

ZStrR

Schweizerische Zeitschrift
für Strafrecht

Band/Tome

143

RPS

Revue Pénale
Suisse

4/2025

RPS

Rivista Penale
Svizzera

www.zstrr.recht.ch

Gunhild Godenzi/Valerie Brunner
**Haftprüfungsverfahren im Massnahmenrecht
im Umbruch**

Bernhard Sträuli
**La procédure pénale dans la jurisprudence
du Tribunal fédéral**

online+

Ihre Vorteile auf
einen Blick: Seite 486

en ligne+

Vos avantages en un
coup d'œil: Page 486

Stämpfli
Verlag

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

Herausgeberschaft – Comité de direction – Comitato di direzione

Ackermann Jürg-Beat, Prof., Luzern – Bommer Felix, Prof., Zürich – Cassani Ursula, Prof., Genève – Gless Sabine, Prof., Basel – Kuhn André, Prof., Neuchâtel – Kunz Karl-Ludwig, Prof., Bern – Moreillon Laurent, Prof., Lausanne – Niggli Marcel Alexander, Prof., Freiburg – Pieth Mark, Prof., Basel – Roth Robert, Prof. hon., Genève – Schubarth Martin, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – Sträuli Bernhard, Prof., Genève – Vest Hans, Prof., Bern – Wohlers Wolfgang, Prof., Basel

Redaktoren – Rédacteurs – Redattori

Prof. Sabine Gless, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel
Prof. Bernhard Sträuli, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève

Korrespondenten im Ausland – Correspondants à l'étranger – Corrispondenti all'estero

Cesoni Maria Luisa (B) – Hörnle Tatjana (D) – Lelieur Fischer Juliette (F) – Manacorda Stefano (I) – Zerbes Ingeborg (A)

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Nutzung unserer Werke für Text- und Data-Mining behalten wir uns explizit vor.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition. Nous nous réservons expressément le droit d'utiliser nos œuvres à des fins de text- et data-mining.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 237.– Ausland € 247.– inkl. Versandkosten und 2,6% MWSt. Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 192.–

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 2 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli Kommunikation, Postfach, 3001 Bern

Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.ch

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.

Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern

Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: zeitschriften@staempfli.ch
www.staempflirecht.ch/zeitschriften

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2025. Printed in Switzerland by Stämpfli Kommunikation, Bern
ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)



Der Schreiber steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.

Le scribe symbolise notre volonté de produire, en collaboration avec nos auteurs, du contenu d'exception.

Gunhild Godenzi/Valerie Brunner, Zürich

Haftprüfungsverfahren im Massnahmenrecht im Umbruch*

Zur Konservierung juristischer Warteschlangen bei Haftentlassungsgesuchen der Massnahmeinsassen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Problemstellung
- II. Entscheidkonstellationen bei Entlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug
 1. Bei stationären therapeutischen Massnahmen
 2. Bei der Verwahrung
- III. Entscheidzuständigkeiten und Verfahrensmodelle im kantonalen Recht
 1. Vollzugsgerichtsmodell
 2. Verwaltungsbehördliches Modell
- IV. Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR (Art. 5 Ziff. 4 EMRK)
 1. EGMR-Urteil Fuchser v. Schweiz (13. Juli 2006)
 2. EGMR-Urteil Derungs v. Schweiz (10. Mai 2016)
 3. EGMR-Urteil I.L. v. Schweiz (20. Februar 2024)
- V. Schönfärbereien der Schweizer Regierung in den Monitoring-Verfahren
 1. Das Monitoring-Verfahren zum Urteil Derungs v. Schweiz
 2. Das Monitoring-Verfahren zum Urteil I.L. v. Schweiz
- VI. Kritische Einordnung der Rechtsprechung des Bundesgerichts
 1. Festgestellte «Fristüberschreitungen» in der Gesamtschau
 2. Kollision des verwaltungsbehördlichen Modells mit der zeitlichen Vorgabe von Art. 5 Ziff. 4 EMRK
 3. Zur These einer «Unabdingbarkeit» des verwaltungsinternen Vorverfahrens
- VII. Gesetzesanpassungen in einzelnen Kantonen zur Umorganisation des Haftprüfungssystems
 1. Beibehaltung der verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit mit gestrafftem Rechtsmittelweg zum Verwaltungsgericht
 2. Die Gesetzesvorlage im Kanton Zürich (10. Mai 2024): eine Inspirationsquelle?
 - a) «Rechtsweg Sachgericht» für Gesuchs- und Officialverfahren zur (bedingten) Entlassung
 - b) Beibehaltung der verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit mit gestrafftem Rechtsmittelweg zu einem unteren oder oberen Gericht
 3. Zwischenbilanz
 - a) Das vorgeschaltete Verwaltungsverfahren: ein unnötiger Zeitfresser auf dem Weg zum gerichtlichen Entscheid binnen «kurzer Frist» (Art. 5 Ziff. 4 EMRK)
 - b) Zur Involvierung des Verwaltungsgerichts in den Instanzenzug im Speziellen

* Der Beitrag wurde am 27. Mai 2025 online first publiziert (www.zstrr.recht.ch).

- VIII. Skizze: Der Musterrechtsweg bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug
1. Zuständigkeit des Sachgerichts für Haftentlassungsgesuche des Massnahmeinsassen
 2. Koordination von Gesuchs- und Officialverfahren zur Prüfung der Massnahmeaufhebung und der bedingten Entlassung
 - a) Formelle Anforderungen an das Haftentlassungsgesuch
 - b) Verhinderung einer Rechtswegspaltung für Gesuchs- und Officialverfahren zur Frage der (bedingten) Entlassung des Massnahmeinsassen
 3. Chance der Vollzugsbehörde zur direkten Gewährung der (bedingten) Entlassung in eigener Kompetenz
- IX. Schluss

I. Einleitung und Problemstellung

Für den Vollzug der strafrechtlichen Sanktionen hat sich eine tief verwurzelte Rechtstradition bisher beharrlich behaupten können: Mit der Rechtskraft des Strafurteils endet die Vereinheitlichung des gesamten Straf- und Strafverfahrensrechts abrupt; ab dann ist es primär Sache der Kantone, zu bestimmen, wer in welchem Verfahren die Vollzugsentscheide trifft. Eingriffe in diese kantonale Organisationshoheit sind, obschon sie dem Bund offen stünden, ein sensibles Metier. In jüngerer Zeit war auf Bundesebene zwar angedacht, mit einem Gesetzespaket (auch) zum Massnahmenvollzug für eine gewisse Vereinheitlichung zu sorgen, unter anderem bei der Aufteilung und Abgrenzung von Kompetenzen zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden.¹ Ein Ziel der Vorlage war es, *sämtliche* Entscheide über die Aufhebung einer stationären therapeutischen Massnahme bei jenem Gericht zu bündeln, dem eine Änderung und Verlängerung der Massnahmen vorbehalten ist.² Einige Vernehmlassungsteilnehmer empfahlen, auch Entscheide über die be-

- 1 Geschäft des Bundesrates 22.071, Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, Änderung, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20220071> (besucht am 15. 5. 2025); BBl 2022 2991.
- 2 Das sollte nach der Version des Vorentwurfs zur Änderung des StGB bei Aufhebungsanträgen der Vollzugsbehörde und jedenfalls dem Begleitbericht nach auch bei Aufhebungsanträgen des Massnahmeinsassen gelten, vgl. Art. 62c Abs. 1 VE-StGB zur Aufhebung und Änderung der Massnahme; präzisierend dazu Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zur Änderung des Strafgesetzbuches und zur Änderung des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug), Bern, 6. März 2020, 32, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/verbesserungen-smv/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf> (besucht am 15. 5. 2025): «Stellt die betroffene Person ein schriftliches und begründetes Gesuch um Aufhebung, hat die Vollzugsbehörde deshalb immer einen Antrag an das Gericht zu stellen.»; vgl. zum Vorentwurf insgesamt kritisch: N. Biro, Kritische Überlegungen zu den administrativen Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug, recht 2020, 221 ff.

dingte Entlassung aus dem Massnahmenvollzug zum Gericht zu verlagern³ – was dem Bund gar nicht in den Sinn gekommen ist. Dabei kann einem bei genauerem Hinschauen die Tragweite auch dieser Entscheidkonstellation nicht verborgen bleiben: Bei freiheitsentziehenden Massnahmen sind Entscheide über ihre Aufhebung und über die bedingte Entlassung gleichermaßen essenziell dafür, dass der Freiheitsentzug überhaupt ein Ende findet. Denn während im Strafvollzug die betroffene Person auch bei verweigerter bedingter Entlassung spätestens mit Ablauf der Strafdauer freizulassen ist,⁴ kann der Massnahmenvollzug, sofern er noch verhältnismässig ist, im Prinzip beliebig lang andauern. Dies gilt selbst bei zeitlich begrenzten stationären Massnahmen (Art. 60, 61 StGB), weil deren Maximaldauer durch das Szenario einer potenziellen Umwandlung der bestehenden Massnahme in eine schärfere Massnahme erheblich flexibilisiert wird.⁵

- 3 Vgl. Bundesamt für Justiz, Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug), Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, Bern, 2. November 2022, 4, 11, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/verbesserungen-smv.html> (besucht am 15. 5. 2025).
- 4 Unter Vorbehalt von Art. 65 StGB. Dessen praktische Bedeutung ist bei der nachträglichen Anordnung einer freiheitsentziehenden Massnahme zuungunsten des Betroffenen aber eingebrochen, nachdem der EGMR klargemacht hat, dass eine belastende Wiederaufnahme konventionsrechtlich höchstens dann zulässig wäre, wenn auch die Tatfrage oder das Ausmass der Schuld neu zu beurteilen wäre und dem Staat auch keine Nachlässigkeiten im Ausgangsverfahren vorzuwerfen sind, vgl. EGMR *W. A. v. Schweiz* (38958/16), §§ 42 ff., 71 (nachträglich und rückwirkend angeordnete Verwahrung gem. Art. 65 Abs. 2 StGB) und zur Tragweite des Entscheids G. Godenzi, in: W. Wohlers/G. Godenzi/St. Schlegel (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024, Art. 65 N 4a, 7 m. w. N., wobei die Konventionswidrigkeit dieser nachträglichen reinen Sanktionsverschärfung schon in den Vorauflagen von Stratenwerth angenommen wurde, was sich nun bestätigt hat. Das Bundesgericht hat den Entscheid des EGMR in seine Rechtsprechung integriert und zutreffend auch für eine belastende nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 65 Abs. 1 StGB für massgeblich erklärt, vgl. BGE 150 IV 38 E. 4; Godenzi (Fn. 4), HK StGB, Art. 65 N 4a m. w. N. Vgl. speziell zu Konflikten der Regelung mit dem Konventionsrecht ausführlich schon C. Lehner, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen. Eine Auseinandersetzung mit Art. 65 Abs. 1 StGB, Zürich 2015, 152 ff., 183 ff.; sodann auch A. Coninx, Verbrechenbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, Grundprobleme der freiheitsentziehenden Massnahmen nach schweizerischem Strafgesetzbuch – Analyse, Kritik, Lösungsvorschläge, Basel 2024, 438 ff. Vgl. zur Statistik der verweigerten bedingten Entlassungen aus dem Massnahmenvollzug Th. Freytag/A. Zermatten, Teil III, Bedingte Entlassung aus dem Straf- versus Massnahmenvollzug: Sind die Praktiken gleich?, in: D. Fink/J. Arnold/F. Genillod-Villard/N. Oberholzer (Hrsg.), Kriminalität, Strafrecht und Föderalismus, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Band 36, Bern 2019, 219 ff.
- 5 Biro (Fn. 2), 224; vgl. auch Coninx (Fn. 4), 397 ff.; M. Heer, Beendigung therapeutischer Massnahmen: Zuständigkeiten und Verfahren, AJP 2017, 592 ff.

Im Sommer letzten Jahres ist das vom Bundesgesetzgeber geschnürte «Massnahmenpaket Sanktionenvollzug» indes geplatzt: Der Nationalrat hat in der Schlussabstimmung alle Änderungen des StGB gesamthaft abgelehnt.⁶ Damit bleibt auch bei Entscheiden zur Aufhebung einer freiheitsentziehenden Massnahme und zur bedingten Entlassung aus ihr alles beim Alten: Die Zuweisung der Entscheidzuständigkeiten und die Verfahrensorganisation liegen weiterhin bei den Kantonen. Eine Situation, die Praxis und Lehre seit geraumer Zeit beschäftigt. Dies nicht zuletzt auch aus Gründen von Art. 5 Ziff. 4 EMRK. Diese Konventionsnorm verlangt auch bei Haftentlassungsgesuchen eines Massnahmeinsassen, dass ein Gericht über die Rechtmässigkeit der Haft «innert kurzer Frist» entscheidet.⁷ In den meisten Kantonen ist ein Gerichtsentscheid aber erst nach Durchlauf eines Verwaltungsverfahrens in zweiter oder dritter Instanz erhältlich.⁸ Das dauert zu lang, wie der EGMR mit zwei wegweisenden Verurteilungen der Schweiz in den Jahren 2006⁹ und 2016¹⁰ entschieden hatte. Gleichwohl hat sich hierzulande bei der Konzeption des Haftprüfungssystems über zwei Jahrzehnte hinweg kaum etwas getan; trotz klarer Signale aus Strassburg zum Handlungsbedarf. Im letzten Jahr erging mit einer weiteren Verurteilung der Schweiz ein dritter «Reminder».¹¹

Selbstverständlich ist die Umsetzung internationaler Verpflichtungen im Bereich der Grund- und Menschenrechte in einem föderalistischen System oft anspruchsvoll. Damit sie gelingt, braucht es eine funktionierende Aufsicht durch die Bundesbehörden, eine Rechtsprechung des Bundesgerichts, in der sich die ganze Tragweite der Entscheide des EGMR widerspiegelt, sowie den Willen der Gesetzgebungsverantwortlichen in den Kantonen, Korrekturen des Haftprüfungssystems wo nötig entschlossen anzugehen und umzusetzen. An alledem fehlt es bis anhin. Diesem Phänomen und einem möglichen Ausweg aus der Misere widmet sich dieser Beitrag. Den Anfang und Einstieg macht einerseits eine Verdeutlichung der

6 AB 2024 N 1347. Die im Vorentwurf vorgeschlagene Bündelung von Zuständigkeiten für Aufhebungsentscheide beim Gericht wurde nach kontroversen Rückmeldungen in der Vernehmlassung zwischenzeitlich bereits fallen gelassen und ist daher in der zur Schlussabstimmung gelangten Entwurfsversion schon eliminiert gewesen, vgl. BBl 2022 2991, 2, 12 f., 19. Angenommen wurden in der Schlussabstimmung hingegen Verschärfungen im Jugendstrafrecht, namentlich mit der Verwahrung von Jugendlichen, sofern bei Verurteilung wegen Mordes auch eine Wiederholungsgefahr spezifisch für Mord prognostiziert werden könnte, vgl. Art. 15 Abs. 5, Art. 19c JStG (Inkrafttreten am 1. Juli 2025, AS 2025 224; BBl 2024 1452).

7 Vgl. dazu unten IV, und die dortigen Nachweise; aus verwaltungsrechtlicher Sicht zu verfassungs- und konventionsrechtlichen Schranken der kantonalen Organisationshoheit z. B. D. Thurnherr, Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonomer Autonomie und Vereinheitlichung, BJM 2013, 221 ff.

8 Vgl. dazu unten III, und die dortigen Nachweise.

9 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00); näher dazu unten IV.1.

10 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09); näher dazu unten IV.2.

11 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16); näher dazu unten IV.3.

Entscheidungskonstellationen, die bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug virulent werden können (II.); andererseits sind die Entscheidzuständigkeiten und Verfahrensmodelle zu erklären, die dazu im kantonalen Recht vorgesehen sind (III.). Grundlage für eine kritische Beurteilung des Istzustandes in der Schweiz sind die Urteile des EGMR zu überlangen Haftprüfungsverfahren, die man zunächst vor Augen haben muss (IV.). Vor diesem Hintergrund ist ins Licht zu setzen, dass bei allen drei Staatsgewalten ein konvergentes Hinwirken festzustellen ist, im Massnahmenvollzug die prozessualen Rechte der Betroffenen, um die es ohnehin nicht gut bestellt ist, noch unter dem Mindeststandard der EMRK zu halten: bei der Schweizer Regierung in ihrer Berichterstattung in den Monitoring-Verfahren (V.); in der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit einer unveränderten Duldung eines (zweistufigen) verwaltungsbehördlichen Haftprüfungssystems (VI.); bei den Gesetzgebungsverantwortlichen der Kantone, die einen Handlungsbedarf gar nicht sehen, in Untätigkeit verharren oder um die Reste von EMRK-widrigen Verfahren ringen. Soweit ersichtlich wurde einzig im Kanton Zürich der Bedeutungsgehalt der Praxis des EGMR für ein verwaltungsbehördliches Modell der Haftprüfung voll realisiert und zugestanden; die hängige Gesetzesnovelle ist als Inspirationsquelle nutzbar (VII.). Eine Zwischenbilanz zu ihren Lösungsvarianten, die zwiespältig bis ernüchternd ausfällt, soll schliesslich in Überlegungen zum «Wie weiter?» mit der Skizze eines Musterrechtswegs bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug münden (VIII.).

II. Entscheidkonstellationen bei Entlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug

Der Massnahmeinsasse, der im Vollzug einer stationären Massnahme oder einer «ordentlichen» Verwahrung¹² die Beendigung eines aus seiner Sicht rechtswidrig gewordenen Freiheitsentzugs erwirken möchte, kann dies nur über eine Aufhebung der Massnahme (Art. 62c Abs. 1 StGB; Art. 56 Abs. 6 StGB) oder – dies-

12 Die lebenslängliche Verwahrung (Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB) wird hier ausgeklammert, weil sie mit den vom Bundesgericht entwickelten Anforderungen (lebenslängliche Untherapierbarkeit) praktisch wohl nicht mehr angeordnet werden kann. St. Trechsel/B. Pauen Borer, in: St. Trechsel/M. Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, Art. 64c N 7 ff. zeigen auf, dass bei lebenslänglicher Verwahrung das Prüfungsgesuch an die «zuständige Behörde» (Art. 64c Abs. 1 StGB) schon deshalb nicht Art. 5 Ziff. 4 EMRK entspricht, weil es nicht zu einer Überprüfung der Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs oder zu einer (bedingten) Entlassung führen kann, sondern höchstens zu einem Behandlungsangebot (Art. 64c Abs. 2 StGB). Eine Vereinbarkeit mit Art. 5 Ziff. 4 EMRK könnte allenfalls über den Mechanismus der ausserordentlichen bedingten Entlassung hergestellt werden (Art. 64c Abs. 4 StGB).

falls unter Aufrechterhaltung der Massnahme – über eine bedingte Entlassung erreichen (Art. 62 StGB bei stationären Massnahmen; Art. 64a StGB bei der Verwahrung). Erläuterungsbedürftig sind insbesondere Entscheidungskonstellationen, auf die sich Gesuche um eine unverzügliche Aufhebung der Massnahme und direkte (unbedingte) Entlassung typischerweise beziehen, wenn die Vollzugsbehörde nicht von sich aus zur Einsicht gelangt, dass ein zügiger Abbruch der Massnahme geboten wäre.

1. Bei stationären therapeutischen Massnahmen

Als spezifische Aufhebungsgründe kommen bei stationären Massnahmen innerhalb der Massnahmedauer die Aussichtslosigkeit der Massnahme in Betracht, insbesondere wegen fortdauernder Therapieverweigerung (Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB), sowie die Nichtverfügbarkeit einer «geeigneten Einrichtung», namentlich bei anhaltenden Kapazitätsengpässen (Art. 62c Abs. 1 lit. c StGB).¹³ Oft ist die Aufhebung dann nur der Vorentscheid zu einem späteren Gerichtsentscheid über die Konsequenzen (Art. 62c Abs. 2–4 StGB). Aus der Perspektive des Massnahmeinsassen ist aber vielmehr von Interesse, dass die Aufhebung im Einzelfall auch ein Endentscheid sein und in eine Freilassung münden kann, nämlich dann, wenn Folgeentscheide des Gerichts ausgeschlossen sind: weil keine Reststrafe mehr verblieben ist (Art. 62c Abs. 2 StGB), keine andere Massnahme infrage kommt (Art. 62c Abs. 3 StGB) und die Anordnung einer Verwahrung – etwa weil kein Verwahrungsdelikt vorliegt – ebenfalls ausscheidet (Art. 62c Abs. 4 StGB).¹⁴ In diesen Konstellationen ist ein Haftentlassungsgesuch des Massnahmeinsassen typischerweise auf eine *ersatzlose* Aufhebung der stationären Massnahme und unverzügliche Freilassung gerichtet.

So kann es übrigens auch liegen, wenn die stationäre Massnahme aufzuheben ist, weil es der Vollzugsbehörde nicht gelingt, die betroffene Person in angemessener Zeit (wieder) in einer geeigneten Einrichtung unterzubringen (Art. 62c Abs. 1 lit. c StGB), nachdem sich der gegenwärtige Vollzugsort als ungeeignet er-

wiesen hat.¹⁵ Denn dann sind Einschränkungen zu beachten, die für einen nachfolgenden Gerichtsentscheid über die Konsequenzen der Massnahmeaufhebung bestünden: Dieser darf sich bei einem staatlichen Unvermögen, in angemessener Zeit einen adäquaten Vollzugsort zu organisieren, nie zulasten der betroffenen Person auswirken,¹⁶ sodass eine Umwandlung der stationären Massnahme in eine Verwahrung unzulässig wäre. Wenn auch keine Reststrafe mehr verblieben ist, käme höchstens eine mildere ambulante Massnahme in Betracht.¹⁷ Abgesehen davon, dass deren Eignung zur Deliktprävention heikel sein dürfte, nachdem ursprünglich eine stationäre Massnahme für nötig gehalten wurde, rechtfertigt selbst die «ernsthafte Erwartung», dass eine ambulante Behandlung vom Gericht doch angeordnet werden könnte, keine zwischenzeitliche «Sicherheitshaft im Hinblick auf einen selbstständigen nachträglichen Entscheid des Gerichts» (Art. 364a StPO). Der strafprozessuale Haftgrund ist auf eine im gerichtlichen Nachverfahren drohende «freiheitsentziehende Sanktion» begrenzt, worunter eine ambulante Behandlung richtigerweise nicht subsumierbar ist.¹⁸ Es wäre auch unverhältnismässig, die theoretisch mögliche maximal zweimonatige stationäre Einleitung (Art. 63 Abs. 3 StGB) als Legitimationsgrund für eine zwischenzeitliche monatelange Sicherheitshaft zu verwenden.

Neben diese spezifischen Aufhebungsgründe tritt die allgemeine Grundregel, dass eine Massnahme, «für welche die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind», aufzuheben ist (Art. 56 Abs. 6 StGB).¹⁹ Dies gilt bei Zweckerreichung (vgl. Art. 62b StGB zur endgültigen Entlassung) ebenso wie bei Zwecklosigkeit²⁰ und

13 Art. 62c Abs. 1 lit. c StGB, wonach die Massnahme aufgehoben wird, wenn eine geeignete Einrichtung nicht oder nicht mehr existiert, ist nicht nur anwendbar, wenn überhaupt keine geeignete Einrichtung (mehr) besteht, sondern auch dann, wenn für den Betroffenen kein Platz in einer geeigneten Einrichtung frei ist, vgl. BGE 148 I 116 E. 2.4; BGE 148 IV 419 E. 1.7.3; BGE 6B_1001/2015 E. 3.2; BGE 6B_1293/2016 E. 2.1; BGE 6B_294/2020 E. 4.1; BGE 6B_1438/2020 E. 6.3; Godenzi (Fn. 4), HK StGB, Art. 62c N 3. Zu den Kriterien für die Beurteilung der Zulässigkeit der Dauer bis zum Eintritt in eine geeignete Einrichtung, die sich an der Rechtsprechung des EGMR orientieren: BGE 148 I 116 E. 2.4; BGE 148 IV 419 E. 1.7.3; BGE 149 I 366 E. 8; Godenzi (Fn. 4), HK StGB, Art. 56 N 15a ff.

14 Vgl. N. Biro, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zürich 2019, 257.

15 Vgl. EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) und dazu unten IV.3. Das Bundesgericht und die Vorinstanz waren der Meinung, die Aufrechterhaltung eines über dreieinhalb Jahre dauernden Freiheitszugs unter dem Titel einer stationären Massnahme (Art. 59 Abs. 3 StGB) in einer Strafanstalt ohne effektive Behandlung als «Übergangslösung» bis zum Auffinden einer «geeigneten Einrichtung» sei zulässig gewesen. Diese Einschätzung hat sich als konventionswidrig erwiesen. In neuerer Zeit ist das Bundesgericht aber restriktiver geworden, grundlegend BGE 148 I 116; BGE 148 IV 419; BGE 149 I 366; vgl. auch Godenzi (Fn. 4), HK StGB, Art. 56 N 15a ff.

