

Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 28 (2010)

Artikel: Normative und tatsächliche Massnahmemöglichkeiten

Autor: Heer, Marianne

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051540>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 16.03.2025

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

Normative und tatsächliche Massnahmemöglichkeiten

MARIANNE HEER

Dr. iur., Oberrichterin, Kanton Luzern

Zusammenfassung

Die Idealvorstellung des Gesetzgebers besteht darin, im Interesse einer Durchsetzung des Schuldprinzips, gefährliche Straftäter auszusondern und für diese besondere Sanktionen vorzusehen. Dies führte zu einer massiven Reduktion der Neuansordnungen von Verwahrungen, was prima vista rechtsstaatlich denkende Strafrechtler befriedigen muss. Verkannt wird allerdings, dass solche Täter zu einem grossen Teil in Strafanstalten untergebracht werden, wo die Möglichkeiten bzw. Ressourcen für eine adäquate Behandlung zumeist fehlen oder aus anderen Gründen kein sachgerechtes Behandlungsangebot besteht. Es herrscht ein eigentlicher Vollzugsnotstand. Strafverfolgungsbehörden, die noch mehr als Gerichte dem derzeitigen politischen Druck ausgesetzt sind, nehmen Entlassungen aus Verwahrungen kaum mehr vor, wie dies schon längere Zeit thematisiert wird. Aber auch bei therapeutischen Massnahmen und übrigens auch etwa im Zusammenhang mit der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug lassen sich Mutlosigkeit und sachlich kaum gerechtfertigte zeitliche Verzögerungen beobachten, die für den Betroffenen unhaltbar sind.

Der Ruf nach mehr Sicherheit und eine Null-Risiko-Mentalität führte in der jüngeren Vergangenheit zu einer Hinterfragung der Gefährlichkeitsbeurteilung durch psychiatrische Sachverständige, was schon mehrfach Thema einer Tagung der SAK war und auch dieses Jahr wieder angesprochen werden soll. Hier waren Verbesserungen erforderlich. Professionelle Prognoseinstrumente schossen wie Pilze aus dem Boden. Immer zahlreicher sollten die entsprechenden Kriterien sein. Problematisch ist dabei, dass mit solchen modernen Instrumenten suggeriert wird, die künftige Gefährlichkeit eines Menschen lasse sich zuverlässig voraussagen. Richterinnen und Richter lassen sich aus psychologischen Gründen ebenso wie Vollzugsbehörden gerne auf eine solche Scheinsicherheit ein und übersehen die Kritik an solchen Prognoseinstrumenten nicht zuletzt auch in der forensisch-psychiatrischen Literatur. Hier hat das Bundesgericht

unlängst eingegriffen und vor einem allzu grossen Glauben an diese Hilfsmittel gewarnt.

Résumé

La conception du nouveau droit des mesures est claire: l'internement comme ultima ratio, une mesure thérapeutique en cas de succès. Cela conduirait à une évidente réduction des nouveaux prononcés d'internement, ce qui, à première vue, doit satisfaire les pénalistes soucieux de l'Etat de droit. On méconnaît, cependant, que les auteurs d'un crime qui ont besoin d'un traitement dans le cadre de l'art. 59 al. 3 CP sont, dans la plupart des cas, internés dans des établissements pénitentiaires, où les possibilités (resp. les ressources) d'un traitement approprié sont en général absentes ou où, pour d'autres raisons, une offre adéquate de traitement n'existe pas. Il y a un véritable état d'urgence en matière d'exécution. Les autorités en matière d'exécution des peines, qui sont exposées à la pression politique actuelle encore plus que les tribunaux, ne prononcent qu'à peine des levées d'internement, ce qui a déjà été thématiqué depuis longtemps. Mais, même dans le cas de mesures thérapeutiques, tout comme d'ailleurs, en ce qui a trait à la libération conditionnelle de l'exécution d'une peine, on constate un manque de courage et des hésitations qui objectivement ne se justifient qu'à peine et qui, pour ceux qui en sont touchés, sont intolérables. L'appel à une sûreté optimale et à une tolérance zéro a, dans un passé récent, mis en question l'analyse de la dangerosité par les experts en psychiatrie. Beaucoup d'instruments de pronostic ont suscité de grands espoirs. Dernièrement, le Tribunal fédéral est intervenu et a mis en garde contre une confiance exagérée dans ces instruments de travail.

1. Zum Konzept des Gesetzgebers

Die Idealvorstellung des Gesetzgebers besteht einerseits darin, Straftäter entsprechend ihrer Schuld zu bestrafen, wobei Dauer und Art des Vollzugs vom Verschulden geprägt sind. Andererseits besteht sie aber auch darin, gefährliche Straftäter zuverlässig auszusondern. Im letztgenannten Fall steht die Sicherung der Gesellschaft vor dieser Kategorie von Straftätern im Vordergrund. Diese Sicherheit soll durch Verbesserung ihrer Legalprognose mittels Behandlung oder im Extremfall mittels gesichertem

Freiheitsentzug auf unbestimmte Zeit gewährleistet werden. Dabei soll dem Behandlungsgedanken möglichst Nachachtung verschafft werden. Solange bei psychisch gestörten Straftätern eine Therapie Aussicht auf Erfolg hat, ist eine Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB ausgeschlossen. Das Bundesgericht hat sich schon sehr kurz nach Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB zu einer solchen Interpretation von Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB bekannt und dies seither immer wieder bestätigt¹. Die Praxis wird vom Gesetzgeber dazu angehalten, dem Bedürfnis nach öffentlicher Sicherheit durch Platzierung gefährlicher, aber behandelbarer Straftäter in gesicherten Einrichtungen nach Art. 59 Abs. 3 StGB Rechnung zu tragen.

2. Verlagerung von der Verwahrung auf therapeutische Massnahmen

2.1. Zur konkreten Bedeutung der Verwahrung in der heutigen Praxis

Die dargelegte Rechtslage führte zu einer *signifikanten Reduktion der Neuansordnungen von Verwahrungen nach Art. 64 Abs. 1 StGB*. Während die Zahl der neuen Verwahrungen im letzten Jahrzehnt bis auf die Ausnahme des Jahres 2006, wo ein Spitzenergebnis von 28 Anordnungen zu verzeichnen war, immer etwa stabil blieb, gingen die jährlichen neuen Verurteilungen zu einer Verwahrung von jeweils durchschnittlich 15 im Jahre 2008 abrupt auf 2 zurück. Im Gegensatz dazu erhöhte sich die Zahl der neuen Anordnungen zu einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB deutlich, während therapeutische Massnahmen in allen anderen Bereichen, insbesondere auch ambulante Behandlungen, zahlenmässig abnahmen. Es zeichnet sich also eine Verlagerung von der Verwahrung nach Art. 64 StGB auf die stationären therapeutischen Massnahmen nach Art. 59 StGB ab².

Ein gleiches Bild ergibt sich aus den vom Bundesamt für Justiz erhobenen Daten im Zusammenhang mit der übergangsrechtlichen Überprüfung von Verwahrungen durch Gerichte, die nach Einführung des Allgemeinen Teils des StGB vorzunehmen war: Bis Juni 2009 hielten von 260

¹ Vgl. etwa BGer, StrA, 19. 8. 2007, 6B_321/2007, E. 5; BGE 134 IV 315.

