little Book of Restorative Justice» die folgende Definition: «Restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense and to collectively identify and address harms, needs, and obligations, in order to heal and put things as right as possible.»⁵⁴ Es geht im Kern also um eine Zusammenführung von Täter und Opfer und deren Konfliktbewältigung.

Das Eidgenössische Parlament hat die Einführung der restaurativen Justiz im Strafverfahren (als Art. 316b StPO) abgelehnt. Es war der Ansicht, dass das ursprünglich vom Nationalrat befürwortete Konzept der restaurativen Justiz zu Ungereimtheiten mit der bestehenden Bestimmung zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) führen würde. Die Einführung einer umfassenden restaurativen Justiz bedürfe zudem vertiefter Abklärungen und einer Vernehmlassung. Aus diesem Grund wurde eine Motion (21.4336) gutgeheissen, welche den Bundesrat beauftragt, eine Gesetzesgrundlage zur Verankerung der restaurativen Justiz in der Strafprozessordnung unter Einbezug der Strafbefreiungsgründe gemäss Art. 52 ff. StGB auszuarbeiten.⁵⁵

In empirischen Studien wird immer wieder von positiven Effekten der restaurativen Justiz berichtet, und zwar sowohl für die Geschädigten i.S.v. Zufriedenheit mit dem Verfahren, Traumabewältigung etc. als auch für die TäterInnen bzgl. Rückfallprävention.⁵⁶ In einer grossen Evaluationsstudie in Deutschland hat sich gezeigt, dass in den gemeldeten Fällen fast drei Viertel der Beschul-

53 Baur (Fn. 51), 4.

54 Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, Pennsylvania 2002, 37.

55 Medienmitteilung des Parlaments vom 19. Oktober 2021, einsehbar unter <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2021-10-19.aspx>> (zuletzt besucht am 22.10.2022).

56 Caroline M. Angel/Lawrence W. Sherman/Heather Strang/Barak Ariel, Short-Term Effects of Restorative Justice Conferences on Post-Traumatic Stress Symptoms Among Robbery and Burglary Victims: A randomized controlled trial, *Journal of Experimental Criminology* 3/2014 291 ff.; Kathleen J. Bergseth/Jeffrey A. Bouffard, Examining the Effectiveness of a Restorative Justice

digten ihre Bereitschaft zu einer Mitwirkung an einem Ausgleichsverfahren bekundeten. Von den Geschädigten waren es mehr als die Hälfte. Etwa 85 Prozent der durchgeführten Ausgleichsgespräche hätten mit einem einvernehmlich gefundenen Ergebnis geendet.⁵⁷ Bei längeren Rückfallzeiträumen sind jedoch häufig keine Unterschiede zwischen Verfahren restaurativer Justiz und traditionellen strafrechtlichen Verfahren festzustellen.⁵⁸

Schweizer Befunde fehlen zurzeit. Es existiert bislang auch kaum Evidenz, dass restaurative Justiz bei schwereren Kriminalitätsformen und bei Erwachsenen erfolgreich eingesetzt werden kann. Die Befunde dürften zumindest teilweise auf einem Selektionseffekt beruhen, weil nur solche Verfahren für die restaurative Justiz ausgewählt werden, die sich für sie eignen: häufig Straftaten aus dem Bereich der wenig schwerwiegenden Kriminalität, nur bei bereits bestehender Bereitschaft des Täters zur Verantwortungsübernahme, häufig Jugendliche. Demzufolge müsste eine Beschränkung auf diese Verfahren erfolgen. Schliesslich sind die untersuchten Programme restaurativer Justiz in unterschiedliche Strafjustizsysteme eingebettet (v.a. USA, Kanada, Australien, Grossbritannien, Deutschland), die sich mit dem Schweizer Straf- und Justizvollzugssystem nur bedingt vergleichen lassen.⁵⁹ Die Schweiz verfügt im Gegensatz zu anderen Ländern im Justizvollzug sodann über sehr gut ausgebauten und individualisierten Therapieformen, die im internationalen Vergleich zu tiefen Rückfallraten führen.⁶⁰ Die positiven Effekte der restaurativen Justiz wären möglicherweise zu gering, um sie diesem hochentwickelten System mit sichtbarem Gewinn aufzupropfen. Der starke Fokus des Zürcher Justizvollzugs auf die individuellen Risikofaktoren der Täter erscheint außerdem nur schlecht vereinbar mit dem Konzept der restaurativen Justiz. Das Prinzip, dass es in einer Gesprächsrunde unter Leitung eines Therapeuten gleichzeitig um die Anliegen der Opfer und um die Rückfallgefahr der Täter geht, erscheint problematisch, denn die Perspektiven und Interessen sind ganz unterschiedlich.⁶¹ Damit müsste in der Praxis eine Trennung dieser Gefässe erfolgen. Somit ist es nötig, im hiesigen Sprach- und Kulturraum empirische Wirksam-

Program for Various Types of Juvenile Offenders, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 9/2013 1054 ff.

- 57 Arthur Hartmann/Marie Schmidt/Hans-Jürgen Kerner, Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2017 und 2018, Bericht für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz 2020, einsehbar unter <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Statistiken/Download/TOA_2017-2018.pdf?__blob=publication-File&v=3> (zuletzt besucht am 22.10.2022).
- 58 Baur (Fn. 51), 10; Seokjin Jeong/Edmund F. McGarrell/Hipple Natalie Kroovand, Long-term Impact of Family Group Conferences on Re-Offending: The Indianapolis restorative justice experiment, Journal of Experimental Criminology 4/2012 369 ff.
- 59 Baur (Fn. 51), 11.
- 60 Seewald/Rossegger/Gerth/Urbaniok/Phillips/Endrass (Fn.16), 93.
- 61 Interview mit Prof. Dr. Jérôme Endrass, in: NZZ vom 25. August 2020, 11.

keitsstudien durchzuführen, bevor flächendeckend Programme eingeführt werden, deren Auswirkungen unsicher sind.

4. Neugestaltung der Untersuchungshaft

4.1 Position 5: Paradigmenerweiterung – Sicherheitszentrierte Aufsicht mit der ressourcenorientierten Betreuung und Sozialarbeit ergänzen

Die Untersuchungshaft in der Schweiz wird immer wieder als sehr belastend beschrieben und auch kritisiert.⁶² Die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) hält seit Beginn ihrer Tätigkeit im Rahmen der Überprüfungen von schweizerischen Hafteinrichtungen regelmässig fest, dass die Haftbedingungen von Personen in Untersuchungshaft zum Teil übermässig restriktiv ausgestaltet seien.⁶³ Marc Thommen, Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich, nennt denn auch die Praxis der Untersuchungshaft das «wohl das düsterste Kapitel unserer gegenwärtigen Justizpraxis. Darauf werden wir in hundert Jahren nur noch mit ungläubigem Kopfschütteln zurückschauen.»⁶⁴

Der Übergang in die Untersuchungshaft und wieder zurück in die Freiheit kann abrupt, unvorbereitet und traumatisierend sein. In der Untersuchungshaft entstehen psychische Schäden, die selbst nach der Haft noch anhalten und in die Allgemeinbevölkerung getragen werden. Hinter vorgehaltener Hand wird gelegentlich der Verdacht geäussert, dass die Staatsanwaltschaft vom strengen Regime und der teilweise sehr langen Dauer der Untersuchungshaft im Sinne einer Beugehaft profitiere.⁶⁵ Obwohl sich aus der Unschuldsvermutung ergibt, dass Massnahmen gegen eine beschuldigte Person in ihrer Intensität, vor allem aber in ihrer Dauer, nicht den Charakter einer Strafe haben dürfen,⁶⁶ gilt die Untersuchungshaft als ein noch grösserer psychologischer Stress als

62 Jörg Künzli/Nula Frei/Maria Schultheiss, Menschenrechtliche Standards der Haftbedingungen in der Untersuchungshaft und ihre Umsetzung in der Schweiz, in: Jusletter vom 5. Oktober 2015, 1 ff.

63 Tätigkeitsbericht Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) 2014, abrufbar unter <https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Berichte/taetigkeitsberichte/2014/150623_ber-d.pdf>, (zuletzt besucht am 23.10.2022).

64 Lukas Häuptli, Das düsterste Kapitel unserer Justizpraxis, in: Republik vom 29. September 2022.

65 Thomas Noll, Optimierung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie, Sondernummer JuV 3/2019 31.

66 Martin Schubarth, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung, Basel 1978, 1 ff.; Peter Albrecht, Die Untersuchungshaft – eine Strafe ohne Schuldspur?, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 355 ff.

der «reguläre» Freiheitsentzug im Rahmen einer Freiheitsstrafe.⁶⁷ Sie wird als die «anstrengendste und unsicherste Gefängniserfahrung»⁶⁸ bezeichnet und von Vollzugspraktikern «unisono als die härteste Form des Freiheitsentzugs in der Schweiz» eingestuft.⁶⁹

Wie weiter oben beschrieben, müssen im Sinn der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) nichtkustodiale Massnahmen (Ersatzmassnahmen, Art. 237 ff. StPO) gegenüber der physischen Haft priorisiert werden – so auch gegenüber der Untersuchungshaft (Art. 212 Abs. 2 lit. c StPO). Sind Ersatzmassnahmen nicht möglich, muss die Untersuchungshaft (wiederum dem Gebot der Verhältnismässigkeit folgend) so wenig einschneidend wie möglich ausgestaltet werden. Auch aus utilitaristischer Perspektive macht die restriktive Ausgestaltung der Untersuchungshaft wenig Sinn: Je strenger die Haftbedingungen, desto negativer der Einfluss auf das Verhalten der Gefangenen nicht nur während der Untersuchungshaft selbst, sondern auch danach.⁷⁰

Im Rahmen eines vom Bundesamt für Justiz mitfinanzierten Modellversuchs soll in den Kantonen Zürich und Bern ein ressourcenorientierter Ansatz in der Untersuchungshaft weiterentwickelt und konsequent auf das Ziel der sozialen Wiedereingliederung ausgerichtet werden.⁷¹ Dies geschieht auf dem Weg der Vermeidung respektive Linderung des Haftschocks und anderer Haftschäden sowie durch die Förderung der eigenen Ressourcen und persönlichen Kompetenzen der Gefangenen. Es geht um eine Verschiebung der hauptsächlich sicherheitszentrierten Aufsicht hin zu einer ressourcenorientierten Betreuung und Sozialarbeit. Neben dieser kulturellen Innovation sieht der Modellversuch fünf weitere Interventionen zur Erhaltung bzw. Stärkung der Ressourcen respektive der Vermeidung von Haftschäden inhaftierter Personen vor:

- Standardisiertes Eintrittsgespräch mit Sofortmassnahmen zur Erhaltung von externen Ressourcen durch den Sozialdienst

67 Erin George, *A Woman Doing Life: Notes from a prison for women*, New York 2010, 1 ff.; John J. Gibbs, *Symptoms of Psychopathology Among Jail Prisoners: The effects of exposure to the jail environment*, *Criminal Justice and Behavior* 3/1987 288 ff.; David C. May/Brandon K. Applegate/Rick Ruddell/Peter B. Wood, *Going to Jail Sucks (And It Really Doesn't Matter Who You Ask)*, *American Journal of Criminal Justice* 2/2014 250 ff.

68 Sinead Freeman/Mairead Seymour, 'Just Waiting': The nature and effect of uncertainty on young people in remand custody in Ireland, *Youth Justice* 2/2010 126 ff.

69 Künzli/Frei/Schultheiss (Fn. 62), 1.

70 Robert G. Morris/Michael L. Carriaga/Brie Diamond/Nicole Leeper Piquero/Alex R. Piquero, Does Prison Strain Lead to Prison Misbehavior? An application of general strain theory to inmate misconduct, *Journal of Criminal Justice* 3/2012 194 ff.; Elisa L. Toman/Joshua C. Cochran/John K. Cochran, Jailhouse Blues? The Adverse Effects of Pretrial Detention on Prison Social Order, *Criminal Justice and Behavior* 3/2018 316 ff.; Kevin N. Wright, A study of Individual, Environmental, and Interactive Effects in Explaining Adjustment to Prison, *Justice Quarterly* 2/1991 217 ff.

71 Vgl. Konzeptbeschrieb zum Beitragsgesuch für den Modellversuch «Ressourcenorientierte Betreuung und Sozialarbeit in der Untersuchungshaft» vom 26. Juli 2021.

- Case Management durch den Sozialdienst zwecks Beurteilung von Individualmassnahmen an regelmässig stattfindenden runden Tischen
- Förderung der Angehörigenarbeit und Umsetzung von kinderrechtlichen Anforderungen bezüglich Kontakt von Kindern zu ihren Eltern durch den Sozialdienst und die Aufsicht/Betreuung
- Übergangsmanagement mit bedarfsgerechten Anschlusslösungen beim Austritt auf freien Fuss oder in den Straf- und Massnahmenvollzug durch den Sozialdienst
- Problem Management Plus (PM+), ein Stressbewältigungsprogramm der WHO zur Stärkung der Resilienz und zum Erlernen von Methoden zur Stressbewältigung

Dem Modellversuch liegt die Kernhypothese zugrunde, dass eine optimistische Haltung, welche den Erhalt und die Stärkung der Ressourcen von inhaftierten Personen ins Zentrum stellt, sowohl auf das persönliche Wohlbefinden und Sozialverhalten wie auch mittel- bis langfristig auf die Wiedereingliederung von straffällig gewordenen Personen positive Auswirkungen hat. Es kann davon ausgegangen werden, dass mit Hilfe der wissenschaftlich ermittelten Resultate praktikable, breit anwendbare und auch auf andere Kantone übertragbare Erkenntnisse zur Optimierung der Untersuchungshaft gewonnen werden können.

Nicht Teil dieses Modellversuchs ist die Aufnahme von Bildungsmassnahmen in Untersuchungshaft. Dass aufgrund der ungewissen Gesamtdauer der Untersuchungshaft Berufslehren in diesem Setting nicht angeboten werden können, liegt auf der Hand. Anders sieht es aber aus bei der Basisbildung. Diese hat zum Ziel, den Gefangenen sog. Kulturtechniken wie Lesen, Schreiben, Rechnen, Allgemeinbildung, die Auseinandersetzung mit dem Zeitgeschehen sowie Sozialkompetenzen zu vermitteln.⁷² In der Schweiz wird mit der Einrichtung «Bildung im Strafvollzug (BiSt)» ermöglicht, dass Gefangene im Strafvollzug während einem halben Tag pro Woche von einem Ausbildungsangebot profitieren können und dabei im gleichen Ausmass entschädigt werden, wie wenn sie arbeiten würden (Art. 82 StGB i.V.m. Art 83 Abs. 3 StGB).⁷³

Es wird davon ausgegangen, dass sich die Ausbildung und der Bildungsstand von Straftätern positiv auf ihre soziale Integration auswirkt. Ausbildungsprogramme im Vollzug verbessern die Fähigkeiten und Fertigkeiten der Insassen (in ökonomischer Terminologie also das «Humankapital»), was die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass die Straftäter nach der Haft eine Arbeit finden. Positiv kann sich auch die Erhöhung des Selbstwertgefühls bei vielen Insassen

72 Felix Föhn, Bildung im Strafvollzug. Schule hinter Gittern – Schweiz, Deutschland, Österreich – ein Vergleich, Master Thesis an der Wirtschaftsuniversität Wien 2010, 42; BSK StGB-Noll, Art. 82 N 3.

73 Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 14), 163.

auswirken, die durch Ausbildung erreicht wird: Bildungsveranstaltungen werden von den Insassen gemäss einer Untersuchung der Universität Freiburg als «Insel» der Akzeptanz oder auch als «Fenster nach draussen» beschrieben und als kleine Freiheit empfunden, die einen positiven Einfluss auf das Selbstwertgefühl und somit auch auf die spätere gesellschaftliche Wiedereingliederung haben kann.⁷⁴

Es ist kein plausibler Grund ersichtlich, weshalb diese Effekte – bei entsprechendem Angebot – nicht genauso bei Untersuchungshäftlingen zu beobachten wären. Daher hat man im Kanton Zürich damit begonnen, BiSt auch in der Untersuchungshaft durchzuführen. Die Speerspitze bildet dabei das Gefängnis Pfäffikon, wo schon zwei BiSt-Klassen existieren. Die bisherigen Erfahrungen damit sind positiv, und es ist vorgesehen, das Angebot auf weitere Untersuchungsgefängnisse auszuweiten.

