

Die Verwahrung nach Art. 64 StGB

Wirklich nur "ultima ratio"? *

Prof. Dr. Peter Albrecht, Basel / Bern

I) Einleitung

Im Rahmen der grundlegenden und zugleich langwierigen Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches stellte die Massnahme der *Verwahrung* eine besonders heftig umstrittene Materie dar. Hier gelangte das verhärtete kriminalpolitische Klima der vergangenen zwei Jahrzehnte besonders drastisch zur Geltung. Konkret zeigte sich das primär, aber nicht nur in der von Volk und Ständen am 8. Februar 2004 angenommenen Verwahrungsinitiative¹. In der Folge hat der Gesetzgeber im Massnahmenrecht generell den geltend gemachten Sicherheitsbedürfnissen der Bevölkerung zunehmend stärker Rechnung getragen, dies zu Lasten der therapeutischen Ziele wie auch der Freiheitsrechte der Verurteilten.

II) Die Grundzüge der gesetzlichen Regelung

Die bisherige Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern einerseits und von geistig abnormen Tätern andererseits (Art. 42 und Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB) ist nach einer langen und leidvollen gesetzgeberischen Odyssee durch die detaillierte Regelung der Art. 64 bis 64c abgelöst worden. Dabei unterscheidet das Gesetz jetzt zwei Formen der Verwahrung: Neben die ordentliche Verwahrung ist – infolge der Verwahrungsinitiative – vor kurzem zusätzlich die sog. lebenslängliche Verwahrung im Schweizerischen Strafgesetzbuch aufgetaucht. Die beiden neuen Verwahrungstypen dienen "in erster Linie der Sicherung von gefährlichen Straftätern"². Ihre Anordnungsvoraussetzungen sind in Art. 64 Abs. 1 und 1^{bis} festgehalten. Diesbezüglich fällt zunächst auf, dass der Gesetzgeber die Verwahrung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf die Schwere der Straftat limitiert hat³. Andererseits aber sollen – im Gegensatz zum früheren Recht – auch psychisch gesunde Täter (unter Umständen sogar Ersttäter!) erfasst werden, wenn von ihnen (sehr) schwere Rückfälle ernsthaft zu erwarten sind (Art. 64 Abs. 1 lit. b sowie Abs. 1^{bis} lit. b und c). Diese Ausweitung ist zu Recht auf teils heftige Kritik gestossen⁴.

* Mit Fussnoten ergänzte Fassung eines Vortrages, der anlässlich einer Tagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ("Der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in der Praxis") am 19. Juni 2009 in Zürich gehalten wurde.

¹ Art. 123a BV; BBl 2004, 2199.

² So für die ordentliche Verwahrung explizit die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl 1999, 2094.

³ Einzelheiten hinten Ziff. III/1 und 2.

⁴ Besonders nachdrücklich etwa GÜNTER STRATENWERTH, Neuere Tendenzen im Massnahmenrecht: Vereinbarkeit mit rechtsethischen Grundsätzen? AJP 2000, 1351; ferner ROBERT ROTH,

Im Übrigen werden die verwahrenden Massnahmen nicht mehr anstelle der Freiheitsstrafe vollzogen; vielmehr geht der Vollzug der Freiheitsstrafe der Verwahrung vor (Art. 64 Abs. 2). Es gilt somit nicht mehr das dualistisch-vikariierende, sondern das *kumulative Prinzip*⁵, und die Verwahrung ist als "reiner Appendix der Strafe" bzw. als "Sicherheitszuschlag" ausgestaltet⁶. Ausserdem sind die Möglichkeiten einer Entlassung aus der Massnahme massiv reduziert worden (Art. 64a bis 64c).

Obwohl man hier also auf Schritt und Tritt einem dominanten Streben nach Sicherheit begegnet, wird in der Lehre⁷ wie auch in der Rechtsprechung⁸ nach wie vor mit einprägsamen Worten beschworen, dass die Verwahrung im Verhältnis zu den therapeutischen Massnahmen bloss *subsidiär* zur Anwendung gelangen dürfe und nur als *letztes Mittel* in Betracht komme. Es sei hier der Grundsatz "in dubio pro curatione" zu postulieren⁹. Fast jedes Verwahrungsurteil hebt "gewohnheitsmässig und gebetsmühlenartig" hervor, dass der einschneidende Freiheitsentzug eine "*ultima ratio*" darstelle¹⁰. Inwieweit solche optimistisch liberalen Äusserungen den Realitäten der neuen Gesetzgebung und Rechtsprechung gerecht werden, bedarf freilich einer vertieften Überprüfung. Meine eigene Einschätzung ist da eher skeptisch, weil bereits bei der konkreten Ausgestaltung des Art. 64 das Subsidiaritätsprinzip nicht konsequent durchgehalten wurde¹¹. Ausserdem mangelt es unseren (kantonalen) Gerichten erfahrungsgemäss leider häufig an der erforderlichen rechtsstaatlichen Sensibilität sowie an der inneren Unabhängigkeit gegenüber den Strafverfolgungsbehörden. Dementsprechend hat das verfassungsmässige *Gebot der Verhältnismässigkeit* (Art. 36 Abs. 3 BV sowie Art. 56 Abs. 2 StGB) in der Praxis einen

Mesures de sûreté et nouveau droit: confirmations, évolutions et paradoxes, ZStrR 2008, 249 f.; weitere Hinweise bei STEFAN TRECHSEL / BARBARA PAUEN BORER, Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 64, N 9.