² Zu diesen Zahlen beachte <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/9/03/03/key/Sank/details.html>, besucht am 3. 3. 2010.

Verwahrungen psychisch gestörter Straftäter nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB nur 119 einer näheren Prüfung unter den Aspekten des neuen Rechts stand und wurden weitergeführt, während 97 davon in stationäre therapeutische Massnahmen überführt wurden. 30 der Fälle waren auch noch ein Jahr später nicht erledigt.

2.2. *Bedeutung und Inhalt der Behandlungsprognose*

Gerichte bzw. psychiatrische Sachverständige folgten dem Konzept des Gesetzgebers, wonach eine Verwahrung einzig als ultima ratio ausgesprochen werden soll³. Die grossen Bedenken gegen die Behandlungsprognose kommen offensichtlich in der Praxis zum Durchbruch. Bevor nicht konkret ein Behandlungsversuch unternommen worden und gescheitert ist, wollen psychiatrische Sachverständige dem Betroffenen nicht Unbehandelbarkeit attestieren und damit zum folgenschweren Verdikt einer Verwahrung beitragen. Dies kann unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten prima vista befriedigen. Denn der Zuverlässigkeit von Behandlungsprognosen wird in der forensisch-psychiatrischen Literatur verschiedentlich noch mehr Skepsis entgegen gebracht als dies bei der Gefährlichkeitsprognose der Fall ist⁴. Der Verlauf einer Behandlung ist von diversen Faktoren abhängig und eigentlich zum Voraus nicht absehbar. Unvorhergesehenes ist gerade im Zusammenhang mit psychischen Erkrankungen nicht selten⁵. Generell basiert eine Behandlungsprognose vorerst einmal auf einer Beurteilung der allgemeinen sowie der konkreten tatsächlichen Therapiemöglichkeiten für den Betroffenen. Zudem ist die Motivation des Betroffenen ein gewichtiger Prädiktor. Dabei ist allerdings zu beachten, dass beispielsweise bei schizophrenen, substanzabhängigen oder persönlichkeitsgestörten Tätern eine fehlende Motivation zu Beginn der Therapie geradezu typisch und damit wenig aussagekräftig ist⁶. Eine Prognose ist umso schwieriger, als sie auf eine längere Zeit hinaus gestellt werden soll. Dieser Erkenntnis hat auch das Bundesgericht Rechnung getragen. Jeden-

³ G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Bern 2006, § 12 N 15; Ch. Schwarzenegger et al., Strafrecht II, 8. Aufl., § 7, 189.

⁴ Dazu im Einzelnen BSK StGB I-Heer, Art. 64 N 88 ff., insbes. N 94 ff.

⁵ H. Schüler-Springorum, Sexualstraftäter im Massregelvollzug, MschrKrim 1996, 156.

⁶ M. Braasch, Untherapierbare Straftäter im Massregelvollzug, Diss. Mönchengladbach 2006, 359 m.w.H.; BSK StGB I-Heer, Art. 64 N 99 m.w.H.; zur Bedeutung der fehlenden Motivation bei der Anordnung der Massnahme beachte etwa BGer, KassH, 7.5.2002, 6S.69/2002, E. 1.2 und 15.9.1995, 6S.487/1995, E. 2c.

falls wollten sich die Richterinnen und Richter in Lausanne zu Recht für die Beurteilung der Frage, ob einer Behandlung Aussicht auf Erfolg zugestanden werden dürfe, in einem jüngeren Entscheid nicht auf einen bestimmten *Prognosezeitraum* bzw. auf einen solchen von bloss fünf Jahren festlegen, wie die Vorinstanz, das Zürcher Obergericht, dies getan hatte. Dieses hatte sich deshalb an die Zeitspanne von fünf Jahren gehalten, weil therapeutische Massnahme gegenüber psychisch gestörten Straftätern nach Art. 59 Abs. 4 StGB grundsätzlich höchstens so lange dauern. Nach Ablauf dieser Frist bedürfen sie einer Verlängerung durch das Gericht. Höchstrichterlich näher definiert, aber noch nicht abschliessend geklärt, ist mittlerweile die Frage, was Inhalt der Behandlungsprognose zu sein hat, d.h. auf welche Frage psychiatrische Sachverständige aus juristischer Sicht fokussiert zu sein haben. Eine schlechte Behandlungsprognose ist einerseits nicht erst bei absoluter Unbehandelbarkeit anzunehmen. Der relevante Behandlungserfolg ist andererseits auch nicht gleichzusetzen mit der Möglichkeit einer bedingten Entlassung. Vielmehr muss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit einem konkreten Fortschritt zu rechnen sein⁷. Hier lässt sich deutlich eine *behandlungsfreundliche Haltung* des Bundesgerichts entnehmen.

2.3. Die sog. „kleine“ Verwahrung nach Art. 59 Abs. 3 StGB

Unklar ist derzeit auch noch die Frage, welche Art von Massnahme diesen gefährlichen, aber therapiebedürftigen Straftätern gegenüber angeordnet wird. Entsprechende Zahlen werden vom Bundesamt präsentiert werden, sobald alle übergangsrechtlichen Überprüfungen der Verwahrungen vorliegen. Zur Auswahl stehen hauptsächlich Art. 59 Abs. 1 oder Art. 59 Abs. 3 StGB. Jeder Praktiker wird aber die Vermutung bestätigen, dass die Verwahrungen nach Art. 64 StGB zu einem grossen Teil durch gesicherte stationäre Therapien nach Art. 59 Abs. 3 StGB ersetzt werden. Wohl bedeutet auch diese Massnahme im geschlossenen Rahmen einen schweren Eingriff in die Freiheit des Betroffenen, und eine Entlassung in Freiheit wird mit Blick auf das aktuelle Sicherheitsdenken der Entscheidungsträger jedenfalls derzeit kaum einfacher zu erreichen sein als bei einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB⁸. Unterschiede ergeben sich aber bei der Ausgestaltung des Vollzugs. Während die Verwahrung nach

⁷ BGE 134 IV 315.

⁸ Beachte dazu auch die Ausführungen unten unter Ziff. 4.

neuem Recht nur noch für unbehandelbare Straftäter vorgesehen wird, ist die Massnahme nach Art. 59 Abs. 3 StGB mit einem expliziten Behandlungsauftrag verbunden. Immerhin ist festzustellen, dass in vielen Strafanstalten selbst psychisch gestörte Verwahrte in den Genuss einer Therapie kommen, wenn sie sich motiviert dafür zeigen. Auch das Therapiezentrum „im Schache“ nimmt vereinzelt Verwahrte auf. Diese werden mehr als bloss „betreut“ i.S. von Art. 64 Abs. 4 StGB, die Praxis geht also über den Auftrag des Gesetzgebers hinaus. Dies macht vorweg einmal aus menschlichen, ethischen Gründen Sinn. Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch für diese Kategorie von gefährlichen Straftätern der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Entlassung vorsieht. Realistischerweise lässt sich eine solche aber nur in Erwägung ziehen, wenn der Betroffene im Rahmen einer Therapie zuvor beobachtet werden konnte. Eine günstige Legalprognose muss sich auf entsprechende Erkenntnisse sowie auf dessen Bewährung im Rahmen von Lockerungen, die wiederum zur Therapie gehören, stützen können.