16 Vgl. BGE 142 IV 105 E. 4.2; Biro (Fn. 14), 255.

17 Instrukтив dazu Biro (Fn. 14), 255 f.

18 Vgl. Art. 364a Abs. 1 lit. a StPO, wobei auch noch die ernsthafte Erwartung einer Vollzugsvereitelung oder der Begehung eines Verbrechens oder schweren Vergehens hinzutreten muss (Art. 364a Abs. 1 lit. b StPO). Die Bestimmung gibt es erst seit der letzten Revision der StPO, ihre genaue Reichweite ist einstweilen etwas diffus. Man wird sich aber daran zu orientieren haben, dass die frühere Praxis des Bundesgerichts, die ins Gesetz überführt werden sollte, sich im Massnahmenbereich auf die drohende Anordnung des Vollzugs einer Restfreiheitsstrafe, den Wechsel von einer ambulanten zu einer stationären Massnahme, den Wechsel zu einer Verwahrung oder die Verlängerung der stationären Massnahme bezogen hat, vgl. z. B. BGE 1B_41/2019 E. 2.5; in diesem Sinne auch D. Jositsch/N. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 364a N 3.

19 BGE 141 IV 203 E. 3.2.4.

20 BGE 141 IV 49 E. 2.2.

über den Wortlaut hinaus auch dann, wenn sich herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der Massnahme von Anfang an nicht gegeben waren.²¹ Ob letzterenfalls eine Revision gegen das Grundurteil zulässig und begründet wäre, sind strafprozessuale Folgefragen (Art. 410 ff. StPO). Das Rechtsmittel kann im Einzelfall passend sein, das Revisionsverfahren ist aber langwierig, sein Ausgang ungewiss. Es ist deshalb unabhängig von einer Revisionsmöglichkeit materiellrechtlich zu gewährleisten, dass die erkanntermassen auch gegenwärtig (weiterhin) rechtsgrundlose Massnahme jedenfalls unverzüglich endet.²² Ein nachträglicher Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen, der gestützt auf Art. 56 Abs. 6 StGB losgelöst von den spezifischen Aufhebungsgründen geltend gemacht werden könnte, wäre nebst der unverhältnismässig gewordenen Haftfortdauer beispielsweise das Abklingen der «Schwere» der psychischen Störung i.S.v. Art. 59 StGB. Eine nur «bedingte» Entlassung wäre auch in diesem Fall unzureichend, weil eine Massnahme, die in ihrem Bestand grundsätzlich wegbriecht, keine Rechtsgrundlage mehr für eine Probezeit mit entsprechenden Auflagen und eine etwaige Rückversetzung in den stationären Massnahmenvollzug bei einem Bewährungsversagen sein kann.²³

2. Bei der Verwahrung

Bei der Verwahrung ist unter der Marginalie «Aufhebung und Entlassung» von Gesetzes wegen einzig die bedingte Entlassung vorgesehen (Art. 64a StGB). Danach wird der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen, sobald mit «hoher Wahrscheinlichkeit»²⁴ zu erwarten ist, dass er sich in der Freiheit bewähren wird (Art. 64a Abs. 1 StGB).²⁵ Daneben besteht bei denjenigen Verwahrten, die

21 BGE 141 IV 203 E. 3.2.4; BGer 6B_798/2014 E. 2.1 f.; BGer 6B_1155/2017 E. 1.3; BGer 6B_1083/2017 E. 3.4, 3.8; BGer 6B_866/2017 E. 1.2; BGer 6B_1163/2018 E. 2.2.

22 BGer 6B_798/2014 E. 2.1, nicht publiziert in BGE 141 IV 203; ebenso M. Heer, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 56 N 95 f.

23 Vgl. BGer 6B_1083/2017 E. 3.4 (Annahme des Wegfalls des Kriteriums der schweren psychischen Störung gestützt auf Art. 56 Abs. 6 StGB; dass trotzdem nur eine bedingte Entlassung ausgesprochen wurde, ist inkonsistent, auch wenn es der beschränkten Antragstellung des Betroffenen entsprach); BGer 6B_699/2019 E. 2 (Prüfung des Wegfalls des Kriteriums der schweren psychischen Störung gestützt auf Art. 56 Abs. 6 StGB, dessen Vorliegen dann aber noch bejaht wurde); *Biro* (Fn. 14), 256; *Heer* (Fn. 22), BSK StGB I, Art. 62 N 20b; unzutreffend *VerwGer ZH VB.2022.00628 E. 3.3* (direkte endgültige Entlassung aus einer Massnahme nach Art. 59 StGB sei gesetzlich nicht vorgesehen und deshalb von vornherein unmöglich).

24 BGer 6B_1420/2020 E. 3.2.2; BGer 6B_280/2021 + 6B_419/2021 E. 3.3.5.

25 Bezugspunkt dieser Erwartung sind nur neuerliche Verwahrungsdelikte; ob sich der Verwahrte in Freiheit anderweitig strafbar machen könnte, ist unerheblich, vgl. BGE 135 IV 49 E. 1.1.2.2 = Pra 2009 Nr. 105; BGE 136 IV 165 E. 2.1.1.; aus neuerer Zeit z. B. BGer 6B_280/2021 + 6B_419/2021 E. 3.3.5.

im Grundurteil als psychisch schwer gestört eingestuft wurden, die Option einer Umwandlung der Verwahrung in eine stationäre therapeutische Massnahme zur Behandlung psychischer Störungen, sofern sich nachträglich eine Therapierbarkeit des Betroffenen ergeben hat (Art. 65 Abs. 1 StGB). Dieses Prozedere kann aber von vornherein keine Entlassung bewirken, sondern nur eine andere Unterbringungsform.²⁶

Die allgemeine Grundregel nach Art. 56 Abs. 6 StGB, wonach eine Massnahme, sobald ihre Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllt sind, aufzuheben ist, sollte nach der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts durch die Spezialbestimmungen zur Verwahrung dahingehend konkretisiert sein, dass nie eine Aufhebung mit direkter Entlassung, sondern höchstens die bedingte Entlassung infrage komme (Art. 64a StGB).²⁷ Diese Auffassung wurzelt indes in einem übergangsrechtlichen Problem, als sich für altrechtliche Verwahrungen zeigte, dass angesichts der Neukonzeption der Verwahrung im konkreten Fall ein Verwahrungsdelikt nun rechtlich «fehlte». ²⁸ Sie war schon damals kritikwürdig und dürfte erst recht nicht verallgemeinert werden. Erweist sich, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der Verwahrung von Anfang an nicht vorlagen oder aktuell nicht mehr vorliegen, so muss auch der Bestand der Verwahrung als solcher gestützt auf die allgemeine Regel von Art. 56 Abs. 6 StGB mit einem Aufhebungsantrag angreifbar sein.²⁹ Praktisch stehen Fälle im Vordergrund, in denen die Entlassungsprognose negativ ausfällt, die Weiterführung der Verwahrung aber dennoch als unverhältnismässig beanstandet wird. Das Bundesgericht schliesst inzwischen den Rückgriff auf Art. 56 Abs. 6 StGB auch bei der Verwahrung für derartige Konstellationen nicht mehr kategorisch aus, von Erfolg gekrönt war ein solches Vorbringen aber bis anhin noch nicht.³⁰

III. Entscheidzuständigkeiten und Verfahrensmodelle im kantonalen Recht

Das Bundesrecht überlässt es im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs grundsätzlich den Kantonen, die auf ihrem Gebiet zuständigen Vollzugsbehörden zu bestimmen (Art. 123 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 BV; Art. 439 StPO). Gleich-

26 Vgl. BGer 6B_1068/2022 E. 3.4.2.

27 BGer 6B_33/2009 E. 3.1 (Verfahren Derungs); BGE 135 IV 49 E. 1.1.2.1 f = Pra 2009 Nr. 105.

28 Vgl. die Fallgestaltungen in BGer 6B_33/2009 E. 3.1 (Verfahren Derungs); BGE 135 IV 49 E. 1.1.2.1 f = Pra 2009 Nr. 105 (bedingte Entlassung von Tätern, die unter altem Recht wegen wiederholter Vermögensdelikte verwahrt wurden).

29 Ebenso *Heer* (Fn. 22), BSK StGB I, Art. 64a N 2a; *Heer* (Fn. 5), 597.

30 Vgl. BGer 6B_150/2019 E. 2.4.5; BGer 6B_1420/2020 E. 4; BGer 6B_1068/2022 E. 3; BGer 7B_356/2023 E. 3.

wohl hat sich der Bundesgesetzgeber entschieden, über Zuständigkeitsregeln im StGB bestimmte Vollzugsentscheide, bei denen es um die nachträgliche Abänderung oder Ergänzung der Sanktionsfolgen des rechtskräftigen Strafurteils geht, bereits von Beginn weg und zwingend in die Hände eines «Gerichts» zu legen. Dadurch wollte der Gesetzgeber ausschliessen, dass diese Konstellationen (zuerst) von einer *Verwaltungsbehörde* entschieden werden.³¹ In die durch das StGB geschaffene Kategorie der «gerichtlichen» Vollzugsentscheide fallen insbesondere drohende *Folgeentscheide* nach der Aufhebung einer stationären Massnahme, die besonders eingriffsschwer sein können: die Anordnung des Vollzugs einer allfälligen Reststrafe, eines Massnahmenwechsels oder der Verwahrung (Art. 62c Abs. 2–4 StGB).³² Daneben sind aber auch gewisse für die inhaftierte Person «günstige» Entscheide durch das Bundesstrafrecht schweizweit einheitlich einem «Gericht» zugewiesen. So ist es beispielsweise bei angeordneter Verwahrung während des Vorabvollzugs der Freiheitsstrafe Sache des Gerichts, über die bedingte Entlassung (Art. 64 Abs. 3 i. V. m. Art. 64a StGB) oder die vorzeitige Umwandlung der Verwahrung in eine stationäre Massnahme zu befinden (Art. 65 Abs. 1 StGB). Korrespondierend dazu kann deshalb in dieser Phase die inhaftierte Person mittels entsprechender Antragstellung an das Gericht selbst und direkt ein gerichtliches Nachverfahren unter dem Regime der StPO anstossen (vgl. Art. 364 Abs. 2 StPO).³³

Bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Vollzug einer stationären Massnahme oder der Verwahrung sieht sich der Massnahmeinsasse indes vor die Situation gestellt, dass die Entscheidkonstellationen der *Aufhebung* der freiheitsentziehenden Massnahme und der *bedingten Entlassung* nach dem StGB der «zuständigen Behörde» überlassen sind. Diese «zuständige Behörde» hat bei stationären Massnah-

31 *Biro* (Fn. 14), 12 f.

32 Vgl. BGE 141 IV 49 E. 2.4 zur Verteilung der Zuständigkeiten für die Aufhebung der Massnahme und die Folgeentscheide im verwaltungsbehördlichen Modell; BGE 145 IV 167 E. 1.5 zur Zulässigkeit der Vereinigung der Entscheidkompetenzen über die Aufhebung einer Massnahme und die Folgeentscheide beim gleichen Gericht, das über diese Fragen in einem einzigen Entscheid befinden kann.

33 Bei angeordneter Verwahrung findet eine Prüfung der bedingten Entlassung aus dem Vorabvollzug der Freiheitsstrafe ohnehin nur auf Antrag der verurteilten Person hin statt, es besteht keine jährliche Überprüfungspflicht der Vollzugsbehörde (vgl. dazu *Biro* [Fn. 14], 25). Bei der Umwandlung einer Verwahrung in eine stationäre Massnahme noch während des Vorabvollzugs der Freiheitsstrafe über Art. 65 Abs. 1 StGB gibt es auch kein Prüfungsverfahren der Vollzugsbehörde, das «Vorrang» haben könnte (vgl. *Biro* [Fn. 14], 26 mit Fn. 100). Richtig auch *Chr. Roten/M. Perrin*, in: Y. Jeanneret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge (Hrsg.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 364 N 23 zur gebotenen weiten Auslegung von Art. 364 Abs. 2 StPO (Verfahrenseinleitung) mit der Klarstellung, dass immer ein eigenes Antragsrecht der betroffenen Person bestehe, wenn diese ein rechtliches Interesse an der Einleitung des gerichtlichen Nachverfahrens hat, dies auch konkurrierend zu einem Antragsrecht der Vollzugsbehörde, solange es keine gegenteilige Bestimmung gibt.

men «auf Gesuch hin oder von Amtes wegen» (auch) zu prüfen, «ob und wann der Täter aus dem Vollzug der Massnahme bedingt zu entlassen oder die Massnahme aufzuheben ist» und darüber mindestens einmal jährlich «zu beschliessen» (vgl. Art. 62d Abs. 1 StGB). Bei der Verwahrung ist es *nach dem Antritt der Massnahme* ebenfalls die «zuständige Behörde», die «auf Gesuch hin oder von Amtes wegen mindestens einmal jährlich, und erstmals nach Ablauf von zwei Jahren, [zu prüfen hat], ob und wann der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen werden kann» (Art. 64b Abs. 1 lit. a StGB). Mit dem Begriff der «zuständigen Behörde» hat es der Bundesgesetzgeber den Kantonen überlassen, die Zuständigkeitsfrage und damit auch das anwendbare Verfahren selbst zu regeln (vgl. Art. 439 Abs. 1, Art. 363 Abs. 3 StPO), d. h. die Kantone können die jeweilige Entscheidkonstellation über das kantonale Recht entweder einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde zuordnen und das Verfahrensrecht wählen.³⁴

1. Vollzugsgerichtsmodell

Vor dem Hintergrund dieser Zuständigkeitsregeln im StGB haben sich im kantonalen Recht zwei komplett unterschiedliche Verfahrensmodelle entwickelt. Die Kantone Genf, Tessin, Waadt und Wallis haben spezialisierte Straf- und Massnahmenvollzugsgerichte geschaffen (Vollzugsgerichtsmodell). In diesen vier Kantonen werden die allermeisten Vollzugsentscheide schon *erstinstanzlich* von einer *richterlichen Behörde* gefällt. Sie sind dadurch in der Hand eines Fachgerichts für den Sanktionenvollzug gebündelt.³⁵ Dem Spezialgericht sind einerseits die nachträglichen Entscheide zugewiesen, die nach dem StGB einem «Gericht» vorbehalten sind (Nachverfahren nach Art. 363 ff. StPO),³⁶ andererseits aber auch viele Vollzugsentscheide, die nach dem Bundesstrafrecht an sich auch einer Verwaltungsbehörde überlassen werden könnten (Entscheide der «zuständigen Behörde»). Welche Vollzugsentscheide dem Spezialgericht im Einzelnen überantwortet sind, ergibt sich aus den kantonalen Rechtsgrundlagen und kann daher divergieren.

34 Vgl. BGE 145 IV 167 E. 1.5; ausführlich und grundlegend dazu *Biro* (Fn. 14), 190 ff.

35 Näher dazu *Biro* (Fn. 14), 299 ff.; *L. Moreillon/V. Maire*, *La réforme de la partie générale du Code pénal suisse et ses conséquences en droit vaudois*, JdT 2006 III, 126 ff.; *Chr. Roten*, *Le système du juge de l'application des sanctions pénales en Suisse latine*, NKrim 2/2022, 14 ff.

36 Vgl. Art. 363 Abs. 1 StPO am Ende: «Das Gericht, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat, trifft auch die einer gerichtlichen Behörde übertragenen selbstständigen nachträglichen Entscheide, sofern Bund oder Kantone nichts anderes bestimmen.» Mit BGE 145 IV 167 E. 1.5 hat das Bundesgericht mit Blick auf das Vollzugsgerichtsmodell bestätigt, dass es den Kantonen freisteht, abweichend von der Grundregel in Art. 363 Abs. 1 StPO, wonach von Beginn weg das erstinstanzliche Strafgericht zuständig wäre, stattdessen ein (erstinstanzliches) Spezialgericht für zuständig zu erklären.

Jedenfalls sind aber die für den Massnahmeinsassen bei einem Haftentlassungsgesuch unmittelbar relevanten Entscheide über die Aufhebung der freiheitsentziehenden Massnahme und über die bedingte Entlassung in allen vier Kantonen beim Spezialgericht platziert.³⁷ Das Verfahren richtet sich bei dieser kantonalen Kompetenzzuweisung nach kantonalem Recht, das aber grösstenteils auf die strafprozessualen Vorschriften für das «Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts» verweist (Art. 363 ff. StPO).³⁸ Sofern ein kombinierter Entscheid über die Aufhebung der Massnahme und zugleich über die Rechtsfolgen ergeht, sind einheitlich die Verfahrensregeln gemäss StPO anzuwenden.³⁹

2. Verwaltungsbehördliches Modell

Nach dem anderen, schweizweit dominierenden Modell ist die Ausgangslage eine völlig andere. Diejenigen Entscheide, die nach dem StGB dem «Gericht» vorbehalten sind, werden in strafprozessualen gerichtlichen Nachverfahren gemäss der Grundregel im Strafprozessrecht vom erstinstanzlichen Strafgericht getroffen (Art. 363 Abs. 1 StPO).⁴⁰ Daneben ist für alle Vollzugsentscheide, die nach dem StGB der «zuständigen Behörde» überlassen sind, über das kantonale Recht prinzipiell der Verwaltungsrechtsweg vorgesehen: Die Entscheide werden *erstinstanzlich* von einer *Verwaltungsbehörde* nach Durchlauf eines Verwaltungsverfahrens in Form der Verfügung nach kantonalem Verwaltungsrecht gefällt; erst wenn diese Verfügung angefochten wird, ist in zweiter oder in dritter Instanz eine Verwal-

tungsgerichtsbarkeit gegeben.⁴¹ Bei einem Weiterzug zum Bundesgericht fällt die verwaltungsrechtliche Einkleidung allerdings dahin. Das Verfahren wird nun auch formal ein strafrechtliches, ausgerichtet an der Materie, um die es der Sache nach ohnehin durchwegs geht (Beschwerde in Strafsachen, Art. 78 Abs. 2 lit. b BGG).⁴² Solange der Kanton es nicht eigens anders geregelt hat, unterstehen diesem changierenden System auch Entscheide über Gesuche des Massnahmeinsassen um Aufhebung der Massnahme mit direkter Entlassung oder um bedingte Entlassung. Zu den diversen prozessualen Nachteilen, welche die verwaltungsrechtliche Schiene für die inhaftierte Person im Vergleich zum Vollzugsgerichtsmodell hat,⁴³ gehört die systembedingt längere Dauer des Haftprüfungsverfahrens ab Einreichung des Haftentlassungsgesuchs bei der Verwaltungsbehörde bis zu einem ersten gerichtlichen Entscheid.⁴⁴ Das provoziert zugleich Konflikte mit dem konventionsrechtlichen Anspruch auf eine *gerichtliche* Haftprüfung binnen «kurzer Frist» (Art. 5 Ziff. 4 EMRK).

IV. Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR (Art. 5 Ziff. 4 EMRK)

Nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK hat jede inhaftierte Person das Recht, zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht

37 Vgl. für den Kanton Genf: Art. 3 Abs. 2 Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009 (LaCP; rsGE E 4 10, in Kraft seit 26. Januar 2024); für den Kanton Tessin: Art. 10 Legge sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti del 20 aprile 2010 (LEPM; RL 341.100, in Kraft seit 18. April 2025); für den Kanton Waadt: Art. 26, 28 LOI sur l'exécution des condamnations pénales du 4 juillet 2006 (LEP; BVL 340.01, in Kraft seit 1. Januar 2024); für den Kanton Wallis: Art. 10 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 12. Mai 2016 (EGStGB; SGS 311.1, in Kraft seit 1. Januar 2025).

38 Näher dazu *Biro* (Fn. 14), 301; *Biro* (Fn. 2), 228 f.; *Moreillon/Maire* (Fn. 35), 107 ff.; *Roten/Perrin* (Fn. 33), CR CPP, Art. 363 N 51 ff., Art. 439 N 22; *Roten* (Fn. 35), 19 f.

39 BGE 145 IV 167 E. 1.5, 1.6; *Chr. Schwarzenegger*, in: A. Donatsch/V. Lieber/S. Summers/W. Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 363 N 7.

40 Vgl. *Roten* (Fn. 35), 16. Das gilt auch, wenn das StGB vom «anordnenden Gericht» spricht, das auch das Berufungsgericht sein könnte. Auch dann ist – um einen Instanzenverlust zu vermeiden – nach der später in Kraft getretenen Grundregel von Art. 363 Abs. 1 StPO das *erstinstanzliche* Gericht zuständig, wobei es sich dabei auch um das im Vollzugsgerichtsmodell bestehende Spezialgericht handeln kann, vgl. BGE 145 IV 383 E. 1 (betreffend Art. 65 Abs. 1 StGB); *Biro* (Fn. 14), 125 ff. Eine Ausnahme besteht bei einer Revision nach Art. 65 Abs. 2 StGB i. V. m. Art. 410 ff. StPO, dann ist das Berufungsgericht zuständig (Art. 411 Abs. 1 StPO).

41 Vgl. *Biro* (Fn. 14), 281 ff.; *Biro* (Fn. 2), 228 f.; *M. Brunner*, Strassburg pocht auf das Grundrecht auf Haftprüfung, plädoyer 1/2017, 36 ff.; *Y. Weber*, Die Rolle der Verwaltungsrechtspflege im Strafprozess, Wege zum Rechtsschutz im Grenzbereich straf- und verwaltungsgerichtlicher Kompetenzen im Kanton Zürich, in: D. Bopp/A. Kistler/N. Lisik/K. Reber (Hrsg.), Der Prozess, APARIUZ XXIV, Zürich 2023, 305 ff.

42 In aller Regel ist die strafrechtliche Abteilung zuständig, Art. 35a lit. b BGER. Zum Wechsel vom verwaltungsrechtlichen Prozedere zur Strafsache im Bundesgerichtsverfahren: *Biro* (Fn. 14), 265; *B. F. Brägger*, Vollzugslockerungen und Beurlaubungen bei sog. gemeingefährlichen Straftätern, SZK 1/2014, 62.

43 Vgl. dazu *St. Bernhard/R. Studer*, Nachverfahren im Rechtsstaat, in: M. Heer/E. Habermeyer/St. Bernhard (Hrsg.), Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, FJP – Forum Justiz & Psychiatrie, Band 3, Bern 2018, 91 ff.; *Biro* (Fn. 14), 191 ff.; *Biro* (Fn. 2), 221 ff.; *Brunner* (Fn. 41), 36 ff.; *Coninx* (Fn. 4), 461 ff.; *Heer* (Fn. 5), 594 ff.; *M. Heer*, Nachverfahren bei strafrechtlichen Massnahmen, in: M. Heer/E. Habermeyer/St. Bernhard (Hrsg.), Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, FJP – Forum Justiz & Psychiatrie, Band 3, Bern 2018, 47 ff.; *A. Joset*, Kritische Bemerkungen zu den Entscheidungsgrundlagen im Nachverfahren, in: M. Heer/E. Habermeyer/S. Bernhard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, FJP – Forum Justiz & Psychiatrie, Band 1, Bern 2016, 131 ff.

44 *Roten* (Fn. 35), 20 ff.

rechtmässig ist.⁴⁵ In einigen Fällen gilt das Überprüfungsrecht zwar bereits mit der Inhaftierungsentscheidung als erfüllt, wenn bereits die Anordnung der Freiheitsentziehung durch ein Gericht erfolgt ist.⁴⁶ Namentlich bei zeitlich nicht limitierten Freiheitsentzügen, deren Dauer von der persönlichen Entwicklung des Verurteilten abhängt, erneuert sich das Kontrollrecht jedoch, wenn sich die der Haftanordnung zugrunde liegenden Umstände geändert haben könnten bzw. in Zeitintervallen, in denen erfahrungsgemäss mit Änderungen zu rechnen ist.⁴⁷ Die Kontrolle ist dann darauf gerichtet, ob neue Umstände die Rechtmässigkeit einer Haftfortsetzung infrage stellen.⁴⁸ Bei stationären therapeutischen Massnahmen

45 Das verfassungsrechtliche Pendant ist Art. 31 Abs. 4 BV, der aber vom Wortlaut her nur gilt, sofern der Person die Freiheit «nicht von einem Gericht entzogen wird». Die Bestimmung wird aber im Wege der Auslegung dem Konventionsrecht angenähert und entsprechend auf gewisse gerichtlich angeordnete Freiheitsentzüge erstreckt, vgl. schon BGE 126 I 172 E. 3b ff. (Haftentlassungsgesuch aus dem gerichtlich bewilligten vorzeitigen Massnahmenvollzug; heute Art. 236 StPO); F. Schürmann, in: B. Waldmann/E.M. Belsler/A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 31 N 1 f.; H. Vest, in: B. Ehrenzeller/P. Egli/P. Hettich/P. Hongler/B. Schindler/S.G. Schmid/R. Schweizer/ (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung I, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 31 N 42, 44; G. Biaggini, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 31 N 1, Vgl. zur Gegenüberstellung von Art. 31 Abs. 4 BV und Art. 5 Ziff. 4 EMRK BGE 1C_103/2024 E. 3.2 (zur Publikation vorgesehen) im Hinblick auf einen nicht richterlich angeordneten Freiheitsentzug (Polizeigewahrsam) und die streitige Zulässigkeit einer Haftbeschwerde nach Entlassung: «Die Bestimmung ist nach der Rechtsprechung im Unterschied zu Art. 5 Ziff. 4 EMRK so zu verstehen, dass das Gericht direkt soll angerufen werden können, nicht bloss auf indirektem Weg nach Durchlaufen von weiteren Administrativinstanzen.» Dieser Unterschied verflüchtigt sich aber im Ergebnis, sofern bei Vorschaltung von (mehreren) Administrativinstanzen das zeitliche Element von Art. 5 Ziff. 4 EMRK verletzt wird.