⁵ Botschaft, a.a.O. (Fn. 2), 2097 f.; TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 64, N 21; ergänzend dazu ROTH, a.a.O. (Fn. 4), 250 f.

⁶ GORAN MAZZUCHELLI, Die Verwahrung ist kein Gottesurteil, plädoyer 2/2003, 38 f.; KARL-LUDWIG KUNZ, Zur Neugestaltung der Sanktionen des Schweizerischen Erwachsenenstrafrechtes, ZStrR 1999, 253.

⁷ Z.B. GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Auflage, Bern 2006, § 12, N 1; MARIANNE HEER, in: M. A. Niggli / H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 64, N 8; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER / MARKUS HUG / DANIEL JOSITSCH, Strafrecht II, 8. Auflage, Zürich 2007, 186; TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 64, N 2.

⁸ Z.B. BGE 134 IV 121 ff. (131, E. 3.4.4); BGer. vom 3. 2. 2009, 6B_645/2008, E. 3.1; KantGer SG, SG GVP 2007, Nr. 54; ObGer BE vom 29. 2. 2008, SK-Nr. 2007/451; ObGer LU vom 5. 11. 2007, E. 6.4.4.

⁹ MARIANNE HEER, Die therapeutischen Massnahmen im Schatten der Verwahrung – einige kritische Überlegungen zu Tendenzen im Massnahmenrecht, in: M.A. Niggli u.a. (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich / Basel / Genf, 2007, 105; ebenso ObGer BE vom 20. 9. 2007, SK-Nr. 2007/98.

¹⁰ HEER, a.a.O. (Fn. 9), 104.

¹¹ Dazu ROTH, a.a.O. (Fn. 4), 249 f.; PETER ALBRECHT, Die richterliche Anordnung einer Verwahrung nach Art. 64 nStGB – ein verantwortbares Risiko? in: Th. Sutter-Somm u.a. (Hrsg.), Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 579.

sehr schweren Stand gegenüber den machtvollen Sanktionsbedürfnissen der Öffentlichkeit¹². So hat das Bundesgericht seit Beginn des Jahres 2007 auf die Beschwerden der Verurteilten hin bemerkenswert häufig mangelhafte kantonale Verwahrungsurteile an die Vorinstanzen zurückgewiesen¹³. Dies beweist deutlich, dass die individuellen Freiheitsrechte nur geringe Chancen haben, sobald die Sicherheit als öffentliches Gut mystifiziert und in den politischen Diskurs unreflektiert eingeführt wird. Denn die so verstandene Sicherheit kennt keine immanente Beschränkung; vielmehr neigt deren Befriedigung stets zu Masslosigkeit¹⁴.

Diesen ziemlich düsteren Befund werde ich nun im Folgenden genauer analysieren und konkret zu belegen versuchen. Dabei wird sich mein Referat auf einige praktisch relevante Aspekte der gesetzlichen Erfordernisse für die Anordnung der ordentlichen Verwahrung beschränken. Die besonders gravierenden rechtsstaatlichen Mängel der neu ins Strafgesetzbuch eingefügten lebenslänglichen Verwahrung bleiben bewusst ausgeklammert.

III) Neuralgische Punkte bei der Anordnung der ordentlichen Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB

1) Die Erfordernisse an die Anlasstaten

a) Beschränkung auf schwere Kriminalität

Im Vergleich zum bisherigen Recht umschreibt Art. 64 die Anforderungen an die Anlasstaten markant enger als das bisherige Recht. So setzt eine Verwahrung nunmehr voraus, dass "der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer geschädigt hat oder schädigen wollte" (Abs. 1). Dieser – etwas langatmige – Passus verdeutlicht einen doppelten Ansatzpunkt für die Limitierung der richterlichen Verwahrungsmöglichkeit: Einerseits kommt es auf den abstrakten Strafraumen des jeweiligen Deliktstatbestandes an, und andererseits sind zusätzlich (also kumulativ¹⁵) die verwirklichten oder beabsichtigten Folgen der konkreten Tat zu berücksichtigen. Im Ergebnis soll demnach gemäss den Intentionen des Gesetzgebers die Massnahme "mehr oder weniger auf Gewalt- und Sexualverbrechen"¹⁶ beschränkt bleiben.

¹² Im gleichen Sinne WINFRIED HASSEMER, Sicherheit durch Strafrecht, StV 2006, 329 f.

¹³ Vgl. BGE 134 IV 315 ff.; BGer. vom 14. 10. 2008, 6B_617/2008; BGer. vom 13. 11. 2008, 6B_48/2008; BGer. vom 28. 11. 2008, 6B_823/2008; BGer. vom 3. 2. 2009, 6B_645/2008.

¹⁴ GÜNTER FRANKENBERG, Kritik des Bekämpfungsrechts, KJ 2006, 375 f.; ferner WINFRIED HASSEMER, Warum Strafe sein muss, Berlin 2009, 75 ff.

¹⁵ HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 22.

¹⁶ Botschaft, BBl 2005, 4711.