2.4. *Zur Problematik der Nachverfahren nach dem Scheitern einer Therapie*

Der Trend ist also klar: Verwahrungen werden durch gesicherte, therapeutische Massnahmen zurückgedrängt. Allerdings ist in dieser Entwicklung – entgegen dem ersten Eindruck – nicht zwingend eine Verbesserung der Situation für die Betroffenen zu sehen. Auf die entsprechende Entwicklung der Entlassungspraxis zu dieser Massnahme ist bereits hingewiesen worden⁹. Überdies ist zu befürchten, dass ein grosser Teil dieser therapiebedürftigen Straftäter sich nach Ablauf der 5-Jahresfrist gemäss Art. 59 Abs. 4 StGB im Rahmen der gerichtlichen Prüfung einer Verlängerung der Massnahme mit der Situation konfrontiert sehen, dass die therapeutische Massnahme in eine Verwahrung umgewandelt wird.

Auch Entscheide in solchen Nachverfahren haben zwar in allen Teilen rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen. Solche Entscheide haben sich, wie praktisch alle gerichtliche Anordnungen im Massnahmenrecht, ebenfalls auf aktuelle psychiatrische Gutachten zu stützen¹⁰. Dennoch kommt *solchen Verfahren nicht das gleiche Gewicht* zu, wie dies bei einer umfassenden Beurteilung der Anklage der Fall ist: Erstens sind sie grund-

⁹ Vgl. oben Ziff. 2.4.

¹⁰ BGE 134 IV 254.

sätzlich schriftlich zu führen und dies wird auch nach Inkrafttreten der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung so bleiben. Zweitens kommen weder der Anspruch auf rechtliches Gehör noch derjenige auf eine Verbeiständung durch einen Verteidiger im gleichem Ausmass zum Tragen wie im Hauptverfahren. Drittens ist die Fragestellung in diesem Verfahren sehr eingeschränkt, was naturgemäss auch dazu führt, dass Richterinnen und Richter sich nicht mehr umfassend mit der Person des Straftäters und seiner Delinquenz auseinandersetzen. Diese nachträglichen Verfahren werden überdies regelmässig vom Misserfolg einer Therapie überschattet, was bei Entscheidungsträgern weder Verständnis noch die Bereitschaft zu Zugeständnissen weckt. Entsprechend schnell wird über den betroffenen Straftäter der „Stab gebrochen“. Dies ist umso unbefriedigender, als sich der Angeklagte und sein Verteidiger zuvor im Verfahren zur Hauptsache vielleicht allzu schnell mit dem Prozessergebnis abgefunden hatten, froh darüber, dass es nicht zur Anordnung einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB gekommen ist. Unter Umständen wurde dabei aber die Situation, zu welcher die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 Abs. 3 StGB führen sollte, zweifellos unterschätzt.

Regelmässig ist ein Behandlungsversuch vor einer drohenden Verwahrung nur dann von Erfolg gekrönt und auch sinnvoll, wenn dem Betroffenen tatsächlich eine adäquate Behandlung ermöglicht wird. Dass daran mit Blick auf die beschränkten finanziellen Ressourcen einerseits und grundsätzlich bei gewissen Krankheitsbildern andererseits zu zweifeln ist, wird nachfolgend an Beispielen aufzuzeigen sein¹¹. Welche Tücken in der sog. „kleinen Verwahrung“ nach Art. 59 Abs. 3 StGB stecken, wird in der Praxis derzeit wohl noch in weiten Teilen verkannt. Es besteht im Massnahmenrecht – diesbezüglich kann man das Ergebnis dieser Darstellung bereits vorwegnehmen – eine *grosse Diskrepanz zwischen Konzept und Vollzugsrealität*. Es fehlen nach profunden Schätzungen derzeit in der Schweiz ca. 200 gesicherte Therapieplätze¹². Das hat zur Folge, dass die therapiebedürftigen gefährlichen Straftäter hauptsächlich in Strafanstalten untergebracht werden, wo ihren Bedürfnissen oft nicht ausreichend Rechnung getragen werden kann. Während unter dem Regime des alten Rechts nach dem Willen des Gesetzgebers der Aufenthalt eines psychisch gestör-

¹¹ Dazu die Ausführungen unten Ziff. 3.

¹² B. Brägger, Das neue Massnahmerecht der Schweiz: Gesetzgeberisches Wunschenken im Spiegel der nüchternen Vollzugsrealität, Referat an der Tagung "Menschen hinter Gittern: Vom notwendigen Risiko sozialer Integration" der Friedrich-Ebert Stiftung vom 30. 4. 2010 in Berlin.

ten, behandlungsbedürftigen Straftäters noch die Ausnahme darstellen sollte, bietet der Gesetzgeber mit der Formulierung gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB seit 2006 Hand zu einem solchen Szenario unter sehr erleichterten Voraussetzungen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes bedarf es bloss der Gefahr einer künftigen, nicht spezifizierten Delinquenz oder einer in keiner Weise konkretisierten Fluchtgefahr, um einen Betroffenen statt in einer Klinik oder einem Massnahmenzentrum in einer Strafanstalt unterzubringen (vgl. Art. 59 Abs. 3 StGB).

Die prekäre Vollzugssituation ruft nach Konsequenzen. Auf der Hand liegen die Schaffung neuer Einrichtungen und qualitative Verbesserungen innerhalb der bestehenden Institutionen. Entsprechende finanzielle Mittel werden sich in der derzeitigen schwierigen Situation nur sehr beschränkt aufbringen lassen, obwohl entsprechende Bemühungen auf verschiedenen Ebenen nicht verkannt werden. Unter diesen Umständen ist es angezeigt, dass Gerichte bzw. psychiatrischen Sachverständige vermehrt die *Frage der tatsächlichen Notwendigkeit von Massnahmen thematisieren*. Nicht selten werden in der Praxis therapeutische Massnahmen zu leichtfertig empfohlen und angeordnet. Dies gilt nicht zuletzt für ambulante Behandlungen. Gerade bei den letztgenannten Massnahmen kann aber schnell einmal etwas nicht richtig laufen, es kann dabei in einer – unter Umständen nur vorübergehenden – negativen Phase zu Überreaktionen der Entscheidungsträger kommen, die zu einem stationären Aufenthalt des Betroffenen führen, der eigentlich nicht wirklich indiziert ist. Im anschließenden Nachverfahren aber ist, wie soeben ausgeführt, das Engagement der Gerichte und wohl auch der Sachverständigen deutlich kleiner als im Verfahren in der Hauptsache¹³.

