

Anna Coninx

# Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe

Grundprobleme der freiheitsentziehenden  
Massnahmen nach schweizerischem  
Strafgesetzbuch – Analyse, Kritik,  
Lösungsvorschläge



Stämpfli Verlag



Nomos

Die Autorin dieser Habilitationsschrift setzt sich vertieft mit den freiheitsentziehenden Massnahmen nach schweizerischem Strafgesetzbuch auseinander, stellt diese in einen historischen Kontext und führt die weit verzweigte Forschung erstmals umfassend in einer Monografie zusammen. Dabei legt sie einen besonderen Fokus auf den Problemkomplex der Kriminalprognose, wobei konkrete forensisch-psychiatrische Gutachten vor dem Hintergrund des Forschungsstandes kritisch analysiert werden. Weitere Schwerpunkte bilden die Zweispurigkeit des Sanktionenrechts, das Kriterium der schweren psychischen Störung, das unbestimmte Ende der Sanktion, grundlegende Beschuldigtenrechte und der Sachverständigenbeweis. Aufbauend auf diesen Erkenntnissen beantwortet die Autorin die grundsätzliche Frage der Legitimation der freiheitsentziehenden Massnahmen in einem grösseren rechtsphilosophischen Zusammenhang.

---

Anna Coninx

Prof. Dr. MJur (Oxford)

# **Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe**

**Grundprobleme der freiheitsentziehenden  
Massnahmen nach schweizerischem  
Strafgesetzbuch – Analyse, Kritik, Lösungsvorschläge**



Stämpfli Verlag



Nomos

---

Habilitationsschrift der Universität Luzern.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden  
Print ISBN 978-3-7560-0818-6

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)

E-Book ISBN 978-3-7272-2692-2

Über unsere Online-Buchhandlung [www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)  
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-2456-0





---

*Meiner Familie*



---

## Vorwort

Zwei Erfahrungen haben meine Forschung und die Arbeit an der vorliegenden Habilitationsschrift ganz besonders geprägt: Zum einen mein Studium an der Universität Oxford nach meinem Doktorat, das mir eine andere, kritische Perspektive auf das Strafrecht, das Strafprozessrecht und die forensische Psychiatrie und Psychologie ermöglicht hat. Zum anderen die Möglichkeit, mich als Rechtswissenschaftlerin intensiv mit prognostischen, forensisch-psychiatrischen Gutachten und weiteren Stellungnahmen von Psychiatern und Psychologen auseinanderzusetzen.

Ich bedanke mich an dieser Stelle sehr herzlich bei den betroffenen ehemaligen und gegenwärtigen Massnahmenhäftlingen, die bereit waren, mir ihre Akten zur Verfügung zu stellen, und mir dadurch neue und sehr bedeutende Einsichten in die Begutachtungspraxis ermöglicht haben. Es ist überaus wichtig, dass entsprechende Unterlagen auch künftig der rechtswissenschaftlichen Forschung zugänglich gemacht werden. Ebenso möchte ich den Anwälten Dr. Stephan Bernard und Rafael Studer herzlich danken, die mir die Kontakte zu ihren Klienten vermittelt und die nötigen Unterlagen besorgt haben und mit denen ich mich über verschiedene Aspekte des Massnahmenrechts hervorragend austauschen konnte.

Zu Dank bin ich sodann einer Reihe von Kolleginnen und Kollegen verpflichtet, von deren Gedanken, kritischem Nachfragen und Widerspruch ich im Rahmen von Workshops, Tagungen und Gesprächen in vielerlei Hinsicht profitiert habe. Dies gilt ganz besonders für die drei Gutachter Prof. Dr. Jürg-Beat Ackermann, Prof. Dr. Andreas Eicker und Prof. Dr. Gunhild Godenzi. Sie alle haben mich mit viel Engagement wissenschaftlich begleitet und vielgestaltig fachlich und persönlich unterstützt. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Marc Graf und bei Dr. Thierry Urwyler, die in verschiedenen Gesprächen meine Ausführungen zu den Kriminalprognosen kritisch reflektiert haben. Ein grosser Dank gebührt sodann Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz und Prof. Dr. Lucia Zedner, die mich während meiner Zeit an den Universitäten Bern und Oxford und darüber hinaus in meiner akademischen Karriere begleitet haben.

Meine Assistierenden Kimena Brog und Tim Meier haben mich bei der Recherche tatkräftig unterstützt, meine studentischen Hilfskräfte Lorena Gisler und Quirin Wick waren äusserst engagiert um die Formalien besorgt. Ein so umfangreiches Werk braucht sodann akribische Sorgfalt beim Korrekturlesen, was Dr. Nora Scheidegger, Sven Schleifer und Sophie Schmid mit viel sprachlichem Geschick und juristischem Sachverstand übernommen haben. Urs Remund hat die Druckfassung final auf Fehler kontrolliert. Sie alle haben eine unschätzbare Arbeit geleistet. Mit Ass-Prof. Dr. Stefan Maeder und Prof. Dr. Christopher Geth

konnte ich mich über die Eigenheiten des Habilitierens austauschen und im Rahmen von Vorlesungen produktiv zusammenarbeiten. Ihnen allen sei an dieser Stelle von Herzen gedankt.