Die hier skizzierten Einschränkungen des Anwendungsbereiches der Verwahrung im neuen Recht mögen mit Blick auf die Rückfallverhinderung vielleicht überraschen. Zumindest lässt die spezialpräventive Zielsetzung gewisse Zweifel aufkommen, ob es sachgerecht ist, für die Verhältnismässigkeit einer Massnahme nicht nur in die Zukunft zu blicken, sondern zusätzlich auch noch die Schwere der begangenen Delikte in Erwägung zu ziehen. Die angedeutete Skepsis vermindert sich jedoch, sobald man die Massnahmen aufgrund ihrer inhaltlichen Dimension und systematischen Stellung im Gesetz als *strafähnliche* Reaktionen auf eine Verletzung der Rechtsordnung deutet¹⁷. Unter einer solchen Prämisse versteht sich leichter, dass die Beurteilung der Angemessenheit einer Verwahrung nicht nur präventiv hinsichtlich der Rückfallgefahr des Verurteilten, sondern ebenso *vergangenheitsorientiert*, d.h. auf die *Anlasstat(en)* bezogen, zu erfolgen hat¹⁸. Somit ist nicht zu beanstanden, dass Art. 64 sich auf ein ziemlich schmales Segment potenziell gefährlicher Straftäter fokussiert.

b) Deliktskatalog

Der gesetzliche Deliktskatalog ist dadurch gekennzeichnet, dass er acht explizit erwähnte Verbrechen sowie eine ergänzende Auffangklausel enthält. Weitere Straftaten, die von dieser Aufzählung nicht erfasst werden, fallen für eine Verwahrung von vorneherein ausser Betracht. Das gilt beispielsweise für eine blosse Drohung (selbst eine schwerwiegende) gemäss Art. 180 StGB, wie sie dem Urteil BGE 127 IV 1 ff. zugrunde lag. Ebenso wenig würde heute eine Trunkenheitsfahrt gemäss Art. 91 SVG als Anlasstat ausreichen¹⁹.

c) Schwere Beeinträchtigung des Opfers

Die volle Tragweite des gesetzlichen Deliktskataloges wird freilich erst dann richtig erkennbar, wenn man die erforderliche Schwere der Opferschädigung im Einzelfall mit einbezieht. Diese zusätzliche Limitierung bezieht sich – wie der Gesetzeswortlaut und dessen Entstehungsgeschichte nahe legen²⁰ – sowohl auf die ausdrücklich genannten Katalogtaten wie auch auf die daran anschliessende Auffangklausel²¹. Damit ist klargestellt, dass sämtliche Delikte, die lediglich eine materielle Schädigung bewirken, von vorneherein ausser Betracht fal-

¹⁷ PETER ALBRECHT, Zur Bedeutung der Anlasstat für die Legitimation freiheitsentziehender Massnahmen, in: M.A. Niggli u.a. (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich / Basel / Genf, 2007, 11 f.

¹⁸ ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 17), 13 f.

¹⁹ Anders noch BGer. vom 9. 3. 2004, 6S.196/2004, auf der Grundlage von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB.

²⁰ Botschaft, BBI 2005, 4711.

²¹ TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O (Fn. 4), Art. 64, N 5; HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 22; GÜNTER STRATENWERTH / WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2009, Art. 64, N 4; STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 7), § 12, N 4; a.A. ObGer SO, SOG 2007, Nr. 8.

len²². Das betrifft in erster Linie die "Eigentums- und Vermögensdelikte ohne Gewalt- und Drohungskomponente"²³. Ebenso scheidet die Brandstiftung (obwohl als Tatbestand im Gesetz explizit genannt) aus, soweit es bloss um Sachschäden geht²⁴. Abgesehen davon spricht das Gesetz mit dem Merkmal der "schweren" Beeinträchtigung offenkundig den Verhältnismässigkeitsgrundsatz an²⁵. Gestützt darauf sollte aus meiner Sicht eine Verwahrung erst dann in Betracht kommen, wenn im konkreten Fall die Anlasstaten – bei Annahme voller Schuldfähigkeit – zu einer *Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren* führen müssten. Diese deutliche Einschränkung drängt sich auf in Anbetracht des extrem schweren Eingriffs der Massnahme in die Freiheitsrechte der betroffenen Verurteilten.

2) Die qualifizierte Gefährlichkeit

Das gesetzliche Erfordernis *schwerer Delinquenz* bezieht sich nicht nur auf die bereits begangenen, sondern vor allem auch auf die *zu erwartenden Straftaten*. Dabei geht es hier zunächst einmal um die Frage nach dem notwendigen Mass der Tätergefährlichkeit. Dieses hängt von zwei Faktoren ab, nämlich einerseits von der Schwere der zu befürchtenden Delikte und andererseits vom Grad der Wahrscheinlichkeit eines solchen Rückfalls. Art 64 Abs. 1 StGB bringt dies deutlich zum Ausdruck, indem er den allgemein für das Massnahmenrecht in Art. 56 Abs. 2 statuierten Verhältnismässigkeitsgrundsatz konkretisiert und die ernsthafte Erwartung voraussetzt, "dass der Täter Straftaten dieser Art begeht". Der Passus "Straftaten dieser Art" nimmt offenkundig Bezug auf die im Gesetz explizit genannten Anlasstaten²⁶. Erforderlich ist somit "eine Kongruenz zwischen Anlasstaten und allfälligen künftigen Straftaten"²⁷. Lediglich die Gefahr schwerster Delikte vermag folglich eine Verwahrung zu begründen. Ein derartiger Rückfall muss "ernsthaft zu erwarten" sein; verlangt ist somit eine *hohe Wahrscheinlichkeit*²⁸ entsprechender Delinquenz. Die Verwahrungsmassnahme kommt infolgedessen ausschliesslich für *qualifiziert gefährliche* Täter in Betracht²⁹.

3) Die Behandlungsunfähigkeit

²² Statt Vieler TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 64, N 5 und FELIX BOMMER, Die Sanktionen im neuen AT StGB – ein Überblick, recht 2007, 18; ebenso BGE 135 IV 49 ff. (53, E. 1.1.2.1).