3. Vollzug von Massnahmen nach Art. 59 Abs. 3 StGB in Gefängnissen

3.1. Grundsätzliches

Eine Therapie in einem Gefängnis muss nicht zwingend schlecht sein. Es bedarf hier aber, abgesehen von gewissen Sonderfällen, einschneidender qualitativer Verbesserungen. Die Frage nach der sachgerechten Behandlung innerhalb der Gefängnismauern wird allerdings sehr kontrovers diskutiert. Auf die verschiedenen Argumente näher einzugehen, würde den

¹³ Dazu oben Ziff. 2.4.

vorliegenden Rahmen sprengen¹⁴. Immerhin ist klar erkennbar, dass die Ressourcen für eine sachgemässe Behandlung in schweizerischen Gefängnissen zu einem grossen Teil fehlen. Die notwendige Therapie kann aus diesen Gründen oft nicht oder jedenfalls nicht im erforderlichen Ausmass angeboten werden. So werden dann zwar Massnahmen ausgesprochen, diese aber wie eine Strafe vollzogen¹⁵. Dass eine solche Behandlung oft wenig erfolgreich ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Ausserdem widerspricht ein solcher Vollzug dem Konzept des Gesetzgebers zum Sanktionenrecht. Das dualistisch-vikariierende System wurde weder in der Literatur noch anlässlich der Revision des AT StGB je in Frage gestellt. Ein solcher Vollzug verletzt überdies Art. 58 Abs. 2 StGB. Dabei wird schliesslich auch ausser Acht gelassen, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte Straftäter mit einer schweren psychischen Störung in einer Klinik untergebracht werden müssen, die ausreichend ausgerüstet ist und über geeignetes Personal verfügt¹⁶. Ohne hier auf die grundsätzlichen Vor- und Nachteile einer Therapie innerhalb der Gefängnisse eingehen zu wollen, sind aber nachfolgend immerhin anhand zweier besonderer Beispiele kritische Bemerkungen zum Vollzug angebracht.

3.1.1. Straftäter mit einer Persönlichkeitsstörung

Im Straf- und Massnahmenvollzug trifft man zu einem gewichtigen Teil auf Straftäter mit einer Persönlichkeitsstörung. Dieses Krankheitsbild ist sehr komplex. So sind beispielsweise Persönlichkeitsstörungen stark kontextabhängig. Sie können je nach Lebenssituation oder sozialen Bezügen zum Tragen kommen oder nicht¹⁷. Dass das Klima, das in einem Gefängnis naturgemäss herrscht, einer Bewährung solcher psychisch gestörter Insassen nicht gerade förderlich ist, lässt sich auch von psychiatrischen Laien nachvollziehen. Mit Blick auf die besondere Problematik von persönlichkeitsgestörten Insassen sind Konflikte und Aggressionen dem Strafvollzug geradezu immanent. Dort finden Menschen mit einem problematischen psychischen Zustand überdurchschnittlich häufig ein gleiches Gegenüber vor. Es kommt zu Streitigkeiten mit anderen Insassen. Inter-

¹⁴ Weiterführend dazu etwa BSK StGB I-Heer, Art. 58 N 4 ff. und Art. 59 N 111 ff.

¹⁵ Beachte auch unten die Ausführungen unter Ziff. 7.

¹⁶ EGMR, *Rivière c. Frankreich*, 11. 10. 2006, 33834/03; BSK StGB I-Heer, 2007, Art. 59 N 109 mit weiteren Beispielen aus der Praxis zu Art. 5 EMRK.

¹⁷ Beachte dazu die eingehenderen Ausführungen unten Ziff. 5.1.

ventionen von Vollzugsverantwortlichen lösen zwangsläufig problematische Reaktionen der betroffenen Insassen aus, was wiederum zu deren negativer Bewertung führt. Eine Behandlung wird vor diesem Hintergrund dann alsbald einmal als gescheitert erachtet. Die Konsequenzen sind absehbar. Eine Umwandlung der therapeutischen Massnahme in eine Verwahrung i.S. von Art. 64c Abs. 4 StGB ist eine praktisch unausweichliche Folge solcher Phänomene, ohne dass eine Chance auf eine adäquate Therapie in einem ruhigen, geordneten Rahmen, in welchem in genügender Anzahl vorhandene Betreuer mit ausreichender fachlicher Ausbildung tätig sind, je bestand. Solche *therapeutische „Ehrenrunden“* sind nicht nur unbefriedigend für alle Beteiligten, sie nehmen auch unnötig Ressourcen in Anspruch, die dadurch anderen vorenthalten sind.

3.1.2. Schizophrene Straftäter

In der forensischen Psychiatrie ist die Tatsache anerkannt, dass eine erfolgreiche Behandlung dieses Krankheitsbildes frühzeitiger und sachgemässer psychiatrischer Interventionen bedarf. Die Dauer der unbehandelten Psychose wirkt sich sehr ungünstig auf deren Langzeitverlauf aus¹⁸. Hinzu kommt das Phänomen, dass Komorbidität bei Schizophrenen nicht selten ist. Entsprechend ist hier eine intensive, multidimensionale Therapie indiziert. Neben einer pharmakologischen Behandlung ist auch eine Fokussierung auf dissoziale Persönlichkeitsmerkmale und Substanzmissbrauch, die bei schizophrenen Straftätern nicht selten vorliegen¹⁹, angezeigt²⁰. Auf die *unzureichende Versorgungslage* in Gefängnissen wurde bereits hingewiesen. Diese wirkt sich bei schizophrenen Straftätern besonders fatal aus. Problematisch ist auch der äusserst negative Effekt des Drogenkonsums bei Schizophrenen. Trotz umfassender Bemühungen lassen sich aber bei realistischer Betrachtungsweise Drogen aus Strafanstalten nicht wegdenken. Nur am Rande und der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf die äusserst negativen Auswirkungen der Tatsache hingewiesen, dass schizophrene Straftäter oft eine unverantwortbar lange

¹⁸ R. Müller-Isberner/U. Venzlaff, Schizophrenie, schizoaffektive und wahnhaftige Störungen, in: K. Foerster/H. Dressing (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 5. Aufl. 2009, 172.

¹⁹ N. Leygraf, Die Begutachtung der Gefährlichkeitsprognose in: K. Foerster/H. Dressing (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 5. Aufl. 2009, 493.

²⁰ R. Müller-Isberner/U. Venzlaff (Fn 11), 179.

Zeit unbehandelt in der Untersuchungshaft bzw. in Untersuchungsgefängnissen verweilen, bis ein rechtskräftiges Urteil vorliegt.

4. Zur Praxis der Entlassung aus Massnahmen

Dass verwahrte Straftäter aus dieser sichernden Massnahme kaum mehr entlassen werden, ist hinlänglich bekannt und wurde auch an Tagungen der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie verschiedentlich schon thematisiert. Das Bundesamt für Statistik weist die entsprechenden Zahlen aus. Entlassungen in die Freiheit kommen nur selten vereinzelt vor²¹. Es herrscht in der Justiz bzw. im Straf- und Massnahmenvollzug generell ein ausserordentlich schwieriges rechtspolitisches Klima, in welchem es zu keiner auch noch so kleinen Panne kommen darf. Zwischenfälle im Vollzug werden medial in einer Weise hochgespielt, die in keinem Verhältnis zur effektiven Bedrohungslage durch gefährliche Straftäter steht. Es herrscht eine sog. "Vollkaskomentalität", wie Regierungsrat Notter in Zürich dies einmal ausdrückte. Und Politiker vermitteln den Eindruck, das Fortkommen oder die Sicherheit der ganzen Nation hänge davon ab, dass nicht ein einziger Straftäter rückfällig werde. Vor diesem Hintergrund sind Vollzugsbehörden und teilweise auch psychiatrische Sachverständige repressiver geworden. Sie wirken teilweise geradezu traumatisiert und sind in dieser Situation *wenig entscheidungsfreundlich*. Im Zusammenhang mit Verwahrungen ist dieses Phänomen nicht neu. Bemerkenswert ist aber, dass sich dies auch bei therapeutischen Massnahmen auswirkt. Diese dauern tendenziell immer länger und Sachverständige bzw. Vollzugsbehörden zeigen vermehrt auch hier Skrupel, von einer günstigen Entlassungsprognose auszugehen. Statt jeden Fall einzeln zu beurteilen, wirken sich politisch geprägte, globale Regelungen, die dem konkreten Einzelfall kaum gerecht werden können, hemmend auf die Praxis zu Lockerungen oder Entlassungen aus²². Die Zurückhaltung ist oft

²¹ http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/05/key/vollzug_von_sanktionen/verwahrungen.html, besucht am 3. 3.2010.

