

Ausgewählte Urteile des Bundesgerichts zum Strafvollzugs- und Massnahmenrecht

zusammengestellt von Daniel Verasani, RA, LL.M., Fachbereichsleiter Sonderdienst im Amt für Justizvollzug des Kantons Aargau.

Die Auswahl der Urteile erfolgt durch den Autor. Sie werden in einer Regeste zusammengefasst mit Hinweisen zu einzelnen relevanten Erwägungen (mit eigenen Hervorhebungen).

Urteil 6B_40/2020 vom 17.08.2020 (publiziert als BGE 146 IV 267)

Regeste

Strafantritt / Kindeswohl: Kein Anspruch auf Strafaufschub oder abweichende Vollzugsformen gestützt auf das Übereinkommen über die Rechte der Kinder (UNO-Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107). Zahlreiche Normen der KRK sind ähnlich oder inhaltsgleich auch in anderen universellen Menschenrechtsverträgen kodifiziert, insbesondere im UNO-Pakt II und in der EMRK. Die Rechte der KRK gehen anderen Menschenrechten nicht vor; die KRK statuiert kein absolut höheres Recht

Die Beschwerdeführerin wurde wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG) und mehrfacher Geldwäscherei, jeweils begangen als schwerer Fall, zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten (unter Anrechnung von 138 Tagen Untersuchungshaft) und zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 30.-- (bedingt vollziehbar bei 3 Jahren Probezeit) verurteilt. Sie ist alleinerziehende Mutter eines 6-jährigen Sohnes (geb. 2013) und einer 13-jährigen Tochter (geb. 2007). Sie wehrt sich gegen den Vollzugsbefehl und beantragt den Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben, bis mit dem Kindeswohl vereinbare Haftbedingungen geschaffen seien; eventualiter sei ihr der offene Vollzug mittels Fussfessel zwecks Wahrung des Kindeswohls zu gewähren bzw. sie in eine Haftanstalt in der Nähe der Kinder einzuweisen, so dass tatsächlich ein regelmässiger Kontakt und regelmässige Besuche möglich seien.

Aus den Erwägungen:

E.3.2.2. Unbestreitbar stellt der Straf- oder Massnahmenvollzug für die betroffene Person, das Kind sowie die Partnerschaft eine Belastung dar und ist er für jeden in ein familiäres Umfeld eingebetteten Täter mit einer gewissen Härte verbunden; die Trennung von seinem Kind ist eine zwangsläufige, unmittelbar gesetzmässige Folge des Vollzugs der Freiheitsstrafe und der damit verbundenen Nebenfolgen (Urteil 6B_243/2016 vom 8. September 2016 E. 3.4.2). Bei medizinischen Gründen wurden solche Umstände namentlich bejaht bei Gehirnverletzten, Schwerkranken, unter Haftpsychose Leidenden oder Taubstummen (Urteil 6B_1079/2016 vom 21. März 2017 E. 1.4.5 mit Hinweisen). Im Urteil 6B_540/2010 vom 21. Oktober 2010 E. 1.4.2 hielt das Bundesgericht fest:

Es ist nicht zu bestreiten, dass ein Strafvollzug für die Beschwerdeführerin sowie ihren Sohn, welchen sie derzeit alleine betreut, eine Belastung darstellt. Denn das Kind wird während des Strafvollzugs der Beschwerdeführerin auf eine Fremdbetreuung angewiesen sein und von seiner Mutter als Bezugsperson vorübergehend getrennt leben. **Dies stellt jedoch eine unvermeidbare Konsequenz der freiheitsentziehenden Sanktion dar, welche sich die Beschwerdeführerin bereits im Zeitpunkt der Tathandlungen, als sie schwanger war, vor Augen führen musste.** Dass sich eine Fremdbetreuung nicht in angemessener Weise gewährleisten liesse, bringt die Beschwerdeführerin zu Recht nicht vor. Nichts herleiten kann sie aus dem Umstand, dass ihr Kontakt zur Tochter durch den Strafvollzug massiv limitiert wird.

E.3.2.3. Aus der Rechtsprechung zur Rechtsfolgenorientierung (Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2018 E. 1.7) ergeben sich keine weiter zu prüfende Gesichtspunkte. Dem zitierten Urteil 6B_540/2010 lässt sich entnehmen, was ohnehin gilt, dass auch alleinerziehende Eltern die Rechtsfolge ihrer Straftat, den Strafvollzug, zu dulden haben. (...)