²³ BOMMER, a.a.O. (Fn. 22), 18.

²⁴ BOMMER, a.a.O. (Fn. 22), 18, Fn. 128; HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 25; a.A. ObGer SO, SOG 2007, Nr. 8.

²⁵ TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 64, N 5; HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 25; STRATENWERTH / WOHLERS, a.a.O. (Fn. 21), Art. 64, N 4.

²⁶ BGE 135 IV 49 ff. (53, E. 1.1.2.1).

²⁷ HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 49.

²⁸ STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 7), § 12, N 9; TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 64, N 9; HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 47.

²⁹ Die gilt ebenfalls bei einer nachträglichen Anordnung gemäss Art. 62c Abs. 4 und 65 Abs. 2.

Selbst wenn sich im Strafverfahren eine hohe Wahrscheinlichkeit weiterer schwerer Delikte voraussagen lässt, reicht das allein nicht aus, um eine Verwahrung anzuordnen. Vielmehr bedarf es hierfür zusätzlich noch der Prognose, die verurteilte Person sei *nicht behandlungsfähig*³⁰. Dieses Erfordernis ergibt sich aus der bereits angesprochenen³¹ Subsidiarität der Verwahrung gegenüber den therapeutischen Massnahmen und kommt – für die Fälle psychischer Störungen – im Gesetz deutlich zum Ausdruck. Inzwischen hat dies das Bundesgericht unter Hinweis auf die Lehre schon wiederholt unmissverständlich hervorgehoben: "Nach neuem Recht setzt die Verwahrung bei psychisch gestörten Tätern nach Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB Behandlungsunfähigkeit bzw. Unbehandelbarkeit voraus (...), wobei sich die Behandelbarkeit in erster Linie nach den strafrechtlich relevanten Zielen eines straffreien Verhaltens und der Resozialisierung des Betroffenen beurteilt (...). Die Verwahrung von psychisch gestörten Tätern, bei denen langfristig Heilungschancen bestehen, von denen aber kurz- oder mittelfristig im Vollzug oder ausserhalb der Anstalt eine erhebliche Gefahr ausgeht, ist somit – anders als unter der Geltung des früheren Rechts – nicht mehr möglich (...)." ³²

Aus dem zitierten Art. 64 Abs. 1 lit. b folgt weiter, dass die Behandlungsfähigkeit des Verurteilten jeweils ausschliesslich mit Blick auf die Massnahme nach Art. 59 zu prüfen ist³³. Hiefür sind neben der Person des Betroffenen und den generell zur Verfügung stehenden therapeutischen Angeboten auch die Vollzugsmöglichkeiten im konkreten Fall mit zu berücksichtigen (Art. 56 Abs. 5). Folglich haben die Gerichte stets eine vergleichende Wirkungsprognose vorzunehmen, nämlich zwischen der genannten therapeutischen Massnahme einerseits und der Verwahrung andererseits. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht vor kurzem präzisierend ausgeführt: "Die stationäre therapeutische Massnahme kann angeordnet werden, wenn im Zeitpunkt des Entscheids die *hinreichende Wahrscheinlichkeit* besteht, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer Straftaten *deutlich verringern*. Somit reichen einerseits die bloss vage Möglichkeit einer Verringerung der Gefahr und andererseits die Erwartung einer lediglich minimalen Verringerung nicht aus. Bezogen auf den Zeitraum ist davon auszugehen, dass gemäss Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB die stationäre therapeutische Massnahme in der Regel höchstens fünf Jahre beträgt. Daher muss grundsätzlich im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass sich durch eine stationäre Behandlung über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr weiterer mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten deutlich verringern lässt. Es ist indessen nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit erforderlich, dass nach einer stationären Behandlung von fünf Jahren die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung aus der stationären Massnahme gemäss Art. 62 Abs. 1 StGB erfüllt sind, dass mithin ein Zu-

³⁰ TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 64, N 11; HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 87; BOMMER, a.a.O. (Fn. 22), 19.

³¹ Vorne Ziff. II.

³² BGer. vom 21. 8. 2007, 6B_162/2007 (forumpoenale 2008, 100 f.), E. 5.3; im gleichen Sinne auch BGE 134 IV 121 ff. (130, E. 3.4.2).

³³ Siehe BGE 134 IV 315 ff. (322 f., E. 3.4.2).

stand erreicht wird, der es rechtfertigt, dass dem Täter die Gelegenheit gegeben wird, sich in der Freiheit zu bewähren. Eine deutliche Verringerung der Gefahr weiterer Taten genügt."³⁴

4) Die Prognoseproblematik³⁵

a) Überforderte Gerichte

Die soeben wörtlich wiedergegebenen höchstrichterlichen Erwägungen entsprechen dem neu konzipierten Massnahmenrecht und verdienen insoweit prinzipielle Zustimmung. Allerdings rückt nun sogleich die unausweichliche Frage in den Vordergrund, ob die Rechtsprechung überhaupt in der Lage ist, die von ihr verlangten differenzierten Prognosen zu stellen. In der ausserordentlich hohen Komplexität des Prognosegegenstandes liegt nämlich die *eigentliche Krux der ganzen Verwahrungsregelung*. Hier wird die Justiz mit einer Aufgabe konfrontiert, die sie – nüchtern betrachtet – kaum seriös zu bewältigen vermag. Sie muss sich insbesondere zur deliktischen Rückfallgefahr konkret äussern und diese quantifizieren. Hinzu kommt dann noch die Beurteilung der Auswirkungen des (u.U. sehr langen) Strafvollzuges und der Erfolgsaussichten einer therapeutischen Massnahme nach Art. 59. Damit verbindet sich eine letztlich *unzumutbare Überforderung*, deren Tragweite jedoch – so scheint es mir – vom Bundesgericht und den kantonalen Instanzen zuweilen gar nicht richtig wahrgenommen wird. Vielmehr akzeptieren heute Richterinnen und Richter zunehmend das Risiko von weit reichenden Fehlprognosen zu Ungunsten der Verurteilten³⁶. In Kauf genommen werden also ohne weiteres auch zeitlich unbestimmte Internierungen, welche für die davon Betroffenen "eine rechtswidrige Freiheitsberaubung" darstellen³⁷.