46 EGMR, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Updated on 28 February 2025, Ziff. 249; F. Meyer, in: J. Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band X: Art. 1–8 EMRK, 5. Aufl., Köln 2017, Art. 5 EMRK N 252. Kritisch zum Inkorporationsansatz des EGMR St. Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005, 468 ff. mit der Verdeutlichung, dass dieser seit seiner Erfindung dann auch zunehmend relativiert werden musste.

47 EGMR, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, 28 February 2025, Ziff. 250, 261, 263, 269; EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) §§ 48 ff.; EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §§ 39 ff.; EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 158 ff.; J. A. Frowein/W. Peukert, EMRK-Kommentar, 4. Aufl., Kehl am Rhein 2025, Art. 5 N 129 ff.; Meyer (Fn. 46), SK StPO, Art. 5 EMRK N 252, 258; Trechsel (Fn. 46), 570 ff. Unzutreffend BGE 147 I 259 E. 1.3.3, in dem ausschliesslich der Inkorporationsansatz zitiert wird und die vom EGMR seit Langem anerkannten Ausnahmen davon ausgeblendet sind, obwohl sie für den konkreten Fall einschlägig waren.

48 EGMR, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, 28 February 2025, Ziff. 250, 261, 263, 269; EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) §§ 48 ff.; EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §§ 39 ff.; EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 158 ff.; B. Eberling, in: U. Karpenstein/F. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl., Basel 2022, Art. 5 N 100; Frowein/Peukert (Fn. 47), EMRK-Kommentar, Art. 5 N 129 ff.; Meyer (Fn. 46), SK StPO, Art. 5 EMRK N 252.

und der Verwahrung fallen mindestens diejenigen Vollzugsentscheide, mit denen über die Beendigung des Freiheitsentzugs bestimmt wird, mithin Entscheide über die Aufhebung der Massnahme und über die bedingte Entlassung, in den Geltungsbereich der Konventionsgarantie.⁴⁹

Die Vorgabe, dass die Entscheidung des *Gerichts* über die Rechtmässigkeit der (weiteren) Inhaftierung binnen «kurzer Frist» («speedily»/«à bref délai») fallen muss, geht über das allgemeine Beschwerderecht (Art. 13 EMRK) hinaus. Dieser Teilgehalt des Konventionsrechts will absichern, dass sich der Vollzug einer rechtswidrigen Freiheitsentziehung nicht durch ein vermeidbar langes Haftprüfungsverfahren verlängert. Die Mitgliedsstaaten haben deshalb eine Gewährleistungspflicht, das Verfahren so zu gestalten, dass es so rasch wie möglich abgewickelt werden kann.⁵⁰ Ist nach nationalem Recht zunächst ein administratives Vorverfahren zu durchlaufen, soll dies die inhaftierte Person nicht benachteiligen. Aus diesem Grund läuft die Frist bereits ab dem Zeitpunkt, in dem die zuständige Verwaltungsinstanz mit dem Überprüfungsantrag befasst wird – und nicht erst ab Eingang des Gesuchs beim Gericht.⁵¹ Der EGMR lehnt es jedoch ab, zu der Frage, was noch als «kurze» Frist gelten kann, aus der EMRK bestimmte zeitliche Vorgaben in abstrakt-genereller Form abzuleiten. Abzustellen ist stets auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles,⁵² wobei aber im nationalen Recht für ein Gesuchsverfahren statuierte Entscheidungsfristen nicht überschritten werden dürfen.⁵³ Grundsätzlich

49 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) §§ 48 ff.; EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §§ 39 ff.; EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 158 ff.; *Biro* (Fn. 14), 288; *Brunner* (Fn. 41), 36 ff. Im Schrifttum wird teilweise vertreten, dass die gerichtliche Haftprüfung nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK auch Vorentscheide über die Verweigerung von Vollzugslockerungen in der Haft abdecken müsse, weil diese für die bedingte Entlassung präjudizierend sind, so *Biro* (Fn. 14), 289 f.; enger M. Reimann, Die Rechtsprechung des EGMR i. S. Derungs und i. S. Fuchser und deren Auswirkungen auf den Straf- und Massnahmenvollzug im Kanton Basel-Stadt, BJM 2019, 178 (nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK nicht zwingend, aber direkter Zugang zum Gericht wäre bei allen schwerwiegenden Eingriffen der Vollzugsbehörde sinnvoll); zur präjudizierenden Wirkung der Verweigerung von Vollzugslockerungen auch *Brunner* (Fn. 41), 37.

50 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 45; EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 161; EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) § 43; S. Harrendorf/S. König/L. Voigt, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention EMRK, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 5 N 102.

51 So bereits im Jahr 1986 EGMR *Sanchez-Reisse v. Schweiz* (9862/82) § 54; vgl. zudem die nachfolgend erläuterten Verfahren in Sachen *Fuchser v. Schweiz* (55894/00), *Derungs v. Schweiz* (52089/09) und *I. L. v. Schweiz* (36609/16); Meyer (Fn. 46), SK StPO, Art. 5 EMRK N 267.

52 BGE 117 Ia 372 E. 3a; BGE 6B_424/2011 E. 1.3; BGE 6B_1070/2017 E. 4.2; BGE 6B_280/2021 E. 4.2; EGMR *Delbec v. Frankreich* (43125/98) § 33; EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 45.

53 EGMR *Lauruc v. Rumänien* (34236/03) §§ 92 ff.; Meyer (Fn. 46), SK StPO, Art. 5 EMRK N 268. Anders liegt es bei einer Überschreitung gesetzlicher Fristen für eine automatische Haftprüfung von Amtes wegen, vgl. EGMR, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, 28 February 2025, Ziff. 258 mit Hinweis auf EGMR *Aboya Boa Jean v. Malta* (62676/16) § 80 (Abschiebungshaft; im Officialverfahren war der Gerichtsentscheid nach

in Rechnung zu stellende Faktoren sind die Sorgfalt der Behörden, dem Betroffenen zurechenbare Verzögerungen, die Komplexität der Sache (einschliesslich der «Krankenakte») sowie nach der Inhaftierung neu auftretende Umstände.⁵⁴ Erscheint danach die Dauer *prima facie* als zu lang, sollen auch die vom Staat für die Verzögerung genannten Gründe eine Rolle spielen, doch können in dieser Situation letztlich nur *aussergewöhnliche* Umstände rechtfertigend wirken.⁵⁵

Den gegen die Schweiz ergangenen Verurteilungen zur Ausgestaltung der Haftprüfungsverfahren im Massnahmenrecht ist gemein, dass der EGMR die Verfahrensdauer durchwegs als *prima facie* zu lang eingestuft hat, unter Einbezug der für die Beurteilung des Einzelfalls relevanten Kriterien. Der indizierte Konventionsverstoss hätte daher, wenn überhaupt, nur noch beim Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände abgewendet werden können – sie waren aber nirgends ersichtlich.

1. EGMR-Urteil Fuchser v. Schweiz (13. Juli 2006)

Ausgelöst wurde die Diskussion über einen Anpassungsbedarf der Haftprüfungsverfahren im Massnahmenrecht durch das Urteil des EGMR *Fuchser v. Schweiz*,⁵⁶ dessen Prozessgeschichte sich in den 90er-Jahren im Kanton Zürich zutrug. Nach damaliger Rechtslage war der gerichtlichen Entscheidung über ein Haftentlassungsgesuch ein *einstufiges* verwaltungsinternes Verfahren vorgelagert. Als erste Instanz entschied das Amt für Justizvollzug in einem Verwaltungsverfahren mit anfechtbarer Verfügung, dagegen war der verwaltungsrechtliche Rekurs an das erstinstanzliche Strafgericht zu erheben, das ein strafprozessuales Nachverfahren durchführte.⁵⁷

Andreas Fuchser wurde am 28. November 1988 vom Bezirksgericht Zürich zu einer achtmonatigen Freiheitsstrafe wegen Diebstahls verurteilt, die das Gericht zugunsten einer stationären Massnahme an «geistig Abnormen» aufschob (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB; Vorläufer von Art. 59 StGB).⁵⁸ Aus dem Vollzug der Massnahme ersuchte er beim Amt für Justizvollzug am 24. Juni 1997 um Aufhebung der Massnahme und Haftentlassung. Er machte den Wegfall einer relevanten Rück-

fallgefahr und die Unverhältnismässigkeit der Haftfortdauer geltend; die Freiheitsentziehung betrug inzwischen das Siebenfache der verhängten Freiheitsstrafe.⁵⁹ Das Amt für Justizvollzug beschloss, noch ein Ergänzungsgutachten einzuholen. Bei der Suche nach einem Gutachter und der Auftragsvergabe kam es zu Verzögerungen von zweimal zwei Wochen, die von der Behörde zu vertreten waren. Den Antrag auf Haftentlassung wies die Amtsstelle ab, weil das Gutachten noch ausstand (11. September 1997), wogegen Fuchser den Rechtsmittelweg zum Bezirksgericht Zürich beschritt. Das Bezirksgericht wartete den Eingang des Gutachtens ab und entschied am 30. Oktober 1997, Fuchser zu entlassen. Es verneinte zur Dauer des Haftprüfungsverfahrens aber eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK, ebenso sah es das Bundesgericht (Urteil vom 1. September 1999).⁶⁰

Das Blatt wendete sich vor dem EGMR, der eine Verletzung des zeitlichen Elements von Art. 5 Ziff. 4 EMRK annahm.⁶¹ Der Gerichtshof berücksichtige, dass ein Ergänzungsgutachten eingeholt wurde und die Beurteilung des psychischen Zustands einer inhaftierten Person eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt,⁶² dass aber in anderen, als einschlägig erachteten Entscheiden für Verfahrensdauern von über vier Monaten bereits mehrmals eine Überschreitung der «kurzen Frist» festgestellt wurde; in einem Fall seien auch knapp drei Monate *a priori* als zu lang eingestuft worden.⁶³ Vor diesem Hintergrund konstatierte der EGMR kurz und bündig, auch die hier angelaufene Dauer von 4 Monaten und 6 Tagen, gerechnet vom Haftentlassungsgesuch bis zum ersten gerichtlichen Entscheid, sei *prima facie* unvereinbar mit dem Erfordernis der «Kürze» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK.⁶⁴ Aussergewöhnliche Umstände, die geeignet sein könnten, «à justifier un retard pour statuer sur la demande de libération du requérant»⁶⁵, seien nicht vorhanden, im Gegenteil. Das phasenweise Zuwarten der Vollzugsbehörde bei der Einholung des Ergänzungsgutachtens wurde als Anzeichen dafür gesehen, dass die Behörde nicht die «besondere Sorgfalt» hatte walten lassen, die in Haftsachen erwartet wird.⁶⁶

25 Tagen statt wie gesetzlich vorgesehen nach 20 Tagen ergangen): «a breach of time-limits for automatic reviews established in law does not necessarily amount to a violation of Article 5 § 4, if the proceedings by which the lawfulness of an applicant's detention were examined were nonetheless decided speedily [by a court].»

54 Vgl. EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 45.

55 Meyer (Fn. 46), SK StPO, Art. 5 EMRK N 268.

56 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §53; dazu Brunner (Fn. 41), 36, der in diesem Verfahren der Rechtsvertreter gewesen ist.

57 Brunner (Fn. 41), 36.

58 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §§ 7 ff.

59 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) § 12.

60 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §§ 18 ff.

61 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §§ 28 ff. (gerügt wurde der Zeitraum ab dem Antrag auf Entlassung aus der psychiatrischen Einrichtung bis zur Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts; ausser vor blieb der Umstand, dass ab dem Urteil nochmals zwei Wochen bis zur tatsächlichen Haftentlassung vergingen).

62 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §§ 43 ff.

63 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) § 45.

64 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) § 47.

65 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) § 47.

66 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) §§ 48 ff.

2. EGMR-Urteil *Derungs v. Schweiz* (10. Mai 2016)

Das Urteil *Derungs v. Schweiz* betraf ein Haftentlassungsgesuch aus dem Vollzug einer Verwahrung auf der Grundlage einer Verurteilung aus dem Jahr 2004, das sich mit einer von Amtes wegen stattfindenden Verwahrungsüberprüfung kreuzte.⁶⁷ Schauplatz war wiederum der Kanton Zürich, der mit seinen Ausführungsreglementen zur grossen Reform des StGB-AT im Jahr 2006 das Verfahren bei Haftentlassungsgesuchen nicht etwa gestrafft, sondern noch verlängert hatte: Erst in dritter Instanz entscheidet seither ein Gericht, nach einem *zweistufigen* verwaltungsinternen Vorverfahren.⁶⁸

Das Obergericht Zürich hatte Rudolf Derungs im Jahr 2004 wegen Fahrens in fahrunfähigem Zustand zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Monaten verurteilt und die Verwahrung angeordnet (Vorabvollzug nach altem Recht). Die Tat und die Rückfallgefahr standen in Zusammenhang mit einer Alkoholabhängigkeit des Verurteilten, es gab mehrfache Vorstrafen und gescheiterte therapeutische Massnahmen. Anlässlich der Überprüfung der altrechtlichen Verwahrung und ihrer Weiterführung unter dem revidierten Massnahmenrecht versuchte die Verteidigung bereits vergeblich, gestützt auf Art. 5 Ziff. 4 EMRK eine direkte Zuständigkeit des Obergerichts für ein eingereichtes Haftentlassungsgesuch zu begründen.⁶⁹ Im Rahmen der von Amtes wegen vorzunehmenden Prüfung der Entlassung aus der Verwahrung (Art. 64b Abs. 1 lit. a StGB) wurde Derungs am 21. August 2008 in Begleitung seines Anwalts angehört; gleichentags stellte er selbst ein Haftentlassungsgesuch. Beantragt wurden die Aufhebung der Verwahrung (Wegfall der Rückfallgefahr und der Verhältnismässigkeit) und direkte Entlassung, eventualiter eine bedingte Entlassung sowie die Gewährung von Vollzugslockerungen in der Haft. In dem zuvor von Amtes wegen eingeleiteten Verwaltungsverfahren lehnte

das Amt für Justizvollzug die bedingte Entlassung aus der Verwahrung ab (Verfügung vom 7. Oktober 2008), sodann wies es im Parallelverfahren zum Haftentlassungsgesuch ebenfalls alle Begehren ab (Verfügung vom 5. Dezember 2008).⁷⁰ Derungs nahm gegen jeden der Entscheide den vorgesehenen Rechtsmittelweg: Zunächst den Rekurs zur übergeordneten Justizdirektion, dann die Beschwerde zum Verwaltungsgericht. Die Justizdirektion löste das Nebeneinander der Rechtsmittel und ihre materielle Verwobenheit in der Weise, dass sie die Frage der Haftentlassung nur in dem von Amtes wegen eingeleiteten Verfahren behandelte und das von Derungs initiierte Verfahren auf das Thema der Vollzugslockerungen in der Haft verengte. Das Verwaltungsgericht vereinigte die Verfahren und wies die Beschwerden mit Urteil vom 15. Juli 2009 ab.⁷¹ Das Bundesgericht meinte zur Rüge einer Überlänge des Haftprüfungsverfahrens (Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK), die Verfahrensdauer von elf Monaten bis zum Urteil des Verwaltungsgerichts sei «zwar lang, aber nicht unvertretbar» gewesen,⁷² zumal es bei dem als überlang gerügten Verfahren auch gar nicht um ein Haftentlassungsgesuch i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK gegangen sei, sondern um ein Verfahren *von Amtes wegen*. Im Verfahren zum Gesuch vom 21. August 2008 seien nur noch die Vollzugslockerungen während der Haft zu beurteilen gewesen.⁷³

Der EGMR teilte die Rechtsansichten des Bundesgerichts zur Tragweite von Art. 5 Ziff. 4 EMRK in keiner Weise. Der Schweiz wurde zunächst die Relevanz des Falls Fuchser vorgehalten, der im Urteil eigens dargelegt wurde. Die nun zu bewertende Verfahrensdauer von fast elf Monaten vom Haftentlassungsgesuch bis zum ersten Gerichtsentscheid – «mehr als doppelt so lang wie im Fall Fuchser» – sei mit dem Erfordernis einer gerichtlichen Haftprüfung innert «kurzer Frist» *prima facie* nicht vereinbar.⁷⁴ Der Gerichtshof liess sich auch nicht auf eine Debatte dazu ein, ob die Anforderungen an ein von Amtes wegen eingeleitetes Verfahren zur jährlichen Überprüfung der Haft weniger streng wären als bei einem Haftentlassungsgesuch, wie die Schweizer Regierung geltend machte.⁷⁵ Fakt sei, dass es sich

67 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 56; Vorentscheide des Bundesgerichts in Sachen Derungs: BGer 6S.196/2004 (Prüfung der Anordnung der Verwahrung); BGer 6B_33/2009 (Weiterführung der altrechtlichen Verwahrung; kein Anspruch auf direkte Anrufung des Gerichts bei einem Haftentlassungsgesuch gestützt auf Art. 5 Ziff. 4 EMRK); BGer 6B_796/2009 (zulässige Verweigerung der bedingten Entlassung; Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK verneint); BGer 6B_232/2011 (rechtswidrige Verweigerung der bedingten Entlassung; Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK verneint). Dazu auch Brunner (Fn. 41), 36, der auch in diesem Verfahren durchgehend der Rechtsvertreter gewesen ist.

68 Die für den Justizvollzug zuständige Direktion des Regierungsrates hat den Vollzug von Freiheitsstrafen und Massnahmen an das Amt für Justizvollzug (JUV) delegiert (§ 14 Abs. 2 Straf- und Justizvollzugsgesetz [des Kantons Zürich] vom 19. Juni 2006 [StJVg; LS 331]; § 5 lit. a Justizvollzugsverordnung [des Kantons Zürich] vom 6. Dezember 2006 [JVv; LS 331.1]). Dessen Anordnungen können mit Rekurs an die Direktion der Justiz und des Innern (DJI) und hernach mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (§ 29 Abs. 1 StJVg/ZH i. V. m. § 19b Abs. 1 und Abs. 2 lit. b Ziff. 1 und § 41 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [des Kantons Zürich] vom 24. Mai 1959 [VRG; LS 175.2]).

69 Vgl. BGer 6B_33/2009 E. 3.

70 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 16; vgl. zur Prozessgeschichte in Sachen Derungs die Zusammenfassung in BGer 6B_232/2011: Ablehnung der bedingten Entlassung im Rahmen der jährlichen Prüfung von Amtes durch die Vollzugsbehörde mit Verfügung vom 7. Oktober 2008, auf Rekurs hin dann durch die Justizdirektion am 22. Januar 2009; Ablehnung der Gesuche um Aufhebung der Verwahrung/bedingte Entlassung/Vollzugslockerungen durch die Vollzugsbehörde am 5. Dezember 2008, auf Rekurs hin dann durch die Justizdirektion am 5. März 2009; Vereinigung der Rekursverfahren durch das Verwaltungsgericht, das sein Urteil am 15. Juli 2009 fällte.

71 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 18 ff.

72 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 21; BGer 6B_796/2009 E. 3.4.

73 BGer 6B_796/2009 E. 3.4 (Übernahme der Argumentation der Vorinstanz).

74 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 54; vgl. Brunner (Fn. 41), 36.

75 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) §§ 41, 50 zum Vorbringen der Schweizer Regierung, die sich dabei die Argumentation des Bundesgerichts zu eigen machte.

nicht nur um die jährliche Prüfung von Amtes wegen gehandelt habe, sondern auch um einen «formellen Antrag auf Entlassung», der anlässlich der im Officialverfahren erfolgten Anhörung gleichentags gestellt worden sei.⁷⁶ «Aussergewöhnliche Umstände», die den indizierten Konventionsverstoss noch hätten abwenden können, gab es nicht. Hauptursache der Überlänge sei die im kantonalen Recht vorgesehene Pflicht zur Ausschöpfung einer verwaltungsinternen Beschwerde gewesen, bevor überhaupt ein Gerichtsentscheid ergehen konnte. Die Komplexität dieser «internen Prozedur» könne aber nicht als legitimer Grund für eine Überschreitung der «kurzen Frist» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK herangezogen werden, denn: Die Vertragsstaaten sind verpflichtet «à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition, notamment quant au délai raisonnable.»⁷⁷

3. EGMR-Urteil I. L. v. Schweiz (20. Februar 2024)

Im Verfahren I. L. betraf die Rüge einer Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK ein Haftentlassungsgesuch aus dem Vollzug einer stationären Massnahme im Kanton Bern, zu einem Verfahrensmodell mit einem zweistufigen verwaltungsinternen Vorverfahren. Im Vordergrund standen indes Rügen wegen rechtswidriger Haftbedingungen angesichts langjähriger Isolationshaft (Art. 3 EMRK) und wegen der rechtswidrigen Verkehrung der therapeutischen Massnahme in einen weit schuldüberschreitenden faktischen «Strafvollzug» ohne Behandlung (Art. 5 Ziff. 1 EMRK i. V. m. Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK).⁷⁸

Das Obergericht Bern hatte I. L. wegen einfacher Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand, Tätlichkeit, Sachbeschädigung und falscher Anschuldigung zu einer 14-monatigen Freiheitsstrafe verurteilt und eine stationäre

⁷⁶ EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 50.

⁷⁷ EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 52: «La Cour constate que la partie la plus importante du retard à statuer a été causée par l'exigence, dans le canton de Zurich, d'épuiser une voie de recours hiérarchique ne présentant pas en soi les garanties propres à celles d'un tribunal au sens de la Convention. Or, la complexité de la procédure interne ne saurait servir de motif apte à justifier un retard dans la procédure, étant donné que la Convention oblige les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition, notamment quant au délai raisonnable.»

⁷⁸ EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16); Entscheidung im Haftprüfungsverfahren: OGer BE SK 2015 114 = CAN 2016 Nr. 17 (Abweisung des Haftentlassungsgesuchs und Verneinung einer Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK); BGer 6B_1001/2015 + 6B_1147/2015 (Nichtaufhebung der Massnahme; keine Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK); BGer 6B_408/2016 + 6B_409/2016 (Rechtsverzögerungsbeschwerde betreffend ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels gegen die Zwangsmedikation); BGer 6B_262/2017 (Verletzung der Aktenführungspflicht; Rüge der Führung von «Watch-Listen» durch die Vollzugsbehörden).

therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB angeordnet (24. Juni 2011). Der Verurteilte war kriminell vorbelastet wegen verschiedener «Gewalttätigkeiten», eine ambulante Massnahme war bereits gescheitert.⁷⁹ Die Vollzugsbehörde verfügte im November 2011 zum Vorabvollzug der Massnahme die Einweisung in die Strafanstalt Thorberg, die damals noch über eine Therapieabteilung verfügte (Art. 59 Abs. 3 StGB). Die anfängliche Behandlung wurde jedoch nach einigen Monaten abgebrochen, I. L. in die Hochsicherheitsabteilung verlegt und in Einzelhaft versetzt, nachdem es zu aggressivem Verhalten gegenüber Mitarbeitern und Mitgefangenen gekommen war.⁸⁰ Im September 2012 teilte die Strafanstalt der Vollzugsbehörde mit, Thorberg sei definitiv kein geeigneter Ort für den Vollzug der Massnahme an I. L., dessen Zustand sich auch zunehmend verschlechterte, und sie empfahl, ihn so schnell wie möglich in eine adäquate Institution zu verlegen. Eine daraufhin angeordnete neuerliche Begutachtung von I. L. ergab, dass neben der früher diagnostizierten Persönlichkeitsstörung auch eine schizotype Störung bestehe, doch war es der Vollzugsbehörde aufgrund von Kapazitätsengpässen nicht möglich, zeitnah eine Unterbringung in einer geeigneten Einrichtung zu organisieren. Im Mai 2014 erklärte sich die Klinik Rheinau zur Aufnahme von I. L. bereit, wies aber darauf hin, dass mit mehreren Monaten Wartezeit zu rechnen sei. Da I. L. auch ein halbes Jahr später immer noch im Strafvollzug und ohne therapeutische Behandlung festgehalten wurde, reichte er am 17. September 2014, vertreten durch seinen Anwalt, ein Haftentlassungsgesuch ein. Er machte geltend, die Massnahme sei wegen Nichtverfügbarkeit einer geeigneten Einrichtung (Art. 62c Abs. 1 lit. c StGB) und des Wegfalls der Verhältnismässigkeit der Massnahme (Art. 56 Abs. 2 StGB) aufzuheben, und er sei unverzüglich zu entlassen; der Freiheitsentzug war bald doppelt so lang wie die verhängte Freiheitsstrafe.⁸¹ Das Amt für Justizvollzug wies mit Verfügung vom 4. November 2014 alle Begehren ab. I. L. gelangte nach Ausschöpfung des verwaltungsinternen Rechtsmittels in dritter Instanz an das Obergericht Bern. Das Obergericht lehnte mit Urteil vom 6. Oktober 2015⁸² die sofortige Aufhebung der Massnahme ebenfalls ab: Es sei zu erwarten, dass angesichts der mittlerweile verstrichenen Wartezeit nun demnächst, bis spätestens 29. Februar 2016, ein Platz in der Klinik Rheinau verfügbar sein werde; sofern bis dahin kein Übertritt in eine

⁷⁹ Vgl. dazu den Sachverhalt in BGer 6B_1001/2015 (Vorstrafe von 7½ Monaten wegen mehrfacher Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, einfacher Körperverletzung, mehrfacher Tätlichkeiten, Sachbeschädigungen etc. und nachfolgend Probezeitdelikte, die wiederum «Gewalttätigkeiten» betrafen).