²² Sehr eindrücklich ist ein Beispiel aus Zürich, das sich anlässlich der Konferenz der Gefängnisseelsorgerinnen und Gefängnisseelsorger vom 13. November 2008 zeigte. Damals berichtete ein Verwahrter über seine Situation: Er war anfangs der 90er Jahre wegen Vergewaltigung verurteilt worden – nota bene sprach die erste Instanz eine nicht einmal so lange Freiheitsstrafe aus – und die Verwahrung wurde erst nach dem aufsehenerregenden Mord eines Rückfalltäters am Zollikerberg 1993 durch die zweite Instanz ausgesprochen. Er zeigte auf, dass er bereits während mehrerer Jahre in den

sachlich kaum nachvollziehbar. Vollzugsbehörden rufen in diesem Zusammenhang zu *ihrer eigenen Absicherung* zu häufig die Fachkommission an, sobald ein Anlassdelikt nach Art. 64 Abs. 1 StGB begangen worden ist. Diese Kommission soll nach dem Konzept des Gesetzgebers beratend mitwirken, wenn sich die Frage der Gemeingefährlichkeit des Betroffenen nicht eindeutig beantworten lässt. Die Regelung von Art. 75a StGB überlässt diesen Entscheidungsträgern einen grossen Ermessensspielraum. In der Praxis lässt sich erkennen, dass Vollzugsbehörden sich hier wenig mutig zeigen und Verantwortung sowie letztlich Entscheidungskompetenzen delegieren. Damit wird aber der Entscheidungsprozess schwerfällig, das System ist mittlerweile total überlastet. Obwohl dies nicht zum vorgegebenen Thema gehört, ist doch der Hinweis interessant, dass Vollzugsbehörden die Fachkommissionen vermehrt selbst bei der Beurteilung einer bedingten Entlassung des Betroffenen aus dem Strafvollzug ansprechen. Dies geschieht häufig sogar in Fällen, in welchen eine Gefährlichkeit des Betroffenen zuvor nie zur Diskussion gestanden und entsprechend auch keine Massnahme angeordnet worden war. Durch diese Vorkehren wird eine bedingte Entlassung gelegentlich faktisch obsolet, was klar dem Konzept des Gesetzgebers zum Strafvollzug widerspricht. Die Begrüssung der Fachkommission erfolgt naturgemäss erst gegen Ende des Vollzugs, meistens also sehr spät. Die fragliche Verlängerung des Entscheidungsprozesses sowie der damit verbundene Unmut und die Unzufriedenheit des Betroffenen sind nicht zuletzt auch dessen Resozialisierung wenig förderlich. Ein sachlich nicht mehr gerechtfertigter Freiheitsentzug ist schliesslich aus juristischer Sicht absolut unhaltbar.

Genuss von Vollzugsöffnungen gekommen war. So war er während längerer Zeit bereits klaglos extern einer Arbeit nachgegangen und hatte im Wohnexternat gelebt. Eine seit zehn Jahren stabile Beziehung zu einer Frau war unter anderem Grundlage für eine günstige Entlassungsprognose. Statt erwartungsgemäss demnächst in die vollständige Freiheit entlassen zu werden, fand sich dieser Verwahrte unvermittelt wieder im geschlossenen Strafvollzug in der Strafanstalt Pöschwies wieder. Der Direktor der Strafanstalt Pöschwies Ueli Graf und andere Vollzugsverantwortliche bestätigten auf eindringliche Nachfrage hin, dass der Betroffene selbst keinerlei Anlass für diese Situation gab. Ursache der plötzlichen Verweigerung von Vollzugsöffnungen und der bedingten Entlassung war vielmehr eine Reaktion auf eine entsprechende regierungsrätliche Weisung, die schlicht für sämtliche Strafgefangene bzw. Adressaten einer sichernden Massnahme ungeachtet einer Prüfung ihrer konkreten Situation galt. Sie war im Nachgang zum sog. Taximord, der medial als Justizskandal dargestellt worden war, ergangen.

5. Kritische Bemerkungen zu einzelnen Voraussetzungen einer therapeutischen Massnahme

Im Zusammenhang mit der Forderung, die Erforderlichkeit von Massnahmen vertiefter zu prüfen, dürfen die Methoden der psychiatrischen Diagnose und die Methoden einer Risikobeurteilung nicht unerwähnt bleiben.

5.1. Diagnose einer Persönlichkeitsstörung

Was sich psychiatrische Laien häufig zu wenig bewusst sind, in der forensisch-psychiatrischen Literatur aber verschiedentlich thematisiert wird, ist die folgende Tatsache: Die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung ist nicht das Ergebnis einer exakten Wissenschaft, sondern *beruht auf Wertungen des psychiatrischen Sachverständigen*. Entsprechend unklar und wenig nachvollziehbar sind denn gelegentlich auch solche Erkenntnisse. Nicht selten differieren solche Befunde unterschiedlicher Experten deutlich. Ebenso wie die Rechtswissenschaft ist die Psychiatrie eine Grenzwissenschaft zwischen Natur- und Geisteswissenschaft. Beide Disziplinen verfolgen wesentlich soziale Ziele und beide wandeln sich mit der Zeit entsprechend den sozialen Veränderungen²³. Gutachten enthalten also auch soziale Wertungen und sind somit vom Menschenbild und der Weltanschauung des jeweiligen Verfassers geprägt²⁴. Stossend ist der grosse Ermessensspielraum der Sachverständigen bei der Diagnose einer Persönlichkeitsstörung nicht in denjenigen Fällen, in denen auf eine langjährige Geschichte des Exploranden zurückgeblickt werden kann und Beobachtungen von Fachleuten über längere Zeit deutliche Ergebnisse aufzeigen. Bedenken weckt diese Situation aber beispielsweise in Fällen von relativ jungen Straftätern, die eine weniger aussagekräftige Vergangenheit aufweisen, bei Ersttätern oder bei Exploranden, die bisher noch nie einer Behandlung unterzogen worden sind.

²³ M. Graf/M. Eichhorn, Werden psychiatrische Patienten zunehmend kriminalisiert, um für sie die Behandlungsmöglichkeiten zu schaffen?, in: Psychiat Prax 2003, 105.

²⁴ W. Rasch, Forensische Psychiatrie, Stuttgart 1999, 372; P. Albrecht, Die richterliche Anordnung einer Verwahrung gem. Art. 64 nStGB – ein verantwortbares Risiko?, in: Th. Sutter-Somm et al. (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 584; R. Furger, Aufgaben, Möglichkeiten und Grenzen der Psychiatrie im Strafverfahren, AJP 1992, 1120–1126 (zit. Furger, AJP 1992), 1121.