4.2 Position 6: Abklärungsprozesse für die Ersatzmassnahmenanordnung weiterentwickeln

Im Modellversuch ebenfalls nicht enthalten sind Bemühungen, mittels Verfügung von Ersatzmassnahmen die Untersuchungshaft per se zu umgehen. Das zuständige Gericht ist aber zu solchem Vorgehen verpflichtet. Untersuchungshaft – wie auch die Sicherheitshaft – sind aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips «ultima ratio»:⁷⁵ Zwangsmassnahmen wie die Untersuchungshaft dürfen nur ergriffen (oder verlängert) werden, wenn die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen wie Ersatzmassnahmen erreicht werden können (197 Abs. 1 lit. c StPO), und freiheitsentziehende Zwangsmassnahmen sind gemäss Art. 212 Abs. 2 lit. c StPO aufzuheben, sobald Ersatzmassnahmen zum gleichen Ziel führen.⁷⁶

Gemäss Art. 224 Abs. 2 StPO beantragt die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht die Anordnung der Untersuchungshaft oder einer Ersatzmassnahme, wenn sich der Tatverdacht und die Haftgründe bestätigen. Die in Art. 237 Abs. 2 StPO genannten Ersatzmassnahmen sind nicht abschliessend,

74 Thomas Noll, Weniger Rückfälle dank Bildung, Basler Zeitung vom 29. September 2015, 5; Ueli Hostettler/Roger Kirchhofer/Marina Richter/Chris Young, Bildung im Strafvollzug BiSt: Pilotprojekt, 1. Mai 2007 – 30. Juni 2010, Drosos-Stiftung/SAH Zentralschweiz: Externe Evaluation: Schlussbericht, Universität Freiburg, einsehbar unter <https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/ev_schlussbericht_p_p_1_5_07_bis_30_6_10.pdf> (zuletzt besucht am 23.10.2022). Dies gilt allerdings nicht für alle Gefangenen. Bei Tätern mit psychopathischen Persönlichkeitsanteilen, wo häufig ein überhöhtes Selbstwertgefühl ursächlich zur Tat beigetragen hat, ist ein weiteres Aufpumpen des Egos natürlich nicht angezeigt.

75 BGE 135 I 71, 73 E. 2.3; BGE 133 I 270, 276 E. 2.2; BGE 107 Ia 206, 208 E. 2a.

76 Marcel Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Basel 2014, Matthias Härry/Jonas Weber, Art. 237 N 1 ff. (zit. BSK StPO-Autor).

wie sich dies aus dem Begriff «namentlich» ergibt. Die Staatsanwaltschaft hat dabei insbesondere zu begründen, welche Ersatzmassnahmen in Betracht kommen bzw. weshalb Ersatzmassnahmen den Zweck der Untersuchungshaft nicht ebenso erreichen können.⁷⁷ Für die Anordnung der Ersatzmassnahmen ist das Zwangsmassnahmengericht zuständig (Art. 236 Abs. 4 StPO).⁷⁸ Das Zwangsmassnahmengericht hat die Möglichkeit, auch ohne entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft Ersatzmassnahmen anzurufen. Hingegen ist es ihm verwehrt, die Untersuchungshaft anzurufen, wenn die Staatsanwaltschaft lediglich Ersatzmassnahmen beantragt hat.⁷⁹

Ob im Einzelfall Untersuchungshaft oder «nur» eine Ersatzmassnahme angeordnet wird, ist für die betroffene Person von entscheidender Bedeutung, wie aus den unter Position 5 beschriebenen möglichen Haftschäden bei Untersuchungshaft ersichtlich wird. Aus diesem Grund ist es zentral, dass die *Abklärungsprozesse* für die Ersatzmassnahmenanordnung aussagekräftig und zuverlässig sind. Zudem ist zu prüfen, ob die Prozesse und Aufgabenteilungen zwischen den beteiligten Akteuren – Staatsanwaltschaft, Vollzugsbehörde und Polizei – im Sinne einer ausgedehnten Anwendung von Ersatzmassnahmen optimiert werden können. So sind bspw. bei der Vollzugsbehörde meist ein vertieftes Fachwissen und breites Netzwerk für die Durchführung bzw. Begleitung von ambulanten Behandlungen vorhanden, welche für Ersatzmassnahmen genutzt werden könnten. Die Prüfung dieser Option ist insbesondere dann sinnvoll, wenn die Möglichkeit einer späteren ambulanten Massnahme im Raum steht.

Zur Verbesserung der Abklärungsprozesse wird vorliegend angeregt, dass Entscheidungsprozesse von Staatsanwaltschaft und Zwangsmassnahmengericht immer unter Einschluss von möglichst umfassenden Daten zur Person und ihrer sozialen Lage gefällt werden: Es sind rascher als bis anhin Daten zur Person und ihrer sozialen Lage zu erfassen und der zuständigen Staatsanwaltschaft resp. dem Zwangsmassnahmengericht zugänglich zu machen. Mit der im Modellversuch Untersuchungshaft (s. Position 5) angestrebten Wertschöpfung werden Individualisierung und Ressourcenorientierung gefördert. In diesem Prozess werden Daten zur sozialen Lage und Entwicklungsperspektive der Person generiert. Das sind Informationen, die für den Entscheid des ZMG wertvoll sind und genutzt werden sollen. Der entsprechende Informationsfluss von Untersuchungsgefängnis zur Staatsanwaltschaft sollte standardisiert und zur Routine gemacht werden.

77 BSK StPO-Härri/Weber, Art. 237, N 46.

78 Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (StPO) vom 21. Dezember 2005, (BBl 2006 1230) (zit. Botschaft Strafprozessrecht 2005).

79 Botschaft Strafprozessrecht 2005, 1232.

4.3 Position 7: Prozesslandschaft der Risiko- und Bedarfsorientierung in der Untersuchungshaft-Phase beginnen

Von 2010 bis 2013 wurde mit Unterstützung des Bundesamts für Justiz ein Modellversuch (vgl. Position 5) zum Risikoorientierten Sanktionenvollzug (ROS) durchgeführt. Im Zentrum stand dabei die Frage, wie problematische Vollzugsentwicklungen früher erkannt und die individuelle Planung und Ausgestaltung des Sanktionenvollzugs besser auf die Rückfallvermeidung ausgerichtet werden können.⁸⁰ Gemäss dem RNR-Prinzip von Andrews und Bonta haben alle StraftäterInnen ein eigenes Risiko («risk»), eigene Bedürfnisse («need») und eine eigene Ansprechbarkeit auf risikosenkende Interventionen («responsivity»).⁸¹ Dementsprechend sollte nach dem RNR-Prinzip jede inhaftierte Person einen individuell zugeschnittenen Umgang erhalten, um straffrei und selbstverantwortlich leben zu können. Der ROS stützt sich auf das RNR-Prinzip und hat zum obersten Ziel, Rückfälle zu vermeiden sowie eine nachhaltige Resozialisierung der verurteilten Person zu fördern. Folgerichtig sind sowohl risikosenkende als auch ressourcenfördernde Interventionen elementar.⁸²

Jeder Fall durchläuft im ROS vier Prozessschritte: Triage, Abklärung, Planung und Verlauf. Im ersten Schritt, der Triage, wird anhand des Fall-Screening-Tools (FaST) der weitere Abklärungsbedarf festgestellt. Das FaST kategorisiert Fälle als A-, B- oder C-Fälle. A bedeutet, dass kein weiterer Abklärungsbedarf erkennbar ist, B, dass ein Fallresümee angezeigt ist, und C, dass der Bedarf einer Risikoabklärung besteht. Das FaST kann und soll dementsprechend nicht feststellen, wie hoch das Rückfallrisiko und der Interventionsbedarf in dem entsprechenden Fall sind. Erst im nächsten Schritt, der Abklärung, werden anhand des Fallresümee oder der Risikoabklärung der Bedarf und das weitere Vorgehen zu Rückfallreduzierung und Ressourcenstärkung geplant. Dazu müssen neben den forensischen Aspekten des personen- und umweltbezogenen Veränderungsbedarfs auch die juristischen Rahmenbedingungen und vollzugspraktischen Möglichkeiten berücksichtigt werden. Im weiteren Verlauf erfolgt dann eine regelmässige standardisierte Berichterstattung durch die Arbeitspartner (Vollzugseinrichtung, Therapierende, Betreuende o.Ä.) an die fallverantwortliche Person der Vollzugsbehörde, die den Vollzug der Sanktion koordiniert und über die Gewährung von Vollzugsprogressionen

80 Benjamin Brägger/Tanja Zanger, Die Umsetzung des schweizerischen Massnahmenrechts durch die Praxis, am Beispiel des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweizer Kantone, in: Übergangsmanagement und Nachsorge, Bern 2020, 73 ff.

81 Donald Andrews/James Bonta, The Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl., New Providence, NJ 2010.

82 Daniel Treuthardt/Mirjam Loewe-Baur/Melanie Kröger, Der Risikoorientierte Sanktionenvollzug (ROS) – aktuelle Entwicklungen, SZK 2/2018 24 ff.

entscheidet. Diese Berichte bilden die Grundlage für Vollzugsentscheidungen, beispielsweise über Lockerungen oder Vollzugsverschärfungen.⁸³

Mit Abschluss des Modellversuchs ROS haben sich die Kantone Luzern, St. Gallen, Thurgau und Zürich entschieden, ROS in der Praxis von Straf- und Massnahmenvollzug sowie Bewährungshilfe umzusetzen. Im Jahr 2016 erfolgte die Implementierung der restlichen Kantone des Ostschweizer Strafvollzugskonkordats (Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Glarus, Graubünden und Schaffhausen). Die Einführung in sämtlichen Kantonen des Strafvollzugskonkordat Nordwest- und Innerschweiz (Aargau, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Bern, Obwalden, Nidwalden, Schwyz, Solothurn, Uri, Zug) fand 2018 statt.⁸⁴ ROS und seine Bestandteile wurden nach positiver Prozess-⁸⁵ und Wirkungsevaluation⁸⁶ weitere Male erfolgreich auf Zuverlässigkeit und Validität überprüft⁸⁷ und befinden sich weiterhin in einem dynamischen Prozess der laufenden Verbesserung.⁸⁸

Es kann bei ROS mit Fug und Recht von einer Erfolgsgeschichte gesprochen werden. Heute beginnen die ROS-Prozesse erst, wenn die Bewährungs- und Vollzugsdienste den Fall übernehmen, also zum Zeitpunkt des Übertritts der gefangenen Person von der Untersuchungshaft in den Strafvollzug. Vor dem Hintergrund der Ausführungen zur aktuellen Neugestaltung der Untersuchungshaft (s. Position 5) wäre es aber zweckmässiger, den Beginn des

83 Daniel Treuthardt/Melanie Kröger, Evaluation des Risikoorientierten Sanktionenvollzugs – Konstruktion einer Veränderungsmessung, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 1/2021, 74.

84 Daniel Treuthardt/Maya René/Anja Rohner, ROS allgemein 2019, einsehbar unter <<https://www.rosnet.ch/de-ch/ros-allgemein>> (zuletzt besucht am 23.10.2022). Im concordat latin befindet sich ein analoger Prozess Namens PLESORR (Processus latin d'exécution des sanctions orientée vers le risque et les ressources) in der Einführung. Mit PLESORR soll der Straf- und Massnahmenvollzug in den lateinischen Kantonen auf eine einheitliche Grundlage gestellt werden. Ähnlich wie in ROS werden darin die Prozessschritte Triage (tri), Evaluation (évaluation), Planung (planification) und Verlauf (suivi) unterschieden. Im Unterschied zu ROS erfolgt die Fallevolution jedoch nicht nur aktenbasiert, sondern ebenso auf einem persönlichen Gespräch mit der verurteilten Person. Zudem wird mit dem Desistance-Konzept stärker auf die Faktoren für die Beendigung einer kriminellen Karriere fokussiert und weniger auf das abweichende Verhalten und den Rückfall.

85 Regula Ruflin./Charlotte Miani/Andreas Dvorak/Reto Jörg/Katja Schnyder-Walser, Modellversuch Risikoorientierter Sanktionenvollzug, Schlussbericht Prozessevaluation vom 9. Dezember 2013, einsehbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/modellversuche/evaluationsberichte/ros-schlussber-d.pdf>> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

86 Christian Schwarzenegger/Patrik Manzoni/Mirjam Baur, Modellversuch Risikoorientierter Sanktionenvollzug (ROS), Ergebnisevaluation Schlussbericht Zürich 2013.

87 Mirjam Loewe-Baur, Der Risikoorientierte Sanktionenvollzug (ROS), Ergebnisse und Erkenntnisse einer Evaluation, Dissertation Universität Zürich 2017; Treuthardt/Loewe-Baur/Kröger (Fn. 82), 24 ff.; Daniel Treuthardt/Melanie Kröger, Der Risikoorientierte Sanktionenvollzug (ROS) – empirische Überprüfung des Fall-Screening-Tools (FaST), SZK 1/2019 76 ff.

88 Treuthardt/Kröger (Fn. 83), 73 ff.

ROS-Prozesses schon in der Untersuchungshaft anzusiedeln – insbesondere wenn diese länger dauern sollte. Dem Paradigma des Modellversuchs Untersuchungshaft folgend würde damit die z.T. sehr lange Zeit in der Untersuchungshaft zumindest für die ersten drei der vier ROS-Schritte (Triage, Abklärung, Planung) sinnvoll genutzt. Personen mit Hinweisen auf störungsbedingtes Verhalten sind demnach auf ihren Massnahmenbedarf hin in einem dem forensischen Gutachten vorgelagerten Risiko- und Bedarfs-Assessment abzuklären.

Idealerweise würde ein langer Aufenthalt im Untersuchungsgefängnis aber auch für den letzten Schritt der ROS-Interventionen, den Verlauf, verwendet. Denn es bestehen grosse Überlappungsbereiche beim Case-Management durch den Sozialdienst im Modellversuch U-Haft einerseits und den umweltbezogenen Veränderungsmessungen im Rahmen von ROS andererseits.⁸⁹ Das Nutzen von Synergien liegt daher nahe. Sinnvollerweise bestünde eine klar definierte Prozessregelung mit engem Austausch zwischen Staatsanwaltschaft, Untersuchungsgefängnis und der Vollzugsbehörde im Justizvollzug (Sozialdienst der Untersuchungsgefängnisse und Bewährungs- und Vollzugsdienste).

5. Langstrafenvollzug

Position 8: Für Personen im Vollzug von langen Freiheitsstrafen und der Verwahrung sind neue Gestaltungsmöglichkeiten im Wohn-/Zellenbereich einzurichten

Verwahrte Gefangene sind in Schweizer Justizvollzugsanstalten im gleichen Regime untergebracht wie reguläre Strafgefangene. Faktisch bedeutet die Anordnung einer Verwahrung heute regelmässig die Internierung in einer Strafanstalt auf unbestimmte Zeit, die sich in keiner Art und Weise vom Vollzug der Freiheitsstrafe in einer geschlossenen Strafanstalt unterscheidet.⁹⁰ Vor über zehn Jahren hat Deutschland ein Entscheid des Bundesverfassungsgerichts den Umgang mit Verwahrten in den JVAs revolutioniert.⁹¹ Das darin stipulierte sog. «Abstandsgebot» fordert eine strikte und konsequente Tren-

89 Klassische umweltbezogene Bereiche, die im ROS-Verlauf fokussiert werden, sind Arbeit, Finanzen, Wohnen, Beratung und Betreuung, Freizeit, Partnerschaft und Familie und sonstiges soziales Umfeld. Weitere kritische Bereiche wären beispielsweise Gesundheit oder unklarer Aufenthaltsstatus.