b) Hilfe von der forensischen Psychiatrie?

Weil die Gerichte für die Beurteilung potenziell massnahmebedürftiger Täter üblicherweise über keine hinreichende Sachkunde verfügen, statuiert das Gesetz das *Obligatorium einer sachverständigen Begutachtung*. Ohne eine entsprechende Empfehlung in einer aktuellen³⁸ Expertise darf also niemand verwahrt werden³⁹. Obwohl die bemerkenswert detaillierte Regelung in Art. 56 Abs. 3 und 4 an sich zu begrüßen ist, lässt sich auf diese Weise jedoch die heikle Prognoseproblematik lediglich teilweise entschärfen. Denn selbst die als Sach-

³⁴ BGE 134 IV 315 ff. (321 f., E. 3.4.1); siehe auch ObGer BE vom 29. 2. 2008, SK-Nr. 2007/451.

³⁵ Ergänzend dazu ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 11), 579 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

³⁶ Ergänzend dazu hinten lit. d/aa.

³⁷ KARL-LUDWIG KUNZ, Kriminologie, 4. Auflage, Bern 2004, § 35, Rn 28; siehe auch MARIO GMÜR, Die Gefährlichkeitsprognose, AJP 2004, 1316.

³⁸ Zur "Aktualität" näher BGE 134 IV 246 ff. (254, E. 4.3); TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 56, N 12 und HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 56, N 67 ff.

³⁹ Sehr bedenkenswert die Forderung von HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 55, "dass Entscheide über eine Verwahrung eigentlich auf zwei Gutachten abgestützt sein sollten (....)"; so jedenfalls der Gesetzgeber explizit bei der lebenslänglichen Verwahrung (Art. 56 Abs. 4^{bis}).

verständige regelmässig beigezogenen (forensischen) Psychiater sind nur beschränkt in der Lage, die Wahrscheinlichkeit und Art künftiger Delikte und die Erfolgsaussichten bestimmter therapeutischer Angebote präzise abzuschätzen. Menschliches (somit auch deliktisches) Verhalten lässt sich generell nur begrenzt einigermaßen zuverlässig voraussagen, jedenfalls aber nur für einen sehr kurzen Zeitraum⁴⁰. Das gilt erst recht im Hinblick auf künftige schwere Gewaltdelikte, weil es sich hierbei um seltene Ereignisse handelt, deren Voraussage zwangsläufig unsicher bleibt⁴¹. Ausserdem spielt für den Gefährlichkeitsbefund die schwer abschätzbare Behandelbarkeit der Verurteilten eine massgebliche Rolle⁴². Folglich bleiben derartige Rückfallprognosen unvermeidbar mit einem hohen Mass an Unsicherheit und mit dem Risiko einer erheblichen Fehlerquote behaftet⁴³. Demnach warnen Fachleute immer wieder vor einer *massiven Überschätzung der Tätergefährlichkeit*⁴⁴.

Noch um eine Dimension schwieriger gestaltet sich die Gefährlichkeitsbeurteilung bei psychisch nicht gestörten Delinquenten (namentlich bei Ersttätern). Hier ist vorweg schon fraglich, wer überhaupt die vom Gesetz verlangte Begutachtung vornehmen soll, wessen Sachverstand also gefordert ist⁴⁵. Dementsprechend wird in der Lehre mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass mangels "eines hinlänglich gesicherten und validierten methodischen Fundaments bei psychisch gesunden Tätern die Risikoeinschätzung weitgehend auf Sand bauen dürfte"⁴⁶.

c) Risiken für die richterliche Unabhängigkeit

Im Zusammenhang mit den dargelegten methodischen und praktischen Prognoseschwierigkeiten verdient auch die *prozessuale Stellung der Gerichte* besondere Aufmerksamkeit. Bei der Anordnung von Verwahrungsmassnahmen tauchen nämlich erhebliche Zweifel auf, ob die urteilenden Richterinnen und Richter ihre Entscheide hinreichend unabhängig treffen (können). Zu erörtern sind hier in erster Linie die richterliche Abhängigkeit von den psychiatrischen Gutachten (unten lit. aa) sowie der politische Druck auf die Justiz (unten lit. bb).

aa) Abhängigkeit von Gutachten

⁴⁰ Siehe z.B. NORBERT NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, 3. Auflage, Stuttgart / New York 2007, 297; VOLKER DITTMANN, Was kann die Kriminalprognose heute leisten? in: St. Bauhofer u.a. (Hrsg.), "Gemeingefährliche" Straftäter, Chur / Zürich, 2000, 68 f. und 72; HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 61 und 100.

⁴¹ Siehe z.B. MARTIN KILLIAS, Grundriss der Kriminologie, Bern 2002, Rn. 1170; teilweise abweichend THOMAS NOLL, Rückfallgefahr bei Gewalt- und Sexualstraftätern: statistische Prognosemethoden, Bern 2007, 42 ff.