Lehre und Rechtsprechung sind seit langem damit beschäftigt, das Störungsbild der Persönlichkeitsstörung näher zu erfassen und vor allem von den – rechtlich jedenfalls – nicht relevanten, blossen Auffälligkeiten oder akzentuierten Persönlichkeitszügen zu unterscheiden. *Abgrenzungsschwierigkeiten* sind hier evident. Die Zuordnung zu einem juristischen Krankheitsbegriff ist darüber hinaus sehr schwierig, stellt geradezu eine Gratwanderung dar²⁵. Bezeichnenderweise wird nach der Gerichtspraxis des Deutschen Bundesgerichtshofes im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der nachträglichen Verwahrung nach § 66 b D-StGB der Diagnose einer Persönlichkeitsstörung die Bedeutung einer neuen Tatsache abgesprochen. Demnach handelt es sich hier vielmehr um eine Bewertung verschiedener Anknüpfungstatsachen²⁶. Das gleiche muss auch bei der strafprozessualen Wiederaufnahme nach Art. 410 StPO gelten²⁷. Es bedarf für die Anordnung einer Massnahme einer gewissen Schwere der Störung. Um die letztgenannte Voraussetzung für eine Massnahme wurde zwar anlässlich der parlamentarischen Beratungen zum AT StGB hart gerungen, sie geht indessen im Gerichtsalltag oft vergessen. Es ist mit Nachdruck an dieser strengen Voraussetzung für die Anordnung einer Massnahme festzuhalten, geht es doch hier um einen schweren Eingriff in die Freiheitsrechte eines Straftäters, der nicht selten das schuldangemessene Mass überschreitet.

Zur Diagnose einer Persönlichkeitsstörung etabliert hat sich in der Praxis das von HARE entwickelte Diagnoseinstrument PCL-R. Die 20 Kriterien werden je mit Punkten von 0 bis 2 bewertet, ab 30 negativen Punkten wird eine Psychopathy oder Persönlichkeitsstörung als gegeben erachtet, wobei der Schwellenwert für europäische Verhältnisse auf 24 Punkte hinuntergesetzt wird. Bemerkenswert ist, dass eine solch hohe Punktezahl nicht nur eine Diagnose einer Persönlichkeitsstörung ergibt, sondern auch Schlüsse auf ein hohes Rückfallrisiko ziehen lässt. Die Check-Liste hat entsprechend Eingang in verschiedene Prognoseinstrumente gefunden²⁸. So sehr ein nachvollziehbares Konzept einer Persönlichkeitsstörung zu begrüssen wäre, so sehr lässt der Inhalt dieser Kriterien aufhorchen. Attribute wie „trickreicher-sprachgewandter Blender mit oberflächlichem Charme“, „oberflächliche Gefühle“, „mangelnde Bereitschaft, Verantwortung für das eigene Handeln zu übernehmen“, „Verant-

²⁵ N. Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, Stuttgart, New York 2007, 157.

²⁶ BGH 5 StR 585/05 vom 22.2.2006, 13, E. 2. bb.

²⁷ BSK StPO-Heer, Art. 410, im Druck.

²⁸ Nedopil, (Fn 25), 182 f.

wortungslosigkeit“, „viele kurze eheähnliche Beziehungen“, „parasitärer Lebensstil“ etc. lassen viel Raum dafür, Wertvorstellungen und persönliche Hintergründe des Sachverständigen einfließen zu lassen. Daneben wird in der psychiatrischen Wissenschaft davor gewarnt, dass die Auswertungsregeln kompliziert und hier mangels einer besonderen Ausbildung der Sachverständigen *Fehleinschätzungen häufig* sind²⁹. Dass sich Gerichte dessen bewusst sind und eine entsprechende Fachkompetenz des Sachverständigen sicherstellen bzw. Einschätzungen des Sachverständigen hinterfragen, lässt sich in der Praxis kaum beobachten³⁰. Dies ist nicht einmal dann der Fall, wenn frühere Gutachten oder Krankengeschichten aus einem anderen Zusammenhang zu ganz anderen Ergebnissen kommen, was nicht selten der Fall ist.

Wie bereits erwähnt, ergibt sich die *Komplexität der Beurteilung von Persönlichkeitsstörungen* schliesslich nicht zuletzt daraus, dass hier neben einem lebensgeschichtlichen Hintergrund auch situative Fluktuationen und Schwankungen im Wechselspiel mit Krisen und Konflikten eine Rolle spielen können. Persönlichkeitsstörungen sind stark kontextabhängig. Sie können je nach Lebenssituation oder sozialen Bezügen zum Tragen kommen oder nicht. Weiter wird darauf hingewiesen, dass Persönlichkeitsstörungen als Folge einer wechselseitigen Reaktion auf das Verhalten des jeweils anderen in Erscheinung treten können. Sie stellen ein Pendant zu sog. Interaktionsstörungen oder gar Persönlichkeitsstörungen anderer dar³¹. Psychiatrische Feststellungen sind daher gelegentlich sehr schwer nachvollziehbar³².

Im Interesse einer möglichst objektiven Beurteilung werden in der forensisch-psychiatrischen Literatur Fachkollegen zur Sorgfalt angehalten sowie daran erinnert, dass sich die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung auf zahlreiche und unterschiedliche Informationsquellen stützen muss. Insbesondere müssen die für diese Krankheit typischen, verschiedenen Besonderheiten des Verhaltens bis in die Adoleszenz zurückverfolgbar

²⁹ Nedopil, (Fn 25), 82 f.

³⁰ Nur am Rande sei die Beobachtung eines psychiatrischen Laien noch angeführt: Es fällt auf, dass sich verschiedene Kriterien inhaltlich nicht stark unterscheiden und sich auch mit dem deliktischen Verhalten selbst decken. Solche Doppelverwertungen widerstreben Angehörigen der Justiz.

³¹ H. Kury, Herausforderung an die Sozialtherapie: Persönlichkeitsgestörte Straftäter, in: G. Rehn et al. (Hrsg.), *Behandlung «gefährlicher Straftäter»*, Herbolzheim 2001, 67.

³² Nedopil, (Fn 25), 157.

und in verschiedenen Lebensbereichen erkennbar sein³³. Auf einer solchen *Breite des Beurteilungsspektrums* müssen juristische Entscheidungsträger bestehen. Leider findet sich im Gegensatz dazu häufig die unbeanstandete Praxis, dass vorwiegend auf die Phase des deliktischen Verhaltens abgestellt wird, was einen unzulässigen Zirkelschluss darstellt und zu nicht ausreichend aussagekräftigen Ergebnissen führen kann. Es gilt als Kunstfehler, die Persönlichkeit des Exploranden ausschliesslich aus der Tat abzuleiten³⁴.