90 Jörg Künzli/Anja Eugster/Maria Schultheiss, Haftbedingungen in der Verwahrung, Menschenrechtliche Standards und die Situation in der Schweiz, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenechte (SKMR) Bern 2016, 23; Benjamin Brägger, Der Verwaltungsvollzug in der Schweiz im Lichte der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Überwachen und Strafen: neuere Entwicklungen im Justizvollzug, Bern 2018, 130 f.

91 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 4. Mai 2011, 2 BvR 2365/09.

nung von Personen im Verwahrungsvollzug von anderen inhaftierten Personen. Darüber hinaus haben Verwahrte in Deutschland einen verfassungsmässigen Rechtsanspruch auf bessere materielle Haftbedingungen als die Strafgefangenen und die übrigen Eingewiesenen des Massregelvollzugs, wie der Massnahmenvollzug in Deutschland heisst. Dies wird mit einem durch die Verwahrten erbrachten sog. «Sonderopfer» begründet.⁹² Damit ist der Anteil des Freiheitsentzugs gemeint, der über die durch die Schuld begründete Freiheitsstrafe hinausgeht. Während diesem Freiheitsentzug bleiben die Verwahrten zum Schutz der Allgemeinbevölkerung präventiv inhaftiert, bis keine konkrete Rückfallgefahr mehr von ihnen ausgeht.

Auf internationaler Ebene hält der UNO-Menschenrechtsausschuss in seinen allgemeinen Bemerkungen zu Art. 9 UNO-Pakt II fest, dass die Haftbedingungen bei einer Verwahrung als nicht-punitiv Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit sich von den Bedingungen beim Strafvollzug zu unterscheiden hätten. Er äussert sich dabei aber nicht dazu, ob dies z.B. auch die baulichen Gegebenheiten betreffen müsse oder ob etwa gar spezielle Einrichtungen für verwahrte Personen zu schaffen seien.⁹³ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat im Jahr 2009, also ca. zwei Jahre vor dem erwähnten Entscheid des Bundesverfassungsgerichts, festgestellt, dass die Sicherungsverwahrung in Deutschland in gewöhnlichen Gefängnissen durchgeführt wurde, wenn auch in getrennten Trakten. Geringfügige Änderungen des Haftregimes im Vergleich zu demjenigen eines gewöhnlichen Strafgefangenen, einschliesslich Privilegien wie das Recht der Gefangenen, ihre eigene Kleidung zu tragen und ihre komfortableren Gefängniszellen weiter auszustatten, konnten gemäss EGMR nicht darüber hinwegtäuschen, dass es faktisch keinen wesentlichen Unterschied zwischen dem Vollzug einer Freiheitsstrafe und dem einer Sicherungsverwahrung gegeben habe.⁹⁴ Personen, die der Sicherungsverwahrung unterliegen, bedürfen angesichts ihrer potentiell unbestimmten Dauer in besonderem Masse der psychologischen Betreuung und Unterstützung. Die Erreichung des Ziels der Verbrechensverhütung erfordere ein hohes Mass an Betreuung durch ein Team von multidisziplinärem Personal und eine intensive Arbeit mit den Insassen auf individueller Basis (durch zeitnah erstellte individualisierte Pläne). So solle die Entwicklung hin zur Entlassung resp. eine Lockerungsperspektive gefördert werden.⁹⁵ Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass die damals in Deutschland praktizierte Sicherungsverwahrung als «Strafe» im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren sei.⁹⁶

92 Brägger/Zanger (Fn. 80), 73 ff.

93 Künzli/Eugster/Schultheiss (Fn. 90), 66.

94 EGMR, Urteil M. v. Deutschland, Urteil no. 19359/04, vom 17.12.2009, 127.

95 EGMR, Urteil M. v. Deutschland, Urteil no. 19359/04, vom 17.12.2009, 129.

96 EGMR, Urteil M. v. Deutschland, Urteil no. 19359/04, vom 17.12.2009, 133.

Auch der heutige Verwahrungsvollzug in der Schweiz steht teilweise in einem klaren Widerspruch zu den völkerrechtlichen Vorgaben und zur Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs.⁹⁷ Der Bericht zur Anstaltsplanung des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz aus dem Jahr 2020 spricht denn auch von einem «Entwicklungspotential» bei der Schaffung von spezialisierten Abteilungen für Personen im Verwahrungsvollzug nach Art. 64 StGB.⁹⁸ Zwar sind die Haftbedingungen für Personen mit einer regulären Haftstrafe in Schweizer Justizvollzugsanstalten erfahrungsgemäss besser als diejenigen in deutschen JVAs. Da in praktisch allen Schweizer JVAs aber die Haftbedingungen der Verwahrten und der Personen mit Freiheitsstrafe identisch sind, die Haftbedingungen für Verwahrte gemäss EGMR jedoch deutlich besser sein müssten, genügen sie in der Schweiz nicht internationalen Standards. Um eine künftige Verurteilung durch den EGMR zu vermeiden, muss die Schweiz den Verwahrungsvollzug räumlich vom Strafvollzug trennen und darüber hinaus – im Hinblick auf eine realitätsbezogene Entlassungsperspektive – mit einer individuellen Vollzugsplanung die Betreuung der Verwahrten intensivieren. Zudem müssen die alltäglichen Vollzugsbedingungen liberaler ausgestaltet sein als im Strafvollzug. Dies betrifft insbesondere die Beziehungen zur Aussenwelt (Besuchs- und Telefonkontingente, begleitete Ausgänge). Dabei muss natürlich immer berücksichtigt werden, wie gefährlich der Betroffene für die Allgemeinheit ist.⁹⁹

In der Schweiz hat diese Diskussion verschiedene Entwicklungen angeregt. Im Rahmen eines Pilotprojekts leben in der JVA Solothurn seit 2019 sechs Verwahrte in einer Wohngemeinschaft. Sie teilen sich einen grossen Wohnraum, eine Küche und einen Balkon und konnten mitbestimmen, wie der Gemüse- und Kräutergarten erstellt wurde und wo die Steinplatten für den Pingpongtafel verlegt wurden. Auch bei der Einrichtung ihrer Zimmer haben sie mehr Freiheiten. Sie dürfen eigene Möbel mitbringen, einen eigenen Fernseher kaufen und einen Computer ohne Internetanschluss besitzen. Das Pilotprojekt gilt als Erfolg und wird seit Herbst 2021 im regulären Betrieb weitergeführt. In den JVAs Bostadel und Lenzburg werden ebenfalls Sonderabteilung für Verwahrte eingerichtet.¹⁰⁰

In der Zürcher JVA Pöschwies läuft zurzeit ein Projekt, das die Verbesserung des Vollzugsregimes nicht nur von Verwahrten und lebenslänglich Verwahr-

97 Brägger (Fn. 90), 139.

98 Koordinierte Bedarfsabklärung und Anstaltsplanung im Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweizer Kantone vom 1. Juli 2020, 20, einsehbar unter https://www.konkordat.ch/download/pictures/6d/o7dxrgczvr3agpii61dm75gqrwm58d/koordinierte_bedarfsabklarung_und_anstaltsplanung_bericht_2020_version_15.01.2021.pdf (zuletzt besucht am 23.10.2022).

99 Brägger (Fn. 90), 139 f. Wäre der Gefangene nicht mehr gefährlich, wäre die Verwahrung nicht mehr gerechtfertigt. Sobald es die Legalprognose zulässt, muss beim zuständigen Gericht ein Antrag auf Umwandlung resp. Aufhebung der Verwahrung gestellt werden (Art. 62d StGB).

100 Andreas Maurer, Ist er genug bestraft? In: Wiler Zeitung vom 11. Juli 2022, 2 f.

ten, sondern auch von Gefangenen mit lebenslänglichen Freiheitsstrafen und teilweise auch Gefangenen mit sehr langen Freiheitsstrafen beinhaltet. Diese Besserstellung wird nicht nur mit dem «Sonderopfer» der Verwahrten begründet, sondern auch mit der Verhinderung des Prisonisierungseffekts¹⁰¹ und der Vermeidung von sonstigen Haftschäden, von denen Langzeitgefangene ebenso betroffen sind wie Verwahrte.

Diese Ziele sollen mittels sicherer Lebensgestaltung, sinnvoller Beschäftigung am Arbeitsplatz und befriedigender Freizeitgestaltung erreicht werden. Das Sozialleben und die engere und gezieltere Betreuung sollen dadurch gefördert werden, dass die Gefangenen in Wohngemeinschaften leben, welche im Tagesbetrieb bedarfsgerecht mit anderen Wohngemeinschaften der Gruppe zusammengeschlossen werden können.¹⁰² Pro Wohngemeinschaft wird beispielsweise ein Raum benötigt, welcher als Speisesaal und zugleich als Aufenthaltsraum genutzt werden kann. Der Raum soll den Charakter eines Wohnzimmers haben. Er muss mit einem Esstisch, vier Sitzgelegenheiten und einer Küche ausgestattet sein. Pro Wohngemeinschaft müssen die Gefangenen die Möglichkeit (und Pflicht) haben, die persönliche Wäsche zu waschen. Jede Wohnzelle im Langzeitvollzug soll nebst der Toilette und dem Lavabo mit einer eigenen, behindertengerechten (insbesondere rollstuhlgängigen) Dusche ausgestattet sein.

Die grössere Autonomie, über die die betroffenen Gefangenen verfügen werden, impliziert auch eine grössere Selbstverantwortung. Im Sinn einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung entwickeln sich Individuen in Richtung der Eigenschaften, die man ihnen zuschreibt.¹⁰³ Aus dieser Perspektive besteht mit diesem Projekt bei den betroffenen Gefangenen nicht nur ein geringeres Risiko von Haftschäden aufgrund von Langzeitgefängenschaft, sondern sie werden auch zu autonomeren, selbstverantwortlicheren Individuen.

6. Vollzugsfairness

Wie im ersten Kapitel beschrieben, ist der Einfluss der Inhaftierung auf die Gefangenen nicht vollends geklärt. Kriminologische Theorien tun sich schwer, die Vorgänge in der «Black Box» der Institutionen des Justizvollzugs angemes-

101 Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 14), 30.

102 Die 24 Einzelzellen des zukünftigen Pavillons für Langzeitvollzug werden in zwei Gruppen à drei Wohngemeinschaften mit je vier Plätzen aufgeteilt. Die beiden Gruppen werden baulich klar voneinander abgetrennt. Bei den Wohngemeinschaften werden bauliche Vorkehrungen getroffen, damit diese bei Bedarf betrieblich voneinander abgetrennt werden können.

103 Lerman (Fn. 14), 151 ff.; Walters (Fn. 14), 399 ff.; Cohn/Maréchal/ Noll (Fn. 14), 1289 ff.

sen zu konzeptualisieren.¹⁰⁴ Als unbestritten gilt, dass die Gewährleistung einer sicheren Haftbetreuung unter anderem davon abhängt, dass sich die inhaftierten Personen an die Weisungen der Vollzugsbeamten und an die Gefängnisregeln im Allgemeinen halten.¹⁰⁵ Diese sog. normative Compliance der inhaftierten Personen ist umso grösser, je eher diese die Autorität des Gefängnispersonals und des Gefängnisregimes im Allgemeinen als legitim erachten.¹⁰⁶

Die subjektiv empfundene Legitimität ist nicht statischer Natur, sondern entwickelt sich im Gefängnis ständig weiter durch Kontakte und Dialoge zwischen Gefangenen und Gefängnispersonal. Die Forschung legt nahe, dass gefühlte Legitimität mit der empfundenen Fairness verbunden ist, mit dem die Behörden ihre Autorität ausüben.

Es gibt deutliche Hinweise darauf, dass eine von Inhaftierten als «fair» empfundene Ausgestaltung des Vollzugs sowohl das intramurale Verhalten (z.B. Rate der Verletzungen von Anstaltsvorschriften) als auch das Rückfallrisiko nach Entlassung positiv beeinflusst.¹⁰⁷ Eine konsequente Ausrichtung des Vollzugsystems auf die Resozialisierung fordert es also ein, dass die Ausgestaltung des Vollzugs bis zur Entlassung als fair empfunden wird. Diese sog. «erlebte Vollzugsfairness» erfasst sowohl formelle Aspekte, wie einen effektiven Rechtsschutz, als auch alltägliche Interaktionen in der Haftanstalt. In der Sache wird damit das Konstrukt der prozeduralen Gerechtigkeit angesprochen. Zu deren Kernbestandteilen gehört, dass den Betroffenen das Recht eingeräumt wird, ihre Sicht der Dinge darzulegen, dass ihnen also effektive Rechtsmittel zur Verfügung stehen, dass die Regeln und Entscheidungen gerecht, unparteiisch und nachvollziehbar sind und konsequent angewandt werden, dass die Gefangenen mit Würde behandelt werden und ihre Rechte respektiert werden und dass das Personal sich aufrichtig um ihr Wohlergehen sorgt. Vieles deutet also darauf hin, dass eine konsequente, faire und respektvolle Behandlung von inhaftierten Personen positiv mit ihrer Wahrnehmung der Legitimität von

104 Thomas Baker/Frances P. Abderhalden/Lucas M. Alward/Laura E. Bedard, Exploring the Association between Procedural Justice in Jails and Incarcerated People's Commitment to Institutional Rules, Corrections: Policy, Practice and Research 3/2021 189 ff.; Katherine M. Auty/Alison Liebling, Exploring the Relationship Between Prison Social Climate and Reoffending, Justice Quarterly 2/2020 358 ff.

105 Alison Liebling, Prison Officers and the Use of Discretion, Theoretical Criminology 3/2000 333 ff.

106 Jonathan Jackson/Tom R. Tyler/Ben Bradford/Dominic Taylor/Mike Shiner, Legitimacy and Procedural Justice in Prisons, Prison Service Journal 191, 5; Anthony Bottoms/Justice Tankebe, Beyond Procedural Justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice, The Journal of Criminal Law and Criminology 1/2012 120; Benjamin Steiner/John Wooldredge, Prison Officer Legitimacy, Their Exercise of Power, and Inmate Rule Breaking, Criminology 4/2018 750 ff.

107 Karin A. Beijersbergen/Anja J. E. Dirkzwager/Paul Nieuwbeerta/Lippe Leerstoel, Reoffending After Release: Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? Criminal Justice and Behavior 1/2016 63 ff.; Michael D. Reisig/Gorazd Mesko, Procedural Justice, Legitimacy, and Prisoner Misconduct, Psychology, Crime and Law 1/2009 41 ff.

Gefängnisbeamten und Gefängnisregimen verbunden ist. Von Bedeutung für die Praxis ist auch, dass – auf der anderen Seite – ein wahrgenommener Mangel an Fairness und Respekt bei Begegnungen zwischen diesen Personen und den Strafvollzugsbeamten, einschliesslich des Beschwerdemanagements, die wahrgenommene Legitimität der Autorität der Strafvollzugsbeamten untergraben und zu negativen Beziehungen, Konflikten, Nichteinhaltung und Fehlverhalten beitragen kann. Das Gefängnispersonal auf allen Ebenen sollte sich also bemühen, sicherzustellen, dass ihre Handlungen so weit wie möglich als prozedural gerecht wahrgenommen werden.¹⁰⁸ Wenn Autorität auf diese Weise ausgeübt wird, haben die betroffenen Menschen das Gefühl, dass die Macht legitim ist – die Legitimität wird auf dem Weg der prozeduralen Gerechtigkeit herbeigeführt.¹⁰⁹

Prozedurale Gerechtigkeit in Haftanstalten umfasst aber nicht nur die Fairness von Entscheidungen oder die Behandlung der Gefangenen durch einzelne AufseherInnen und BetreuerInnen, sondern auch das allgemeine Gefängnisklima und die generelle Einstellung der Institution als solche.¹¹⁰

In der Praxis hat dies zur Folge, dass zwar die Handlungen einzelner AufseherInnen und BetreuerInnen eine wichtige Rolle bei der Förderung einer positiven Wahrnehmung von Verfahrensgerechtigkeit und Legitimität spielen, das Erreichen einer solchen Wahrnehmung aber nicht nur in der Verantwortung des/der Einzelnen liegt. Vielmehr sollte dies auch als gemeinsame individuelle und organisatorische Verantwortung betrachtet werden, wobei der Schwerpunkt darauf liegt, dass sowohl das Personal als auch das gesamte Strafvollzugssystem gerecht und fair handeln.¹¹¹

In einem aktuell laufenden Projekt untersucht die JuWe-Hauptabteilung Forschung & Entwicklung (F&E) die prozedurale Gerechtigkeit in der JVA Pöschwies. Zu diesem Zweck werden sowohl Inhaftierte der Justizvollzugsanstalt Pöschwies als auch Vollzugsmitarbeitende, institutionelle sowie externe Arbeitspartner (Rechtsvertretende, NGOs, die sich mit der Thematik befassen etc.) befragt. Die Resultate sind nicht nur für den Kanton Zürich spannend,

108 Cathal Ryan/Michael Bergin, Procedural Justice and Legitimacy in Prisons, A review of extant empirical literature, *Criminal Justice and Behavior* 2/2022 157.