⁸⁰ EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 19 ff.

⁸¹ Vgl. EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 156 ff.; BGer 6B_1001/2015 + 6B_1147/2015 zur Prozessgeschichte.

⁸² Vgl. EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 157 ff. (ab Eingang der Beschwerdeschrift vergingen nach mehreren Schriftenwechseln nochmals 5½ Monate bis zum Urteilsspruch); BGer 6B_1001/2015 + 6B_1147/2015 C. zur Prozessgeschichte.

geeignete Einrichtung erfolge, sei die Massnahme aufzuheben.⁸³ Zur gerügten Dauer des Haftprüfungsverfahrens war das Gericht der Meinung, dass diese keine Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK begründe. Der Entscheid hielt auch vor dem Bundesgericht stand.⁸⁴ Tatsächlich zog sich die Wartezeit zum Übertritt in die Klinik Rheinau bis Mai 2016 hin. In der Zwischenzeit war I. L. weiterhin in Strafanstalten in Einzelhaft sowie einige Wochen – kurz bevor die vom Obergericht gesetzte Frist ablief – notfallmässig in einer anderen Klinik untergebracht, wo eine Zwangsmedikation erfolgte. In der Klinik Rheinau lebte sich I. L. dann reibungslos ein, die Behandlung verlief positiv.⁸⁵ Nach einer einmaligen Verlängerung der Massnahme wurde er im Juni 2019 bedingt entlassen.⁸⁶

Der EGMR stuft den Freiheitsentzug und das Haftprüfungsverfahren als durchwegs konventionswidrig ein. Das Haftsetting, das sich zudem durch schwerwiegende Mängel in der medizinischen Versorgung und ein am Krankheitszustand vorbeigehenden repressiven Gefängnisregime ausgezeichnet habe, wurde als unmenschliche und erniedrigende Behandlung bewertet (Art. 3 EMRK)⁸⁷ und für die Haftphase, in der effektiv keine therapeutische Behandlung stattfand (27. Juli 2012 bis 25. Februar 2016), die Rechtswidrigkeit des Freiheitsentzugs festgestellt (Art. 5 Ziff. 1 i. V. m. Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK).⁸⁸ Auf die zusätzliche Rüge einer Überlänge des Haftprüfungsverfahrens hin (Art. 5 Ziff. 4 EMRK) untersuchte der EGMR zunächst die strafrechtlichen Regeln zu Kontrollpflichten, die eine periodische Prüfung der Aufhebung der Massnahme und der bedingten Entlassung von Amtes wegen versprechen. Der EGMR konstatierte, dass der gesetzliche Mechanismus keine automatische und regelmässige gerichtliche Überprüfung der Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs beinhalte. Eine gerichtliche Prüfung von Amtes wegen sei erst nach fünf Jahren Regeldauer vorgesehen (Art. 59 Abs. 4 StGB). Und bei der Prüfung der bedingten Entlassung oder Aufhebung der Massnahme von Amtes wegen (Art. 62d StGB) sei die «zuständige Behörde» nach kantonalem Recht eine Verwal-

83 Vgl. EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 157 ff.; BGer 6B_1001/2015 + 6B_1147/2015 E. 8.3; OGer BE SK 2015 114 E. 3.

84 BGer 6B_1001/2015 + 6B_1147/2015.

85 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 70 ff.

86 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 76.

87 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 93 ff., 109.

88 Vgl. zur etwas undurchsichtigen Rechtsprechung des EGMR, wenn die Haftgründe von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK (Freiheitsentzug nach Verurteilung) und von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK (Freiheitsentzug gegenüber Personen, die als psychisch gestört eingestuft worden sind) zusammenreffen und in solchen Konstellationen die «Rechtmässigkeit» der (weiteren) Inhaftierung nach Art. 5 Ziff. 1 EMRK zu prüfen ist: EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 134 ff., 147 ff., 155, 162 mit der Lösung, dann auch bei einem gerichtlich angeordneten Freiheitsentzug die Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK zur Inhaftierung von als psychisch gestört eingestuften Personen in einer «geeigneten Einrichtung» als Massstab des allgemeinen Erfordernisses der «Rechtmässigkeit» der Haft i. S. v. Art. 5 Ziff. 1 EMRK heranzuziehen.

tungsbehörde gewesen. Es gebe keine Hinweise darauf, dass diese Verwaltungsbehörde verpflichtet gewesen wäre, die Gerichte anzurufen, um den möglichen Entscheid einer Verweigerung der Haftentlassung von diesen kontrollieren zu lassen.⁸⁹ Der Beschwerdeführer habe daher das Recht gehabt, in «angemessenen Abständen» selbst eine gerichtliche Haftprüfung i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK zu beantragen.⁹⁰ Bei der anschliessenden Beurteilung der Dauer des Haftprüfungsverfahrens war der Konventionsverstoss für den Gerichtshof offensichtlich: Die Zeitspanne von einem Jahr und 19 Tagen ab der Gesuchstellung bis zur ersten Entscheidung eines Gerichts sei gar noch länger als im Verfahren Derungs gewesen und mit dem Erfordernis eines Gerichtsentscheids binnen «kurzer Frist» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK *prima facie* unvereinbar.⁹¹ «Aussergewöhnliche Umstände», welche die Verfahrensverzögerung ausnahmsweise rechtfertigen könnten, seien ebenfalls inexistent.⁹² Die Hauptursache sei – wie im Verfahren Derungs – die im kantonalen Recht statuierte Pflicht zur Ausschöpfung eines verwaltungsinternen Instanzenzugs gewesen, die Komplexität dieser internen Prozedur aber nicht geeignet, eine Überschreitung der zeitlichen Vorgaben von Art. 5 Ziff. 4 EMRK zu rechtfertigen.⁹³

Unter dem Strich ist zum Verfahren I. L. festzuhalten: Bei einer hypothetisch konventionskonformen Ausgestaltung des Haftprüfungsverfahrens und konventionskonformer Beurteilung der Frage der Rechtmässigkeit des (weiteren) Freiheitsentzugs hätte sich die Dauer der Internierung wohl drastisch verkürzt. Bei korrekter Anwendung der konventionsrechtlichen Limiten, die für die Dauer einer übergangsweisen Fehlplatzierung während der Suche nach einer geeigneten Einrichtung gelten, wäre die Vollzugsbehörde verpflichtet gewesen, von Amtes wegen die Aufhebung der Massnahme anzuordnen. Der bei den strafrechtlichen Aufhebungsgründen (Art. 62c Abs. 1 lit. c StGB, Art. 56 Abs. 6 StGB) grundsätzlich bestehende Beurteilungsspielraum der rechtsanwendenden Behörden hätte sich bei konventionskonformer Handhabung wohl spätestens bis Ende des Jahres 2013 auf null reduziert. Denn «das Fehlen einer angemessenen Pflege wurde umso eklatanter», nachdem ein neues Gutachten im September 2013 im Lichte der korrigierten psychiatrischen Diagnose eine Durchführung der Massnahme «in einer spezialisierten Einrichtung wie der Station Étoine oder der Klinik Rheinau befürwortete».⁹⁴ Das im September 2014 auf das Haftentlassungsgesuch hin eingeleitete Verfahren hätte zudem deutlich schneller als geschehen zu einer gerichtlichen Beurteilung

89 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 163 f.

90 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 165.

91 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 167 ff. Eine besondere Komplexität der Materie oder ein Verschulden des Betroffenen wurde von der Regierung schon gar nicht geltend gemacht (§§ 168 f.).

92 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 170.

93 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 169.

94 EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 104.

führen und in die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Freiheitsentzugs münden müssen. Der Aufhebungsgrund der Nichtverfügbarkeit einer geeigneten Einrichtung (Art. 62c Abs. 1 lit. c StGB) wäre bei früherer gerichtlicher Prüfung erfüllt gewesen, weil die Verlegung in die Klinik Rheinau, die als geeignete Einrichtung erschien, angesichts des fortdauernden Platzmangels und der dann noch bestehenden Wartezeit in *abstrakter Ferne* gelegen hätte.⁹⁵ Da zeitnah keine andere geeignete Einrichtung verfügbar, die Dauer der verhängten Freiheitsstrafe längst überschritten und die Umwandlung der stationären Massnahme in eine Verwahrung ebenfalls ausgeschlossen war, wäre eine direkte Entlassung die konventions- und strafrechtlich gebotene Konsequenz gewesen.⁹⁶ Der spätere Vollzug der stationären Massnahme in der Klinik Rheinau, der für sich gesehen die Anforderungen an ein adäquates therapeutisches Setting durchaus erfüllte, hätte gar nicht mehr stattfinden können und dürfen. Vorzugswürdig wäre unter diesen Szenarien aber selbstverständlich eine unverzügliche Verlegung des Betroffenen in eine «geeignete Einrichtung» gewesen, nachdem sich der Umplatzierungsbedarf konkret abgezeichnet hatte.

V. Schönfärbereien der Schweizer Regierung in den Monitoring-Verfahren

Nach den mittlerweile drei Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR zu überlangen Verfahren bei Haftentlassungsgesuchen des Massnahmeinsassen stellt sich die Frage, wie so viele Jahre verstreichen konnten, in denen der verwaltungsinterne Rechtsweg unverändert beibehalten oder – so im Kanton Zürich – gar noch verlängert wurde, ohne dass dies in den Monitoring-Verfahren zur Umsetzung von EGMR-Urteilen aufgefallen ist. Die Antwort lautet, dass das EJPD im Namen der Schweizer Regierung bereits in seiner Berichterstattung zum Verfahren Derungs das Ausmass des Problems heruntergespielt und für die Umsetzung und Wirkungsmacht von Gesetzesanpassungen zu rosige Szenarien skizziert hat. Die Überprüfungsbehörde vertraute auf die Darlegungen, weshalb kritische Nachkontrollen ausgeblieben sind. Ein ähnliches Muster zeichnet sich nun in der Berichterstattung der Schweiz zum Verfahren I. L. ab; das Monitoring-Verfahren ist noch beim Ministerkomitee hängig.

95 Vgl. oben II.2. die Erläuterungen zum Aufhebungsgrund der Nichtverfügbarkeit einer geeigneten Einrichtung gem. Art. 62c Abs. 1 lit. c StGB und die dortigen Nachweise (Fn. 15 f.).

96 Vgl. oben II.2.

I. Das Monitoring-Verfahren zum Urteil Derungs v. Schweiz

Das Ministerkomitee des Europarats überwacht im sog. Monitoring-Verfahren die Umsetzung der EGMR-Urteile, in denen ein systemisches Problem festgestellt wurde (Art. 46 Abs. 1 und 2 EMRK).⁹⁷ Dabei muss der verurteilte Staat einen «Action Report» erarbeiten, in dem er darlegt, welche Massnahmen er ergriffen hat.⁹⁸ In der Berichterstattung zum Derungs-Urteil hat das Bundesamt für Justiz (BJ; heute EJPD) dem Ministerkomitee mitgeteilt, dass das Bundesgericht in zwei Folgeentscheiden die Dauer von Haftprüfungsverfahren im Lichte der Rechtsprechung des EGMR beurteilt habe.⁹⁹ Angesichts der wenigen Schweizer Fälle vor dem EGMR zur «kurzen Frist» nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK gehe die Regierung davon aus, dass es sich um einen Einzelfall gehandelt habe.¹⁰⁰ Weiter wurde angekündigt, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, bestehend aus Vertretern der möglicherweise von einer neuen Regelung betroffenen Zürcher Behörden. Diese werde überprüfen, ob es Anpassungsbedarf bei den gesetzlichen Regelungen im Kanton Zürich gebe und nötigenfalls Gesetzesänderungen initiieren.¹⁰¹ Die ergriffenen Massnahmen, die im Action Report dargelegt wurden, hat das Ministerkomitee als ausreichend taxiert und das Monitoring-Verfahren als abgeschlossen betrachtet.

97 Frowein/Peukert (Fn. 47), EMRK-Kommentar, Art. 46 N 17.

98 K. Brunozi, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention EMRK, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 46 N 44; vgl. zu den Reglementen (Rules and working methods of the Committee of Ministers) <https://www.coe.int/en/web/execution/rules-and-working-methods> (besucht am 15. 5. 2025).

99 Vgl. Council of Europe, Committee of Ministers, Action report DH-DD(2018)593, Communication from Switzerland concerning the case of Derungs v. Switzerland (Application No. 52089/09), Ziff. 3.2, <https://search.coe.int/cm?i=09000016808b28d9> (besucht am 15. 5. 2025). Verwiesen wurde auf BGer 6B_1070/2017 E. 4 betreffend den Kanton AG (Verfahrensdauer von 8 ½ Monaten bis zum ersten Gerichtsentscheid wegen angeblich besonderer Komplexität der Sache als konventionskonform eingestuft; allerdings hat das Bundesgericht die nur schon durch das verwaltungsinterne Prozedere unweigerlich auftretende Mindestdauer mangels entsprechender Rügen gar nicht näher untersucht); BGer 6B_790/2017 betreffend den Kanton ZH (Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK bei einer Verfahrensdauer von 10 Monaten bis zum ersten Gerichtsentscheid bejaht), vgl. zur Praxis des Bundesgerichts unten VI.

100 Council of Europe, Committee of Ministers, Action report DH-DD(2018)593, Communication from Switzerland concerning the case of Derungs v. Switzerland (Application No. 52089/09), Ziff. 3.2.

101 Council of Europe, Committee of Ministers, Action report DH-DD(2018)593, Communication from Switzerland concerning the case of Derungs v. Switzerland (Application No. 52089/09), Ziff. 3.2. Vgl. zu dem in dieser Arbeitsgruppe im Jahr 2017 entwickelten Revisionsvorschlag: Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Inneren (DJI), Straf- und Justizvollzugsgesetz (Rechtsweg bei der Prüfung der Entlassung aus einer stationären therapeutischen Massnahme oder einer Verwahrung), Entwurf mit Erläuterungen vom 11. Dezember 2017, 3.

Tatsächlich sind aber seit dem Urteil *Derungs v. Schweiz* mittlerweile neun Jahre verstrichen, ohne dass der Kanton Zürich zu einer Lösung gekommen ist. Auch die Aktivitäten der im Jahr 2017 eingesetzten Arbeitsgruppe zeichnen sich nicht durch Hartnäckigkeit aus. Die Arbeitsgruppe tagte erstmals am 13. Januar 2017 (ein Monat vor Ende der Berichterstattungsfrist an das Ministerkomitee) und sprach sich für die Abschaffung des Rekursverfahrens aus;¹⁰² das weitere Verfahren versandete nach der Vernehmlassung aber sang- und klanglos. Bis Anfang 2022 wurden keine weiteren Schritte zur Weiterverfolgung des Projektes unternommen. Der Fall *Derungs* kann daher sowohl als Beispiel für eine gewisse Rechtsprechungsanpassung des Bundesgerichts angeführt werden, weil es bei der Beurteilung der noch akzeptablen Verfahrenslänge etwas strenger geworden ist,¹⁰³ als auch als Beispiel für ein fortbestehendes strukturelles Umsetzungsdefizit. Eine Rechtsprechungsanpassung des Bundesgerichts bedeutet in einem föderalistischen System ohnehin nicht zwingend, dass Reichweite und Qualität der heterogenen kantonalen Gesetze den Anforderungen der EMRK allorts genügen, die kantonalen Gerichte die Judikate aus Lausanne konsequent inkorporieren¹⁰⁴ und systembedingt auftretende Rechtsverletzungen abgestellt worden sind.

Als Augenwischerei ist zudem die Strategie der Schweizer Regierung einzu-
stufen, zur Prävalenz des Rechtsproblems auf die «wenigen EGMR-Verurteilungen» zum Beschleunigungsgebot (Art. 5 Ziff. 4 EMRK) zu verweisen und daraus die Erklärung zu gewinnen, der Fall *Derungs* sei «vermutlich ein Einzelfall» gewesen. Die im Kanton Zürich eingesetzte Arbeitsgruppe hatte im Jahr 2017 bilanziert, das Haftprüfungsverfahren bei Entlassungsgesuchen aus freiheitsentziehenden Massnahmen müsse angepasst werden, und erste Vorschläge präsentiert. Dem lag die Einsicht zugrunde, dass eine gerichtliche Entscheidung binnen «kurzer Frist» im Sinne der Rechtsprechung *Fuchser v. Schweiz* bei Vorschaltung zweier nicht richterlicher Instanzen *generell* kaum möglich sei.¹⁰⁵ Das lag allerdings auch schon bei Abfassung des Action Reports anhand simpler Rechenexempel in Verbindung mit basalen Rechtskenntnissen zum Verfahrensgang auf der Hand. Für die Variante

102 Vgl. zum Revisionsvorschlag im Jahr 2017: Kanton ZH, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Straf- und Justizvollzugsgesetz (Rechtsweg bei der Prüfung der Entlassung aus einer stationären therapeutischen Massnahme oder einer Verwahrung), Entwurf mit Erläuterungen vom 11. Dezember 2017, 3; zu den internen Abläufen die Stellungnahme des VerwGer ZH vom 13. März 2017, JV.2017.00017, 3.

103 Vgl. unten VI.1.

104 Vgl. unten VI.1. zu den vom Bundesgericht festgestellten, klaren Verstössen gegen die zeitliche Bedingung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK, während die kantonalen Gerichte als Vorinstanzen den Konventionsverstoss jeweils verneint hatten.

105 Vgl. Kanton ZH, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Straf- und Justizvollzugsgesetz (Rechtsweg bei der Prüfung der Entlassung aus einer stationären therapeutischen Massnahme oder einer Verwahrung), Entwurf mit Erläuterungen vom 11. Dezember 2017, 3.

eines doppelten verwaltungsinternen Instanzenzugs, zu dem die Schweiz sich zu erklären hatte, war aus den in einem Verwaltungsverfahren einzuhaltenden Verfahrensschritten, den materiellrechtlich geforderten Entscheidungsgrundlagen, zwei Rechtsmittelfristen, zwei Vernehmlassungsfristen, zwei Replikfristen, dem Zeitaufwand für das Aktenstudium in allen Instanzen sowie den Redaktionszeiten für drei sorgfältig begründete Entscheide (Verfügung, Rekurs, Gerichtsentcheid) mühelos rekonstruierbar, dass die Verfahrensdauer für ein solches Prozedere die vom Gerichtshof herangezogene Vergleichsgrösse – «4 Monate waren schon zu lang» (Fall *Fuchser*) – in der Regel übertreffen dürfte. Diese Kalkulation konnte nicht nur für den Kanton Zürich, sondern schweizweit für alle Kantone angestellt werden, die Haftentlassungsgesuche dem verwaltungsbehördlichen Konzept unterstellt und dabei teilweise sogar einen zweistufigen verwaltungsinternen Instanzenzug vorgesehen haben.

2. Das Monitoring-Verfahren zum Urteil I.L. v. Schweiz

Auch der Action Report der Schweiz zum Verfahren I.L., der dem Ministerkomitee vor sechs Monaten eingereicht wurde, klammert die heiklen Punkte aus, die auf der strukturellen Ebene in den von Massnahmeinsassen initiierten Haftprüfungsverfahren in vielen Kantonen der Schweiz bestehen.¹⁰⁶ Hervorgehoben wird zwar die von allen Kantonen zu stemmende «Verbundaufgabe», Kapazitätsengpässen bei Massnahmen nach Art. 59 StGB durch den Neubau zusätzlicher «geeigneter Einrichtungen» zu begegnen. Soweit es aber um die Überlänge eines vom Massnahmeinsassen beantragten Haftprüfungsverfahrens nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK geht, wird auch das Verfahren I.L. als «Einzelfall» hingestellt.¹⁰⁷ Dabei ist notorisch, dass über das generell anwendbare kantonale Recht mindestens in Bern ein jeder Massnahmeinsasse bei einem Haftentlassungsgesuch in genau dieselbe juristische Warteschlange gerät wie der Beschwerdeführer. Des Weiteren werden dem Ministerkomitee als Lösungsansätze auf struktureller Ebene gesetzgeberische Aktivitäten zur Anpassung der Zuständigkeit bei der Aufhebung und Abänderung von Massnahmen geschildert, die im Kanton Bern angelaufen sind. Beim Regierungsrat ist nämlich eine Revision des «Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ)»

106 Council of Europe, Committee of Ministers, Action report DH-DD(2024)1372, Communication from Switzerland concerning the case of I.L. v. Switzerland (no. 2) (Application No. 36609/16), Ziff. 3.2, <https://rm.coe.int/0900001680b28efd> (besucht am 15. 5. 2025).

107 Council of Europe, Committee of Ministers, Action report DH-DD(2024)1372, Communication from Switzerland concerning the case of I.L. v. Switzerland (no. 2) (Application No. 36609/16), Ziff. 3.2.: «Au vu du nombre des cas, le Gouvernement suisse estime que le présent cas constitue un cas isolé.»

hängig. Ein Teil des Revisionsentwurfs sieht vor, dass abweichend von der Normalzuständigkeit der Verwaltungsbehörde ausnahmsweise «das Gericht» als erste Instanz entscheidet «über die Aufhebung der stationären Massnahmen und der ambulanten Behandlung, wenn gleichzeitig in einem selbständigen nachträglichen Verfahren über die Anordnung einer anderen Massnahme, einer Verwahrung oder des Vollzugs der Reststrafe zu entscheiden ist» (neuer Art. 69a Abs. 1 EG ZSJ-BE).¹⁰⁸ Erläuterungen zum anvisierten Gesetzesartikel sind in der Berichterstattung nicht enthalten,¹⁰⁹ sie wären aber aufschlussreich und für das Ministerkomitee wichtig gewesen.

Gemäss aktueller Kompetenzordnung im Kanton Bern hebt nicht das Gericht, sondern die der Verwaltung zugehörige Vollzugsbehörde eine Massnahme auf. Ist die Aufhebung rechtskräftig, entscheidet zeitlich gestaffelt nötigenfalls das Gericht über die Anordnung einer anderen Massnahme oder einer Verwahrung oder über den Vollzug einer Reststrafe.¹¹⁰ Die Idee des Revisionsentwurfs geht nun dahin, die kantonale Zuständigkeit der Vollzugsbehörde für den Entscheid über die Aufhebung einer therapeutischen Massnahme (Art. 62c Abs. 1, Art. 63a Abs. 2 StGB) auf das für etwaige Folgeentscheide zuständige «Gericht» zu verlagern. Die

108 Änderung des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [des Kantons Bern] vom 11. Juni 2009 (EG ZSJ; BSG 271.1), Geschäfts-Nr. 2022.DIJ.6508, das Gesetzgebungsprojekt mitsamt Materialien ist einsehbar unter: <https://www.rv.be.ch/de/start/beschluesse/suche/geschaeftsdetail.html?guid=f61a969bee71409d8123c09416e2bfa7> (besucht am 15. 5. 2025); prozessual werden die Vorschriften der Art. 363 ff. StPO für anwendbar erklärt (gem. nArt. 69a Abs. 2 EG ZSJ/BE, RRB Nr. 135/2025, 14).

109 Im Action Report ist die Gesetzesbestimmung nicht wörtlich zitiert, aber korrekt wiedergegeben, vgl. Council of Europe, Committee of Ministers, Action report DH-DD(2024)1372, Communication from Switzerland concerning the case of I.L. v. Switzerland (no. 2) (Application No. 36609/16), Ziff. 3.2: «Une partie du projet de révision prévoit qu'un tribunal décide comme première instance de la levée des mesures institutionnelles et du traitement ambulatoire lorsqu'il doit simultanément décider, dans une décision ultérieure indépendante, d'ordonner une autre mesure, un internement ou l'exécution du solde de la peine. Le projet législatif est encore en cours.»

110 Änderung des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1), Geschäfts-Nr. 2022.DIJ.6508, Vortrag zur Regierungsratssitzung vom 3. Juli 2024, Ziff. 3.1.14. Das entspricht den Vorgaben, die das Bundesgericht für das verwaltungsbehördliche System ursprünglich zum Schutz der betroffenen Person bei einer drohenden Massnahmeverschärfung entwickelt hatte, wenn der Aufhebungsentscheid nach dem kantonalen Gerichtsorganisationsrecht der Vollzugsbehörde zugewiesen ist. Im Verschärfungskontext – den Betroffenen drohte eine Umwandlung der stationären Massnahme in eine Verwahrung (Art. 62c Abs. 4 StGB) – verlangt das Bundesgericht einen (anfechtbaren) vollzugsbehördlichen Aufhebungsentscheid als Vorbedingung; erst nach Rechtskraft des streitigen Aufhebungsentscheides kann das gerichtliche Umwandlungsverfahren eingeleitet werden: BGE 141 IV 49 E. 3.2; BGE 148 IV 1 E. 3.4.2; ebenso bei ambulanten Massnahmen im Verschärfungskontext, vgl. BGE 143 IV 445 E. 2.2; ausführlich dazu *Biro* (Fn. 14), 47.