E.3.2.4. (...) Von den für den Vollzug geltenden Regeln darf gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. c StGB zur gemeinsamen Unterbringung von Mutter und Kleinkind abgewichen werden. Diese abweichende Vorschrift wirkt zugunsten von Frauen in der Zeit ihrer Schwangerschaft, der Geburt und der Zeit unmittelbar danach. Als "Kleinkinder" gelten Kinder bis zum vollendeten dritten Lebensjahr (CORNELIA KOLLER, in Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 13 zu Art. 80 StGB).

E.3.2.5. Die Beschwerdeführerin wurde mit rechtskräftigem Strafurteil vom 21. November 2017 zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Bei diesem hohen Strafmass scheiden die beantragten alternativen Vollzugsformen wie die Halbgefängenschaft (Art. 77b StGB) oder die Elektronische Überwachung (Art. 79b StGB) aus. Angesichts der klaren Gesetzgebung lässt sich der Vollzug in Halbgefängenschaft oder mittels Fussfessel entgegen der Beschwerdeführerin nicht auf Art. 75 StGB (Grundsätze des Vollzugs) stützen. Eine Gesetzeslücke, welche durch die Rechtsprechung auszufüllen wäre, ist nicht ersichtlich. Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (**BGE 145 IV 252** E. 1.6.1 S. 256). Das ist offenkundig nicht der Fall. Schliesslich liegt auch keine Ausnahme im Sinne von Art. 80 Abs. 1 StGB vor. Die Beschwerdeführerin ist nicht Mutter von Kleinkindern, weshalb Art. 80 Abs. 1 lit. c StGB keine vom Normalvollzug abweichende Vollzugsform zulässt. Auch besteht weder eine Krankheit noch eine Schwangerschaft, die den Vollzug in einer "anderen geeigneten Einrichtung" nach Art. 80 Abs. 1 lit. a oder lit. b StGB erfordern würde (vgl. **BGE 106 IV 321** E. 7). Das Landesrecht verleiht der Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf einen ihren Forderungen entsprechenden Strafvollzug.

E.3.3. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf das Völkervertragsrecht.

E.3.3.1. Die Kinderrechtskonvention wurde wie alle internationalen Abkommen Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung, als sie am 26. März 1997 für die Schweiz in Kraft trat (*Botschaft* vom 29. Juni 1994 betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes, BBl 1994 V 1 20). Gemäss dem "basic principle" von Art. 3 Abs. 1 KRK "ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist". Das

"Wohl" des Kindes ("intérêts supérieurs", "best interests") ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der im Anwendungsfall der Konkretisierung durch die rechtsanwendenden Behörden bedarf (Botschaft, S. 26). Die Vertragsstaaten haben die Rechte zu gewährleisten und alle geeigneten Massnahmen zur Verwirklichung dieser Rechte zu ergreifen (Art. 4 KRK).

Das Kindeswohl geniesst gemäss Art. 11 BV Verfassungsrang und gilt als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinne (BGE 141 III 328 E. 5.4 S. 340; 132 III 359 E. 4.4.2 S. 373). Die Zielsetzungen von Art. 11 Abs. 1 BV und der KRK sind identisch (BGE 126 II 377 E. 5d S. 391). Bei Gefährdung des Kindeswohls trifft die Kinderschutzbehörde die geeigneten Massnahmen (Art. 307 Abs. 1 ZGB; BGE 144 III 442 E. 4.1 S. 449). Für die Beurteilung sind immer die konkreten Umstände des Einzelfalls massgeblich (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 494), insbesondere für die Regelung des persönlichen Verkehrs (BGE 144 III 10 E. 7.2 S.18, 481 E. 4.5 S. 489 f.). Zur Betreuung geht die neueste Rechtsprechung von einer Gleichwertigkeit der Eigen- und Fremdbetreuung aus (BGE 144 III 481 E. 4.6.3 und 4.7 S. 493 f.). Dabei wird angenommen, dass die stabile Bindung an eine Betreuungsperson zur Ausprägung des "Urvertrauens" im ersten Lebensjahr wichtig ist, jedoch für die weitere Entwicklung des Kindes primär die Qualität der in verschiedenen Formen möglichen Betreuung entscheidend ist (BGE 144 III 481 E. 4.7.4 S. 495 f.).