109 Jackson/Tyler/Bradford/Taylor/Shiner (Fn. 106) 5. Die prozedurale Gerechtigkeit ist nur eine der vier Komponenten der Legitimität im Bereich der Strafjustiz, neben der Verteilungsgerechtigkeit (gleiche Verteilung der Leistungen auf die Gruppen), der Rechtmässigkeit der Autorität und der Wirksamkeit der Behörde, vgl. Justice Tankebe, Viewing Things Differently: The dimensions of public perceptions of police legitimacy, *Criminology* 1/2013 103 ff.

110 Karin A. Beijersbergen/Anja J. E. Dirkzwager/Veroni I. Eichelsheim/Peter H. Van der Laan/ Paul Nieuwbeerta, Procedural Justice, Anger, and Prisoners' misconduct: A longitudinal study, *Criminal Justice and Behavior* 2/2015 196 ff.; Valerie Jenness/Kitty Calavita, "It Depends on the Outcome": Prisoners, Grievances, and Perceptions of Justice, *Law & Society Review* 1/2018 41 ff.

111 Ryan/Bergin (Fn. 108), 158.

sondern sollen auch eine Lücke in der Forschung schliessen, denn entsprechende Untersuchungen fehlen bisher für die Schweiz.¹¹²

Aus der Forderung nach prozeduraler Gerechtigkeit leiten sich die folgenden drei Positionen ab:

6.1 Position 9: Gefängnisklima – Untersuchung und Entwicklung

Der Sanktionenvollzug ist unter Vorbehalt überwiegender Sicherheitsinteressen auf die schrittweise Rückkehr in die Freiheit auszurichten.¹¹³ Auf die inhaftierte Person soll gezielt und in angemessener Weise eingewirkt werden, um sie i.S.d. Resozialisierungsauftrags zu einem deliktfreien Mitglied der Gesellschaft zu befähigen.¹¹⁴ Dabei umfasst der Resozialisierungsauftrag letztlich alle Bereiche der Institution, einschliesslich einem Resozialisierung begünstigenden Haftklima.¹¹⁵ Gemäss Art. 75 Abs. 1 StGB hat der Strafvollzug den schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken. Zum humanitären Argument dieser Bestimmung kommt hinzu, dass sich inhaftierte Personen eher auf Änderungsprozesse einlassen, wenn sie das Gefängnisklima als positiv wahrnehmen.¹¹⁶

Eine einheitliche Definition des Gefängnisklimas existiert bisher noch nicht. Neben den Einflussfaktoren Gerechtigkeit, Anstand, Respekt, Menschlichkeit und Lebensqualität von Liebling und Arnold,¹¹⁷ werden Unterstützung durch das Personal sowie positive Beziehungen mit dem Vollzugspersonal als zentrale Einflussfaktoren für ein gutes Gefängnisklima erachtet.¹¹⁸ Gemäss Schalast und Groenewald sind die subjektiv empfundene Sicherheit, insb. ver-

112 Vgl. Jahresbericht JuWe 2021, einsehbar unter <<https://www.zh.ch/de/sicherheit-justiz/strafvollzug-und-strafrechtliche-massnahmen/jahresbericht-2021/jb-vollzugsfairness.html>> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

113 Vgl. EGMR im Urteil Vinter gegen das Vereinigte Königreich [GC], Urteil no. 66069/09, 130/10, 3896/10 vom 9. Juli 2013, wonach ein Vollzug stets auf die Resozialisierung hinzielen sollte, da dieser ansonsten unvereinbar mit der Menschenwürde wäre.

114 Nathalie Dorn/Pascal Muriset, Wiedereingliederung, in: Benjamin Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung, Basel 2022, 745.

115 Christian Illgner/Anika Gomille, Gefängnisklima und das Recht auf Resozialisierung, in: Bernd-Dieter Meier/Katharina Leimbach (Hrsg.), Gefängnisse im Blickpunkt der Kriminologie, Interdisziplinäre Beiträge zum Strafvollzug und der Wiedereingliederung, Berlin 2020, 93.

116 Marcel Guéridon/Stefan Suhling, Klima im Justizvollzug, in: Bernd Maelicke/Stefan Suhling (Hrsg.), Das Gefängnis auf dem Prüfstand, Zustand und Zukunft des Strafvollzugs, Wiesbaden 2018, 248 f.

117 Alison Liebling/Helen Arnold, Prisons and Their Moral Performances: A study of values, quality, and prison life, Oxford 2004.

118 Peer van der Helm/Geert Jan Stams/Peter van der Laan, Measuring group climate in prison, The Prison Journal 2/2011 166 f.; Kubink Michael/Schöppen Catherine, Anstaltsklima im nordrhein-westfälischen Justizvollzug, Forum Strafvollzug, 2/2021 135.

knüpft mit dem Gewaltpotenzial, sowohl bei den Mitarbeitenden,¹¹⁹ als auch den Inhaftierten¹²⁰ wichtige Elemente.¹²¹ Tonkin berücksichtigt auch das intramurale Angebot für das Erlernen neuer Kompetenzen und Verhaltensweisen. Die mehrdimensionalen Einflussfaktoren werden nach subjektiver Wahrnehmung durch Mitarbeitende und Inhaftierte bewertet.¹²²

Demnach besteht eine Korrelation zwischen der subjektiven Bewertung der Gefängnisumgebung und dem Gefängnisklima. Diverse internationale Studien belegen die Zusammenhänge zwischen einem förderlichen Gefängnisklima und dem allgemeinen Wohl- und Sicherheitsbefinden;¹²³ der psychischen Stabilität des Personals und der inhaftierten Personen;¹²⁴ positiven Behandlungsergebnissen;¹²⁵ reduzierten Aggressionsverhalten im Haftalltag;¹²⁶ sowie geringen Rückfallraten nach Haftentlassung.¹²⁷

Trotz mangelnder konzeptuellen Einigkeit über das Gefängnisklima, gehen alle erwähnten Studien davon aus, dass ein gutes Klima sich positiv auf alle Personen in der Anstalt auswirkt. In der Strafvollzugsforschung wird deshalb das Gefängnisklima als zentraler Parameter für das Vollzugsgeschehen erachtet. Dabei gilt, je besser die Dimensionen Sicherheit, Wohlbefinden, Harmonie und Entwicklungspotenzial zusammenwirken, desto eher herrscht eine reha-

-
- 119 Anna Isenhardt/Ueli Hostettler, Inmate Violence and Correctional Staff Burnout: The role of Sense of Security, Gender, and job characteristics, *Journal of Interpersonal Violence* 1-2/2020 173 ff.
- 120 Nancy Wolff/Jing Shi, Feelings of Safety Among Male Inmates: The safety paradox, *Criminal Justice Review* 3/2009 404 ff.; Nancy Wolff/Shi Jing, Patterns of Victimization and Feelings of Safety Inside Prison: The experience of male and female inmates, *Crime & Delinquency* 1/2011 29 ff.
- 121 Norbert Schalast/Isabell Groenewald, Ein Kurzfragebogen zur Einschätzung des Sozialen Klimas im Strafvollzug – Erste Befunde auf Abteilungen des Regelvollzugs und der Sozialtherapie, in: Reinhard Haller/Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), *Drogen – Sucht – Kriminalität*, Mönchengladbach 2009, 329 ff.
- 122 Tonkin Matthew, A review of Questionnaire Measures for Assessing the Social Climate in Prisons and Forensic Psychiatric Hospitals, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 12/2016 1377; Auty/Liebling (Fn. 104), 359.
- 123 Tonkin (Fn. 122) 1376 ff.; Esther F. J. C. Van Ginneken/Hanneke Palmen/Anouk Q. Bosma/Miranda Sentse, Bearing the Weight of Imprisonment: The Relationship Between Prison Climate and Well-Being, *Criminal justice and behavior* 10/2019 1385 ff.
- 124 Leonel C. Gonçalves/Jérôme Endrass/Astrid Rossegger/Anja J. E. Dirkzwager, A Longitudinal Study of Mental Health Symptoms in Young Prisoners: Exploring the influence of personal factors and the correctional climate, *BMC Psychiatry* 16/2016 1-11.
- 125 Andrew Day/Sharon Casey/James Vess/Gina Huisy, Assessing the Social Climate of Australian Prisons, *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice* 2011 1 ff.
- 126 Auty/Liebling (Fn. 104).
- 127 Rüdiger Ortmann, Sozialtherapie im Strafvollzug: eine experimentelle Längsschnittstudie zu den Wirkungen von Strafvollzugsmassnahmen auf Legal- und Sozialbewährung, Freiburg im Breisgau 2002; Gunda Wössner/Andreas Schwedler, Correctional Treatment of Sexual and Violent Offenders: Therapeutic change, prison climate, and recidivism, *Criminal Justice and Behavior* 7/ 2014 862 ff.

bilitativ ausgerichtete Gefängniskultur, in welcher inhaftierte Personen bereit sind, sich auf die Änderungsprozesse tatsächlich einzulassen, wie es Art. 75 Abs. 1 StGB fordert. Daher ist das gesamte Vollzugspersonal dazu berufen, ein gutes Gefängnisklima zu schaffen.¹²⁸

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, zu welchem Grad unser Justizvollzugsystem die soziale Integration und straffreien Lebensgestaltung begünstigt. Durch die Messung des Gefängnisklimas lässt sich die Leistungsfähigkeit einer Vollzugsinstitution bewerten, wobei das Gefängnisklima ein dynamischer Faktor ist.¹²⁹ Aus diesem Grunde gilt es die einzelnen intramuralen Einflussfaktoren laufend zu untersuchen und bezüglich ihrer Auswirkungen auf die Resozialisierung zu evaluieren. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse dienen der evidenzbasierten Weiterentwicklung der rehabilitativen Leistungen innerhalb des Justizvollzugs und somit der Verbesserung zum Wohle der Inhaftierten und des Personals.

Zur Messung des Gefängnisklimas werden in der Strafvollzugsforschung unterschiedliche Instrumente verwendet. Im Kanton Zürich hat sich diesbezüglich der Kurzfragebogen Essen Climate Evaluation Schema (EssenCES) durchgesetzt,¹³⁰ welcher 2019 erstmals in der Justizvollzugsanstalt Pöschwies zur Anwendung kam. Seither wurde die Umfrage auf einen grösseren Personenkreis ausgeweitet. In Zukunft soll die Umfrage auch in anderen Vollzugsinstitutionen repliziert werden.

6.2 Position 10: Beratungsangebot (Zweitmeinung) für inhaftierte Personen bereitstellen

Wie bereits erläutert, gibt es in der Forschung deutliche Hinweise darauf, dass eine von inhaftierten Personen als fair empfundene Vollzugsausgestaltung sowohl das intramurale Verhalten als auch die Rückfallrate nach Haftentlassung positiv beeinflusst. Befunde indizieren, dass zwar die Menschenrechte im Schweizerischen Justizvollzug mehrheitlich als gewahrt betrachtet werden, inhaftierte Personen es jedoch als schwierig erachten, sich gegen unfair empfundene Zustände im Vollzug effektiv Gehör zu verschaffen, sowie Anliegen vorzubringen und durchzusetzen.¹³¹ Ein Mangel an Rechtsberatung im Vollzug

128 Wolfgang Miller, Der auf (Re-)Sozialisierung ausgerichtete Strafvollzug im Lichte der Verfassung, Baden-Baden 2016, 232.

129 Tonkin (Fn. 122), 1397.

130 Norbert Schalast/Mirja Redies/Mick Collins/Jacqueline Stacey/Kevin Howells, EssenCES, a Short Questionnaire for Assessing the Social Climate of Forensic Psychiatric Wards, Criminal Behavior and Mental Health 1/2008 49 ff.

131 Irene Marti/Tamara Stalder/Ueli Hostettler, Bericht – Evaluation des Projekts «Unabhängige Beratungsstelle für Menschen im Freiheitsentzug und ihre Angehörigen» von humanrights.ch., Universität Bern – Institut für Strafrecht und Kriminologie, Prison Research Group, Bern 3/2019 13 ff.

beeinträchtigt die Leistungsfähigkeit der Anstalt und erschwert den Inhaftierten die Mitwirkung an Resozialisierungsbemühungen.¹³²

Ein menschenrechtskonformer Freiheitsentzug verlangt, dass bei wahrgenommenen Missständen eine effektive Interessenwahrung der inhaftierten Personen im Vollzug gewahrt werden muss. Diverse völker- und verfassungsrechtliche Bestimmungen halten den wirksamen Rechtsschutz explizit fest, teilweise wird es als Teilgehalt der Rechtsweg- und Verfahrensgarantie verankert.¹³³ Darüber hinaus nehmen diverse soft-law-Quellen ausdrücklich Bezug auf Inhaftierte und empfehlen dabei, dass alle Gefangene Anspruch auf Rechtsberatung haben sollten und die Vollzugsbehörden hierzu in angemessener Weise den Zugang ermöglichen müssen.¹³⁴ Der effektive Rechtsschutz beschränkt sich jedoch nicht auf die theoretische Möglichkeit, sich beschweren zu können. Die staatliche Pflicht besteht darin, einen wirksamen Zugang zum Recht unter Berücksichtigung der rechtlichen und sozialen Wirklichkeiten zu schaffen, also der effektiven und diskriminierungsfreien Möglichkeit, die eigenen Rechte vorbringen und durchsetzen zu können.¹³⁵ Trotz ständiger Bemühung um Verbesserungen und Realisierung diverser Entwicklungsschritte in unseren Justizvollzug, wird der Rechtsschutz inhaftierter Personen immer wieder medial kritisiert und als ungenügend erachtet.¹³⁶

Die meisten Inhaftierten sind nicht anwaltlich vertreten, da zum einen das Mandat des Pflichtverteidigers in aller Regel mit dem rechtskräftigen Urteil endet. Zum anderen scheitert es oft an den Anspruchsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme der unentgeltlichen Rechtspflege (z.B. darf gemäss Art. 29 Abs. 3 BV das Begehren nicht aussichtslos erscheinen). Der grösste Teil der inhaftierten Personen verfügt nicht über die finanziellen Mittel, um selbst für die Kosten der anwaltlichen Vertretung aufkommen zu können.¹³⁷ Zudem stellen die einschlägigen Rechtsgrundlagen ein komplexes Konglomerat aus Hausordnungen, kantonalen Erlassen, Konkordaten und Bundes- sowie Völkerrecht dar, die selbst für Rechtskundige nicht ohne weiteres durchschaubar sind. Neben diesen strukturellen und institutionellen Hürden fehlt es den inhaftierten Personen oft an Wissen über den eigenen Rechtsanspruch, sei dies aufgrund mangelnder Rechtskenntnisse, fehlenden Sprachfähigkeiten

132 Karl Peter Rotthaus, Die Rechtsberatung der Gefangenen im Justizvollzug, NStZ 1990 169.

133 Insb. Art. 29-32 und Art. 35 BV; Art. 6 und 13 EMRK; Art. 2 Abs. 3 und Art. 14 UNO-Pakt II.

134 Nelson Mandela Rules, Regel 61, Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, insb. Recommendation Rec(2006)2-rev. vom 11. Januar 2006, Regel 23.1 ff.