Aufhebung einer Massnahme und die Rechtsfolgen der Aufhebung sollen in einem einzigen Entscheid beurteilt werden können. Insoweit träte eine Bündelung von Zuständigkeiten beim Sachgericht ein.¹¹¹ Aber: Die Zuständigkeit zum Entscheid über die *Aufhebung* der Massnahme wäre zweigeteilt. Wenn die Massnahme aufgehoben *und gleichzeitig* eine andere Sanktion herbeigeführt werden soll, würde auf entsprechenden Antrag hin erstinstanzlich das Strafgericht im Verfahren bei selbstständigen nachträglichen gerichtlichen Entscheiden nach der StPO entscheiden (Art. 363 ff. StPO). In allen anderen Fällen soll hingegen weiterhin die Vollzugsbehörde zuständig bleiben.¹¹² Die Stossrichtung des Entwurfs ist also einseitig: Er ist darauf ausgelegt, rascher als bisher zu einer gerichtlichen Aufhebung der Massnahme in Verbindung mit belastenden Folgeentscheiden zu kommen (Anordnung einer anderen Massnahme, einer Verwahrung oder des Vollzugs der Reststrafe), dies typischerweise auf Antrag der *Vollzugsbehörde*. Wenn hingegen der *Massnahmeinsasse* – wie es im Verfahren I. L. geschehen ist – mit seinem Haftentlassungsgesuch eine *ersatzlose Aufhebung* der Massnahme und unverzügliche Entlassung beantragt, weil keine Reststrafe mehr verblieben und auch ein Wechsel zu einer anderen freiheitsentziehenden Massnahme versperrt ist,¹¹³ soll das bisherige Modell greifen. Ebenso läge es bei einem Antrag auf *bedingte Entlassung* aus einer stationären Massnahme oder aus der Verwahrung.

In anderen Worten: Nur bei Anträgen (der Vollzugsbehörde) auf *Massnahmeaufhebung und Anordnung* einer anderen Sanktion soll es deutlich rascher gehen; bei Haftentlassungsgesuchen hingegen soll der *Massnahmeinsasse* sich weiterhin durch die Mühlen des Verwaltungsapparates kämpfen müssen.¹¹⁴ Diese

111 Anknüpfend an ein Bundesgerichtsurteil vom 21. März 2019, das eine solche Gestaltungsfreiheit der Kantone anerkannt hatte, allerdings im konkreten Fall bezogen auf das Vollzugsgerichtsmodell, in dem der Aufhebungs- und Änderungsentscheid beim Spezialgericht gebündelt ist, vgl. BGE 145 IV 167 E. 1.5. Diese Option wird von Kantonen mit einem verwaltungsbehördlichen Modell nun aufgegriffen und selektiv in ihr System transferiert.

112 Änderung des EG ZSJ/BE, Geschäfts-Nr. 2022.DIJ.6508, Vortrag zur Regierungsratssitzung vom 3. Juli 2024, Geschäftsnummer 2022.DIJ.6508, Ziff. 3.1.14.

113 Vgl. dazu oben II.1.

114 Vorbilder für diese Zweiteilung der Zuständigkeiten gibt es in anderen Kantonen, in denen die Gesetze schon in diesem Sinne angepasst wurden, für Haftentlassungsgesuche wurde aber auch dort die verwaltungsrechtliche Schiene beibehalten. Vgl. z. B. im Kanton Glarus: Art. 32 Abs. 3b Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches im Kanton Glarus vom 2. Mai 1965 (EG-StGB; GS III E/1, in Kraft seit 1. Juli 2022), vgl. dazu Memorial für die Landsgemeinde des Kanton Glarus 2021, Teil 2, 49, abrufbar unter <https://www.lands-gemeinde.gl.ch/landsgemeinde/2021-09-05> (besucht am 15. 5. 2025). Im Kanton Graubünden: Art. 4 Abs. 1 Gesetz über den Justizvollzug im Kanton Graubünden vom 7. August 2009 (JVJ; BR 350.500, in Kraft seit 1. Januar 2025), vgl. dazu Botschaft der Regierung an den Grossen Rat, Teilrevision des Gesetzes über den Justizvollzug im Kanton Graubünden vom 4. Mai 2021, Heft Nr. 3/2021–2022, 109. Im Kanton Solothurn: § 12 Abs. 1 lit. c und § 15 Abs. 3 Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 13. März 1977 (GO; BGS 125.12, in Kraft seit

Problematik und ihre Tragweite für das Recht der inhaftierten Person auf einen Gerichtsentscheid zur Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs binnen «kurzer Frist» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK wird durch den kurz gehaltenen Hinweis auf das Gesetzgebungsprojekt im Kanton Bern und die kommentarlose Widergabe des anvisierten Gesetzesartikels im Action Report der Schweiz vernebelt.¹¹⁵

VI. Kritische Einordnung der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Mit den Verurteilungen der Schweiz wegen einer Verletzung des Rechts auf einen gerichtlichen Entscheid über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs innert «kurzer Frist» (Art. 5 Ziff. 4 EMRK) bei einem Haftentlassungsgesuch aus dem Vollzug einer freiheitsentziehenden Massnahme ist einigen Ausweichmanövern ein Riegel vorgeschoben, die es in der hiesigen Vollzugspraxis und Judikatur gegeben hat. Dies betrifft vorab die Anwendbarkeit und den Gewährleistungsinhalt von Art. 5 Ziff. 4 EMRK für den Spezialfall verwaltungsrechtlicher *Parallelverfahren* im verwaltungsbehördlichen Haftprüfungssystem. In diesem Verfahrensmodell kommt es gelegentlich vor, dass ein von Amtes wegen eingeleitetes Verwaltungsverfahren zur Prüfung der Aufhebung der Massnahme oder der bedingten Entlassung zeitlich zusammentrifft mit einem Haftentlassungsgesuch des Massnahmeinsassen, wenn dafür nach kantonalem Recht ebenfalls die vollzugsleitende Verwaltungsbehörde zuständig ist. Für solche Konstellationen sind aus den Entscheiden des EGMR Rechtsbelehrungen in drei Punkten mitzunehmen: Erstens ist der Massnahmeinsasse gestützt auf das Konventionsrecht auch während eines von Amtes wegen eingeleiteten Haftprüfungsverfahrens stets berechtigt, in «angemes-

1. Januar 2025), vgl. dazu Kanton SO, Departement des Innern, Änderung des Gesetzes über den Justizvollzug (JUVG), Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 30. Juni 2020, RRB Nr. 2020/995, Ziff. 4.2., https://so.ch/fileadmin/internet/staatskanzlei/stk-komm/Dokumente/2020/07_Juli/Revision_JUVG_B_E_RR.pdf, (besucht am 15. 5. 2025). Im Kanton Zürich: Das derzeit hängige Revisionsprojekt des Kantons Zürich beinhaltet als Nebenpunkt zwar auch einen Entwurf für eine entsprechende Regelung für kombinierte Aufhebungs- und Änderungsanträge der Vollzugsbehörde, es widmet sich aber in erster Linie der Problematik des Umgangs mit Entlassungsgesuchen, vgl. dazu unten VII.2.

¹¹⁵ Eine solche Zweiteilung der Zuständigkeiten für die Aufhebung der Massnahme, wie sie im Kanton Bern anvisiert ist, wurde auf Bundesebene in den Vorarbeiten zum «Massnahmenpaket Sanktionenvollzug» verworfen. Im Begleitbericht zu dem in die Vernehmlassung geschickten Gesetzestext wurde eine solche Variante skizziert, aber nicht mit ausgearbeitet, weil sie als zu kompliziert und unausgewogen eingestuft wurde, vgl. Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz vom 6. März 2020 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und zur Änderung des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug), 21. Die Materialien zum geplatzten «Massnahmenpaket Sanktionenvollzug» sind einsehbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/verbesserungen-smv.html> (besucht am 15. 5. 2025).

senen Abständen» selbst eine gerichtliche Haftprüfung zu beantragen.¹¹⁶ Zweitens gelten dann die Vorgaben zur «kurzen Frist» entgegen der früheren Meinung des Bundesgerichts¹¹⁷ und entgegen der noch im Jahr 2024 im Verfahren I. L. von der Schweizer Regierung vertretenen Rechtsauffassung¹¹⁸ auch bei einem parallel laufenden Officialverfahren *unvermindert*, jedenfalls wenn der Massnahmeinsasse sein Antragsrecht ausserhalb der im Verwaltungsverfahren stattfindenden mündlichen Anhörung durch die Stellung eines separaten, förmlichen Haftentlassungsgesuchs wahrnimmt.¹¹⁹ Drittens können die Verwaltungsbehörden und die Gerichte die Anwendbarkeit der Konventionsbestimmung nicht dadurch unterwandern, dass sie die Frage der Rechtmässigkeit des (weiteren) Freiheitsentzugs einzig in dem von Amtes wegen geführten Verwaltungsverfahren behandeln und den Verfahrensgegenstand in dem vom Massnahmeinsassen initiierten Haftprüfungsverfahren auf flankierende Begehren wie die Gewährung von Vollzugslockerungen in der Haft verengen.¹²⁰ Solche Argumentationswege sind in der neueren bundesgerichtlichen Praxis soweit ersichtlich nicht mehr vorgekommen.

Bei der zentralen Frage nach der Vereinbarkeit des verwaltungsbehördlichen Haftprüfungssystems mit der Bedingung der «kurzen» Frist von Art. 5 Ziff. 4 EMRK haben sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts hingegen Verdrängungsmechanismen festgesetzt. Sie sind latent vorhanden in einer eklektischen Beurteilungsperspektive, die sich anhäufende «Fristüberschreitungen» als singuläre Ausnahmerecheinungen behandelt (dazu nachfolgend 1.). Und sie manifestieren sich in der unveränderten Duldung eines verwaltungsinternen Vorverfahrens, mit dem sich die gerichtliche Haftprüfung in die zweite oder dritte Instanz verschiebt. Es bedarf deshalb einer Verdeutlichung, dass angesichts der Erwägungen des EGMR und der Querbezüge zwischen den Entscheiden eine grundlegende Umorganisation der kantonalen Verfahrensstrukturen bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug angezeigt ist (dazu nachfolgend 2.). Dabei muss man sich für Lösungsansätze *de lege ferenda* von der These des Bundesgerichts freimachen, dass ein vorgelagertes Verwaltungsverfahren zur Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen «unabdingbar» sei (dazu nachfolgend 3.).

¹¹⁶ EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 50; EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) §§ 160, 163 ff.
¹¹⁷ BGER 68_796/2009, E. 3.4 (Vorentscheid zum EGMR-Urteil *Derungs v. Schweiz*); vgl. auch EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) §§ 41, 50 (Vorbringen der Schweizer Regierung, die sich dabei die Argumentation des Bundesgerichts zu eigen machte).
¹¹⁸ EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 159 zum Vorbringen der Schweizer Regierung.
¹¹⁹ EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 50; EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 165.
¹²⁰ EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 50. Überholt ist daher die im Vorentscheid BGER 68_796/2009 vertretene und nachfolgend vom EGMR verworfene Ansicht, dass es sich deshalb um ein von Amtes wegen geführtes Verfahren und nicht um ein «Haftentlassungsgesuch» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK handelt haben soll.

1. Festgestellte «Fristüberschreitungen» in der Gesamtschau

Das Obergericht Bern hat sich in einer Bundesgerichtsbeschwerde zu einem Haftprüfungsverfahren, in dem der Massnahmeinsasse auf dem Weg zu einer gerichtlichen Haftprüfung zunächst ein zweistufiges verwaltungsinternes Verfahren durchlaufen musste, auch im Jahr 2023 noch mit dem Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis von vor 20 Jahren verteidigt, nach der eine Verfahrensdauer von 18 Monaten bis zum Gerichtsentscheid als konventionskonform eingestuft wurde.¹²¹ Solche Massstäbe sind indes passé. Wie das Bundesgericht selbst betont, hat sich die Rechtsprechung im Nachgang zum Urteil des EGMR in Sachen *Derungs v. Schweiz* durchaus «weiterentwickelt»: Die Anforderungen an eine «noch angemessene» Verfahrensdauer sind strenger geworden.¹²² Die Zusammenstellung einiger Beispiele illustriert, welche Gesamtdauer des Verfahrens und welcher Zeitaufwand pro Entscheidungsinstanz in denjenigen Verfahren angefallen ist, in denen das Bundesgericht eine «Fristüberschreitung» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK festgestellt hat. Zugleich vermittelt sie aber auch einen Einblick in die Prüfungsmethodik des Bundesgerichts – und diese gibt Anlass zu kritischen Bemerkungen.

Betreffend den *Kanton Basel-Landschaft* hat das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK angenommen bei einem Entlassungsgesuch aus einer stationären Massnahme für die Gesamtdauer von rund neun Monaten bis zum ersten Gerichtsentscheid (2 ½ Monate für den Entscheid der Vollzugsbehörden, etwas mehr als 3 ½ Monate für das Rekursverfahren und drei Monate für das gerichtliche Verfahren)¹²³ und betreffend den *Kanton Basel-Stadt* für eine Gesamtdauer von 13 Monaten bis zum ersten Gerichtsentscheid (ein Monat und eine Woche für den Entscheid der Vollzugsbehörde, vier Monate und drei Wochen für das Rekursverfahren und sechs Monate für das gerichtliche Verfahren).¹²⁴ Der *Kanton Bern*, dessen Haftprüfungssystem die jüngste Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Verfahren I. L. auch wegen einer Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK provoziert hat, ist vor dem Bundesgericht mehrfach mit überlangen Haftprüfungsverfahren aufgefallen.¹²⁵ Eine konventionswidrige Überlänge hat das Bundesgericht angenommen bei Haftentlassungsgesuchen aus stationären Massnahmen mit einer Ge-

samtdauer von rund einem Jahr bis zum ersten Gerichtsentscheid¹²⁶ sowie mit einer Gesamtdauer von 11 ½ Monaten bis zum ersten Gerichtsentscheid (zwei Monate und acht Tage für den Entscheid der Vollzugsbehörde, 5 ½ Monate für das Rekursverfahren, knapp vier Monate für das gerichtliche Verfahren).¹²⁷ In einem Verfahren zur Überprüfung der Verwahrung war Art. 5 Ziff. 4 EMRK nach Meinung des Bundesgerichts gleich zweimal verletzt, sowohl in dem nach einer Urteilsrückweisung durchgeführten Gerichtsverfahren mit allein 13 ½ Monaten und dazu im Ausgangsverfahren, das bereits 13 Monate vom Entlassungsgesuch bis zum ersten Gerichtsentscheid gedauert hatte (drei Wochen für den Entscheid der Vollzugsbehörde, fünf Monate für das Rekursverfahren, knapp acht Monate für das erste vorinstanzliche Gerichtsverfahren, 1 ½ Monate für das erste bundesgerichtliche Verfahren).¹²⁸ Zu Haftprüfungsverfahren im *Kanton Zürich*,¹²⁹ für den auch bereits zwei Verurteilungen des EGMR angefallen sind, ging das Bundesgericht bei einem Haftentlassungsgesuch aus der Verwahrung bei einer Gesamtdauer von zehn Monaten bis zum ersten Gerichtsentscheid von einer Fristüberschreitung i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK aus (2 ½ Monate für den Entscheid der Vollzugsbehörde, 2 ½ Monate für den verwaltungsinternen Rekursentscheid und knapp fünf Monate für das gerichtliche Verfahren).¹³⁰ In einem Leitentscheid aus dem Jahr 2021, der die konventionsrechtlichen Anforderungen an das Haftprüfungsverfahren und konkret den Umgang mit einem Haftentlassungsgesuch aus dem Verwahrungsvollzug zum Gegenstand hatte, griff sich das Bundesgericht die neunmonatige *verwaltungsgerichtliche* Verfahrensdauer heraus und stellte für diese Phase eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK fest; die Gesamtdauer bis zum ersten Gerichtsentscheid betrug in diesem Fall 13 Monate (1 ½ Monate bis zum Entscheid der Vollzugsbehörde, etwas mehr als 2 ½ Monate für das Rekursverfahren und neun Monate für das gerichtliche Verfahren).¹³¹ Zusammengefasst lag die Verfahrensdauer vom Haftentlassungsgesuch bis zum ersten gerichtlichen Entscheid in den Fällen, in denen vom Bundesgericht ein Konventionsverstoss bejaht worden ist, zwischen 8 ½ Monaten und 13 ½ Monaten, und auf der Gegenseite standen jeweils Kantone, die ein zweistufiges verwaltungsinternes Vorverfahren vorgesehen hatten bzw. haben.

121 BGer 6B_1068/2022 E. 5.3 zum Vorbringen des Obergerichts Bern als Vorinstanz.

122 BGer 6B_1068/2022 E. 5.3 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR.

123 BGer 6B_850/2020 E. 3.1 ff.

124 BGer 6B_919/2021 E. 2.4.

125 Verneint hingegen z. B. in BGer 7B_552/2024 E. 4.3.2 (prozessuale Argumentation; ungenügende Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids zur Ablehnung neuerlicher periodischer Prüfung bei noch hängigen Parallelverfahren).

126 BGer 6B_699/2019 E. 3.3 (ohne Angaben zu den einzelnen Abschnitten; in der Prozessgeschichte ist nur das von Amtes wegen durchgeführte Verfahren, nicht dasjenige zum Haftentlassungsgesuch erwähnt).

127 BGer 6B_1376/2021 E. 2.3.6 (obwohl keine «krassen Verfahrenslücken» festzustellen waren).

128 BGer 6B_1068/2022 E. 5.3.

129 Verneint in BGer 6B_1166/2020 E. 3 (prozessuale Argumentation; ungenügende Auseinandersetzung mit Erwägungen des angefochtenen Entscheids betreffend Nichteintretensentscheid der Rekursinstanz auf ein an sie direkt gerichtetes Entlassungsgesuch).

130 BGer 6B_790/2017 E. 2.4.

131 BGE 147 I 259 E. 1.3.3.

Zwar wurde in all diesen Verfahren ein Konventionsverstoss bejaht, doch belegt die Zusammenstellung zugleich, dass das Bundesgericht bei einer Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR zum Anspruch auf eine gerichtliche Haftprüfung binnen «kurzer Frist» (Art. 5 Ziff. 4 EMRK) ausgerechnet in seinem Leitentscheid zur Konventionskonformität des kantonalen Haftprüfungsverfahrens methodisch auf halbem Wege stehen geblieben ist.¹³² Tatsächlich war für den EGMR die *pure Gesamtdauer* des jeweiligen Haftprüfungsverfahrens vom Zeitpunkt der Gesuchstellung bis zum Vorliegen des ersten Gerichtsentscheids inakzeptabel: Eine Überschreitung der «kurzen Frist» nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK ergab sich für den EGMR im Verfahren Derungs (elf Monate bis zum ersten Gerichtsentscheid) ohne Weiteres über einen Quervergleich zum Fall Fuchser – «mehr als doppelt so lang»;¹³³ im Verfahren I.L. (ein Jahr und 19 Tage bis zum ersten Gerichtsentscheid) ergab sich die Überlänge ohne Weiteres über einen Quervergleich zum Verfahren Derungs – «elf Monate waren schon zu lang».¹³⁴ Dass beide Fälle als krasse Verletzung des Konventionsrechts eingestuft wurden, zeigt sich daran, dass der EGMR auf die sonst übliche Sondierung einer Untätigkeit der Behörde in einem bestimmten Verfahrensstadium verzichtet hat, sie interessierte gar nicht mehr.¹³⁵ Das Bundesgericht hingegen hielt es offenbar für notwendig, selbst bei einer Gesamtdauer von 13 Monaten vom Entlassungsgesuch bis zum ersten Gerichtsentscheid die Abläufe in allen Instanzen einzeln zu untersuchen und Untätigkeitsphasen im Stadium des gerichtlichen Verfahrens zu identifizieren.¹³⁶ Des Weiteren hütet sich das Bundesgericht davor, die zusammengekommenen Entscheide, in denen eine konventionswidrige Überlänge des Haftprüfungsverfahrens festzustellen war, in einen Gesamtzusammenhang zu stellen, in dem sie als Symptome des gewählten (zweistufigen) verwaltungsbehördlichen Verfahrensmodells erscheinen könnten. Die Vorkommnisse werden als isolierte Phänomene behandelt und begutachtet. Die Aufrechterhaltung dieses Deutungsmusters wird begünstigt, wenn der Konventionsverstoss entgegen der Praxis des EGMR nicht aus der *prima facie* überlangen Gesamtdauer des Haftprüfungsverfahrens bis zum ersten gerichtlichen Entscheid abgeleitet wird, obschon dies möglich und geboten gewesen wäre (13 Monate), sondern stattdessen irreguläre Untätigkeitsepisoden als ausschlaggebend hingestellt werden, die der je-

132 BGE 147 I 259 E. 1.3.3.

133 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 49.

134 EGMR *I.L. v. Schweiz* (36609/16) § 168.

135 Vgl. Brunner (Fn. 41), 36.

136 BGE 147 I 259 E. 1.3.3; vgl. auch BGer 7B_552/2024 E. 4.3.2 wo die Auflistung von angenommenen Fristüberschreitungen in der Praxis des EGMR, die der Beschwerdeführer vorlegte, damit abgetan wurde, es sei eine Einzelfallbetrachtung nötig. Tatsächlich zieht der EGMR aber festgestellte Fristüberschreitungen aus früheren Entscheiden zum Massnahmenvollzug, insbesondere betreffend dasselbe Land, sehr wohl als Vergleichsgrössen heran.

weilige Fallverantwortliche im gerichtlichen Verfahren unglücklicherweise produziert hat.

2. Kollision des verwaltungsbehördlichen Modells mit der zeitlichen Vorgabe von Art. 5 Ziff. 4 EMRK

Dass Entscheide über ein Haftentlassungsgesuch aus dem Vollzug einer stationären Massnahme oder der Verwahrung in der Mehrheit der Kantone erstinstanzlich durch Verwaltungsbehörden im Verfügungsverfahren getroffen werden, widerspricht nach Meinung des Bundesgerichts auch generell nicht Art. 5 Ziff. 4 EMRK, solange im Beschwerdefall ein unabhängiges Gericht, das über volle Kognition in Rechts- und Sachfragen verfügt und diese Kognition auch effektiv ausschöpft, als letzte kantonale Instanz urteilt.¹³⁷ Prinzipiell geduldet wird vom Bundesgericht weiterhin auch ein System, in dem zunächst ein zweistufiger verwaltungsinterner Instanzenzug auszuschöpfen ist. Das verwaltungsinterne Verfahren könne zwar «zu einer gewissen Verzögerung» der richterlichen Kontrolle führen; dies sei indessen «nicht zwingend unvereinbar» mit der EMRK.¹³⁸ Der Respekt, den das Bundesgericht mit dieser Praxis der Organisationshoheit der Kantone zollt, ist mit der Rechtsprechung des EGMR zur Bedingung der «kurzen Frist» für die gerichtliche Haftprüfung aber nicht in Einklang zu bringen.

Das gilt zunächst für ein *zweistufiges* verwaltungsinternes Vorverfahren. Zwar hat der EGMR im Verfahren Derungs die Rüge einer Konventionswidrigkeit des Zürcher «Systems» der Haftprüfung nicht mehr gesondert behandelt – dies aber nur deshalb, weil sie sich «weitgehend überschneide» mit der Rüge der Verletzung

137 BGE 147 I 259 E. 1.3.3, womit trotz der neuerlichen Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR an der zuvor schon vertretenen Ansicht festgehalten wird, vgl. BGE 139 I 51 E. 3.2.2 = Pra 2014 Nr. 49 (zugleich Verwerfung der Gegenansicht im Schrifttum, dass die «zuständige Behörde» für Entscheide über die Aufhebung der stationären Massnahme und der bedingten Entlassung aus konventionsrechtlichen Gründen ein Gericht sein müsse).