⁴² Ergänzend dazu hinten lit. d/bb.

⁴³ GMÜR, a.a.O (Fn. 37), 1317 f.

⁴⁴ Z.B. KUNZ, a.a.O. (Fn. 37), § 35, Rn 23 ff.; KILLIAS, a.a.O. (Fn. 41), Rn. 1170.

⁴⁵ KUNZ, a.a.O. (Fn. 6), 252.

⁴⁶ KUNZ, a.a.O. (Fn. 6), 253; weitere Hinweise bei TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 64, N 9.

Den Entscheid über die Anordnung einer Verwahrung müssen die Gerichte – wie bereits erwähnt – auf eine sachverständige Begutachtung abstützen. Sie würdigen dabei die vorgelegten Expertisen grundsätzlich frei⁴⁷. Allerdings dürfen sie – gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁴⁸ – in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von einem Gutachten abweichen. Folglich sind die richterlichen Instanzen an die Expertenmeinungen nicht strikte gebunden. Trotzdem wagen sie es in der Praxis nur selten, davon abzuweichen. Verständlicherweise scheuen sie sich angesichts ihrer limitierten Sachkunde, in eine ihnen weitgehend fremde forensisch-psychiatrische Debatte einzugreifen. Mehr als eine blossе Plausibilitätskontrolle kann man da ehrlicherweise nicht erwarten⁴⁹. Welches Gericht wagt es denn heute ohne weiteres, einem forensischen Psychiater zu widersprechen, der die angeklagte Person als sehr gefährlich und ausserdem als nicht therapierbar betrachtet?

Dementsprechend etablieren sich die beigezogenen *Experten* hier sozusagen als *Nebenrichter* (wenn nicht sogar als Hauptrichter). Diese Entwicklung hin zu einer Oligarchie der forensischen Psychiater tangiert unmittelbar die *richterliche Unabhängigkeit* und weckt deshalb staatsrechtliche Bedenken⁵⁰. Für die Strafurteile sind nämlich von Verfassungs wegen die durch das Volk oder das Parlament gewählten Mitglieder der Gerichte verantwortlich und nicht irgendwelche Experten, denen eine gleichwertige demokratische Legitimation fehlt⁵¹. Dieser Mangel wiegt umso schwerer, als die Prognoseentscheidung jeweils einen komplexen Prozess darstellt, "der selbst bei Anwendung von Kriterienkatalogen sehr weitgehend von der Erfahrung und Intuition der Gutachter abhängt"⁵². Insbesondere darf man nicht vergessen, dass die in den Strafprozessen erstatteten Expertisen auch soziale Wertungen enthalten und somit vom Menschenbild und der Weltanschauung des jeweilige Verfassers geprägt werden⁵³.

bb) Politischer Druck

Nicht zu vernachlässigen ist sodann das angeheizte und auf absolute Sicherheit tendierende Klima, das gegenwärtig in der Kriminalpolitik herrscht. Damit verbindet sich im Zusammenhang mit der Verwahrung ein *starker Erwartungsdruck auf die richterlichen Instanzen* (wie auch auf die forensische Psychiatrie). Infolgedessen neigen die verantwortlichen Personen im Hinblick auf die hohe Kom-

⁴⁷ Ausführlich mit zahlreichen Hinweisen HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 56, N 73 ff.

⁴⁸ Z.B. BGer. vom 3. 2. 2009, 6B_645/2008, E. 3.1; BGer. vom 21. 8. 2007, 6B_162/2007, E. 6.2.

⁴⁹ HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 56, N 74 und Art. 64, N 56; ferner HANS WIPRÄCHTIGER, Psychiatrie und Strafrecht – Was erwartet der Jurist?, in: G. Ebner u.a. (Hrsg.), Psychiatrie und Recht, Zürich / Basel / Genf 2005, 207 f.

⁵⁰ Kritisch auch HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 56; ferner illustrativ MATTHIAS BRUNNER, Psychiatrische Gutachter agieren im rechtsfreien Raum, pläd. 3/2005, 39.

⁵¹ Abgesehen davon: Wer überprüft eigentlich die fachliche Kompetenz der Sachverständigen? Wohl kaum die Gerichte!

⁵² NEDOPIL, a.a.O. (Fn. 40), 301; ähnlich auch FRANK URBANIOK, Gibt es unbehandelbare Täter? in: V. Dittmann u.a. (Hrsg.), Zwischen Mediation und Lebenslang, Chur / Zürich 2002, 157 f.

⁵³ HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 56, N 76.

plexität ihrer Aufgabe vermehrt dazu, *Prognoseentscheide so zu fällen, dass sie nachträglich möglichst nicht falsifizierbar sind*⁵⁴. Wird beispielsweise für einen verurteilten Mörder eine Therapie angeordnet, so kann sich diese Massnahme durch einen späteren Rückfall als verfehlt erweisen (sog. false negatives⁵⁵). Wenn hingegen das Gericht einem Gewalttäter von vorneherein die Therapiefähigkeit abspricht und ihn deshalb als gefährlich auf unbestimmte Zeit verwahrt, ist die richterliche Prognose gegen eine nachträgliche Falsifizierung ziemlich immun. Wie sollen denn zu Unrecht Verwahrte (sog. false positives) im Massnahmenvollzug die ihnen zugeschriebene qualifizierte Gefährlichkeit widerlegen bzw. ihre Ungefährlichkeit nachweisen können?⁵⁶