135 Beate Rudolf, Rechte haben – Recht bekommen: das Menschenrecht auf Zugang zum Recht (Essay), Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2014.

136 Liliane Minor, So werden Häftlinge im Gefängnis schikaniert, Tagesanzeiger vom 9. November 2020; Stephan Bernard, In der Schweiz haben nicht alle den gleichen Zugang zum Recht, NZZ Magazin vom 1. Februar 2020.

137 Irene Marti/Tamara Stalder/Ueli Hostettler, (Fn. 131), 15 f.

oder Unkenntnis über zivilgesellschaftliche Angebote und Anlaufstellen.¹³⁸ Solche Hürden lassen sich aus der Vollzugsinstitution heraus nur schlecht überwinden. Abhilfemassnahmen sind daher zwingend nötig. Niederschwellige Informations- und Beratungsangebote sowie Anlaufstellen wären mögliche Lösungsansätze, um die Wahrnehmung individueller Rechte zu optimieren und allfällige Lücken im Rechtsschutz zu schliessen. Ausserdem würden diese inhaftierten Personen verlässlicheres Anspruchswissen gewähren, als wenn dies mangels Alternativen durch Mitinhaftierte erfolgen muss. Auch das könnte zum wirksameren Rechtsschutz beitragen.

Inhaftierte Personen befinden sich in einem ausgeprägten Näheverhältnis zum Staat (sog. Sonderstatusverhältnis), weshalb ein wirksames Beschwerdeverfahren ausserhalb des Vollzugssystems zu den grundlegenden Schutzvorkehrungen gehört.¹³⁹ Da inhaftierte Personen der Staatsmacht in besonderem Masse ausgeliefert sind, ist es nachvollziehbar, dass ein gewisses Gefühl der Machtlosigkeit eintreten könnte, wenn Entscheide zu ihren Ungunsten ausfallen. Ausserdem werden formell verfügte Vollzugsentscheidungen oftmals als schwer verständlich eingeschätzt, wodurch es für die betroffene Person schwierig wird, sich effektiv dagegen wehren zu können.¹⁴⁰ Über den individuellen Anspruch hinaus, ist es daher auch aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, den wirksamen Rechtsschutz für jene Personen sicherzustellen, welche durch das staatliche Handeln in ihrer Rechtsstellung unmittelbar berührt werden.¹⁴¹

Auch mit Blick auf die Relevanz eines gesunden Gefängnisklimas ist der Zugang zur unabhängigen Rechtsberatung gewinnbringend. Wie bereits erläutert, gehört zur erlebten Vollzugsfairness auch die Nachvollziehbarkeit von Regeln und Entscheiden.¹⁴² Die Nachvollziehbarkeit der zahlreichen Vollzugsregelungen, welche den Haftalltag bis ins Detail rigide bestimmen und wovon viele grundrechtlich bedeutsam sind, kann jedoch seitens inhaftierter Personen trotz Begründungsbemühungen des Personals nicht immer hergestellt werden. Dies könnte daran u.a. liegen, dass inhaftierte Personen aufgrund eigener Erfahrungen misstrauisch staatlichen Institutionen gegen-

138 Zugang zum Recht – für Gefangene versperrt, einsehbar unter <<https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/freiheitsentzug/gastbeitrag-david-mhlemann-zugang-recht-fr-gefangene-versperrt>> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

139 Vgl. CPT Standards, S. 19, Ziff. 54.

140 Irene Marti/Tamara Stalder/Ueli Hostettler, (Fn. 131), 16.

141 Bernhard Waldmann/Eva M. Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung Basel 2015, Bernhard Waldmann, Art. 29, N 9 (zit. BSK BV-Autor).

142 Robert J. Bies, Are Procedural Justice and Interactional Justice Conceptually Distinct?, in: Jerald Greenberg/Jason A. Colquitt (Hrsg.), Handbook of Organizational Justice, New York 2005, 85 ff.; Robert J. Bies/Joseph F. Moag, Interactional Justice: Communication criteria of fairness, in: Roy J. Lewicki/Blair H. Sheppard/Max. H. Bazerman (Hrsg.), Research on Negotiations in Organizations: A Biannual Research Series, Greenwich 1986, 43 ff.

über eingestellt sind. Eine unabhängige Beratungsstelle würde Inhaftierten helfen, Regeln und Entscheide besser zu verstehen, Sachverhalte abzuklären und gegebenenfalls Missverständnisse aufzuklären. Ratsuchende Inhaftierte könnten sich bei unfair empfundener Behandlung anstaltsextern eine Zweitmeinung einholen und wenn nötig, bei formellen Rechtsbeschwerden Unterstützung erhalten. Auch der Zugang zu zivilgesellschaftlichen Anlauf- und Ombudsstellen würde durch Beratung, Mediation, Entgegennahme von Beschwerden und Beratung von Behörden den Zugang zum Recht erleichtern. Die vermittelnde Rolle würde nicht zuletzt im Sinne eines guten Gefängnis-klimas das produktive Miteinander fördern.

Dass eine Nachfrage für ein unabhängiges Beratungsangebot besteht, belegen die Zahlen.

Im Jahr 2020 hat die Unabhängige Beratungsstelle für Menschen im Freiheitsentzug (UBF) fast 200 Anfragen von inhaftierten Personen und ihren Angehörigen bearbeitet, wobei die Nachfrage seit der Gründung der Beratungsstelle im 2017 stetig gestiegen ist.¹⁴³

6.3 Position 11: Evidenzorientierung im Justizvollzug¹⁴⁴

Evidenzbasierung ist nicht nur in der Wissenschaft ein zunehmend häufig gehörter Begriff. Die Evidenzbasierung verlangt, dass «Entscheidungen auf forschungsbasierter Information zur Wirksamkeit staatlicher

Aktivitäten beruhen». Sie «stellt damit eine Absage an die Vorherrschaft der Ideologie und Interessen in politischen Entscheiden dar».¹⁴⁵ In verschiedenen Disziplinen ist die Evidenzbasierung schon Standard, etwa im Bildungssektor oder in der Medizin.¹⁴⁶ Im Justizvollzug steckt dieses Paradigma noch in Kinderschuhen, obschon es zahlreiche Soft-Law-Quellen (Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Mandela-Rules, Beijing-Rules) gibt, die auch im Bereich des

143 Einsehbar unter <<https://www.humanrights.ch/de/fachstellen/fachstelle-freiheitsentzug/steigende-nachfrage-200-beratungen-2020>> (zuletzt besucht am 19.10.2022); Blick zurück auf fünf Jahre Rechtsberatung, einsehbar unter <<https://www.humanrights.ch/de/fachstellen/fachstelle-freiheitsentzug/interview-david-muehlemann-2022>> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

144 Ein AutorInnenkreis des JuWe Zürich um Thierry Urwyler befasst mit einem erweiterten Publikationsprojekt zum Thema der Evidenzbasierung im Justizvollzug. Dieses Kapitel stützt sich über weite Strecken auf die zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Kapitels bereits bestehenden Entwürfe dieses AutorInnenteams.

145 Kathrin Frey, Evidenzbasierte Politikformulierung in der Schweiz, Gesetzesrevisionen im Vergleich, Dissertation Universität Zürich, Baden-Baden 2012, 17.

146 Johannes Kaspar, Herausforderungen evidenzbasierter Strafgesetzgebung, Kriminalpolitische Zeitschrift 1/2020 14; Jeffrey Rachlinski, Evidence Based Law, Cornell Law Review 4/2011 902; Stefan Suhling, Wirkungsforschung und wirkungsorientierte Steuerung im Strafvollzug, in: Bernd Maelicke/Stefan Suhling (Hrsg.), Das Gefängnis auf dem Prüfstand, Zustand und Zukunft des Strafvollzugs, Wiesbaden 2018, 25.

Justizvollzugs evidenzbasierte Methoden verlangen.¹⁴⁷ Nicht zuletzt fordern Stimmen aus Fachkreisen immer häufiger, dass auch im Justizvollzug vermehrt mit evidenzbasierten Prozessen gearbeitet wird.¹⁴⁸

Bei den Vorgängen im Justizvollzug handelt es sich vornehmlich um Eingriffe in Grundrechte der inhaftierten Personen. Diese müssen durch ihre Eignung, ihre Erforderlichkeit, ihre Zumutbarkeit für den Betroffenen (= angemessenes Zweck-Mittel-Verhältnis) bzw. ihre Verhältnismässigkeit im engeren Sinn legitimiert werden, um rechtmässig zu sein (Art. 36 BV). Ob ein Grundrechteingriff, beispielsweise der Freiheitsentzug per se oder eine gerichtlich angeordnete therapeutische Massnahme, geeignet und erforderlich ist, um den Sanktionszweck der Reduktion der Rückfallgefahr und das zentrale Ziel des Justizvollzugs, nämlich die Wiedereingliederung (Art. 75 StGB) zu fördern, und auch für den Gefangenen zumutbar ist, lässt sich erst sagen, wenn dies auf wissenschaftlich robuste Weise festgestellt wurde – davor handelt es sich nur um Mutmassungen. Die geplanten Interventionen, also in diesem Beispiel der Freiheitsentzug und die angeordnete therapeutische Massnahme, müssen auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Wie im Kapitel zu den Ersatzmassnahmen (s. oben Position 2) dargelegt, ist die kriminalpräventive Wirksamkeit einer Freiheitsstrafe alles andere als wissenschaftlich evident, weshalb das Gebot der Verhältnismässigkeit umso mehr an Gewicht gewinnt. Je weniger die Wirkungsprognose einer staatlichen Massnahme auf stabiler Evidenz beruht, desto weniger (bzw. weniger lang) wird man einer betroffenen Person einen Grundrechtseingriff zumuten können.¹⁴⁹

Parallel zur soeben diskutierten abwehrrechtlichen Dimension der Evidenzbasierung gewinnt sie auch bei den positiven Leistungspflichten des Staates zunehmend an Bedeutung.¹⁵⁰ Diese verpflichten den Staat, wirksame Mass-

147 Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, Rec(2006)2-rev , Empfehlung 91. Identisch in der Vorgängerversion: <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/smv/dokumentation/empfehlung-europarat-d.pdf>> (zuletzt besucht am 23.10.2022); United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice («The Beijing Rules»), Adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985, Ziffer 30; Rule 10 und 75 Ziff. 2 The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules); einsehbar unter <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

148 Pascal Muriset, Vorbereitung auf die Entlassung: Gemeinsame Aufgabe der Vollzugsbehörde und der Vollzugsinstitution, in: Nicolas Queloz/Thomas Noll/Laura von Mandach/Natalia Delgrande (Hrsg.), Überwachen und Strafen: Neuere Entwicklungen im Justizvollzug / Surveiller et punir: nouvelles évolutions dans l'exécution des sanctions pénales, Bern 2018, 176.

149 Thierry Urwyler, Wirksamkeit therapeutischer Interventionen bei erwachsenen Sexualstraftätern, SZK Sondernummer JuV/2019 100 ff.

150 Heike Krieger, Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justizierbarkeit?, ZaÖRV 2/2014 187 ff.

nahmen zu treffen, um seine Bürgerinnen und Bürger vor Gefahren gegen Leib und Leben zu schützen. Der EGMR hatte 2021 in einem Fall zu urteilen, bei dem ein Vater seinen Sohn getötet hat, nachdem er zuvor durch die Mutter wegen diversen Gewaltdelikten angezeigt worden war.¹⁵¹ Der EGMR folgte der Auffassung der Mutter, dass die österreichischen Behörden ihre Kinder nicht genügend geschützt hätten. Es gehöre zur positiven Leistungspflicht der Behörden, in einem solchen Fall das drohende Gewaltrisiko mittels evidenzbasierter Instrumente proaktiv zu beurteilen.¹⁵² Auch in der Vollzugsgestaltung inhaftierter Personen ist die kontinuierliche, evidenzbasierte Risikoeinschätzung Pflicht des Staates. So sind Vollzugslockerungen bei Gefangenen grundsätzlich obligatorisch.¹⁵³ Diese dienen der Resozialisierung des Gefangenen und damit letztendlich dem Schutz der Allgemeinbevölkerung. Eine zuverlässige Einschätzung der Voraussetzungen für Vollzugslockerungen ist ohne evidenzbasierte Instrumente kaum möglich. Eine weitere Frage, die sich die Justizvollzugsbehörden stellen müssen, ist: Erbringt der Vollzug seine Leitungen gemäss dem individuellen Bedarf, wie dieser in der ROS-Abklärung festgestellt wurde? Diese Frage betrifft die Qualitätsentwicklung und -sicherung und ist durch Qualitätszirkel mit Monitoringfunktion laufend zu beantworten. Dabei gilt es auch, die Frage nach der Evidenz der angewendeten Methoden zu beantworten.

Neben den Schutzwilchen gegenüber potentiellen Opfern bestehen ebenso positive Leistungspflichten hinsichtlich der Personen, die von staatlichen Eingriffen betroffen sind. Das heisst, der Staat muss den Gefangenen geeignete Interventionen anbieten, um die Strafzwecke der Reduktion der Rückfallgefahr und der Resozialisierung zu erreichen.¹⁵⁴ Was geeignete Angebote sind, lässt sich nur mittels wissenschaftlicher Evidenz bestimmen.

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse beschloss die Justizdirektorin des Kantons Zürich Anfang 2019, im JuWe eine neue Hauptabteilung für den Bereich Forschung und Entwicklung (F&E) zu schaffen. Eine zentrale Aufgabe dieser Hauptabteilung ist es, Konzepte und Herangehensweisen an Fragestellungen des Justizvollzugs evidenzbasiert zu überprüfen und weiterzuentwickeln.¹⁵⁵ So untersucht F&E beispielsweise Ansätze für die Beurteilung des

151 EGMR Urteil Kurt gegen Österreich [GC], Urteil no. 62903/15 vom 15. Juni 2013.

152 «...authorities should carry out such a risk assessment for victims as of receipt of a complaint, ideally using standardised, internationally recognised and research-based tools with pre-established questions that the authorities should systematically ask and answer.», EGMR Urteil Kurt gegen Österreich [GC], Urteil no. 62903/15 vom 15. Juni 2013, § 167.

153 BSK StGB-Koller, Art. 86 N 5.

154 EGMR Urteil Murray gegen Niederlanden [GC], Urteil no. 10511/10 vom 26. April 2016, § 108; EGMR Urteil Rooman gegen Belgien [GC], Urteil no. 18052/11 vom 31. Januar 2019, § 141 ff. und § 190 ff.

155 Daneben gehören auch die Konzipierung und Durchführung von Veranstaltungen der JuWe-Akademie, die der gezielten Förderung von Mitarbeitenden gewidmet sind, Entwicklungs-

Rückfallrisikos, der Behandlung und der Betreuung von Straftätern, wie sie im Justizvollzugsalltag angewendet werden, auf ihren Nutzen hin und entwickelt sie bei Bedarf weiter.¹⁵⁶

7. Freiwillige Behandlungen

Position 12: Genügend Ressourcen für freiwillige Behandlungen zur Verfügung stellen

Wie im vorhergehenden Kapitel festgehalten, muss der Staat Gefangenen evidenzbasierte, geeignete Interventionen anbieten, um den primären Strafzweck der Resozialisierung zu erreichen.¹⁵⁷ Dies geschieht unter anderem mit gerichtlich angeordneten sowie freiwilligen (d.h. nicht gerichtlich angeordneten) deliktorientierten Therapien. Andere Instrumente zur Resozialisierung inhaftierter Personen sind etwa Lernprogramme, Aus- und Weiterbildungangebote zur Förderung der beruflichen (Re-)Integration, somatische sowie psychiatrische Grundversorgung zur Gewährleistung der körperlichen und psychischen Gesundheit, Beratungen durch Sozialarbeiter und arbeitsagogische Interventionen in den Werkstätten. Ebenso gehören Vollzugsöffnungen sowie die Vermittlung von geeigneten Nachsorgeangeboten zu den zentralen Resozialisierungsinstrumenten.¹⁵⁸ Gerade diese Vielzahl an risikosenkenden Interventionen im Schweizer Strafvollzug gilt als Grund für die relativ geringe Rückfallrate auch ohne deliktorientierte Therapien.¹⁵⁹ Diese Feststellung ist insofern von Relevanz, als dass nur ein geringer Prozentsatz aller inhaftierten Personen im Strafvollzug deliktpräventive Therapien absolviert: Am Stichtag einer Erhebung (17.6.2022) befanden sich 272 Personen in der JVA Pöschwies im Strafvollzug. Davon absolvierten 37 Personen eine ambulante deliktorien-

massnahmen «on the job», aber auch Aus- und Weiterbildungskurse, Fachweiterbildungen für spezifische Zielgruppen und Fachpersonen, sowie die externe Kommunikation und das Reputationsmanagement des JuWe zu den Aufgaben von F&E.