138 BGE 147 I 259 E. 1.3.3, wobei dieser Entscheid den Kanton Zürich mit einem zweistufigen verwaltungsinternen Verfahren betraf. Vgl. zu vergeblichen Versuchen von Massnahmeninsassen, unmittelbar gestützt auf das Konventionsrecht ein Gericht als erste Instanz für die Haftprüfung zu gewinnen: BGer 6B_33/2009 E. 3 zum gescheiterten Versuch, gestützt auf Art. 5 Ziff. 4 EMRK eine direkte Zuständigkeit des Obergerichts für ein eingereichtes Haftentlassungsgesuch zu begründen (siehe oben IV.2.); BGer 6B_509/2015 E. 2.4 zum gescheiterten Versuch, zur Verfahrensverkürzung die Kompetenz des Zwangsmassnahmengerichts zu begründen, und dazu *Josef* (Fn. 43), 136 f.; BGer 6B_1166/2020 E. 3.4 zum gescheiterten Versuch, zur Verkürzung des mehrstufigen verwaltungsinternen Verfahrens eine direkte Zuständigkeit der höheren verwaltungsinternen Instanz zu begründen.

des zeitlichen Elements von Art. 5 Ziff. 4 EMRK,¹³⁹ mit welcher der Beschwerdeführer ohnehin durchgedrungen war: Ein Haftprüfungsverfahren, das mehr als elf Monate dauert, hat aus Sicht des Gerichtshofs eine eklatante Überlänge.¹⁴⁰ Sofern eine Analyse von Haftprüfungsverfahren in Kantonen mit einem doppelten verwaltungsinternen Instanzenzug also zutage förderte, dass eine Verfahrensdauer von deutlich unter elf Monaten von einer Gesuchsstellung bis zum ersten Gerichtsentscheid nicht verlässlich gewährleistet ist, verstösst das System als solches regelmässig und insofern eben prinzipiell gegen das zeitliche Element von Art. 5 Ziff. 4 EMRK.¹⁴¹ Mit dieser Einsicht dürfte es aber nicht sein Bewenden haben, denn sie greift noch zu kurz. In Wirklichkeit ist das Problem grösser: Auf tönernen Füüssen steht mit Blick auf die konventionsrechtliche Vorgabe eines Gerichtsentscheids binnen «kurzer Frist» und die Rechtsprechung des EGMR auch die vom Bundesgericht protegierte Zulässigkeit des *verwaltungsbehördlichen Modells* an und für sich. Im Verfahren *Derungs* hat der EGMR die Relevanz des Falls *Fuchser v. Schweiz* betont, obwohl jene Beschwerde ein *einstufiges* verwaltungsinternes Vorverfahren betraf.¹⁴² Das war für den Gerichtshof kein Aspekt, der eine Differenzierung bei der Bewertung der Verfahrensdauer nahegelegt hätte, im Gegenteil. Der im Fall *Fuchser* angenommene Konventionsverstoss – vier Monate waren schon zu lang – ist eine wichtige Leitplanke bei der Feststellung einer vergleichsweise krassen Überlänge des Haftprüfungsverfahrens im Folgeentscheid *Derungs v. Schweiz* gewesen. Das ist sachlich nachvollziehbar und konsistent, nachdem die im Ausgangsfall angeführten, als einschlägig erachteten Präjudizien belegten, dass solche Strenge beim zeitlichen Rahmen schon im Jahr 2006 etabliert gewesen ist und zuvor auch schon drei Monate als a priori zu lang eingestuft worden sind.¹⁴³ Obschon also der EGMR den Vertragsstaaten seiner Funktion entsprechend sowie im Bewusstsein um den relativ abstrakten und formalen Charakter von Art. 5 Ziff. 4 EMRK¹⁴⁴ keine Vorgaben zur genauen Ausgestaltung des Rechtswegs für das Haftprüfungsverfahren macht, ist über eine restriktive Praxis zu einer *prima facie* anzunehmenden Überlänge faktisch doch auch eine Organisationsgarantie installiert, die auf einen direkten Zugang zum Gericht hinsteuert: Weil ein Rechtsweg, der erst über ein

139 EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 55: «La Cour constate que le requérant se plaint également de la conformité à la Convention du «système» en vigueur dans le canton de Zurich en tant que tel. Le grief du requérant se confond largement avec le grief relatif au «bref délai», de sorte qu'il ne se justifie pas de l'examiner séparément.»

140 Vgl. oben IV.2.

141 Ebenso *Biro* (Fn. 14), 297. Mindestens insoweit hat auch die Legislative in einigen Kantonen einen Handlungsbedarf realisiert und unter Verweis auf das EGMR-Urteil *Derungs v. Schweiz* jedenfalls eine Streichung des verwaltungsinternen Rechtswegs für notwendig erachtet und umgesetzt, vgl. dazu unten VII.

142 Vgl. oben IV.1. und IV.2.; *Biro* (Fn. 14), 295.

143 Vgl. oben IV.1.

144 *Trechsel* (Fn. 46), 464.

vorgesaltetes Verwaltungsverfahren zu einer gerichtlichen Beurteilung des Haftentlassungsgesuchs führt, das Merkmal der kurzen Frist i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK in der Regel zu verletzen droht.

Anschauungsmaterial dafür bietet die Ansammlung der Bundesgerichtsentscheide, in denen eine konventionswidrige Verfahrensüberlänge für zweistufige verwaltungsinterne Vorverfahren festgestellt wurde. Auch wenn man in diesen Fällen die Zeitspanne herausrechnet, die in der zweiten verwaltungsinternen Instanz jeweils angefallen ist, liegt immer noch keines dieser Haftprüfungsverfahren – vom Haftentlassungsgesuch bis zum ersten Gerichtsentscheid – merklich unter den vier Monaten, die der EGMR im Fall *Fuchser* als eine Überschreitung der «kurzen Frist» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK betrachtet und im Verfahren *Derungs* ebenfalls als Vergleichsgrösse herangezogen hat. Dabei ist zu beachten, dass die Judikatur des Bundesgerichts nur das forensische Hellfeld überlanger, konventionswidriger Haftprüfungsverfahren ist. Denn es ist anzunehmen, dass Massnahmeinsassen selbst dann, wenn sie anwaltlich vertreten sind und der Rechtsbeistand die Problematik erkennt, gleichwohl nur in einem winzigen Bruchteil der Fälle, in denen das verwaltungsbehördliche Modell bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des EGMR systembedingte Fristüberschreitungen provoziert, die Belastungen auf sich nehmen, gerade wegen des Konfliktes mit Art. 5 Ziff. 4 EMRK den gesamten Instanzenzug bis zum Bundesgericht zu durchschreiten.¹⁴⁵

Mehr Aufmerksamkeit ist ausserdem den allgemeinen Grundsätzen zum Merkmal der «kurzen Frist» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK zu widmen, an denen sich nicht nur die Beurteilung der konkreten Verfahrensdauer, sondern auch die Bewertung der Struktur des Haftprüfungsverfahrens orientiert. Es ist zwar richtig, dass sich die Frage, ob die «kurze Frist» gewahrt bzw. von einer Verfahrensüberlänge auszugehen ist, nicht abstrakt, sondern nur über eine Gesamtbewertung des konkreten Verfahrens unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beantworten lässt. Ein fester Bestandteil der Auslegung der Konventionsgarantie ist aber auch ein Grundsatz, der gegenüber einer freihändigen «Einzelfallbetrachtung» ein Gegengewicht bildet und ihr einen Rahmen gibt: Der Staat muss, da die Freiheit des Einzelnen auf dem Spiel steht, dafür sorgen, dass das Verfahren «in einem Minimum an Zeit» abläuft.¹⁴⁶ Ein zweistufiges verwaltungsinternes Vorverfahren ist gewiss kein Modell, mit dem diesem Prinzip gedient sein kann. Es gibt aber auch keinen Freibrief des EGMR, wonach ein Haftprüfungsverfahren von der Antragstellung bis zum ersten Gerichtsentscheid jedenfalls zwei oder drei Monate dauern

145 Die Rechtsfolgen allein der Fristüberschreitung sind nämlich am Ende zahnlos. Sie erschöpfen sich bei Aufrechterhaltung der Haft (weil diese sich als rechtmässig erwiesen hat) in der Regel in einer Feststellung im Urteilsdispositiv unter (teilweisem) Verzicht auf eine Kostenaufgabe, vgl. BGE 147 I 259 E. 1.3.3.

146 EGMR *Fuchser v. Schweiz* (55894/00) § 43; EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) § 45; EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 161.

dürfte.¹⁴⁷ Die Vertragsstaaten sollen die Haftprüfung vielmehr so organisieren, dass die gerichtliche Entscheidung «so rasch als möglich»,¹⁴⁸ eben «in einem Minimum an Zeit» ergehen kann. Der Vorschaltung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens, in dem stets noch eine begründete Verfügung abzufassen und eine Rechtsmittelfrist zu wahren ist, haftet aber stets das Risiko an, dass sich eine rechtswidrige Freiheitsentziehung durch ein vermeidbar langes Haftprüfungsverfahren verlängert – entgegen der Ratio von Art. 5 Ziff. 4 EMRK. Denn ein früherer Entscheid, dem solche Wartezeiten nicht vorangehen, ist innerhalb der Schweiz sehr wohl möglich: Dann nämlich, wenn sich das Haftprüfungsverfahren in einem Kanton abspielt, der das Vollzugsgerichtsmodell umgesetzt hat.¹⁴⁹

3. Zur These einer «Unabdingbarkeit» des verwaltungsinternen Vorverfahrens

Während das Bundesgericht den rechtlichen Rahmen für den Verfahrensgang bei Haftentlassungsgesuchen aus einer stationären Massnahme oder der Verwahrung hinsichtlich der zeitlichen Vorgabe von Art. 5 Ziff. 4 EMRK einerseits zu grosszügig absteckt, ist andererseits die Tendenz wahrnehmbar, die Lösungswege bei einer potenziellen Umorganisation kantonaler Haftprüfungsmodelle ungebührlich einzuschränken. Im Leitentscheid (der öffentlich-rechtlichen Abteilung) zur Konventionskonformität eines verwaltungsbehördlichen Haftprüfungsverfahrens ist nämlich eine Erwägung untergebracht, die geradezu auf eine Konservierung des Status quo fokussiert ist: «Das verwaltungsinterne Verfahren der Fachbehörden, die im direkten Kontakt mit den Insassen und mit dem individuell-konkreten, alltäglichen Massnahmenvollzug vertraut sind, ist nicht gering zu achten. Es ist vielmehr unabdingbar zur Erstellung der sachlichen Entscheidungsgrundlagen unter Einbezug und Anhörung des Insassen.»¹⁵⁰ Diese Einschätzung ist unterkomplex und weder empirisch noch materiellrechtlich plausibel.

147 Vgl. z. B. EGMR *E. v. Norway* (11701/85) § 65 (Haftentlassungsgesuch aus dem Vollzug einer therapeutischen Massnahme mit direktem Zugang zum Strafgericht; acht Wochen ab Antragstellung beim Gericht bis zu dessen Entscheid waren *prima facie* zu lang; dieser Eindruck verfestigte sich, weil administrative Probleme des Gerichts mit Untätigkeitsphasen bei der Gesuchsbearbeitung aufgetreten waren; Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK bejaht); hingegen EGMR *S. T. S. v. the Netherlands* (277/05) §§ 33 ff. (Haftentlassungsgesuch aus dem Vollzug einer therapeutischen Massnahme mit direktem Zugang zum Strafgericht; acht Wochen ab Antragstellung beim Gericht waren für die erstinstanzliche gerichtliche Haftprüfung noch angemessen, weil das Gericht diverse wichtige Entscheidungsgrundlagen selbst beschaffen musste und dies auch so rasch wie möglich geschehen ist).

148 So bereits BGE 117 Ia 372 E. 3a); aus neuerer Zeit BGER 6B_699/2019 E. 3.2.

149 Instrukтив dazu *Biro* (Fn. 14), 297 f.

150 BGE 147 I 259 E. 1.3.3.

Ausblendet ist die Tatsache, dass im Vollzugsgerichtsmodell traditionelle «Verfügungskompetenzen» der Verwaltung den kantonalen Spezialgerichten überantwortet wurden, die ihre Effizienz in der Praxis bewiesen haben: insbesondere durch die Vereinfachung und damit Verkürzung des Entscheidungsprozesses in bestimmten vollzugsrechtlichen Nachverfahren; als weitere Vorteile werden Spezialisierung, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit genannt.¹⁵¹ Der Fachrichter arbeitet selbst mit den diversen Stellen zusammen, die den Sanktionenvollzug im Alltag betreuen (Gefängnisbehörden, psychiatrische Sachverständige, Therapeuten, Bewährungshelfer, Fachkommission zur Überprüfung der Gefährlichkeit usw.) und wird von ihnen mit den für das Gerichtsverfahren notwendigen Berichten oder Stellungnahmen beliefert (vgl. z. B. Art. 64b Abs. 2 StGB). Nachteile dieses Modells gegenüber dem verwaltungsbehördlichen Konzept sind bis anhin weder vom Bundesgericht festgestellt¹⁵² noch in der Wissenschaft namhaft gemacht worden,¹⁵³ jedenfalls solange gewährleistet ist, dass in den Fällen, in denen in ein und demselben Urteil über die Aufhebung einer Massnahme und zugleich über eine Massnahmeverschärfung entschieden wird, auch die Aufhebungskomponente von der betroffenen Person angefochten werden kann.¹⁵⁴ Von einer «Unabdingbarkeit» eines vorgelagerten Verwaltungsverfahrens kann also schweizweit gesehen nicht die Rede sein.

Bezieht man die Haltung des Bundesgerichts hingegen einzig auf das verwaltungsbehördliche Modell, auf das sie wohlmöglich gemünzt gewesen ist, zeigen die Zuständigkeitsregeln im StGB, dass ein verwaltungsinternes Vorverfahren für Entscheide über die Aufhebung einer freiheitsentziehenden Massnahme und die bedingte Entlassung gerade nicht als «unabdingbar» erachtet wurde. Beispielsweise hat es der Gesetzgeber bei der Verwahrung für einen gangbaren Weg gehalten, den Entscheid über eine bedingte Entlassung während des Vorabvollzugs der Freiheitsstrafe direkt in die Hand des Strafgerichts zu legen (Art. 64 Abs. 3 StGB). Das Bundesgericht hat für diese Konstellation zudem angenommen, dass die gesetzliche Bestimmung zu den Prüfungsgrundlagen beim Entscheid über die bedingte Entlassung aus dem Verwahrungsvollzug (Art. 64b Abs. 2 StGB) auch ohne gesetzlichen Verweis analog anwendbar sei.¹⁵⁵ Das Gericht muss also einen Bericht der Anstaltsleitung und ein unabhängiges Gutachten einholen sowie einerseits eine Anhörung einer aus Vertretern der Strafverfolgungsbehörden, der Vollzugsbehörden

151 *Roten* (Fn. 35), 20 f.

152 Das Bundesgericht – die strafrechtliche Abteilung – hebt im Gegenteil den hohen Rechtsschutzstandard und die Vorzüge des Vollzugsgerichtsmodells hervor, dem sich das verwaltungsbehördliche Modell annähern müsste, vgl. BGE 147 IV 433 E. 2.4.

153 *Biro* (Fn. 14), 299 ff.; *Moreillon/Maire* (Fn. 35), 127 ff.; *Roten* (Fn. 35), 20 f.

154 *Biro* (Fn. 2), 230.

155 BGE 136 IV E. 2.2.2; BGE 142 IV 56 E. 2.4.

den und der Psychiatrie (Fachkommission) vornehmen¹⁵⁶ und andererseits eine Anhörung der bedingt zu entlassenden Person durchführen – ein vorgeschaltetes Verwaltungsverfahren und eine Entscheidkompetenz der Vollzugsbehörde gibt es nicht. Bei neuerlichen Straftaten nach einer bedingten Entlassung aus dem stationären Massnahmenvollzug obliegt der Entscheid über die Aufhebung der Massnahme wegen etwaiger Nichtbewährung ebenfalls dem Gericht, wobei sich die Einbindung der Vollzugsbehörde in die Entscheidungsfindung auf ihre Anhörung im Gerichtsverfahren beschränkt (Art. 62a StGB). Daneben gibt es Kompetenzüberschneidungen, in denen zugunsten der gerichtlichen Zuständigkeit faktisch auf den Durchlauf des verwaltungsrechtlichen Verfahrens zu einem Haftentlassungsgesuch verzichtet wird. So ist etwa der Entscheid über die Verlängerung einer Massnahme schon erstinstanzlich dem «Gericht» zugeordnet, d. h. im verwaltungsbehördlichen Modell dem erstinstanzlichen Strafgericht (Art. 363 Abs. 1 StPO),¹⁵⁷ das sodann die Erfolgsaussichten und die Verhältnismässigkeit der Fortsetzung des stationären Massnahmenvollzugs beurteilen muss. Diese Beurteilung überschneidet sich inhaltlich mit den bei einer Massnahmeaufhebung und bei der bedingten Entlassung zu beantwortenden Fragen.¹⁵⁸ Trifft ein solches Verlängerungsverfahren mit einem hängigen Verfahren zur Aufhebung der Massnahme oder zur bedingten Entlassung zeitlich zusammen, soll der *strafgerichtlichen* Beurteilung der Vorrang gebühren, d. h. es kommt zur Sistierung der verwaltungsrechtlichen Prozedur und allenfalls zu deren Abschreibung, sofern im strafgerichtlichen Verfahren keine Verlängerung der Massnahme gewährt worden ist.¹⁵⁹

VII. Gesetzesanpassungen in einzelnen Kantonen zur Umorganisation des Haftprüfungs-systems

In den meisten Kantonen, die mit einem verwaltungsbehördlichen Modell operieren, gibt es bis anhin keine konkreten Pläne, den Verfahrensablauf für Entschiede über Haftentlassungsgesuche aus dem Vollzug einer freiheitsentziehenden

156 Dieser Punkt ist umstritten, vgl. m. w. N. Heer (Fn. 22), BSK StGB I, Art. 62d N 28 ff., Art. 64b N 17; ausführlich zu den Einwänden S. Bernhard/R. Studer, Fachkommissionen: Ein Gedankengang vom Zollikerberg nach Strassburg, in: M. Heer/E. Habermeyer/S. Bernhard (Hrsg.), Erkenntnisse von Fachkommissionen, FJP – Forum Justiz & Psychiatrie, Band 2, Bern 2017, 1 ff.; Joset (Fn. 43), 141 ff.

157 Vgl. oben III.2.

158 Vgl. Brägger (Fn. 42), 62 zum verwaltungsbehördlichen Modell mit kritischen Bemerkungen zur divergierenden strafgerichtlichen Zuständigkeit für das Verlängerungsverfahren und zur verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit für Entschiede über die bedingte Entlassung aus dem Massnahmenvollzug angesichts der sich überschneidenden Sachfragen («kafkaeske Züge»).

159 Heer (Fn. 22), BSK StGB I, Art. 62 N 18a.

Massnahme substanziell zu reformieren,¹⁶⁰ obwohl teilweise sogar weiterhin ein zweistufiges verwaltungsinternes Vorverfahren besteht. Vereinzelt Gesetzesanpassungen, die eine krass zeitverzögerte Reaktion auf das im Jahr 2016 ergangene Urteil des EGMR in Sachen *Derungs v. Schweiz* gewesen sind und sich offenbar als konventionskonforme Umsetzung der Praxis des EGMR zur Bedingung der «kurzen Frist» von Art. 5 Ziff. 4 EMRK verstehen, beschränken sich auf eine Straffung des Rechtsmittelweges. Beispiele dazu werden im Folgenden skizziert. Daneben ist eine Gesetzesvorlage im Kanton Zürich herauszugreifen, die prinzipiell anerkennt, dass auch ein einstufiges verwaltungsinternes Prozedere mit Blick auf das Konventionsrecht überaus konfliktträchtig ist. Von Interesse ist der Gesetzesvorschlag vor allem deshalb, weil er soweit ersichtlich das einzige Revisionsprojekt ist, in dem die grundlegend andere Alternative – die Option eines direkten Zugangs zum Sachgericht (auch) für Haftentlassungsgesuche des Massnahmeinsassen – mit in Betracht gezogen wird.¹⁶¹

I. Beibehaltung der verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit mit gestrafftem Rechtsmittelweg zum Verwaltungsgericht

Einige Kantone haben den Verwaltungsrechtsweg im Straf- und Massnahmenvollzug reflektiert und sich von ihrer Tradition einer Kombination zwischen verwaltungsinterner und externer Rechtspflege partiell gelöst. So ist beispielsweise für die Kantone Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Glarus zu berichten, dass diese (unter anderem) bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Vollzug einer freiheitsentziehenden Massnahme – teils unter Verweis auf das Urteil des EGMR in Sachen

160 Informelle Auskünfte auf Nachfrage bei den zuständigen Ämtern der Kantone. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden wurde der Handlungsbedarf erkannt, es sei aber abzuwarten, was in anderen Kantonen als Lösung vorgeschlagen werde. Der Kanton Graubünden hat auf eine Reform des Verfahrens bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug verzichtet, als die rechtlichen Grundlagen zum Justizvollzug per 1. Januar 2022 revidiert wurden – das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren besteht weiterhin (Art. 47 Abs. 2 JVG/GR). In der Botschaft gibt es keine Erklärung, weshalb von einer Änderung der aktuellen Regelung abgesehen wurde, auch im erläuternden Bericht sind keine Angaben dazu enthalten: vgl. Botschaft der Regierung an den Grossen Rat, Teilrevision des Gesetzes über den Justizvollzug im Kanton Graubünden vom 4. Mai 2021, Heft Nr. 3/2021–2022, 109; Erläuternder Bericht, Teilrevision des Gesetzes über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (Justizvollzugsgesetz, JVG; BR 350.500) vom Juni 2020, 23. Im Kanton Uri steht eine Revision der Verordnung über den Straf- und Massnahmenvollzug vom 20. Dezember 2006 (VSMV; RB 3.9321) auf der Agenda der Justizbehörden, dabei sollen auch Entwicklungen in der Rechtsprechung mitberücksichtigt werden; denkbar sei jedenfalls eine Abschaffung des verwaltungsinternen Rechtsmittels.

161 Vgl. unten VII.2. sowie zu den regelungsbedürftigen Entscheidkonstellationen oben II.

Derungs v. Schweiz – eine gewisse Straffung des Haftprüfungsverfahrens umgesetzt haben. Die Beschleunigungsstrategie bestand darin, das erstinstanzliche verwaltungsbehördliche Verfügungsverfahren unverändert beizubehalten, unter gleichzeitiger ersatzloser Streichung des verwaltungsinternen Rechtsmittels. Das kantonale Verwaltungsgericht fungiert in diesen Fällen nun als erste und zugleich einzige innerkantonale Rechtsmittelinstanz.

Der Kanton *Basel-Stadt* hatte sein Justizvollzugsgesetz im Jahr 2018 einer Totalrevision unterzogen, eine «Beschleunigung des Rekursverfahrens» war ein Unterpunkt. Seit Juli 2020 ist gegen *alle* Verfügungen der Vollzugsbehörde ein direkter Rekurs zum kantonalen Verwaltungsgericht (Appellationsgericht) vorgesehen.¹⁶² Ursprünglich war geplant, den Rechtsmittelweg nur für die Beurteilung von Haftentlassungsgesuchen aus dem Vollzug von stationären Massnahmen und der Verwahrung zu verkürzen. Nach den Rückmeldungen aus der Vernehmlassung wurde diese Revision auf sämtliche Entscheide der Vollzugsbehörden erstreckt, weil auch andere Vollzugshandlungen «schwerwiegende Eingriffe» nach sich zögen.¹⁶³ Das Verwaltungsgericht hat insoweit eine umfassende Kognition einschliesslich Angemessenheitskontrolle erhalten.¹⁶⁴ Das hatte nichts mit etwaigen Sorgen um eine genügende Prüfungsbefugnis des Haftrichters nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK zu tun,¹⁶⁵ sondern war rein verwaltungsrechtlich motiviert: Wegen des Wegfalls des verwaltungsinternen Rechtsmittels, bei dem eine umfassende Kognition einschliesslich der Ermessenskontrolle bestand, sollte diese eben ersatzweise auf das Verwaltungsgericht übergehen.¹⁶⁶ Der Nachbarkanton *Basel-Landschaft* ging später einen anderen Weg und hat seit April 2022 nur bei Entscheiden der Vollzugsbehörde «betreffend die Entlassung aus dem Straf- und Massnahmenvollzug» eine Beschwerde direkt zum Kantonsgericht (Abteilung Verfassungs- und Verwaltungs-

recht) eingeführt.¹⁶⁷ Im Kanton *Glarus* unterliegen im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs seit Mitte des Jahres 2022 «erstinstanzliche Entscheide des zuständigen Departements [...] unmittelbar der Beschwerde an das Verwaltungsgericht; es kann auch die Angemessenheit eines Entscheids überprüfen».¹⁶⁸ Das «zuständige Departement» Sicherheit und Justiz entscheidet «insbesondere» über die Aufhebung oder bedingte Entlassung aus einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB sowie über die Aufhebung oder Entlassung aus der Verwahrung.¹⁶⁹ Wie hinsichtlich der anderen stationären Massnahmen (Art. 60, 61 StGB) die erstinstanzlichen Zuständigkeiten zwischen Departement und der Abteilung Justizvollzug verteilt sind, bleibt nach der Vollzugsverordnung diffus, der Begleitbericht zum Änderungsgesetz hatte diese Massnahmengattungen jedenfalls nicht im Blick.¹⁷⁰ Gesamthaft betrachtet bestehen im Anwendungsbereich und in der Ausgestaltung der Gesetzesanpassungen in diesen Kantonen also einige Unterschiede, doch gibt es bei Haftentlassungsgesuchen des Massnahmeinsassen einen einfachen gemeinsamen Nenner: Die direkte Anrufung eines Gerichts ist weiterhin unterbunden, kombiniert mit dem Verlust einer Rechtsmittelinstanz.