5.2. *Beurteilung der Gefährlichkeit*

Seit die Problematik der gefährlichen Straftäter und die Verwahrung breite Kreise in Justiz und Öffentlichkeit in verstärktem Mass beschäftigen, wird auch die Zuverlässigkeit der Risikoeinschätzung immer wieder, und dies zu Recht, in Frage gestellt. Die entsprechenden methodischen Grundprobleme wurden in der jüngeren Vergangenheit ausreichend thematisiert. Folge dieser Diskussion war die Ausarbeitung unzähliger neuer Prognoseinstrumente im deutschsprachigen und dann vor allem auch im angelsächsischen Raum. Mit gut klingenden Titeln und viel versprechenden Kriterien wurde bei juristischen Entscheidungsträgern die Hoffnung geweckt, die Probleme übersehen zu können und in den Griff zu bekommen. Das jüngste Produkt stellt das FOTRES (Forensisch Operationalisiertes Therapie-Risiko-Evaluationssystem) von Frank Urbaniok dar, wo mit über 700 Items der Eindruck erweckt wird, es könne nun alles abgedeckt und künftiges Verhalten entsprechend voraussehbar gemacht werden. Es wird nicht unterstellt, dass die Verfasser solcher Kriterienkataloge selbst dies vorgaukeln wollten. Was aber einigermaßen erstaunt, ist die Tatsache, dass selbst in Kreisen der forensisch-psychiatrischen Wissenschaft *einschneidende Mängel der verschiedenen neueren Prognoseinstrumente* aufgezeigt werden. Dies trifft übrigens nicht nur auf einzelne „Rufer in der Wüste“ zu. Dies wird in breiten Kreisen aber geflissentlich überhört. Insbesondere stellen juristische Entscheidungsträger, die sich aus psychologischen Gründen gerne mit einer Scheinsicherheit begnügen, diese Flucht in solche Prognoseinstrumente wohl kaum fest und schon gar nicht in Frage. Auch hier findet sich also eine Diskrepanz zwischen der Ideal-

³³ H. Dressing, Persönlichkeitsstörungen, in: K. Venzlaff/H. Dressing (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2009, 310 f.

³⁴ K. Foerster/H. Dressing, Fehlermöglichkeiten beim psychiatrischen Gutachten, in: K. Venzlaff/H. Dressing (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, München 2009, 60.

vorstellung von klaren, wissenschaftlich untermauerten Verhältnissen und der Wirklichkeit des tatsächlich Machbaren.

Das Bundesgericht hat korrigierend eingegriffen und im Zusammenhang mit FOTRES klar einer Überbewertung der gebräuchlichen Prognosemethoden, insbesondere der statistischen Prognoseinstrumente, entgegen gewirkt. Über die Anwendung derartiger Instrumente hinaus soll es zusätzlich einer differenzierten Einzelfallanalyse durch einen Sachverständigen bedürfen. Das Bundesgericht betonte, jedes Instrument könne nur ein Hilfsmittel sein, um die Fähigkeiten der Prognosebeurteilung eines Untersuchers zu entwickeln, zu fördern und in die Form eines transparenten und nachvollziehbaren Entscheidungsgangs zu bringen. Es sei aber nicht in der Lage, die persönliche Beurteilungskompetenz des Untersuchers zu ersetzen³⁵. Somit hängt die Qualität der Risikoeinschätzung auch bei Anwendung von Prognoseinstrumenten letztlich *in erster Linie von der Erfahrung und Kompetenz des konkreten Sachverständigen* ab. Diese Erkenntnis führt uns dazu, dass bei den Anforderungen an die Fachkompetenz dieser Experten keine Abstriche gemacht werden dürfen.

6. Weitere Diskrepanzen zwischen Normativem und Tatsächlichem

Zum Schluss sei noch auf zwei weitere Beispiele von Unzulänglichkeiten im Massnahmenrecht hingewiesen. Angesprochen werden soll hier eine Inkongruenz zwischen gesetzgeberischen Vorgaben und der rechtlichen Machbarkeit. In einer Zeit, in der sich jede Bürgerin und jeder Bürger dazu berufen fühlt, zu strafrechtlichen Inhalten Stellung zu nehmen und die Gesetzgebung am Stammtisch ausgearbeitet wird, erstaunt es nicht, dass immer mehr Regelungen Eingang ins Strafgesetzbuch finden, die sich rechtlich nicht halten lassen.

6.1. Lebenslange Verwahrung

Die heftige Diskussion um die sog. lebenslange Verwahrung nach Art. 123a BV bleibt nachhaltig in Erinnerung. Nur mit allergrösster Mühe liess sich der Initiativtext auf Gesetzesebene einigermaßen EMRK-konform umsetzen und Fachleute sind der Überzeugung, dass die nach wie vor

³⁵ BGer, StrA, 9. 4. 2008, 6B_772/2008, E. 4.

bestehende, faktische Unmöglichkeit der Entlassung eines auf der Grundlage von Art. 64 Abs. 1 bis StGB Verwahrten in die Freiheit, einer *näheren Prüfung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht standhalten* wird. Es bleibt die Hoffnung, dass es gar nicht zur Anordnung solcher Verwahrungen kommt, die mit Blick auf die derzeitige Praxis zur „ordentlichen“ Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB berechtigt ist. Eine Notwendigkeit, zu diesem drakonischen Mittel zu greifen, besteht bekanntlich angesichts der Entlassungspraxis, wie sie bereits im Zusammenhang mit der ordentlichen Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB besteht, nicht. Und groteskerweise sind ja die Anordnungsvoraussetzungen für eine lebenslange Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 bis StGB noch bedeutend strenger als diejenigen bei der „ordentlichen“ Verwahrung. Ob dies dem Willen der Initiantinnen und des Stimmvolkes entsprochen hat bzw. sich die entsprechenden Akteure dessen bewusst waren, mag bezweifelt werden, erstaunt aber angesichts der Irrationalität des Abstimmungskampfes nicht weiter.

6.2. *Nachträgliche Verwahrung*

Im Zuge der Nachbesserungen zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB führte der Gesetzgeber in einer populistischen Aktion und ohne vertiefte rechtliche Reflexion die Möglichkeit einer nachträglichen Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB ein. Dass es einem Bedürfnis entsprechen kann, Straftäter mit einer zeitigen Freiheitsstrafe nicht in Freiheit entlassen zu müssen, wenn sie sich im Vollzug als gefährlich erweisen, soll hier nicht in Frage gestellt werden. Aber diesem Anliegen kann aus rechtlichen Gründen nicht entsprochen werden. In einem Rechtsstaat, wo auf die Rechtskraft von Urteilen vertraut werden darf und wo strafrechtliche Sanktionen unmittelbar auf einer Straftat und nicht auf irgendeinem späteren, negativen Verhalten des Betroffenen basieren müssen, sind solche *nachträgliche Reaktionen nicht oder höchstens in eingeschränktem Rahmen zulässig*. Für die sog. echte nachträgliche Verwahrung, wie sie in Deutschland möglich ist, wird dies in Fachkreisen nicht bezweifelt. Dort sollen nach der Intention des Gesetzgebers Tatsachen im Verlauf des Strafvollzugs, d.h. beispielsweise eine Therapieverweigerung oder renitentes Verhalten gegenüber Betreuern und Insassen, Anlass für einen Wechsel von einer blossen Strafe zu einer Sicherungsverwahrung geben können. Das kann nicht angehen. Aus diesen rechtlichen Gründen hat der schweizerische Gesetzgeber denn auch Art. 65 Abs. 2 StGB als strafpro-