Hinsichtlich der konkreten Regelung der Kinderbetreuung und Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs wird oft kein Idealzustand zu erreichen sein. In dieser Situation sind die Gerichte gehalten, eine der neuen Situation angepasste Betreuungs- und Kontaktregelung zu treffen, welche Art. 9 Abs. 3 KRK genügt (BGE 142 III 481 E. 2.8 S. 496; 143 I 21 E. 5.5.1 S. 29). Dass der persönliche Verkehr weniger häufig stattfinden können und für alle Beteiligten mit erhöhtem Aufwand verbunden ist, hindert die gesetzmässige Entscheidung nicht. Mit einem monatlichen Besuchsrecht kann eine tragfähige Beziehung aufrechterhalten werden (BGE 142 III 481 E. 2.8 f. S. 496 f.).

Zahlreiche Normen der KRK sind ähnlich oder inhaltsgleich auch in anderen universellen Menschenrechtsverträgen kodifiziert, insbesondere im UNO-Pakt II und in der EMRK. Die Rechte der KRK gehen anderen Menschenrechten nicht vor ("are not superior to other rights"); die KRK statuiert kein absolut höheres Recht ("an absolutely superior rule"; VUCKOVIC SAHOVIC/DOEK/ZERMATTEN, *The Rights of the Child in international Law*, Bern 2012, S. 98 ff.; STEFANIE SCHMAHL, *Kinderrechtskonvention*, 2. Aufl. 2017, N. 7 zu Art. 3 KRK).

(...)

E.3.3.3. Aus den angerufenen Normen des schweizerischen wie des internationalen Rechts lassen sich die behaupteten Ansprüche der Beschwerdeführerin nicht ableiten. Weder die Bestimmungen der BV noch jene der KRK und der anderen menschenrechtlichen Übereinkommen hindern den Vollzug der gesetzmässigen Freiheitsstrafe (Art. 5 Ziff. 1 EMRK). Die KRK gewährleistet insoweit Rechte der Kinder *im* Freiheitsentzug. Die Kinder der Beschwerdeführerin sind in casu nicht inhaftiert.

Die Beschwerdeführerin ist nicht berechtigt, Rechte ihrer Kinder in eigenem Namen geltend zu machen. Es fehlt ihr dazu das rechtlich geschützte Interesse gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG. Nicht anders verhält es sich nach der Rechtsprechung des EGMR: Verletzt im Sinne der Konvention und damit zur Beschwerde legitimiert ist einzig die direkt betroffene Person (...)

E.3.4.3. Die Beschwerdeführerin kann die Modalitäten des gesetzmässigen Strafvollzugs nicht selber bestimmen. Soweit sie nicht selber eine Betreuung der Kinder organisiert, wird dies

Aufgabe der KESB sein, wie die Vorinstanz darlegt (Urteil S. 8 f.). Das ist keine Frage des Vollzugsrechts. An der Sache vorbei geht ebenfalls die Rüge einer Verletzung von Art. 8 EMRK mangels umfassender fairer Interessenabwägung (Beschwerde S. 13). Dass der beantragte offene Vollzug nicht gewährt werden kann, ist nicht einer Untätigkeit des Gesetzgebers oder einer Verkennung des Kindeswohls geschuldet, sondern der hohen Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten wegen qualifizierter Geldwäscherei und qualifizierten Drogenhandels mit rund 19 kg Kokaingemisch. Damit nahm sie die Trennung von den Kindern als gesetzliche Folge einer Freiheitsstrafe in Kauf (Rückweisungsurteil 6B_687/2016 vom 12. Juli 2017 E. 1.5.3).

E.3.4.4. Zum geforderten Vollzug "in der Nähe der Kinder" ist festzuhalten, dass die Vollzugsbehörde den Vollzugsort bestimmt. Sie wies die Beschwerdeführerin in die Frauen-Vollzugsanstalt Hindelbank bei Bern ein, weil die JVA Grosshof in Luzern mit dem Betreuungs- und Arbeitsangebot auf eine Strafdauer bis zu 24 Monaten ausgerichtet ist. Der progressive Vollzug ist nur in der JVA Hindelbank möglich. Die Beschwerdeführerin irrt überdies über die Besuchsregelung in der JVA Grosshof. Dort ist das Besuchsrecht eingeschränkter als in der JVA Hindelbank, wo in der Wohngruppe für Mutter und Kind sechs Plätze für Mütter mit Kindern im Alter von bis zu drei Jahren zur Verfügung stehen (Art. 80 Abs. 1 lit. c StGB). Die Beschwerdeführerin mit Kindern der Jahrgänge 2007 und 2013 fällt nicht in diese Kategorie. Reglementarisch sind 3 Besuche à 2 Stunden pro Monat möglich (in der Integrationsabteilung wöchentliche). In der JVA Grosshof verfügt jede Person über ein Besuchskontingent von 4 Stunden monatlich.