2. Die Gesetzesvorlage im Kanton Zürich (10. Mai 2024): eine Inspirationsquelle?

Im Kanton Zürich tut sich etwas: Nachdem dort im Jahr 2017 das Gesetzgebungsverfahren zu einer Verkürzung des Instanzenzugs alsbald zum Erliegen

- 162 § 33 Abs. 2 Satz 1 Gesetz über den Justizvollzug [des Kantons Basel-Stadt] vom 13. November 2019 (JV/G; SG 258.200, in Kraft seit 1. Juli 2020): «Rekurse gegen Verfügungen der Vollzugsbehörde sind direkt beim Verwaltungsgericht zu erheben. Das Gericht überprüft auch die Angemessenheit dieser Entscheide.»; *Reimann* (Fn. 49), 177.
- 163 Ratschlag des Kantons Basel-Stadt zu einem neuen Gesetz über den Justizvollzug vom 26. September 2018, Nr. 18.1330.01, 32, abrufbar unter <https://grosserrat.bs.ch/ratsbetrieb/geschaeft/200109296> (besucht am 15. 5. 2025).
- 164 § 33 Abs. 2 Satz 2 JV/G/BS und § 8 Abs. 5 Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege [des Kantons Basel-Stadt] vom 14. Juni 1928 (VRPG; SG 270.100, in Kraft seit 1. Januar 2021): «Über die Angemessenheit einer Verfügung entscheidet es dann, wenn diese eine Strafe verhängt oder wenn es dazu durch besondere gesetzliche Vorschrift berufen ist.»
- 165 Vgl. dazu unten VII.3.b).
- 166 Ratschlag des Kantons Basel-Stadt zu einem neuen Gesetz über den Justizvollzug vom 26. September 2018, Nr. 18.1330.01, 32. Aus verwaltungsrechtlicher Perspektive wird eine Übertragung einer Angemessenheitsprüfung auf Verwaltungsgerichte teils sehr kritisch gesehen, vgl. schon *M. Müller*, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken – Ein Plädoyer für mehr Vertrauen in die öffentliche Verwaltung, ZBJV 2004, 188 («in funktioneller Hinsicht verfehlt»).

- 167 § 6a Gesetz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen [des Kantons Basel-Landschaft] vom 21. April 2005 (StVG; SGS 261, in Kraft seit 1. April 2022): «Rechtsmittelinstanz gegen Entscheide der Vollzugsbehörde betreffend die Entlassung aus dem Straf- und Massnahmenvollzug ist das Kantonsgericht, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Das Verfahren richtet sich nach dem Gesetz vom 16. Dezember 1993 über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO).»; vgl. Synopse des Kantons Basel-Landschaft, Kopie von Anpassungen des Strafvollzugsgesetzes, Post. 2019/72, 4 f., abrufbar unter <https://basel.land.talus.ch/de/dokumente/geschaeft/be9432bc9d1749cf90fc5dac502f30f3-332> (besucht am 15. 5. 2025). Eine Ermessenskontrolle ist nicht vorgesehen, vgl. § 45 Abs. 1 Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung [des Kantons Basel-Landschaft] vom 16. Dezember 1993 (VPO; SGS 271, in Kraft seit 1. Januar 2024).
- 168 Art. 32 Abs. 3b Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches im Kanton Glarus vom 2. Mai 1965 (Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafgesetzbuch; EG StGB), GS III E/1; erläutert im Memorial für die Landsgemeinde des Kanton Glarus 2021, Teil 2, 49, <https://www.landsgemeinde.gl.ch/storage/7528d092012a79a4e04c244bba83899d64c7f34893ce2eae63a366d437e56916> (besucht am 15. 5. 2025).
- 169 Art. 2 Abs. 2 Verordnung über den Vollzug in den Bereichen Strafprozess, Straf- und Massnahmenvollzug und Opferhilfe [des Kantons Glarus] vom 21. März 2006 (VSMO; GS III F/7, in Kraft seit 1. März 2023); vgl. Memorial für die Landsgemeinde des Kanton Glarus 2021, Teil 2, 49.
- 170 Vgl. Memorial für die Landsgemeinde des Kanton Glarus 2021, Teil 2, 49.

kam, hat man sich rund acht Jahre später der Angelegenheit erneut gewidmet und eine zweite Revisionsvorlage ausgearbeitet, die nun bei der Legislative hängig ist.¹⁷¹ Der Änderungsvorschlag basiert auf dem Befund, dass für Haftentlassungsgesuche aus einer freiheitsentziehenden Massnahme Zeitspannen von über vier Monaten von der Gesuchstellung bis zum ersten Gerichtsentscheid angesichts der konsistenten Praxis des EGMR zur «kurzen Frist» – und speziell zum Massnahmenvollzug – regelmässig einen Verstoss gegen Art. 5 Ziff. 4 EMRK begründen.¹⁷² Es stand daher ausser Frage, dass die gegenwärtige Verfahrensstruktur, in der ein Gerichtsentscheid erst im Anschluss an ein zweistufiges verwaltungsinternes Verfahren vorgesehen ist, mit den zeitlichen Vorgaben der Konventionsnorm *generell* unvereinbar ist.¹⁷³ Nötig sei eine Gesetzesänderung, mit der ein erster Gerichtsentscheid zur Frage der Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs in der Regel spätestens innert zwei bis drei Monaten ab Gesuchstellung ergehen könnte.¹⁷⁴ Das ist im Grossen und Ganzen zutreffend, wenngleich der allgemeine Grundsatz unterbelichtet bleibt, dass das Verfahren so organisiert sein sollte, dass der Gerichtsentscheid «in einem Minimum» an Zeit ergehen kann.¹⁷⁵

Für die Vernehmlassung wurden drei Lösungsvarianten erarbeitet.¹⁷⁶ Eine davon würde aus dem verwaltungsbehördlichen Modell punktuell ausbrechen und bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug einen *speditiven direkten Zu-*

gang zum Sachgericht eröffnen. Das Konzept ist jedoch mit der Schwachstelle versehen, dass nicht nur Gesuchsverfahren, sondern auch alle Verfahren, in denen es um die periodische Kontrolle der Massnahme von Amtes wegen geht, dem Sachgericht mit übergeben werden sollen. Das lässt diesen Ansatz – angesichts der Fallzahlen – von vornherein sehr unattraktiv wirken und gibt dadurch im kriminalpolitischen Diskurs den beiden anderen Lösungsvarianten Auftrieb, die für die Gerichte im Kontrast viel ressourcensparender erscheinen und mit denen die erstinstanzliche Entscheidungskompetenz der verwaltungsinternen Vollzugsbehörde unangetastet bliebe.¹⁷⁷

- a) «Rechtsweg Sachgericht» für Gesuchs- und Officialverfahren zur (bedingten) Entlassung

Die erste Variante des Gesetzesvorschlags¹⁷⁸ orientiert sich am «Rechtsweg Sachgericht», wie er aus strafprozessualen gerichtlichen Nachverfahren gemäss Art. 363 ff. StPO geläufig ist, etwa bei Verfahren über die Rechtsfolgen einer Massnahmeaufhebung und bei Verfahren zur Verlängerung einer therapeutischen Massnahme, jeweils auf Antrag der Vollzugsbehörde. Die Neuerung bestünde vorab darin, dass das Sachgericht (erstinstanzliches Strafgericht gemäss der Grundregel in Art. 363 Abs. 1 StPO) auch über Haftentlassungsgesuche des Massnahmeinsassen entscheiden würde. Gemeint sind damit zum einen Anträge auf ersatzlose Aufhebung der stationären Massnahme mit direkter Entlassung oder auf bedingte Entlassung aus der stationären Massnahme, zum anderen für den Verwahrungsvollzug (nur) Anträge auf eine bedingte Entlassung.¹⁷⁹ Das Fallaufkommen wäre vermutlich überschaubar. Zieht man als ungefähre Orientierungsgrösse die bisherige Anzahl der eingelegten Rechtsmittel (Rekurse) gegen eine verfügte Verweigerung der ersatzlosen Aufhebung der Massnahme (mit direkter Entlassung) bzw. der bedingten Entlassung bei, wäre mit rund zehn Gesuchen pro Jahr zu rechnen.¹⁸⁰

171 Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Straf- und Justizvollzugsgesetz (Änderung: Zuständigkeiten bei der Entlassung aus dem stationären Massnahmenvollzug), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 15 f. Die Vernehmlassungsunterlagen sind abrufbar unter: <https://www.notes.zh.ch/sk/VNL/vnl.nsf/vw-alldocuments/B5DDB0CED7311861C1258B1C0048543F> (besucht am 15. 5. 2025).

172 Dabei wurde auch realisiert und zutreffend berücksichtigt, dass in den neueren EGMR-Urteilen gegen die Schweiz das Ausgangsurteil des EGMR *Fuchsler v. Schweiz* (55894/00) als Vergleichsgrösse diene und daher eine relevante zeitliche Leitplanke ist, vgl. Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht, Entwurf vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 3.

173 Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht, Entwurf vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 6. Im Gegensatz zur Einschätzung des Bundesgerichts, das diesem Zürcher Modell in seinem Leitentscheid Rückendeckung gegeben hat («nicht zwingend konventionswidrig»), vgl. oben V.1. und VI.2.

174 Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht, Entwurf vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 3.

175 Vgl. oben VI.2.

176 Die Option, ein spezialisiertes Straf- und Massnahmenvollzugsgericht (Vollzugsgerichtsmo-
dell) zu schaffen, wurde im Kanton Zürich schon von der im Jahr 2017 eingesetzten Arbeits-
gruppe verworfen und nicht wieder aufgegriffen. Man meinte seinerzeit, die Umsetzung könne
nicht innert vernünftiger Frist erreicht werden. Auch nicht näher in Betracht gezogen wurde
die Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts. Es ist auf schnelle Verfahren ausgerich-
tet, hat aber keine Erfahrung mit Verfahren, in denen komplexe Sachverhaltsfragen oder Be-
weiserhebungen (wie etwa Stellungnahmen und Ergänzungsfragen zu Gutachten von Sach-
verständigen) nötig sein können, vgl. dazu Brunner (Fn. 41), 41.

177 Siehe Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht, Entwurf vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 6 ff.

178 Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht, Entwurf vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 6 f.

179 Der Begleitbericht geht davon aus, dass eine Aufhebungsoption für die Verwahrung generell rechtlich ausgeschlossen ist, weshalb diese Konstellation kein Bestandteil der Vernehmlassungsvorlage ist, Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 5. Diese Ansicht ist wohl zu eng, vgl. dazu oben II.2.

180 Nach dem Begleitbericht zur Gesetzesvorlage im Kanton Zürich erheben derzeit im Durchschnitt pro Jahr bloss elf Personen einen Rekurs gegen eine von der Vollzugsbehörde in erster Instanz verfügte Verweigerung der Aufhebung der Massnahme bzw. der bedingten Entlassung aus der Massnahme, vgl. Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 5. Es sind keine verlässlichen Prognosen möglich, ob ein direkter Zugang zum Sachgericht bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug gegenüber dem jetzigen verwaltungsinternen Rekurs vermehrt oder weniger in Anspruch genommen würde.

Der Entscheid könnte mit Berufung an das Obergericht weitergezogen werden (vgl. Art. 365 Abs. 3 StPO). Das Fallaufkommen verändert sich aber drastisch mit der Idee, die erstinstanzliche Zuständigkeit des Sachgerichts auf sämtliche *Offizialverfahren* zu Fragen der Beendigung des Freiheitsentzugs auszudehnen. Das soll folgendermassen vor sich gehen: Die verwaltungsinterne Vollzugsbehörde (Justizvollzug und Wiedereingliederung) hätte im Rahmen der *von Amtes wegen* vorzunehmenden (mindestens) jährlichen Prüfung der Aufhebung der Massnahme bzw. der bedingten Entlassung (Art. 62d, 64b StGB) anstelle des bisherigen Verfügungsverfahrens neu einen Antrag auf Entlassung oder Nichtentlassung an das erstinstanzliche Strafgericht zu stellen, das die Entlassung prüfen und darüber entscheiden müsste (Art. 62d, 64b StGB). Das würde sich jedes Jahr auf *alle* Personen beziehen, die sich im Kanton Zürich im Vollzug einer stationären Massnahme oder der Verwahrung befinden. Insgesamt würde es sich um ca. 280–375 Fälle handeln, zu denen pro Jahr Haftprüfungsverfahren beim Sachgericht zu führen und Entscheide über die Entlassung bzw. Nichtentlassung zu treffen wären.¹⁸¹

b) Beibehaltung der verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit mit gestrafftem Rechtsmittelweg zu einem unteren oder oberen Gericht

Die in der Vernehmlassungsvorlage empfohlene Version ändert an der Entscheidzuständigkeit der Verwaltungsbehörde in erster Instanz und an der Anwendung des Verwaltungsverfahrensrechts für den kantonalen Instanzenzug nichts: Die verwaltungsinterne Vollzugsbehörde würde nach Durchführung eines Verwaltungsverfahrens weiterhin selbst über die Aufhebung der stationären Massnahme sowie über die bedingte Entlassung per Verfügung entscheiden. Das Revisionsvorhaben erschöpft sich in dieser Version deshalb darin, den verwaltungsrechtlichen Rechtsmittelweg umzuorganisieren und dabei eine gewisse Beschleunigung zu erzielen.¹⁸² Dazu wurden zwei Varianten präsentiert, nach denen entweder ein unteres Gericht als erste Rechtsmittelinstanz oder ein oberes Gericht des Kantons als erste und zugleich einzige innerkantonale Rechtsmittelinstanz tätig würde.

Bei der Zuständigkeit eines unteren Gerichts würde der Rekurs gegen die verfügte Verweigerung der Haftentlassung nicht wie bisher zur nächsthöheren verwaltungsinternen Behörde (Direktion der Justiz und des Innern), sondern zum Bezirksgericht führen (Variante 2 des Vorentwurfs). Diese Lösung entspricht bis hierher der Regelung, wie sie einst dem EGMR-Entscheid *Fuchser v. Schweiz* zugrunde lag. Da diese aber damals schon eine Überlänge provozierte und auch in Folgeverfahren des EGMR relevant gewesen ist, würden in der Neuauflage die Rechtsmit-

tel- und Vernehmlassungsfristen von den ordentlichen 30 Tagen auf bloss 10 Tage verkürzt. Es soll auch nicht das erstinstanzliche Strafgericht entscheiden, an dem das Grundurteil ergangen ist und das (sofern die damaligen Fallverantwortlichen noch am selben Gericht tätig sind) mit dem Fall bereits vertraut wäre, sondern eine Zentralisierung der Verfahren beim Bezirksgericht Zürich stattfinden.¹⁸³ Der Rekursentscheid könnte mittels Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht weitergezogen werden, wiederum mit auf zehn Tage verkürzten Beschwerde- und Vernehmlassungsfristen. Bei einer Zuständigkeit eines oberen kantonalen Gerichts als erste und einzige Rechtsmittelinstanz (Variante 3 des Vorentwurfs) wäre die anzufechtende Verfügung der Vollzugsbehörde hingegen – auch unter Verkürzung der ordentlichen Rechtsmittel- und Vernehmlassungsfristen – mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entweder an das kantonale Verwaltungsgericht weiterzuziehen, das insoweit mit voller Kognition (einschliesslich Ermessenskontrolle) ausgestattet würde, oder aber an das Obergericht Zürich, das in diesem Szenario ebenfalls nach Verwaltungsverfahrenrecht vorzugehen hätte.

3. Zwischenbilanz

Die Entwicklungen auf legislativer Stufe – wo solche zu verzeichnen sind – deuten darauf hin, dass die bloss Straffung des Rechtsmittelweges unter Bewahrung des verwaltungsbehördlichen Modells tendenziell im Vordergrund steht. Zur Würdigung dieses Konzeptes genügt es, sich auf zwei grundlegende Einwände zum «Rechtsweg Verwaltungsverfahren» zu konzentrieren, welche die bereits umgesetzten Gesetzesanpassungen in einzelnen Kantonen und das Revisionsvorhaben im Kanton Zürich gleichermaßen betreffen.

a) Das vorgeschaltete Verwaltungsverfahren: ein unnötiger Zeitfresser auf dem Weg zum gerichtlichen Entscheid binnen «kurzer Frist» (Art. 5 Ziff. 4 EMRK)

Die favorisierte Umgestaltung des Haftprüfungsverfahrens besteht in der Streichung des verwaltungsinternen Rechtsmittels auf dem Weg zur gerichtlichen Haftprüfung. Ausgangspunkt und Essenziale dieses Modells ist aber die Beibehaltung des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens und damit zugleich der Entscheidungskompetenz der Vollzugsbehörde.¹⁸⁴ Ein dem Gerichtsentscheid vorgeschaltetes Verwaltungsverfahren hat bei Haftentlassungsgesuchen des Massnahmeinsassen

¹⁸¹ Vgl. Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 5.

¹⁸² Zum Ganzen: Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 7 ff.

¹⁸³ Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 8.

¹⁸⁴ Das entspricht der Ausgangslage, die bei der Annahme des Konventionsverstosses im EGMR-Urteil *Fuchser v. Schweiz* bestand, vgl. *Brunner* (Fn. 41), 40 f.; *Reimann* (Fn. 49), 177.

jedoch keine substanziellen Vorteile, dafür aber den gravierenden Nachteil eines erheblichen Zeitverlusts.¹⁸⁵ Es dauert regelmässig mindestens einen Monat bis zur ablehnenden verwaltungsrechtlichen Verfügung, welche sodann die Rechtsmittelfrist auslöst. Noch deutlich länger geht es, wenn auch noch eine Anhörung der Fachkommission stattfinden müsste, die Bearbeitungszeiträume von sechs bis acht Wochen hat. Das darauffolgende gerichtliche Verfahren, sei es nun an einem unteren oder an einem oberen Gericht, würde also in einem Zeitpunkt eröffnet, in welchem die «kurze Frist» im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK aufgebraucht oder schon weitgehend verstrichen ist.¹⁸⁶ Dem Gericht wird damit von vornherein in *unnötiger Weise* verunmöglicht oder jedenfalls deutlich erschwert, noch innerhalb einer «kurzen Frist» sorgfältig zu entscheiden.¹⁸⁷ Denn die Vollzugsbehörde kann in die Entscheidungsfindung – wie in anderen Konstellationen strafprozessualer gerichtlicher Nachverfahren – dadurch hinreichend eingebunden werden, dass sie im Gerichtsverfahren anzuhören ist und eine Stellungnahme einreichen kann.¹⁸⁸

In der Gesetzesvorlage des Kantons Zürich wird nun versucht, dem Kollisionskurs mit dem zeitlichen Element der Konventionsbestimmung, der durch das Festhalten an einem vorgeschalteten Verwaltungsverfahren überhaupt erst entsteht, durch stark verkürzte Rechtsmittelfristen entgegenzuwirken. Das kann den Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf beeinträchtigen, weil es für die Anwaltschaft – je nachdem, wann sie ins Verfahren einbezogen wird – nicht möglich oder jedenfalls unzumutbar sein dürfte,¹⁸⁹ sich innert zehn Tagen in die meist sehr umfangreichen Vorakten einzuarbeiten, daneben noch Mandantengespräche unterzubringen und eine sorgfältige Eingabe an das Gericht abzufassen. Vor allem aber zäumt man das Pferd von hinten auf, wenn der unnötige Zeitfresser des vorgeschalteten Verwaltungsverfahrens zum Anlass genommen wird für eine generelle Verkürzung der Rechtsmittelfristen. Hinzu kommt das Missverhältnis, dass der rechtsuchenden Person die Rechtswahrung dadurch erheblich erschwert würde, aber nur ein kleiner Teil der drohenden Verfahrenslänge vermieden werden könnte.¹⁹⁰ An der Grundproblematik des verwaltungsbehördlichen Modells, den

185 Vgl. Brunner (Fn. 41), 41.

186 Vgl. Brunner (Fn. 41), 40 f.; Reimann (Fn. 49), 177; Vernehmlassung des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) und der Demokratischen Jurist*innen Zürich (DJZ) zum Vorentwurf der DJI zur Revision des Straf- und Justizvollzugsgesetzes (StJVg) vom 7. Oktober 2024, 5, https://www.djs-jds.ch/images/djs-jds/Vernehmlassung_DJZ_ZAV_07-10-2024.pdf (besucht am 15. 5. 2025).

187 Vgl. oben II. und VI.3.

188 Vgl. oben II. und VI.3.; Brunner (Fn. 41), 36, 41.

189 Vgl. auch Vernehmlassung des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV) und der Demokratischen Jurist*innen Zürich (DJZ) zum Vorentwurf der DJI zur Revision des Straf- und Justizvollzugsgesetzes (StJVg) vom 7. Oktober 2024 (Fn. 186), 5.

190 Vgl. VerwGer ZH VB.2020.00166 E. 1.1.3 (zur Problematik einer Verkürzung von Rechtsmittelfristen, die als Notlösung in einem Haftprüfungsverfahren angesichts des konventionswidrigen Istzustandes vom Beschwerdeführer gefordert wurde).

aus konventionsrechtlicher Sicht interessierenden Entscheid des Haftgerichts ohne Not deutlich hinauszögern, ändert dieses Mittel nichts.¹⁹¹

b) Zur Involvierung des Verwaltungsgerichts in den Instanzenzug im Speziellen

Die Vereinbarkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit den prozessualen Anforderungen von Art. 5 Ziff. 4 EMRK wird im Schrifttum und auch in Beschwerden zum Bundesgericht hinsichtlich praktisch aller Strukturelemente seit Langem infrage gestellt. Angriffsflächen sind zum einen der Umfang der Kognition des Verwaltungsgerichts, sofern eine Ermessensüberprüfung nach kantonalem Recht ausgeschlossen ist,¹⁹² zum anderen das Spannungsverhältnis zwischen der Grundregel der Schriftlichkeit des Verwaltungsgerichtsverfahrens und dem konventionsrechtlich grundsätzlich bestehenden Anspruch des Massnahmeinsassen, von dem sich mit der Haftbeschwerde befassenden Gericht persönlich angehört zu werden.¹⁹³

191 Für ein gerichtliches Rechtsmittelverfahren, das im Anschluss an eine erstinstanzliche gerichtliche Haftprüfung stattfinden würde, wäre hingegen genauer zu prüfen, ob eine generelle Verkürzung von Rechtsmittelfristen überhaupt notwendig und zumutbar wäre. Die von EGMR beanstandeten Fristüberschreitungen betrafen den (fehlenden) schnellen Zugang zu einer ersten Gerichtsstanz. Etwaige Rechtsbehelfe gegen erfolgte justizielle Überprüfungsentscheidungen dürfen im Vergleich zur ersten Phase generell etwas längere Zeit in Anspruch nehmen, vgl. Meyer (Fn. 46), SK StPO, Art. 5 EMRK N 268 m. w. N.

192 Konventionsrechtlich müssen alle zwingenden Voraussetzungen der Rechtmässigkeit der Haft i. S. v. Art. 5 Abs. 1 EMRK abgedeckt sein, vgl. EGMR, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Updated on 28 February 2025, Ziff. 255 ff. Auch die Angemessenheit des (weiteren) Grundrechtseingriffs (als Teilgehalt der Verhältnismässigkeit) ist daher von Verwaltungsgerichten als Rechtsfrage (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV; Art. 56 Abs. 2 und 6 StGB) stets und mit voller Kognition mit zu prüfen, vgl. BGE 147 I 259 E. 1.3.2. Eine wirksame Umsetzung ist aber nicht gesichert, weil die Angemessenheitskontrolle im Verwaltungsgerichtsverfahren uneinheitlich und teils zurückhaltend gehandhabt wird, vgl. z. B. für den Kanton Zürich M. Donatsch, in: A. Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 50 N 33 m. w. N.; kritisch auch Biro (Fn. 14), 293; Brunner (Fn. 41), 40; Heer (Fn. 5), 594.

193 Vgl. EGMR *I. L. v. Schweiz* (36609/16) § 160; Ausnahmen werden nur in engen Grenzen zugelassen, vgl. EGMR *Derungs v. Schweiz* (52089/09) §§ 78 ff. (Verzicht auf eine Anhörung durch das Haftprüfungsgericht unter den konkreten Umständen deshalb als konventionskonform bewertet, weil kumulativ die betroffene Person bereits im Verwaltungsverfahren angehört wurde und dies in Anwesenheit des Rechtsbeistands geschah und vor Gericht nichts Neues vorgebracht wurde); näher dazu Biro (Fn. 14), 294 f.; fragwürdig BGE 7B_356/2023 E. 2.3 (angeblich wirksamer Verzicht des Massnahmeinsassen auf die Anhörung vor Gericht; zu pauschale Darstellung der Praxis des EGMR). Am Verwaltungsgericht Zürich genügt die Infrastruktur den erhöhten Sicherheitsanforderungen für mündliche Anhörungen in strafrechtlich heiklen Fällen nicht, d. h. es muss dann auf andere Gerichtsgebäude ausgewichen werden. Solche Gegebenheiten sind für die Bereitschaft zur Durchführung einer (zusätzlichen) Anhörung, soweit diese konventionsrechtlich ausnahmsweise verzichtbar ist und daher im Ermessen des Verwaltungsgerichts läge, gewiss nicht förderlich.