Es lässt sich nicht bestreiten: Die Rechtsprechung steht unter einem starken *öffentlichen Druck*, möglichst keine falschen Negativen zuzulassen, weshalb heute – so scheint es – in Fällen schwerer Gewaltdelinquenz günstige Prognosen mit wesentlich grösserer Zurückhaltung gestellt werden. Offenkundig drohen hier also *unheilige Allianzen zwischen der Strafjustiz und der forensischen Psychiatrie*, gegen welche ein Verurteilter, dem fälschlicherweise Gefährlichkeit und fehlende Therapierbarkeit zugeschrieben werden, vollkommen machtlos ist.

d) Auswege

aa) Normativer Ansatz

Mich erstaunt immer wieder, mit welcher (schon fast unheimlichen) Gelassenheit die Justiz und teilweise auch die Lehre den notorischen Prognoseschwierigkeiten begegnen. Im Ergebnis haben sie den spezialpräventiven Ansatz des Gesetzes stark relativiert und suchen das Problem *normativ* zu bewältigen⁵⁷. So wird nunmehr unter Bezugnahme auf forensisch-psychiatrische Literatur empfohlen, von der herkömmlichen Gefährlichkeitsprognose abzurücken. Stattdessen spricht man heute, von einer *Risikoanalyse* bzw. einem *kalkulierten Risiko*⁵⁸. Unweigerlich stellt sich hier aber die drängende rechtsethische Frage, ob der Staat zum Schutze der öffentlichen Sicherheit bewusst einkalkulieren darf, dass ein Täter trotz der Zuordnung zu einer bestimmten Risikogruppe möglicherweise ungefährlich ist und dennoch auf unbestimmte Zeit im Verwahrvollzug verschwindet⁵⁹.

bb) Voraussetzung eines gescheiterten Therapieversuchs

Die soeben allgemein erörterten Schwierigkeiten bei den Rückfallprognosen akzentuieren sich in der Praxis vor allem hinsichtlich der *Behandlungsfähigkeit*

⁵⁴ Ebenfalls kritisch BRUNNER, a.a.O. (Fn. 50), 39.

⁵⁵ Zur Terminologie siehe KUNZ, a.a.O. (Fn. 37), § 35, Rn 25.

⁵⁶ Siehe KUNZ, a.a.O. (Fn. 6), 237; GMÜR, a.a.O. (Fn. 37); ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 11), 584, mit weiteren Hinweisen.

⁵⁷ HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 52.

⁵⁸ Ausführlich dazu HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 65 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

⁵⁹ Dazu ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 11), 582.

des Verurteilten. Dieser zentrale Aspekt für den Entscheid über eine allfällige Verwahrung beschäftigt die Gerichte derzeit in ganz besonderem Masse. Dabei zeigt sich jeweils sehr deutlich, dass die Erfolgchance einer (vorrangigen) therapeutischen Massnahme im Einzelfall nur schwer abschätzbar ist und diesbezüglich "höchstens Wahrscheinlichkeitsaussagen möglich"⁶⁰ sind⁶¹. Ausserdem wissen wir doch, dass *die Prognose einer "Unbehandelbarkeit"* sich nicht allein auf die Person des Verurteilten zurückführen lässt, sondern ganz wesentlich auch vom zur Verfügung gestellten therapeutischen Angebot abhängt⁶² und insoweit also *gesellschaftlich mit verursacht* ist⁶³. Demzufolge wird das Bekenntnis gefordert, "dass es keine Menschen gibt, die generell therapieunfähig sind, sondern nur solche, die auf die momentan bekannten Therapieformen nicht ansprechen"⁶⁴. Das verbietet eigentlich, jemanden von vorneherein als keiner Behandlung zugänglich abzuschreiben und auf unbestimmte Zeit wegzusperren.

Nimmt man solche Bedenken in der Rechtsprechung wirklich ernst, so ergibt sich – mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz – daraus die *Forderung*, den Art. 64 StGB jedenfalls erst *nach mindestens einem (ernsthaften und intensiven) erfolglosen Therapieversuch* anzuordnen⁶⁵. Eine vorangegangene bloss ambulante Behandlung (allenfalls während des Strafvollzuges) dürfte hierfür kaum genügen.

IV) Der Abschied vom Ultima-ratio-Prinzip?

Trotz der grundsätzlichen Bedenken, welche die Legitimation des neuen Art. 64 infrage stellen⁶⁶, mag man vielleicht dennoch vordergründig gewisse positive Seiten im Vergleich zum bisherigen Recht erkennen. So bemühte sich der Gesetzgeber – wie bereits einlässlich erörtert⁶⁷ – immerhin ernsthaft darum, diese drastische Massnahme wenigstens auf Fälle schwerer Kriminalität zu limitieren. Allerdings erweisen sich die im Gesetz eingebauten Schranken gegen eine vorilige Anordnung von Verwahrungen leider als ziemlich porös; sie sind jedenfalls nicht hinreichend wasserdicht gegenüber sicherheitspolitischen Begehrlichkeiten. Schwere Bedenken erweckt im vorliegenden Zusammenhang der als

⁶⁰ PETER AEBERSOLD, Von der Kastration zur Incapacitation, in: St. Bauhofer u.a. (Hrsg.), "Gemeingefährliche" Straftäter, Chur / Zürich, 2000, 188; vgl. aber auch URBANIOK, a.a.O. (Fn. 51), 159 ff.

⁶¹ Ausführlich HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 102 ff.