156 Vgl. hierzu die Website der Abteilung, einsehbar unter <https://www.zh.ch/de/direktion-der-justiz-und-des-innern/justizvollzug-wiedereingliederung/forschung-entwicklung.html> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

157 EGMR Urteil Murray gegen Niederlanden [GC], Urteil no. 10511/10 vom 26. April 2016, § 108; EGMR Urteil Rooman gegen Belgien [GC], Urteil no. 18052/11 vom 31. Januar 2019, § 141 ff. und § 190 ff.

158 Christoph Sidler, Strafvollzugsbegleitende Therapien ohne gerichtliche Anordnung: Herleitung der vollzugsrechtlichen Pflicht und der Therapieindikation, eingereicht; Daniela Hosser/Verena Boxberg, Intramurale Straftäterbehandlung, in: Thomas Bliesener/Friedrich Lösel/Günter Köhnken (Hrsg.), Lehrbuch der Rechtspsychologie, Bern 2014, 446.

159 Seewald/Rossegger/Gerth/Urbaniok/Phillips/Endrass (Fn. 16), 94.

tierte Therapie nach Art. 63 StGB und nur acht Personen eine vollzugsbegleitende deliktorientierte Therapie ohne gerichtliche Anordnung.¹⁶⁰

Bei gegebener Indikation können selbst im gut ausgebauten Schweizer Strafvollzug deliktorientierte Behandlungen zu einer weiteren Senkung der Rückfallgefahr führen.¹⁶¹ Es gibt im Strafvollzug Personen, die hochgradig therapiebedürftig sind, obwohl keine therapeutische Massnahme nach Art. 59 ff. StGB gerichtlich angeordnet wurde, beispielsweise, weil im Strafprozess keine psychiatrische Begutachtung im Sinne von Art. 56 Abs. 3 StGB in Auftrag gegeben wurde oder die spezifischen Voraussetzungen nach Art. 59- 61 oder 63 StGB nicht erfüllt sind, vgl. Art. 56 Abs. 1 lit. c StGB.¹⁶²

In solchen Fällen besteht die Möglichkeit einer nicht gerichtlich, aber behördlich angeordneten Therapie. Diese kann durch den Gefangenen selbst, aber auch durch die Vollzugsbehörde initiiert werden. Ist die Vollzugsbehörde der Überzeugung, dass eine deliktorientierte Therapie dem Vollzugsziel der Resozialisierung dienlich sein kann, ist dies im Vollzugsplan gemäss Art. 75 Abs. 3 StGB festzuhalten (vgl. Brägger, BSK, Art. 75, N 16c; Richtlinien des NWI und OSK).¹⁶³ Auf diese Weise können die Vollzugsbehörden bei gegebener Indikation einen Gefangenen zur Therapie verpflichten, auch wenn das Gericht eine solche nicht angeordnet hat. Obschon diese nicht gerichtlich angeordneten Therapien im Vollzugsalltag meist «freiwillige Therapien» genannt werden, lastet auch bei diesen deliktorientierten Behandlungen ein gewisser Druck auf den Gefangenen, sie nicht zu verweigern und zu kooperieren. Der Gefangene ist gesetzlich verpflichtet, bei den eigenen Sozialisierungsbemühungen und den Entlassungsvorbereitungen aktiv mitzuwirken (Art. 75 Abs. 4 StGB). Die Therapiearbeit im Strafvollzug ist gemäss Bundesgericht keine Privatangele-

160 Sidler (Fn. 158). Von den gerichtlich angeordneten und «freiwilligen» deliktorientierten Therapien werden die Lernprogramme der Bewährungs- und Vollzugsdienste unterschieden. Sie sind zwar auch deliktorientiert und grundsätzlich kognitiv-behavioral ausgerichtet, aber weniger behandlungsintensiv als die Therapien, und auch das Fachpersonal unterscheidet sich bezüglich Ausbildung (Daniel Treuthardt, Tatpersonen häuslicher Gewalt, Ein delinquenzbezogenes Handlungsmodell für Behörden, Institutionen und Fachpersonen, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Zürich 2017, 30 f.; Joder Regli, Lernprogramme, eine Intervention mit viel Potential für den Justizvollzug, SZK Sondernummer JuV/2019 7 ff.)

161 Seewald/Rossegger/Gerth/Urbaniok/Phillips/Endrass (Fn. 16), 93.

162 Sidler (Fn. 158).

163 Richtlinie der Konkordatskonferenz des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innenschweizer Kantone vom 3. November 2017 betreffend Vollzugs-planung und Vollzugsplan, einsehbar unter <<https://www.konkordate.ch/konkordatliche-erlaesse-sse>> (zuletzt besucht am 23.10.2022); Richtlinien der Ostschweizer Strafvollzugskommission vom 7. April 2006 für die Vollzugsplanung, einsehbar unter: <[https://www.osk-web.ch/assets/files/pdf/rechtserlaesse/RL+Vollzugsplanung+\(27-10-2017\).pdf](https://www.osk-web.ch/assets/files/pdf/rechtserlaesse/RL+Vollzugsplanung+(27-10-2017).pdf)> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

genheit, sondern eine Pflicht des Gefangenen der Allgemeinheit gegenüber.¹⁶⁴ Die Weigerung eines Gefangenen, an den Resozialisierungsmassnahmen als Vollzugsziel aktiv mitzuwirken, kann als negatives Prognoseelement gewürdigt werden.¹⁶⁵ Das Gleiche gilt in Bezug auf die Einhaltung des Vollzugsplans und die Erreichung der Vollzugsziele.¹⁶⁶ Dies hat beispielsweise einen Einfluss auf die Gewährung einer bedingten Entlassung (Art. 86 Abs. 1 StGB) und andere Vollzugslockerungen (Art. 84 Abs. 6 StGB).

Materiell gibt es bei der praktischen Durchführung von solchen strafvollzugsbegleitenden freiwilligen Therapien in Bezug auf die Intensität, Therapieinhalte und das Therapiesetting keine Unterschiede zur strafvollzugsbegleitenden ambulanten Behandlung nach Art. 63 StGB¹⁶⁷, sofern entsprechende Ressourcen vorhanden sind. Eine Differenz ergibt sich aber aus der Behandlungsprognose: Im Gegensatz zur gerichtlich angeordneten Therapie setzt die nicht gerichtlich angeordnete Therapie keine positive Behandlungsprognose voraus (deutliche Risikosenkung innerhalb der angeordneten Therapiedauer von max. fünf Jahren). Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die gerichtlich angeordnete ambulante Behandlung – anders als die freiwillige Therapie – bei gegebener Indikation in eine stationäre Behandlung umgewandelt werden kann, s. Art. 63b Abs. 5 StGB.¹⁶⁸

Dieser letzte Punkt bedeutet für den Gefangenen mit freiwilliger Therapie eine deutliche psychologische Entlastung gegenüber der Person mit gerichtlich angeordneter Therapie – sofern die an strenge Voraussetzungen geknüpfte Möglichkeit der nachträglichen Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme (Art. 65 StGB) außer Acht gelassen wird. Erfahrungsgemäss befürchten Gefangene, mit dem Beginn einer Therapie dem Damoklesschwert der Verschärfung der Massnahme ausgesetzt zu sein. Dieses Risiko besteht bei den freiwilligen Therapien nicht. Aus diesem Grund ist zu erwarten, dass ein aufgeklärter Täter einer freiwilligen Therapie gegenüber – trotz potentieller negativer Auswirkungen auf die Legalprognose – aufgeschlossener sein dürfte als gegenüber einer therapeutischen Massnahme nach Art. 59 ff. StGB. Dieser Umstand sollte es den Verantwortlichen leichter machen, den Betroffenen zu einer freiwilligen Therapie zu motivieren – selbst wenn diese letztlich durch ihre Aufnahme in den Therapieplan nicht mehr wirklich «freiwillig» ist.

Abschliessend kann gesagt werden, dass nicht bei allen Personen, bei denen ein hohes Rückfallrisiko besteht und die grundsätzlich von einer Behandlung

164 BSK StGB-Koller, Art. 86 N 9; Urteile BGer, vom 23. Mai 2022, 6B_307/, E 2.2.2; BGer vom 19. Mai 2015, 6B_93/2015, E. 5.6; BGer vom 10. Juni 2013, 6B_593/2012, E. 4.3; BGer vom 28. November 2011, 6B_4/2011, E. 2.6 sowie 2.9.

165 Urteile BGer vom 6. Juni 2017, 6B_240/2017, E. 1.5.4; BGer vom 19. Mai 2015, 6B_93/2015, E. 5.6.

166 BGer vom 23. Mai 2022, 6B_307/2022, E. 2.2.2.

167 Thierry Urwyler, BGer 6B_237/2019: Vierfachmord von Rapperswil, AJP 7/2019 753 ff.

168 Urwyler (Fn. 167), 753 ff.

profitieren könnten, eine Massnahme gerichtlich angeordnet wird. In solchen Fällen kann es – trotz im Vergleich zur gerichtlich angeordneten Therapie limitierter Verbindlichkeit seitens des Straftäters – sinnvoll sein, eine freiwillige Therapie zu fördern, denn eine nicht gerichtlich angeordnete deliktpräventive Therapie kann ebenso risikosenkend wirken.¹⁶⁹

Da es aktuell sogar zu wenige Plätze für gerichtlich angeordnete Massnahmen nach Art. 59 StGB gibt und aktuelle Entwicklungen darauf schliessen lassen,¹⁷⁰ dass es in Zukunft ein steigender Bedarf an Behandlungsangeboten (inkl. Lernprogrammen) geben wird,¹⁷¹ können freiwillige Therapien das Ressourcenproblem zumindest teilweise abfedern. Auch sollte stets beachtet werden, dass sich bei bestimmten Personen im Strafvollzug die kostengünstigeren Lernprogramme ausreichen, um das Rückfallrisiko zu vermindern.¹⁷²

8. Angehörigenarbeit

Position 13: Mindeststandards für die Angehörigenarbeit einführen

Wenn ein Familienmitglied inhaftiert wird, erleben Angehörige das häufig als sehr belastend. Die Kontakte sind vor allem zu Beginn der Haft erschwert, und die Besuchsbedingungen sind für Angehörige oft ungünstig, besonders für Kinder. Die ungünstigen Auswirkungen können sich auf verschiedene Lebensbereiche beziehen.¹⁷³ Die Inhaftierung eines Familienmitgliedes wurde schon 1998 in der berühmten amerikanischen ACE-Studie von Felitti *et al.* als eines

169 Thomas Noll/Jérôme Endrass/Astrid Rossegger/Niklaus Oberholzer/Marc Graf, Die «schwere psychische Störung» im Massnahmenrecht aus psychiatrisch-psychologischer Perspektive, NKrim 1/2021 55.

170 Jonas Weber/Jann Schaub/Corinna Bumann/Kevin Sacher, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strafanstalten bzw. geschlossene Massnahmeneinrichtungen, Studie zu Handen der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), Bern 2015, 17; Noll/Endrass/Rossegger/Oberholzer/Graf (Fn. 169), 55.

171 Stefan Schmalbach/Matthias Stürm, Psychotherapie nach Massnahmenrecht, AJP 2/2022 160; Regli (Fn. 160), 15.

172 Sidler (Fn. 158).

173 Karen A. Kalmakis/Geneviève E. Chandler, Health Consequences of Adverse Childhood Experiences: A systematic review, Journal of the American Association of Nurse Practitioners 8/2015 457ff.; Beth Weaver/Debbie Nolan, Families of Prisoners: A Review of the Evidence, Centre for Youth and Criminal Justice 2015, einsehbar unter <<https://cycj.org.uk/wp-content/uploads/2015/11/Families-of-Prisoners-A-Review-of-The-Evidence-FINAL.pdf>> (zuletzt besucht am 23.10.2022), 2; Ilona Korell, Auswirkungen einer Inhaftierung auf die Angehörigen, Unterstützungsmöglichkeiten einer vergessenen Zielgruppe durch Angehörigenarbeit, Bachelor Thesis, Berner Fachhochschule für Soziale Arbeit, Bern 2020, 1 ff.; Vgl. Jahresbericht JuWe 2021, einsehbar unter <<https://www.zh.ch/de/sicherheit-justiz/strafvollzug-und-strafrechtliche-massnahmen/jahresbericht-2021/jb-mindeststandards-fuer-angehoerige.html>> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

von sieben bedeutenden kindlichen Belastungserlebnissen definiert.¹⁷⁴ Die kumulative Auswirkung der belastenden Kindheitserlebnisse wurde anhand von über 17'000 ProbandInnen umfassend untersucht. Je höher die Anzahl verschiedener Belastungserfahrungen bei einer Person war, desto höher war die Wahrscheinlichkeit, dass diese Person später an einer körperlichen oder psychischen Erkrankung litt (z.B. Lebererkrankung, Diabetes, Übergewicht, Depression, Angststörung), spätere soziale und berufliche Schwierigkeiten aufwies (z.B. Jobverlust, Scheidung etc.) oder ein kriminelles Verhalten zeigte.¹⁷⁵ Spezifisch und mitkausal auf die Inhaftierung des Elternteils zurückzuführen lassen sich die spätere Kriminalität der Kinder,¹⁷⁶ sowie negative somatische und psychische Symptome wie beispielsweise eine erhöhte Mortalität oder ein verstärkt aggressives Verhalten, das Auftreten von Alpträumen und Schlafstörungen, sozialer Rückzug, das Auftreten von Trennungs- und Verlustängsten oder häufiges Weinen und Streiten.¹⁷⁷

Welchen Einfluss haben häufigere und qualitativ verbesserte Angehörigenkontakte auf die Gefangenen? Ein kausaler Effekt von Besuchen auf kriminelle Rückfälle ist methodisch schwierig nachzuweisen, denn andere während der Haft erfolgte Interventionen (z.B. Therapie, Sozialarbeit, Gefängnisseelssorge etc.) könnten einen Einfluss auf die kriminellen Rückfälle aufweisen, was möglicherweise mit den Auswirkungen von Besuchskontakten interagiert.¹⁷⁸ In einer grossen amerikanischen Studie wurde versucht, durch statistische Methoden einen Teil der positiven Effekte, die in anderen Untersuchungen festgestellt worden sind, zu kontrollieren: Dann zeigten sich keine

174 Vincent J. Feliti/Robert F. Anda/Dale Nordenberg/David F. Williamson/Alison M. Spitz/Valerie Edwards/Mary P. Koss/James S. Marks, Relationship of Childhood Abuse and Household Dysfunction to Many of the Leading Causes of Death in Adults: The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study, *American journal of preventive medicine* 4/1998 245 ff.

175 Marcel Aebi/Franziska Frohofer/Nina Schnyder/Jérôme Endrass/Marc Graf/Astrid Rossegger, Lebenspartner/innen, Kinder und Eltern als Angehörige von Inhaftierten im Justizvollzug, Eine Übersichtsarbeit zu den wissenschaftlichen Befunden bezüglich der Auswirkung von Inhaftierungen auf Angehörige und des Einbezugs von Angehörigen im Justizvollzug, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht 59 15.