zessuale Wiederaufnahme zu Ungunsten des Betroffenen ausgestaltet. Dies ist rechtlich zulässig, war aber wohl kaum im Visier der Protagonisten dieser Gesetzesänderung von Art. 65 Abs. 2 StGB. Demnach können nur Tatsachen, die zum Urteilszeitpunkt bereits bestanden, damals aber übersehen wurden, oder neue Gutachten Grundlage für eine nachträgliche Verwahrung darstellen. Heute werden die Voraussetzungen von Verwahrungen sorgfältig abgeklärt und Szenarien, bei welchem eine psychische Störung oder eine verwahrungsrechtlich relevante Gefährlichkeit des Betroffenen im gerichtlichen Verfahren zur Sache übersehen wurde, ist kaum mehr vorstellbar. Was aber noch viel klarer dafür spricht, dass eine solche nachträgliche Verwahrung aus rechtlichen Gründen gar nie zum Tragen kommen kann, ist die Feststellung, dass sowohl die Gefährlichkeit eines Straftäters wie auch die psychische Krankheit einer Persönlichkeitsstörung, wie sie in solchen Fällen zumeist zur Diskussion stehen wird, revisionsrechtlich keine Tatsache darstelle. Es geht hier um Bewertungen, die nach der unbestrittenen Praxis zum Strafprozessrecht, gerade nicht zu einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens und damit zur späteren Anordnung einer Verwahrung i.S. von Art. 65 Abs. 2 StGB führen können³⁶. Wie sich die Praxis zum Revisionsgrund des neuen Gutachtens entwickeln wird, bleibt abzuwarten. Bisher zeigten sich Gerichte bei deren Anerkennung als taugliches Novum sehr zurückhaltend³⁷. Bei Art. 65 Abs. 2 StGB besteht also wieder eine offensichtliche Diskrepanz zwischen Gesetzgebung und rechtlich Machbarem.

6.3. Exkurs: Nachverfahren i.S. von Art. 65 Abs. 1 StGB

Es würde den Rahmen dieses Referates sprengen, auf Art. 65 Abs. 1 StGB näher einzugehen, obwohl hier ein eminent rechtlicher und letztlich auch ethischer Zündstoff verborgen ist. Einige Stichworte sollen aber dazu einladen, auf die entsprechende Praxis künftig ein besonderes Augenmerk zu richten. Dass während des Vollzugs eine ambulante in eine stationäre Massnahme umgewandelt werden kann, entspricht bisheriger konstanter und kaum beanstandeter Praxis. Wenig Bedenken erweckte ein solches Vorgehen insbesondere deshalb, weil ursprünglich bereits eine Massnah-

³⁶ Zu diesem Instrument eingehend F. Bommer, Nachträgliche Verwahrung als Revision zulasten des Verurteilten?, in: FS-Riklin, Zürich/Basel/Genf, 2007, 55-69; M. Heer, Nachträgliche Verwahrung – ein gesetzgeberischer Irrläufer, AJP 8/2007, 1031-1041; BSK StGB I-Heer, Art. 65 N 29 ff.; vgl. auch BSK StPO-Heer, Art. 410, im Druck.

³⁷ Dazu im Einzelnen BSK StPO-Heer, Art. 410, im Druck.

me angeordnet worden war, das Vertrauensprinzip dadurch also nicht allzu sehr in Mitleidenschaft gezogen wird. Dass dies allerdings nach neuester bundesgerichtlicher Praxis auch dann noch möglich sein soll, wenn die Strafe bereits vollständig verbüsst worden ist, muss auf wenig Verständnis stossen. Nicht angehen kann dies selbst dann, wenn in solchen Fällen dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine besondere Bedeutung zukommt, wie das Bundesgericht betont³⁸. Seit der Revision des AT StGB von 2002 kann aber nunmehr sogar unter einfachsten Bedingungen eine Strafe während oder gegen Ende des Vollzugs einer (blossen) Freiheitsstrafe in eine Massnahme umgewandelt werden. Es bedarf nicht einmal eines Revisionsgrundes gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB. Der Bundesrat deutete zwar in seiner Botschaft gewisse Bedenken gegen eine solche Möglichkeit an³⁹. Offensichtlich hatte aber im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsprozesses kaum jemand ein Sensorium für entsprechende rechtliche Probleme. Mit einem solchen Vorgehen gerät das *gesamte Strafprozessrecht aus den Fugen*. Rechtskraft und damit auch Rechtssicherheit, Prinzipien also, die zu den Grundfesten eines Rechtsstaates gehören, werden damit unbeachtlich, sie werden einem diffusen Sicherheitsdenken geopfert. Es bleibt zu hoffen, dass die höchstrichterliche Rechtssprechung hier entsprechende Korrekturen anbringen wird. Gegen die im alten Recht gemäss Art. 44 Abs. 6 aStGB bestehende Möglichkeit, auf Gesuch etwa eines Drogensüchtigen, der sich beispielsweise im Verfahren zur Sache wenig motiviert gezeigt hatte für eine Massnahme, nachträglich solche Anpassungen vornehmen zu können, ist nichts einzuwenden. Über solche Szenarien hinaus darf aber die Anwendung von Art. 65 Abs. 1 StGB nicht führen⁴⁰.

7. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass wir trotz eines klaren Bekenntnisses des Gesetzgebers zur Zweispurigkeit des Sanktionensystems heute praktisch hilflos Tendenzen im Vollzugsalltag beobachten müssen, die *faktisch in relevantem Ausmass auf ein einspuriges System hinauslaufen*. Massnahmen werden zu einem nicht unbeachtlichen Teil wie Strafen

³⁸ BGE 128 I 189; BGer, StrA, 21. 10. 2008, 6B_375.

³⁹ BBl 1999, 2100.

⁴⁰ Beachte zu diesen Bedenken auch S. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Auflage, Art. 65 N 3.

vollzogen. Dabei sollen nicht die sehr wertvollen Bemühungen von Psychiatern und Vollzugsverantwortlichen unbeachtet bleiben, die in psychiatrischen Kliniken und teilweise in Strafanstalten an den Tag gelegt werden. Aber es kann damit, wie bereits oben dargelegt, nur ein kleiner Teil der effektiven Bedürfnisse abgedeckt werden. Dass behandlungsbedürftige Straftäter oft zu keiner oder nicht einer adäquaten Behandlung Zugang habe, ist gesetzeswidrig. Diese selbstverständliche Schlussfolgerung bedarf keiner weiteren Erläuterungen. Hier ist ein unhaltbares Auseinanderklaffen zwischen dem gesetzgeberischen Konzept und der Vollzugsrealität zu erkennen.

Die juristischen Entscheidungsträger haben zusammen mit forensisch-psychiatrischen Sachverständigen und Vollzugsverantwortlichen im Moment vor dem Hintergrund eines recht *konzeptlosen und politisch angeheizten Klimas* zu arbeiten und sehen sich dadurch in ihrer freien verantwortungsvollen Tätigkeit stark behindert. Dies ist immer und immer wieder spürbar. Eine sachliche Argumentation wird dadurch verhindert, es kommt zu populistisch geprägten Entscheiden oder einfach zu Zaudern, Mutlosigkeit und damit zu unsachgemässen Entscheiden. Es ist zu hoffen, dass das Massnahmenrecht bald wieder aus dem Fokus von populistischen, profilneurotischen Politikern gerät und in die Hände von Fachleuten zurückgelegt wird, die versuchen, die anstehenden Probleme ruhig und emotionslos auf einer sachlichen Ebene zu lösen.