⁶² Siehe z.B. STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 7), § 8, N 8; HEER, a.a.O. (Fn. 9), 106; ObGer LU vom 5. 11. 2007, E. 6.4.2.

⁶³ HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 91.

⁶⁴ JONAS PETER WEBER, Zur Verhältnismässigkeit der Sicherungsverwahrung, ZStrR 2002, 407.

⁶⁵ In diesem Sinne auch z.B. STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 7), § 8, N 8 und § 12, N 13; STRATENWERTH / WOHLERS, a.a.O. (Fn. 21), Art. 64, N 7; HEER, a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 106 f.; AEBERSOLD, a.a.O. (Fn. 58), 185; KantGer SG, SG GVP 2007, Nr. 54; ObGer LU vom 5. 11. 2007, E. 6.4.4; a.A. wohl TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 64, N 11.

⁶⁶ Ausführlich dazu ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 11), 586 ff.; ferner KARL-LUDWIG KUNZ, Die Verwahrung psychisch unauffälliger Straftäter – ein Problem für den Rechtsstaat? Überlegungen zur Legitimität der sichernden Verwahrung, ZStrR 2004, 241 ff.

⁶⁷ Vorne Ziff. III/1 und 2.

freiheitsbedrohender Virus wahrnehmbare *neue Art. 59 Abs. 3*⁶⁸. Diese Norm erlaubt nämlich, die Behandlung von psychischen Störungen als Massnahme unter gewissen Voraussetzungen in einer *Strafanstalt* zu vollziehen. Angesichts der immer noch höchst prekären Verhältnisse im Vollzug von therapeutischen Massnahmen für gefährliche Straftäter⁶⁹ lässt sich unschwer voraussagen, dass die erwähnte neue Gesetzesbestimmung leicht die Gunst der Gerichte erwerben und im System der stationären Massnahmen eine zentrale Stellung erlangen wird. Im Klartext bedeutet dies, dass da hinter *einer als Behandlung etikettierten Massnahme sich faktisch eine verwahrungsähnliche Sanktion verbirgt*. Deshalb spreche ich hier von einer *therapeutisch verschleierte Verwahrung*⁷⁰, die sich in der Praxis möglicherweise bald epidemisch ausbreiten wird. Dieser alarmierende Befund wirkt umso schlimmer, als Art. 59 keine absolute zeitliche Limite enthält, d.h. unbegrenzt dauern kann, und ausserdem weder für die Anlasstaten noch für die Tätergefährlichkeit qualifizierte Voraussetzungen⁷¹ verlangt werden. Auf diese Weise hat das Parlament die für die Anordnung einer ordentlichen Verwahrung nach Art. 64 geltenden Schranken selber weitgehend unterlaufen und *den Ultima-ratio-Grundsatz* in einem wesentlichen Ausmass *seiner rechtsstaatlichen Potenz beraubt*.

Angesichts der beschriebenen gravierenden Mängel in der Arbeit des Gesetzgebers ist jetzt die *Verfassungstreue der Justiz* ganz besonders gefragt. Den Gerichten obliegt es nämlich, wenigstens in der Rechtsanwendung dem *Gebot der Verhältnismässigkeit* mit Nachdruck Geltung zu verschaffen. Im Blickpunkt steht dabei neben Art. 64 insbesondere auch Art. 59 Abs. 3⁷². Allerdings stimmen die ersten Anzeichen wenig zuversichtlich. Vielmehr bleibt hier zu befürchten, dass mein Appell ungehört verhallen wird. Denn die bisherigen allgemeinen Erfahrungen bei der praktischen Umsetzung des neuen Sanktionenrechts offenbaren in erschreckender Weise, mit welcher unbekümmerten Offenheit die kantonalen Instanzen teilweise Widerstand leisten sowohl gegenüber dem Gesetz wie auch gegenüber den bundesgerichtlichen Leitlinien. Das betrifft in erster Linie, aber keineswegs nur die wenig geliebte (bedingte) Geldstrafe⁷³. Einen derart verbreiteten und hartnäckigen justiziellen Ungehorsam habe ich während meiner langen und intensiven beruflichen Beschäftigung mit dem Strafrecht bislang noch nie erlebt.

⁶⁸ Ausführlich und kritisch dazu auch HEER, a.a.O. (Fn. 9), 109 ff. sowie a.a.O. (Fn. 7), Art. 64, N 101 ff.; ebenfalls kritisch STRATENWERTH, a.a.O. (Fn. 7), § 9, N 35; weitere Hinweise bei TRECHSEL / PAUEN BORER, a.a.O. (Fn. 4), Art. 59, N 14.

⁶⁹ Dazu HEER, a.a.O. (Fn. 9), 110 und a.a.O. (Fn. 7), N 101; THOMAS NOLL, Stationäre Massnahmen in einer Strafanstalt gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB, ZStrR 2008, 259.

⁷⁰ Ähnlich in der Sache, aber zurückhaltender in der Formulierung HEER, a.a.O. (Fn. 9), 109: "... eine *besondere Art von Verwahrung*", die mit einem Behandlungsauftrag verbunden ist".

⁷¹ HEER, a.a.O. (Fn. 9), 103 f.

⁷² Vgl. hinsichtlich der Anlasstaten ALBRECHT, a.a.O. (Fn. 17), 15.

⁷³ Sehr instruktiv dazu GÜNTER HEINE, Das neue Straffensystem im Spiegel der Rechtsprechung: blechen oder schwitzen statt sitzen – gegebenenfalls gemischt! recht 2009, 1 ff.