176 Christopher Wildeman/Signe Hald Andersen, Paternal incarceration and children's risk of being charged by early adulthood: Evidence From a Danish Policy Shock, *Criminology*, 1/2017 32 ff.; Joseph Murray/David P. Farrington/Ivana Sekol, Children's Antisocial Behavior, Mental Health, Drug Use, and Educational Performance After Parental Incarceration: A systematic review and meta-analysis, *Psychological Bulletin* 2/2012 175 ff.; Samuel Norris/Matthew Peceno/Jeffrey Weaver, The Effects of Parental and Sibling Incarceration: Evidence from Ohio, *American Economic Review*, 9/2021 2926 ff.

177 Christopher Wildeman/Signe Hald Andersen/Hedwig Lee/Kristian Bernt Karlson, Parental Incarceration and Child Mortality in Denmark, *American Journal of Public Health* 3/2014 428 ff.; Helmut Kury/Julia Kern, Angehörige von Inhaftierten – zu den Nebeneffekten des Strafvollzugs, *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe* 5/2003 269 ff.

178 Aebi/Frohofer/Schnyder/Endrass/Graf/Rossegger (Fn. 175), 25.

signifikanten Ergebnisse der Besuchskontakte auf Rückfälle mehr.¹⁷⁹ Positive Auswirkungen scheinen Kontakte mit den Angehörigen jedoch auf das Verhalten der Inhaftierten während des *Freiheitsentzugs* (weniger Disziplinarverstöße) zu haben.¹⁸⁰ Gemäss US-amerikanischen Untersuchungen haben Angehörigenkontakte auch günstige Effekte auf psychische Symptome und das emotionale Empfinden der Gefangenen – z.B. die Reduktion von Depressivität und Stress.¹⁸¹ Die meisten diesbezüglichen Studien stammen jedoch aus dem Ausland, insbes. den USA. Es ist daher unklar, inwiefern die Ergebnisse auf die Schweiz übertragbar sind. Insgesamt sind die Befunde wenig einheitlich und weisen darauf hin, dass Auswirkungen von Kontakten auf die psychische Gesundheit und das emotionale Befinden der Inhaftierten stark vom Kontext, insbesondere der Art der Beziehung des Inhaftierten zu der Kontaktersonne, abhängen.¹⁸²

Bei den Effekten von Angehörigenkontakten bei Gefangenen wurden insbes. diejenigen auf die Kinder der Gefangenen untersucht.¹⁸³ Die Ergebnisse der wissenschaftlichen Befunde sind wenig eindeutig und zeigen positive sowie negative Auswirkungen der Kontakte auf die betroffenen Kinder. Die Ergebnisse legen nahe, dass ein Teil der negativen Effekte durch eine sorgfältige Vorbereitung und Begleitung des Kindes, der Eltern und des Inhaftierten sowie durch eine positive Gestaltung der Besuchskontakte/des Besuchsumfeldes vermieden werden kann.¹⁸⁴ Besondere Vorsicht ist wegen möglicher Retraumatisierungen der Kinder in Fällen der häuslichen Gewalt geboten. In

179 Joshua C. Cochran/J. C. Barnes/Daniel P. Mears/William D Bales, Revisiting the Effect of Visitation on Recidivism, Justice Quarterly 2/2020 304 ff.

180 Thomas Reidy/Jonathan Sorensen, Visitation and Misconduct Among Maximum-Security Inmates, The Prison Journal 4/2020 447 ff.; Joshua C. Cochran, The Ties that Bind or the Ties that Break: Examining the relationship between visitation and prisoner misconduct, Journal of Criminal Justice 5/2012 433 ff.; Stewart J. D'Alessio/Jamie Flexon/Lisa Stolzenberg, The Effect of Conjugal Visitation on Sexual Violence in Prison, American Journal of Criminal Justice 1/2013 13 ff.

181 Karen De Claire/Louise Dixon, The Effects of Prison Visits From Family Members on Prisoners' Well-being, Prison Rule Breaking, and Recidivism: A review of research since 1991, Trauma, Violence, & Abuse 2/2017 185 ff.; Kathryn C. Monahan/Asha Goldweber/Elizabeth Cauffman, The Effects of Visitation on Incarcerated Juvenile Offenders: How contact with the outside impacts adjustment on the inside, Law and Human Behavior 2/2011 143 ff.; Julie Poehlmann, Incarcerated Mothers' Contact with Children, Perceived Family Relationships, and Depressive Symptoms, Journal of Family Psychology 3/2005 350 ff.

182 Aebi/Frohofer/Schnyder/Endrass/Graf/Rossegger (Fn. 175), 30.

183 Eine der wenigen Untersuchungen der Auswirkungen von Kontakten auf die erwachsenen Angehörigen resp. PartnerInnen der Gefangenen kam zum Schluss, dass regelmässige Kontakte während der Inhaftierung der Aufrechterhaltung der Beziehung nach Haftentlassung dienlich sind, so Tasseli McKay/Megan Comfort/Christine Lindquist/Anupa Bir, Holding On Family and Fatherhood during Incarceration and Reentry, Oakland, CA 2019, 1 ff.

184 Aebi/Frohofer(Schnyder/Endrass/Graf/Rossegger (Fn. 175), 37.

diesen Fällen sind die Rechte bzw. das Wohl des Kindes und nicht die Rechte des Gefangenen in den Mittelpunkt zu stellen.¹⁸⁵

Aufgrund der Evidenzlage kann also trotz z.T. divergierender Befunde zusammenfassend festgehalten werden, dass Angehörigenkontakte für die Gefangenen positive Effekte auf ihre psychische Gesundheit und ihr Verhalten während des Freiheitsentzugs zu scheinen haben. Für die Angehörigen, insbesondere die Kinder, wird der Nutzen kontrovers diskutiert. Hier ist besondere Vorsicht geboten, wenn die Anlassdelikte häusliche Gewalt umfassen. Allgemein muss sichergestellt werden, dass der Kontakt zwischen Straffälligen und Angehörigen nicht unter Zwang stattfindet. So hat F&E des JuWe eine Checkliste entwickelt, welche die Institutionen dabei unterstützt, im Einzelfall abzuklären, ob bei Besuchen Risiken bestehen und wie Kinder und Jugendliche bei Kontakten mit inhaftierten Elternteilen unterstützt werden können. Zudem wurde eine Checkliste für externe Partner entwickelt, mit welcher diese prüfen können, ob Besuche von Kindern in deren Interesse sind.¹⁸⁶ Solche Bemühungen sind nicht nur wegen der mehrheitlich positiven Effekte der Angehörigenarbeit wichtig, sondern auch, weil Angehörigenarbeit in internationalen und eidgenössischen Erlassen gesetzlich vorgeschrieben ist.¹⁸⁷

2021 hat sich das JuWe zu wissenschaftlich abgestützten Mindeststandards für die Angehörigenarbeit bekannt. Diese sollen den Institutionen des JuWe helfen, Massnahmen für verbesserte Kontaktmöglichkeiten umzusetzen. Die Mindeststandards umfassen verschiedene Bereiche. So sollen die Institutionen die Kontakte normalisieren und in einem familienfreundlichen Rahmen ermöglichen. Zusätzlich sollen die Vollzugsanstalten ihre Mitarbeitenden für das Thema sensibilisieren. Schliesslich soll die Angehörigenarbeit wissenschaftlich begleitet und eine Datengrundlage geschaffen werden, die Auskunft darüber gibt, ob und wie Angehörige Kontakt wünschen. Im JuWe wurden bereits mehrere Massnahmen ergriffen, um die Mindeststandards umzusetzen: Einige Haftanstalten haben ihre Besuchszeiten verlängert und Besuche auch am schulfreien Mittwochnachmittag oder am Wochenende möglich gemacht und die Besuchszimmer mit Farbe und Spielzeug familienfreundlicher gestaltet.

185 Conner Dana Harrington, Do No Harm: An analysis of the legal and social consequences of child visitation determinations for incarcerated perpetrators of extreme acts of violence against women, *Columbia Journal of Gender & Law* 2/2008 186.

186 Vgl. Jahresbericht JuWe 2021, einsehbar unter <https://www.zh.ch/de/sicherheit-justiz/strafvollzug-und-strafrechtliche-massnahmen/jahresbericht-2021/jb-vollzugsfairness.html> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

187 Europäische Strafvollzugsgrundsätze. Die Empfehlung des Europarates Rec(2006)2, Ziff. 24 sowie Empfehlung CM/Rec(2018)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zu Kindern inhaftierter Eltern; «Bangkok-Regeln», UNO Resolution 65/229: Grundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung weiblicher Gefangener und für nicht freiheitsentziehende Massnahmen für weibliche Straffällige; UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK), Art. 3 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 und 4.; Art. 75 und Art. 84 StGB.

tet. Beim Gang ins Besuchszimmer dürfen die Kinder beispielsweise selbst Knöpfe drücken. So wirken sie mit, dass sich Türen öffnen und schliessen, und fühlen sich dadurch weniger ausgeliefert. Auch Väter und Mütter brauchen vielleicht Unterstützung in ihrer neuen Rolle als inhaftierter Elternteil. Coachings für Väter und eine Vätergruppe wurden bereits lanciert.¹⁸⁸ Zur aktiven Angehörigenarbeit gehört auch, dass in diesem Bereich auftretende Fragen, Anliegen und Konflikte durch die Behörden aktiv zur Bearbeitung gebracht werden. Dazu ist ein spezifisches Beratungsangebot einzurichten.

9. Rückkehrorientierung bei ausländischen Gefangenen

Position 14: Für die Rückkehr sind spezifische Beratungs- und Unterstützungsleistungen bereitzustellen

Die Wiedereingliederung von StraftäternInnen gemäss Art. 75 StGB ist das primäre Ziel des Strafvollzugs. Diese zentrale Vollzugsmaxime gilt gleichermaßen für SchweizerInnen und AusländerInnen, für Personen, die nach dem Freiheitsentzug oder der Massnahme die Schweiz verlassen müssen und solche, die bleiben dürfen (BGer, 12. Januar 2012, 6B_577/2011, E. 4.2). Bei den inhaftierten Personen ohne Bleiberecht in der Schweiz sollten aber die Wiedereingliederungsbemühungen grundsätzlich auf den jeweiligen Staat und das Leben in der Heimat ausserhalb der Schweiz ausgerichtet werden, sog. Rückkehrorientierung.¹⁸⁹

Grundsätzlich gilt: Solange nicht klar ist, ob die betreffende Person nach dem Straf- oder Massnahmenvollzug die Schweiz verlassen muss resp. noch realistische Aussichten darauf bestehen, dass sie in der Schweiz bleiben darf, sollte zweigleisig gefahren werden. Es müssen also beide Eventualitäten berücksichtigt werden, wobei das Schwergewicht der Bemühungen dort liegen sollte, wo die Wahrscheinlichkeit grösser ist. Ein dichotomes Verständnis der Sachlage ist nur dann indiziert, wo sie klar ist.¹⁹⁰ Solange noch Unsicherheiten über den Aufenthaltsstatus bestehen,¹⁹¹ sollte man die betroffene Person ausreichend

188 Vgl. Jahresbericht JuWe 2021, einsehbar unter <<https://www.zh.ch/de/sicherheit-justiz/strafvollzug-und-strafrechtliche-massnahmen/jahresbericht-2021/jb-vollzugsfairness.html>> (zuletzt besucht am 23.10.2022).

189 Karin Keller-Sutter, Interpellation 16.3645 «Neues Ausschaffungsrecht. Konsequenzen für den Strafvollzug?» vom 12. September 2016; Benjamin Brägger, Vollzugsrechtliche Auswirkungen der jüngsten Revision des Schweizerischen Sanktionenrechts, SZK 2/2017 22; Bürgi/Bühl/Sacher/Muriset (Fn. 29), 23.

190 Urwyler/Treuthardt/Sidler/Lau/Habermeyer (Fn. 29), 36 ff.

191 Wobei seit der Ausschaffungs- bzw. Durchsetzungsinitiative aufgrund des Automatismus mehr Klarheit über die Situation nach Haftentlassung herrscht, und zwar meistens bereits zum Zeitpunkt des Urteils.

über die Perspektiven informieren und gleichzeitig auf therapeutischer Ebene Ressourcen für den Umgang mit dieser Ungewissheit schaffen.¹⁹²

Als weitere Prämisse gilt die Tatsache, dass das Bedürfnis der Bevölkerung auf Rechtsgüterschutz nicht an Ländergrenzen gebunden ist. Der Umstand, nach der Entlassung aus dem Strafvollzug die Schweiz verlassen zu müssen, lässt eine Legalprognose nicht per se als günstig erscheinen (BGer, 28. September 2010, 6B_606/2010, E. 4.2.2.1; 19. Mai 2015, 6B_93/2015, E. 5.7; 31. Oktober 2016, 6B_809/2016, E. 5.3.4). Zunächst wäre es ethisch fragwürdig, Risiken einfach zu exportieren¹⁹³, andererseits würde sich die Schweiz mit einer solchen Praxis in vielen Fällen auch selber schaden, denn Straftäter können trotz entsprechendem Verbot auch nach ihrer Ausweisung wieder in die Schweiz zurückkehren.¹⁹⁴

Im Schweizer Strafvollzug besteht in der Rückkehrhilfe von Straftätern ohne Bleiberecht Nachholbedarf.¹⁹⁵ So sind die inhaltlichen Leistungsparameter für die Ausgestaltung des Straf- und Massnahmenvollzugs bei verurteilten Personen, die die Schweiz verlassen müssen, nur marginal thematisiert. Und falls die Leistungsgrößen in konkordatlichen Grundlagen und Literaturbeiträgen beschrieben werden, sind sie noch nicht in eine konsolidierte Systematik übergeführt.¹⁹⁶ Klar ist einzig, dass bei Gefangenen ohne Bleiberecht in der Schweiz der Vollzugsplan (Art. 75 Abs. 3 und 90 Abs. 2 StGB) rückkehrorientiert gestaltet werden muss.¹⁹⁷

Wie die Zielvorgabe der Rückkehrorientierung umzusetzen ist, wurde jedoch bis anhin kaum untersucht. Urwyler *et al.* schlagen ein «Modell zur Transnationalisierung des Sanktionenvollzugs» vor, das sich aus personenbezogenen und institutionsbezogenen Größen zusammensetzt.¹⁹⁸

192 Urwyler/Treuthardt/Sidler/Lau/Habermeyer (Fn. 29), 36 ff.; Barbara Füllemann, Junge ausländische Straftäter im Massnahmenvollzug im Spannungsfeld von Resozialisierung und Wegweisung, Grenzen und Möglichkeiten bei der Umsetzung des Resozialisierungsauftrags bei ausländischen Straftätern im Massnahmenvollzug nach Art. 61 StGB aus der Sicht von Ein gewiesenen, Fachpersonen und Experten, Masterarbeit, Bern 2015, 78.

193 Bürgi/Bühl/Sacher/Muriset (Fn. 29), 24.

194 Das Beispiel des in den Medien als «Besko» bekannt gewordenen Verurteilten, der nach bzw. trotz Wegweisung in den Kosovo mutmasslich eine Postfiliale in Dübendorf ausgeraubt hat, hat dies deutlich veranschaulicht, einsehbar unter <<https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/postrauber-von-duebendorf-war-ausgeschaffter-rapper/story/21102484>> (zuletzt besucht am 23.10.2022); Bürgi/Bühl/Sacher/Muriset (Fn. 29), 24.

195 Christin Achermann, Ausländische Strafgefangene zwischen Resozialisierung und Wegweisung, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/ Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014, Basel 2014, 69 ff.; Bürgi/Bühl/ Sacher/Muriset (Fn. 29), 24.