Hinzu treten Argumente, die aus einer verwaltungsrechtlichen Perspektive gegen eine fortbestehende Verwaltungsgerichtsbarkeit erhoben werden. Im Bereich des Massnahmenrechts geht es bei nachträglichen Vollzugsentscheiden zur Beendigung des Freiheitsentzugs materiell nicht um Verwaltungsrecht, sondern um die Anwendung von Bestimmungen des StGB. Für das Verwaltungsgericht handelt es sich dabei klar um eine Fremdmaterie.¹⁹⁴ Sie erfordert fachliche Expertise und Erfahrung bei der Würdigung der Entscheidungsgrundlagen, namentlich von psychiatrischen Gutachten und Therapieverlaufsberichten. Die vergleichsweise tiefen Fallzahlen zu dieser Materie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren tragen aber dazu bei, dass in der Richterschaft kein fundiertes Spezialwissen wachsen kann. Es wird daher die Gefahr gesehen, dass unter solchen Vorzeichen kein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet sei.¹⁹⁵ Für das strafrechtliche Sachgericht hingegen geht es bei Entscheiden über die Abschätzung der konkreten Rückfallgefahr, die Behandlungsprognose und die Verhältnismässigkeit der Massnahme exakt um jene Fragen, die bei der Anordnung einer Massnahme und in strafprozessualen Nachverfahren zu beurteilen sind.¹⁹⁶ Das Bundesgericht hat unterdessen zudem angemahnt, im verwaltungsbehördlichen Modell müsse der Rechtsschutzstandard grundsätzlich gleichwertig sein wie in Kantonen, die ein Vollzugsgericht kennen; entsprechend haben diese Verfahren auch den diesbezüglichen Vorgaben der Strafprozessordnung zu genügen.¹⁹⁷ Erwartet wird somit eine weitgehende Annäherung von Nachverfahren zum Massnahmenvollzug an solche Verfahren, wie sie ansonsten ausschliesslich von den Strafgerichten durchgeführt werden. Damit ein Verwaltungsgericht zu beauftragen, ist alles andere als naheliegend.¹⁹⁸

VIII. Skizze: Der Musterrechtsweg bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug

Kantone, die mit einem verwaltungsbehördlichen Haftprüfungssystem operieren, müssten in nächster Zeit «über die Bücher»¹⁹⁹ und für eine Umorganisation des Vollzugsverfahrens sorgen. Einige Überlegungen zu einem Musterrechtsweg bei Haftentlassungsgesuchen des Massnahmeinsassen sollen dazu Hand bieten.

Aufzugreifen ist der Grundansatz «Rechtsweg Sachgericht», der im Zürcher Gesetzesvorschlag in Bezug (auch) auf den Umgang mit Haftentlassungsgesuchen des Massnahmeinsassen enthalten ist, dies aber mit einigen Nachjustierungen.

I. Zuständigkeit des Sachgerichts für Haftentlassungsgesuche des Massnahmeinsassen

Die Zuständigkeit für den Entscheid über Haftentlassungsgesuche des Massnahmeinsassen wäre von der Verwaltungsbehörde auf das Strafgericht zu verlagern, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat (analog zur Grundregel in Art. 363 Abs. 1 StPO). Diese Lösung sichert mit Blick auf die Vorgaben von Art. 5 Ziff. 4 EMRK zunächst einmal den schnellstmöglichen richterlichen Haftprüfungsentscheid, indem gar kein internes Verwaltungsverfahren vorgeschaltet ist.²⁰⁰ Sie gewährleistet ausserdem, dass tiefgreifende Entscheide über die (Nicht-)Beendigung des Freiheitsentzugs von einem Strafgericht getroffen werden.²⁰¹ Gleichzeitig wäre eine der Tragweite der Entscheide angemessene Stärkung der Rechtsstellung der inhaftierten Person über die Anwendung strafprozessualer Regelungen anstelle der verwaltungsrechtlichen Maximen²⁰² erreicht und – im Anschluss an den doppelten innerkantonalen Instanzenzug – ein mäanderndes Verfahrensrecht bei einem Weiterzug des Entscheids zum Bundesgericht eliminiert.²⁰³ Gegenstand einer Zuständigkeitsverschiebung für Haftentlassungsgesuche aus dem Massnahmenvollzug wären die entsprechenden materiellrechtlichen Entscheidkonstellationen, d. h. Entscheide über eine ersatzlose Aufhebung der Massnahme (mit direkter Entlassung) und über die bedingte Entlassung auf Antrag des Massnahmeinsassen. Das gilt ebenso für Haftentlassungsgesuche aus dem Verwahrungsvollzug. Denn neben der Gewährung einer bedingten Entlassung aus der Verwahrung ist rein rechtlich auch die Anwendung der allgemeinen Grundregel nicht völlig ausgeschlossen, wonach eine Massnahme aufzuheben ist, wenn deren Voraussetzungen nachträglich weggefallen sind oder sich ergibt, dass sie von Anfang an nicht vorgelegen hatten (Art. 56 Abs. 6 StGB).²⁰⁴

194 Vgl. VerwGer ZH, Vernehmlassung zum Straf- und Justizvollzugsgesetz (StJVG; Änderung; Zuständigkeiten bei der Entlassung aus dem stationären Massnahmenvollzug), Stellungnahme vom 10. September 2024, 3, <https://www.zh.ch/de/gerichte-notariate/verwaltungsgericht/vernehmlassungen-vrg.html> (besucht am 15.5.2025).

195 Vgl. VerwGer ZH (Fn. 194), Stellungnahme vom 10. September 2024, 4.

196 Brunner (Fn. 41), 43.

197 BGE 147 IV 433 E. 2.4; vgl. VerwGer ZH (Fn. 194), Stellungnahme vom 10. September 2024, 4.

198 Vgl. VerwGer ZH (Fn. 194), Stellungnahme vom 10. September 2024, 3.

199 Vgl. Biro (Fn. 14), 298, die dazu schon im Jahr 2019 aufgefordert hat; Biro (Fn. 2), 229 ff.

200 Vgl. Brunner (Fn. 41), 38.

201 Eine Vertrautheit mit dem konkreten Fall kann noch hinzutreten, falls das Ausgangsverfahren nicht allzu lange zurückliegt und die damaligen Fallverantwortlichen noch am gleichen Gericht tätig sind.

202 Vgl. zu den Divergenzen Brunner (Fn. 41), 38; Joset (Fn. 43), 131 ff.; Heer (Fn. 5), 594.

203 Vgl. oben III.2.

204 Vgl. oben II.2.

2. Koordination von Gesuchs- und Officialverfahren zur Prüfung der Massnahmeaufhebung und der bedingten Entlassung

Einer Überprüfung der stationären Massnahmen und der Verwahrung durch die «zuständige Behörde» auf ein *Gesuch* hin ist materiellrechtlich die Pflicht der «zuständigen Behörde» zu einer periodischen Kontrolle der Massnahme *von Amtes wegen* zur Seite gestellt (Art. 62d Abs. 1 StGB bei stationären Massnahmen; Art. 64b Abs. 1 lit. a StGB bei der Verwahrung).²⁰⁵ Dies zwingt zu einer Grundsatzzentscheidung, wie mit dem Nebeneinander von Gesuchs- und Officialverfahren bei der Zuweisung der Entscheidzuständigkeiten und damit auch des Rechtswegs umzugehen ist. Es gibt zwei Optionen: Die im Verlauf des Massnahmenvollzugs zu treffenden Entscheide über die Aufhebung der freiheitsentziehenden Massnahme oder eine bedingte Entlassung aus ihr können entweder gesplittet, d. h. auf unterschiedliche «zuständige Behörden» verteilt werden, oder sie können allesamt einheitlich dem Sachgericht übertragen werden, das ohnehin – damit den konventionsrechtlichen Anforderungen bei einem Haftentlassungsgesuch genügt werden kann – mindestens mit den Gesuchsverfahren zu betrauen wäre.

Mit der Gesetzesvorlage im Kanton Zürich wurde für den «Rechtsweg Sachgericht» nur die letztere, differenzierungslose Version unterbreitet. Eine derart überbordende Verlagerung der Entscheidkompetenzen zum Sachgericht – konventionsrechtlich ist sie in diesem Ausmass nicht geboten – kann aber nicht im Interesse der Massnahmeinsassen liegen. Denn bei einem Fallaufkommen, das am Beispiel des Kantons Zürich pro Jahr bis zu 375 zusätzliche strafgerichtliche Nachverfahren generieren würde, ist doch absehbar: Eine sorgfältige Bearbeitung der Gesuchsverfahren, in denen die Betroffenen selbst eine gerichtliche Prüfung wünschen und abweichend von der (bisherigen) Haltung der Vollzugsbehörde eine Entlassung für geboten erachten, würde in der Verfahrenslast und Vielzahl der Officialverfahren zur Überprüfung *aller* freiheitsentziehenden Massnahmen untergehen.²⁰⁶ Nebst dem würde sich mit einer solchen «Lösung» auch die Funktion der Strafgerichte stark verändern, weil diese weit mehr als bisher zu einem «Zwitter» aus Sachgericht und Spezialgericht für den Massnahmenvollzug mutierten. Illustriert am Beispiel des Kantons Zürich: Den strafrechtlichen Kollegialgerichten sollen alle Entscheide über die Aufhebung und die (bedingte) Entlassung bei stationären Massnahmen

aufgeholt werden, d. h. sie müssten dazu pro Jahr rund 260–350 Fälle bewältigen.²⁰⁷ Die Kollegialgerichte beurteilen im Schnitt bisher jährlich 900 Strafverfahren. Durch die zusätzlichen Verfahren würde ihre Arbeitslast jedes Jahr um bis zu 38% erhöht, inhaltlich konzentriert auf ein Massengeschäft, das die Prüfung etwaiger Entlassungen aller im Kanton inhaftierten Massnahmeinsassen zum Gegenstand hätte.²⁰⁸ Das wäre kein verwaltungsbehördliches Modell mehr, in dem prinzipiell die Vollzugsbehörde alle wichtigen Vollzugsentscheide trifft, aber auch kein Vollzugsgerichtsmodell, in dem ein Spezialgericht im Zentrum steht, sondern eine unselbige Verquickung von beidem. Bedenkt man schliesslich noch, dass die Strafgerichte bereits heute gesamtschweizerisch sehr stark belastet sind, so untergräbt die einheitliche Behandlung von Gesuchs- und Officialverfahren gerade neben den anderen Lösungsvarianten – bei denen es um ca. zehn Gesuchsverfahren gehen soll –²⁰⁹ die Zustimmungsfähigkeit zum Konzept «Rechtsweg Sachgericht» insgesamt. Die Wahl muss daher auf eine Lösung fallen, die bei der Prüfung einer Beendigung des Freiheitsentzugs bzw. der Haftentlassung – Aufhebung der freiheitsentziehenden Massnahme (mit direkter Entlassung) oder bedingte Entlassung – zwischen Gesuchs- und Officialverfahren differenziert. Zwei Einwände zur Umsetzbarkeit eines solchen Konzeptes sind dabei auszuräumen, die *prima vista* einleuchtend erscheinen. Mit ihrer Diskussion schärfen sich sukzessive auch die Konturen eines «Musterrechtswegs Sachgericht».

a) Formelle Anforderungen an das Haftentlassungsgesuch

Erstens kann man Zweifel daran hegen, ob zwischen den Verfahren von *Amtes wegen* und Haftentlassungsgesuchen i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK eine hinreichend verlässliche Unterscheidung möglich sei. Bereits die im Jahr 2017 im Kanton Zürich mit dem ersten Revisionsvorschlag befasste Arbeitsgruppe gab zu bedenken: «Die Unterscheidung zwischen Verfahren auf *Gesuch* und von *Amtes wegen* erscheint aber schwierig, da sich in den wenigsten Fällen eindeutig beantworten lassen wird, ob vom Vorliegen eines *Gesuchs* auf Entlassung aus der Ver-

²⁰⁵ Vgl. oben III.

²⁰⁶ Gemäss dem Begleitbericht zur Gesetzesvorlage im Kanton Zürich gab es im Schnitt zu rund 280–375 Verfügungen pro Jahr, mit denen eine «bedingte Entlassung» aus einer stationären Massnahme oder der Verwahrung verweigert wurde, bloss zehn verwaltungsinterne Rekurse: Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht, Entwurf vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 5.

²⁰⁷ Entscheide über die bedingte Entlassung aus dem Verwahrungsvollzug sollen nach der Gesetzesvorlage im Kanton Zürich einem Einzelgericht anvertraut werden, vgl. Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht, Entwurf vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 7. Das wird weder der Tragweite und Brisanz der Entscheide noch den regelungsbedürftigen Entscheidkonstellationen gerecht, weil jedenfalls die Freilassung der verwahrten Person auf dem Spiel steht und richtigerweise auch Konstellationen denkbar sind, in denen zulässigerweise primär eine Aufhebung der Verwahrung und nur subsidiär die bedingte Entlassung beantragt wird, vgl. dazu oben II.2.

²⁰⁸ Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 12.

²⁰⁹ Vgl. dazu oben VII.2. mit Fn. 180; Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vom 10. Mai 2024, Referenz: 2016-730, 5.

wahrung bzw. einer stationären Massnahme auszugehen ist. So kann nicht nur dann von einem Haftentlassungsgesuch gesprochen werden, wenn die inhaftierte Person ein solches schriftlich und formell stellt. Auch wenn sie anlässlich der Anhörung bei der jährlichen Prüfung der Entlassung von Amtes wegen zum Ausdruck bringt, dass sie entlassen werden möchte, wäre dies als Haftentlassungsgesuch zu interpretieren.²¹⁰

Solche Unsicherheiten mögen aufkommen, wenn man die Anforderungen an ein Haftentlassungsgesuch nicht spezifiziert. Aber derart ohnmächtig ist ein Gesetzgeber nicht. Der Zugang zum Gericht (im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK) kann selbstverständlich durch das nationale Prozessrecht geregelt und von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die ihn aber nicht in unangemessener Weise erschweren dürfen.²¹¹ Als Fixpunkt kann die Regelung dienen, wie sie für strafprozessuale gerichtliche Nachverfahren existiert: Das Haftentlassungsgesuch ist schriftlich und begründet zu stellen, regelmässig über einen zu gewährenden Rechtsbeistand (vgl. Art. 364 Abs. 2 StPO). Mit diesen Formerfordernissen wäre diejenige Situation hergestellt, die den Entscheiden des EGMR gegen die Schweiz zugrunde gelegen hat²¹² und in Bezug auf die Gesuchsstellung zu keinerlei Beanstandungen Anlass gab.

- b) Verhinderung einer Rechtswegspaltung für Gesuchs- und Officialverfahren zur Frage der (bedingten) Entlassung des Massnahmeinsassen

Zweitens müsste bei einer Unterscheidung zwischen Gesuchs- und Officialverfahren eine Zweiteilung des Rechtswegs verhindert werden, der Doppelspurigkeiten provoziert und in widersprüchliche Gerichtsentscheide münden kann: auf der einen Seite ein Verwaltungsrechtsweg gegen eine verfügte Aufrechterhaltung der Massnahme bzw. die Verweigerung der bedingten Entlassung im Rahmen der periodischen Prüfung von Amtes wegen; auf der anderen Seite der Rechtsweg zum Sachgericht bei einem Haftentlassungsgesuch zu denselben materiellen Fragen. Diese Herausforderung lässt sich jedoch bewältigen, ohne deswegen eine differenzierungslose Zuständigkeit des Sachgerichts für sämtliche Entscheide zu Fragen der Entlassung bei allen Massnahmeinsassen innerhalb des Kantons vorzusehen: Die prozessuale «Gegenwehr» gegen die von Amtes wegen nach Durchlauf des Verwaltungsverfahrens ergangene Verfügung wäre hinsichtlich der Dispositivpunkte, mit denen materiell die Weiterführung der Haft angeordnet bzw.

210 Vgl. Kanton ZH, Direktion der Justiz und des Innern (DJI), Straf- und Justizvollzugsgesetz (Rechtsweg bei der Prüfung der Entlassung aus einer stationären therapeutischen Massnahme oder einer Verwahrung), Entwurf mit Erläuterungen vom 11. Dezember 2017, 5.

211 Frowein/Peukert (Fn. 47), EMRK-Kommentar, Art. 5 N 135.

212 Vgl. oben IV.

die Aufhebung der Massnahme mit direkter Entlassung oder die bedingte Entlassung verweigert wird, mit auf den «Rechtsweg Sachgericht» zu verlegen.

Dazu wären die von Amtes wegen geführten Verwaltungsverfahren zur periodischen Prüfung der Aufhebung der Massnahme und der bedingten Entlassung zwar wie gewohnt mit einer förmlichen Verfügung abzuschliessen;²¹³ eine Anfechtung dieses spezifischen Verfahrensgegenstandes auf dem *Verwaltungsrechtsweg* wäre aber *gesetzlich auszuschliessen*. Vergleichbare Vorkehrungen gegen doppel-spurige Instanzenzüge sind der kantonalen Ausführungsgesetzgebung zum StGB mancherorts geläufig. Der Kanton Glarus beispielsweise hat statuiert: «Verfügungen, denen von Gesetzes wegen, auf Antrag der Vollzugsbehörden oder der verurteilten Person, ein Entscheid einer richterlichen Behörde folgt, sind nicht auf dem Weg der Verwaltungsrechtspflege anfechtbar.»²¹⁴ An diesen Ansatz kann man anknüpfen. Denn es besteht insoweit kein schützenswertes Rechtsschutzinteresse²¹⁵ an einem gesonderten verwaltungsrechtlichen Rechtsmittel, als gegen den negativen Bescheid der Vollzugsbehörde betreffend die (bedingte) Entlassung als «Quasi-Rechtsmittel» der direkte Weg zum Sachgericht durch die Stellung eines Haftentlassungsgesuchs beschritten werden kann. Darüber wäre der Massnahmeinsasse mit Erlass der Verfügung nochmals zu belehren. Es würde sich deshalb um eine «nochmalige» Rechtsbelehrung handeln, weil eine Information über das Recht, «in angemessenen Abständen» jederzeit selbst eine gerichtliche Haftprüfung zu beantragen und diese mit einem Entlassungsbegehren zu verbinden (Art. 5 Ziff. 4 EMRK), selbstverständlich auch in anderen Kontexten erfolgen und regelmässig aufgefrischt werden muss, damit diese Option hinreichend präsent ist und bleibt: namentlich schon im Vorabvollzug der Freiheitsstrafe bei angeordneter Verwahrung, mit dem Antritt des Vollzugs der freiheitsentziehenden Massnahme sowie im Rahmen der periodischen Prüfung der Massnahme von Amtes wegen, etwa bereits mit der Ladung zur mündlichen Anhörung und auch in dieser Anhörung. Die Einhaltung der Bedingung der «kurzen Frist» i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK wäre für ein (erst) auf die abschliessende Verfügung im Verwaltungsverfahren hin ergriffenes Haftentlassungsgesuch dann ebenso gewährleistet wie bei einem Haftentlassungsgesuch, das unabhängig von einem Officialverfahren oder währenddessen eigeninitiativ gestellt wird. Denn die für die Konventionsnorm massgebliche

213 Der Sache nach wird mit der Aufrechterhaltung der Inhaftierung ohnehin tagtäglich entschieden (formfrei «verfügt»), dass die Voraussetzungen der Massnahme aus Sicht der Behörde weiterhin vorliegen und kein Rechtsanspruch auf (bedingte) Entlassung bestehe, andernfalls wären Schritte zur Beendigung des Freiheitsentzugs vorzunehmen.

214 Art. 32 Abs. 4 EG-StGB/GL.

215 Vgl. schon M. Müller, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 333 ff. zum Rechtsschutzinteresse als zentrales Kriterium für die Gewährung und Begrenzung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes.

Verfahrensdauer berechnet sich ab der Stellung des Haftentlassungsgesuchs, was bei einer prozessualen Gegenwehr gegen die im Officialverfahren ausgestellte Verfügung erst im Anschluss an das Verwaltungsverfahren geschieht.

3. Chance der Vollzugsbehörde zur direkten Gewährung der (bedingten) Entlassung in eigener Kompetenz

Bei der Festlegung des Adressaten für das Haftentlassungsgesuch könnte die Einreichung direkt beim Sachgericht erfolgen, wie es auch bei strafprozessualen gerichtlichen Verfahren grundsätzlich vorgesehen wäre. Da die Vollzugsbehörde aber ohnehin verpflichtet ist, aufgrund ihrer Zuständigkeit den Vollzugsverlauf beständig zu prüfen, kann es vereinzelt so liegen, dass schon eine Entlassung ins Auge gefasst wurde, das Haftentlassungsgesuch der Umsetzung aber zufällig zuvorgekommen ist. Es wäre zur Vermeidung unnötiger gerichtlicher Auseinandersetzungen daher wohl ratsam, zunächst der Vollzugsbehörde die Gelegenheit zu einer zügigen positiven Bescheidung zu geben, bevor das Gericht überhaupt mit der Sache befasst werden muss. Eine solche Zwischenetappe entspräche strukturell dem Prozedere, wie es bei Haftentlassungsgesuchen aus der Untersuchungshaft besteht (Art. 228 StPO). Wie dort auch wäre die Pflicht zur Weiterleitung des Gesuchs an das Gericht gesetzlich vorzugeben, damit dieser entscheidende Schritt normativ abgesichert ist, und die Bedenkfrist der Vollzugsbehörde wäre kurz zu halten. Demnach könnten also Haftentlassungsgesuche jederzeit bei der Vollzugsbehörde eingereicht werden. Diese würde das Gesuch – wenn sie dem Begehren nicht stattgibt – ohne Verzug (z. B. innert sieben Arbeitstagen) zusammen mit den Akten und allenfalls einer Stellungnahme an das erstinstanzliche Strafgericht weiterleiten (analog zu Art. 363 Abs. 1 StPO, auch wenn die Massnahme erst im Berufungsverfahren angeordnet wurde). Das Strafgericht führt ein strafprozessuales Nachverfahren durch (analog zu Art. 363 ff. StPO). Gegen dessen Entscheid wäre die Berufung vorzusehen (analog zu Art. 365 Abs. 3 StPO).

IX. Schluss

Es mag sein, dass ein verwaltungsbehördliches Haftprüfungssystem, das mit einer enormen Verkürzung von Rechtsmittel-, Vernehmlassungs- und Replikfristen operiert, mit dem Konventionsrecht noch ganz knapp vereinbar wäre. Es mag auch sein, dass die Kognition eines Verwaltungsgerichts konventionsrechtlich noch genügt, wenn es sich darauf besonnen hat, die Angemessenheit der Haftfortdauer als Rechtsfrage zu prüfen. Und es mag sogar sein, dass sich aus dem Konven-

tionsrecht kein «zwingender» Anspruch auf eine mündliche Anhörung durch das mit der Haftprüfung befasste Gericht ergibt. Aber es ist definitiv so, dass der Sinn und Zweck des europäischen Menschenrechtsschutzes in der Sicherung eines Minimalstandards besteht – nicht in der Vereinheitlichung dieses Schutzes und seiner Herabsetzung. Zu garantieren ist deshalb, dass der Verfahrensgang bei Haftentlassungsgesuchen aus dem Massnahmenvollzug in all diesen Punkten in den sicheren Bereich der Grundrechtsgewährleistung gehievt wird, Strassburg ist nur das Korrektiv. Langfristig und weitergehend wäre der Wechsel zu einem Vollzugsgerichtsmodell prüfenswert, das sich nach bald 20 Jahren Praxistest in vielerlei Hinsicht als vorzugswürdig erwiesen hat.²¹⁶ Kurzfristig gibt es speziell für den Umgang mit Haftentlassungsgesuchen der Massnahmeinsassen in einem verwaltungsbehördlichen Modell nur eine tragfähige Lösung: Die Verlagerung der Entscheidungskompetenz für Gesuchsverfahren zur Aufhebung einer freiheitsentziehenden Massnahme (mit direkter Entlassung) und zur bedingten Entlassung auf das erstinstanzliche Strafgericht, dem bereits die strafprozessualen gerichtlichen Nachverfahren anvertraut sind (vgl. Art. 363 Abs. 1 StPO). Dafür bräuchte es einen grossen Schritt vorwärts bei der Legislative in den Kantonen. Der Kanton Zürich hat vorgemacht, dass der erste Meilenstein auf dem Weg zu Gesetzesanpassungen eine umsichtige Analyse der Praxis des EGMR sein müsste, die zu der Einsicht der Reformbedürftigkeit der Haftprüfungsverfahren verhilft – und zwar auch für ein einstufiges verwaltungsinternes «Vorverfahren». Daneben müsste sich auch das Bundesgericht einen Ruck geben. Es dürfte nicht länger die Augen davor verschliessen, dass Fristüberschreitungen i. S. v. Art. 5 Ziff. 4 EMRK in Haftprüfungsverfahren zum Massnahmenvollzug keine unglücklichen Zufälle sind, sondern Symptome eines strukturellen Problems. Ein Beschwerdeführer hat es vor einigen Monaten unverblümt auf den Punkt gebracht: Die Schweiz scheint «noch immer nicht begriffen zu haben, dass der EGMR den Ländern de facto einen Haftrichter vorschreibt, wie er auch in der Westschweiz bekannt ist.»²¹⁷ Das war zwar keine «hinreichende Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Vorinstanz»²¹⁸ – aber in der Sache zutreffend.

216 Vgl. aus dem Schrifttum zu dieser Empfehlung insbesondere *Biro* (Fn. 14), 298; *Biro* (Fn. 2), 230 ff.; *Brunner* (Fn. 41), 37 f.; *Morillon/Maire* (Fn. 35), 128 ff.; *Roten* (Fn. 35), 20 ff. Der Ratschlag wurde auch im Vernehmlassungsverfahren zum «Massnahmenpaket Sanktionenvollzug» des Bundes von einigen Vernehmlassungsteilnehmern ausgesprochen, vgl. Stellungnahmen der Kantone, politischen Parteien und weiterer interessierter Organisationen, Datei vom 4. März 2021, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/verbesserungen-smv.html> (besucht am 15. 5. 2025) und darin z. B. die Stellungnahmen der DJS, Uni-BE, SAV, SKG.

217 BGer 7B_552/2024 E. 4.3.2.

218 BGer 7B_552/2024 E. 4.3.2 zur prozessualen Einordnung und «Erledigung» des Vorbringens.