196 Urwyler/Treuthardt/Sidler/Lau/Habermeyer (Fn. 29), 36 ff.

197 Keller-Sutter (Fn. 189); Bürgi/Bühl/Sacher/Muriset (Fn. 29), 23.

198 Urwyler/Treuthardt/Sidler/Lau/Habermeyer (Fn. 29), 36 ff.

- Personenbezogene Inhalte sind in diesem Modell: die Transparenz gegenüber der betroffenen Person; der Aufbau resp. Erhalt von Kontaktmöglichkeiten ins Heimatland wie auch in der Schweiz;¹⁹⁹ die Vermittlung von Fertigkeiten, die im Heimatland nützlich sind;²⁰⁰ das Angebot von deliktorientierter psychiatrischer Behandlung und sozialarbeiterischer Betreuung;²⁰¹ die grenzüberschreitende Nachsorge und Ansprechbarkeit; die Gewährleistung medizinischer Versorgung im Heimatland.²⁰²
- Institutionsbezogene Inhalte der Rückkehrorientierung sind: die Rekrutierung von geeignetem Personal;²⁰³ themenspezifische Schulung des Personals; Netzwerkarbeit mit rückkehrrelevanten Behörden und Privaten im In- und Ausland.

Urwyler *et al.* haben diese Leistungsparameter für die Rückkehrorientierung entwickelt.²⁰⁴ Sie sollen nicht nur der Orientierung der Behörden im Sinne einer Best practice dienen, sondern können auch als Referenzgrösse konsultiert werden, wenn es darum geht, das geltende Vollzugssystem auf seinen Qualitätsgrad hinsichtlich Rückkehrorientierung zu überprüfen. Im Zusammenhang mit den personenbezogenen Inhalten erscheint es den AutorInnen des vorliegenden Beitrags vordringlich, den betroffenen Personen Beratungs- und Unterstützungsleistungen zur Verfügung zu stellen. Diese betreffen sämtliche Punkte, die oben unter den personenbezogenen Inhalten aufgeführt sind.

199 Das Netz in der Schweiz kann sowohl während des Vollzugs – z.B. Beziehungsurlaube – als auch nach der Rückkehr der betroffenen Person eine wiedereingliederungsfördernde Wirkung entfalten – z.B. Mithilfe bei der Existenzsicherung im Heimatland, psychischer Beistand etc. Urwyler/Treuthardt/Sidler/Lau/Habermeyer (Fn. 29), 36 ff.

200 Zur Basisbildung gehören sogenannte Kulturtechniken wie Lesen, Schreiben, Rechnen, Allgemeinbildung, die Auseinandersetzung mit dem Zeitgeschehen sowie Sozialkompetenzen. Noll (Fn. 74), 5.

201 BGer, vom 27. April 2018, 6B_911/2017, E. 6.3: Auch Tätern ohne Bleiberecht in der Schweiz muss eine Therapie nach Art. 59 StGB offenstehen.

202 Das Rückschiebungsverbot gemäss Artikel 3 EMRK verbietet die Rückschiebung von Personen bei drohender Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. Unter bestimmten Bedingungen fällt eine Rückschiebung auch aufgrund des kritischen Gesundheitszustands einer Person und fehlender medizinischer Versorgung im Zielstaat unter dieses menschenrechtliche Verbot, so Fanny De Weck/Stephanie Motz, Die Relevanz von Krankheit oder Behinderung für die Flüchtlingseigenschaft und für das Refoulement-Verbot gemäss Art. 3 EMRK, Aktuelles aus der internationalen Praxis, Asyl 3/2017 9.

203 Es macht Sinn, Personen anzustellen, denen die sprachlichen und kulturellen Besonderheiten der in der JVA vertretenen Nationen aufgrund ihres eigenen Hintergrunds nicht fremd sind.

204 Urwyler/Treuthardt/Sidler/Lau/Habermeyer (Fn. 29), 36 ff.

10. Vollzugsentscheidungen

Position 15: Von der Vollzugsbehörde und Fachkommission zum Vollzugsgesetz.

Nach der Ermordung einer Pfadfinderführerin durch einen vorbestraften Sexualmörder während eines Hafturlaubs im Jahr 1993 wurden in der ganzen Schweiz sogenannte Fachkommissionen geschaffen, um die Vollzugsbehörden im Umgang mit «gemeingefährlichen» StraftäterInnen zu beraten.

Gesetzlich sind drei Fälle vorgesehen, in denen die Empfehlungen der zuständigen Fachkommission eingeholt werden müssen:²⁰⁵

- Im Hinblick auf die Einweisung in eine offene Strafanstalt oder die Bewilligung von Vollzugsöffnungen bei Freiheitsstrafen, wenn die Frage der Gemeingefährlichkeit des/der Gefangenen nicht eindeutig beantwortet werden kann und der/die Gefangene ein Verbrechen nach Art. 64 Abs. 1 StGB begangen hat (Art. 75a StGB)
- Bei der bedingten Entlassung aus der Verwahrung (Art. 64b Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. c StGB)
- Wenn die Aufhebung und Entlassung aus einer stationären Behandlung geprüft wird und der Täter eine Tat i.S.v. Art. 64 Abs. 1 StGB begangen hat (Art. 62d Abs. 2 StGB)

Die dogmatische Einordnung der Empfehlungen der Fachkommissionen ist umstritten. Sie werden u.a. als Amtsbericht bezeichnet, der Elemente eines Sachverständigengutachtens, rechtliche Würdigungen und Erwägungen eines Vollzugsorgans enthält. Teilweise werden sie auch als eigenständiges Urteil bezeichnet, teilweise als eine Rechtsform sui generis.²⁰⁶ Formal ist die Stellungnahme der Fachkommission für die Vollzugsbehörde eine «Empfehlung», also eine unverbindliche Entscheidungsgrundlage – die abschliessende rechtliche Würdigung ist ausschliesslich der Vollzugsbehörde vorbehalten, die theoretisch nicht an die Auffassung der Fachkommission gebunden ist. Die Praxis sieht jedoch in der Erfahrung der AutorInnen anders aus: Dem Charakter der Unverbindlichkeit der «Empfehlungen» steht entgegen, dass Behörden es im heutigen rechtspolitischen Klima kaum noch wagen, sich über diese Mei-

205 Stephan Bernard/Rafael Studer, Fachkommissionen: Ein Gedankengang vom Zollikerberg nach Strassburg, in: Marianne Heer/Elmar Habermeyer/Stephan Bernard (Hrsg.), Forum Justiz & Psychiatrie, Band 2, Erkenntnisse von Fachkommissionen - Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, Bern 2017, 4f.; BSK StGB-Heer, Art. 62d, N 29.

206 Barbara Rohner, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Dissertation Universität Zürich, Zürich 2016, 190; BSK StGB-Heer, Art. 62d, N 22a; Bernard/Studer (Fn. 205), 10.

nungsäusserungen hinweg zu setzen.²⁰⁷ Dies gilt insbesondere, wenn die Empfehlung für den/die Betroffene/n ungünstig ist.²⁰⁸ Bei einem Survey (Online-Befragung der Vollzugsdienste aller Kantone) ergab sich beispielsweise, dass das Abweichen von einer Fachkommissions-Stellungnahme bei einem Grossteil der Befragten das Einverständnis einer übergeordneten Stelle benötigte. Teilweise bestanden sogar kantons- bzw. amtsintern Vorgaben, die zur grundsätzlichen Befolgung einer Empfehlung anhielten, solange sie negativ war.²⁰⁹ Den Kommissionen kommt damit faktisch Entscheidungskompetenz zu, insbesondere bei Einschätzungen, die für die betroffene Person negativ sind.²¹⁰ Auch hat sich in der Praxis etabliert, dass einige Vollzugsbehörden – in einer Art vorauseilendem Gehorsam – selbst bei Fällen an die Fachkommissionen gelangen, bei denen dies gar nicht vorgeschrieben ist.²¹¹

In der Literatur werden verschiedene Charakteristika im Verfahren der Fachkommissionen genannt, die darauf schliessen lassen, dass dem Gebot des fair trial und den daraus abgeleiteten Ansprüchen des rechtlichen Gehörs und der Waffengleichheit im heutigen Prozess nicht genüge getan wird.

Kommt die Empfehlung der Fachkommission aufgrund der Praxis der Vollzugsbehörde faktisch einem Entscheid gleich, werden die strafprozessualen Partizipationsrechte dieser Person durch einen Verzicht auf eine Anhörung nicht eingehalten.²¹² Das rechtliche Gehör wird z.T. im Mantelverfahren gewährt, d.h. die betroffene Person erhält erst zwischen Erstellung der Empfehlung der Fachkommission und dem Entscheid der Vollzugsbehörde Gelegenheit zur Wahrung des rechtlichen Gehörs. Mit Blick auf die tatsächliche Beeinflussung der Vollzugsbehörde durch die Empfehlungen der Fachkommission sollte sichergestellt sein, dass die betroffene Person ihren berechtigten Einfluss ausüben kann, *bevor* die Empfehlung der Kommission gefällt worden ist.²¹³ Diese Praxis führte schon zu einer Reaktion des Europäischen Komitees zur Ver-

207 Barbara Rohner/Hans-Jürg Patzen, Ein Beitrag aus dem Publikum: Bemerkungen zu den Fachkommissionen nach Art. 62d Abs. 2 StGB, in: Marianne Heer/Elmar Habermeyer/Stephan Bernard (Hrsg.), Forum Justiz & Psychiatrie, Band 2, Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, Bern 2017, 47; BSK StGB-Heer, Art. 62d, N 22b.

208 Bernard/Studer (Fn. 205), 7.

209 Rohner (Fn. 206), 192 f.

210 Alain Joset, Kritische Bemerkungen zu den Entscheidgrundlagen im Nachverfahren, Forum Justiz & Psychiatrie, Band 1, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bern 2016, 146; Stefan Trechsel/Barbara Pauen Borer, Art. 62d, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 62d N 6; Günther Stratenwerth, Zur Rolle der sog. «Fachkommissionen», in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 893; Bernard/Studer (Fn. 205), 7.

211 Bernard/Studer (Fn. 205), 5.

212 Rohner/Patzen (Fn. 207), 49.

213 BSK StGB-Heer, Art. 62d, N 30.

hütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT). Das CPT kommentierte, die Schweiz müsse die verschiedenen Fachkommissionsreglemente durch ein Recht auf Anhörung und anwaltliche Vertretung ergänzen, um die Interessen der betroffenen Person im Rahmen des Entscheidverfahrens zu wahren.²¹⁴

Gemäss Gesetz besteht die Fachkommission aus Vertretern der Strafverfolgungsbehörden, der Vollzugsbehörden sowie der Psychiatrie (Art. 62d Abs. 2 StGB). Um tatsächlich einer interdisziplinären Verteilung der Kommissionsmitglieder und dem Prinzip der Waffengleichheit gerecht zu werden, müssten auch andere Kreise wie bspw. die Verteidiger in die Kommission berufen werden. Ausserdem werden die Kommissionsmitglieder aktuell in einem undurchsichtigen und demokratisch nicht kontrollierten Verfahren bestimmt.²¹⁵

Ebenfalls gegen das Gebot der Waffengleichheit spricht, dass die Kommissionen nur auf Initiative der Vollzugsbehörde zu Rate gezogen werden und der Betroffene dieses Recht nicht hat, sowie die Tatsache, dass die Empfehlungen nur bei Vollzugslockerungen einzuhören sind und nicht auch bei dessen Schärfungen.²¹⁶

Weiter ist das gesamte Verfahren der Fachkommissionen trotz einiger weniger Normen im Gesetz und in den fraglichen Richtlinien schweizweit heterogen («helvetischer Wildwuchs»),²¹⁷ nicht klar nachvollziehbar und bleibt zumeist für Betroffene und Dritte undurchsichtig.

Aus dem Gesagten wird deutlich, dass das Konstrukt der Fachkommission, dieses «helvetische juristische Zufallsprodukt»,²¹⁸ im aktuellen Zustand mit zahlreichen Mängeln behaftet ist. Faktisch nimmt es die Rolle eines Vollzugsgerichts ein,²¹⁹ jedoch ohne die entsprechenden Verfahrensgarantien für die Betroffenen. Vorgeschlagen wurde deshalb bereits mehrmals ein Umfunktionieren der bestehenden Strukturen in tatsächliche Vollzugsgerichte.²²⁰ Dies soll für eingriffsintensive Sanktionen wie lebenslängliche Freiheitsstrafen und Verwahrungen verantwortlich sein. Die Anordnung dieser Sanktionen

214 Bernard/Studer (Fn. 205), 28; CPT, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 13 au 24 avril 2015, Strassburg 2016, S. 60, einsehbar unter: <<https://www.coe.int/en/web/cpt/homehttp://www.cpt.coe.int/documents/che/2016-18-inf-fra.pdf>>, (zuletzt besucht am 23.10.2022).

215 Stratenwerth (Fn. 210), 889 ff. – Allerdings sind die entscheidenden Fallverantwortlichen der Vollzugsbehörde sind auch nicht gewählt, ebenso nicht Mitarbeitende der AFA etc.

216 Bernard/Studer (Fn. 205), 26.

217 Martin-Lucas Pfrunder, Gemeingefährliche Straftäter im Chaos kantonaler Fachkommissionen, SJZ 1998 436.

218 Bernard/Studer (Fn. 205), 32.

219 Rohner/Patzen (Fn. 207), 48.

220 Pfrunder (Fn. 217), 436; BSK StGB-Heer, Art. 62d N 33; Stratenwerth (Fn. 210), 894.

geschieht schon heute durch die Judikative. Neu sollen die Lockerung resp. die Aufhebung dieser Sanktionen nicht mehr im Zuständigkeitsbereich der Vollzugsbehörden liegen, sondern bei Vollzugsgerichten, die ihre formale Berechtigung durch eine legislatorische Anpassung bei den Rechtsgrundlagen der bisherigen Fachkommissionen erhalten. Dafür müsste man also den Fachkommissionen nicht nur wie heute faktisch, sondern auch formell die Entscheidungskompetenz geben, und zwar bezüglich Anordnung wie auch Aufhebung eingeschränkter Sanktionen. Dies würde zwar einen umfassenden gesetzgeberischen Aufwand bedingen, wäre aber rechtstaatlich weitaus besser legitimiert als die heutigen Fachkommissionen und würde wohl auch die Akzeptanz bei den Betroffenen vergrößern.

11. Fazit

Das im 20. Jahrhundert etablierte Postulat, den strafrechtlichen Freiheitsentzug als ultima ratio einzusetzen und zugunsten anderer Reaktionsformen zurückzudrängen, lässt sich mit Blick auf die Wiedereingliederung des Straftäters in der Forschung immer besser abstützen. Diese Zurückdrängung zugunsten Sanktionen mit besserer kriminalpräventiven Wirkungen hinkt trotz vermehrter Evidenzorientierung im Justizvollzug in realiter aber noch nach, sei es aufgrund der (medial überzeichneten) punitiven Bedürfnissen der Gesellschaft, der gesellschaftspolitischen Stimmung oder der staatlichen Kriminalpolitik.

Wie die Freiheitsentziehung ausgestaltet wird, ist massgeblich von ihrer Positionierung im Gesamtsystem der strafrechtlichen Rechtsfolgen und der möglichen Anwendung von alternativen Vollzugsformen abhängig. Dies hat Auswirkungen auf den Anwendungsbereich, indem definiert wird, wann der Freiheitsentzug, und wann andere Sanktionen geboten erscheinen (wie im ersten Kapitel beschrieben, oder auch in Verbindung mit der restaurativen Justiz). Andererseits hat dies auch einen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung der Sanktion, wie in anderen Kapiteln geschildert (Angehörigenarbeit, Rückkehrorientierung, freiwillige Therapien, prozedurale Gerechtigkeit etc.). Die im Beitrag erwähnten Themenbereiche zeigen jedoch, dass in zahlreichen Bereichen wichtige Entwicklungen stattfinden, wodurch resozialisierungsfreundlichere Faktoren im gesamten Sanktionensystem immer konsequenter Anwendung finden. Es gilt weiter zu erforschen, welche Sanktionen den besten Effekt betr. Rückfallprävention und Wiedereingliederung erzielen und damit eine objektive Grundlage für kriminalpolitische Veränderungsprozesse zu legen.