Mein grösster Dank gilt meinem geliebten Ehemann, Prof. Dr. Martino Mona. Sein enormes Wissen im Strafrecht und in der Rechtsphilosophie, gepaart mit seiner Originalität und seiner unübertroffenen Fähigkeit, äusserst komplexe Gedankengänge unbeirrt und kohärent zu Ende zu denken, machen ihn zu einem unschätzbaren Gegenüber. Nicht nur hat er das gesamte Manuskript unermüdlich kommentiert und mir unzählige Hinweise gegeben, auch hat er mir zu Hause über Jahre den Rücken freigehalten und mich hartnäckig davon überzeugt, dass sich ein Ordinariat und eine Familie sehr gut vereinbaren lassen. Ihm und unseren Kindern sei das Buch gewidmet, in inniger Dankbarkeit und Liebe.

Die vorliegende Habilitationsschrift wurde im Mai 2022 zur Begutachtung eingereicht. Stand der Literatur und Rechtsprechung entspricht diesem Datum.

Es versteht sich von selbst, dass verbleibende Irrtümer und Unklarheiten allein mir zuzuschreiben sind.

Bern, im Herbst 2023

Anna Coninx

---

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                     |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Vorwort.....                                                                                        | VII       |
| <b>Einleitung.....</b>                                                                              | <b>1</b>  |
| I. Das Strafparadigma der Gegenwart.....                                                            | 1         |
| II. Der Untersuchungsgegenstand vor dem Hintergrund des gegenwärtigen<br>Strafparadigmas.....       | 7         |
| 1. Die freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und<br>Art. 64 StGB .....                  | 7         |
| 2. Problemaufriss, Forschungsstand und Fragestellung .....                                          | 9         |
| 2.1 Problemaufriss .....                                                                            | 9         |
| 2.2 Fragestellung vor dem Hintergrund des Forschungsstandes .....                                   | 13        |
| 3. Methodische Aspekte .....                                                                        | 17        |
| III. Der Gang der Untersuchung.....                                                                 | 19        |
| <b>Erster Teil: Wurzeln des strafrechtlichen Massnahmenrechts .....</b>                             | <b>27</b> |
| I. Prävention als Steuerungskonzept im Strafrecht .....                                             | 27        |
| 1. Prävention als konkurrenzlose Zielbestimmung des Strafrechts .....                               | 27        |
| 2. Die «kopernikanische Wende der Rechtswissenschaft».....                                          | 29        |
| 3. Die Dominanz des präventiven Denkens in der schweizerischen<br>Strafrechtswissenschaft .....     | 34        |
| 4. Die Erforschung der Kriminalitätsursachen .....                                                  | 36        |
| II. Die List des Marburger Programms .....                                                          | 41        |
| 1. Ein einflussreiches kriminal- und wissenschaftspolitisches Leitbild.....                         | 41        |
| 2. Der Streit der Präventionisten .....                                                             | 45        |
| 3. Die vermittelnde Position von Franz Von Liszt .....                                              | 48        |
| 4. Strafrecht und spezialpräventive Verbrechensbekämpfung .....                                     | 51        |
| III. Die weitreichende Erfindung der Zweispurigkeit.....                                            | 58        |
| 1. Diversifizierung statt Abschaffung des Schuldstrafrechts.....                                    | 58        |
| 2. Die zahnlose Kritik der Gegner der Zweckstrafe .....                                             | 62        |
| IV. Zusammenfassung und Fazit .....                                                                 | 66        |
| <b>Zweiter Teil: Die freiheitsentziehenden Massnahmen und<br/>ihre gesetzlichen Vorläufer .....</b> | <b>71</b> |
| I. Der Gedankengang.....                                                                            | 71        |
| II. Gesetzliche Grundzüge und Bedeutung .....                                                       | 72        |
| 1. Dichotomie von Verwahrung und stationärer Massnahme.....                                         | 72        |
| 2. Grundzüge der Anordnungs- und Entlassungsvoraussetzungen.....                                    | 75        |
| 2.1 Die stationären Massnahmen nach Art. 59 ff. StGB .....                                          | 75        |
| 2.2 Die Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB .....                                                   | 80        |
| 3. Die Bedeutung der freiheitsentziehenden Massnahmen im geltenden Recht...                         | 84        |

|       |                                                                                                |     |
|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| III.  | Vorläufer und Entwicklungsschritte der heutigen gesetzlichen Konzeption.....                   | 87  |
| 1.    | Die freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafgesetzbuch von 1942 .....                         | 87  |
| 1.1   | Hybrides Recht.....                                                                            | 88  |
| 1.2   | Die Versorgung und Verwahrung von psychisch kranken Straftätern.....                           | 91  |
| 1.3   | Die Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechertums.....                                              | 93  |
| 2.    | Die Revision von 1971.....                                                                     | 95  |
| 2.1   | Das allmähliche Verschwinden des Gewohnheitsverbrechers .....                                  | 95  |
| 2.2   | «Geisteszustand» statt «Zurechnungsfähigkeit» .....                                            | 98  |
| 3.    | Der lange Weg der Neukonzeption des Massnahmenrechts in der Revision von 2007 .....            | 102 |
| 3.1   | Die Vorentwürfe von Hans Schultz.....                                                          | 103 |
| 3.2   | Die Haltung der Expertenkommission .....                                                       | 106 |
| 3.2.1 | Vom Gewohnheitsverbrecher zum hochgefährlichen Straftäter.....                                 | 106 |
| 3.2.2 | Die psychisch kranken Straftäter.....                                                          | 107 |
| 3.3   | Kritik der Arbeitsgruppe der forensischen Psychiatrie der deutschsprachigen Schweiz .....      | 112 |
| 3.4   | Die weiteren Gesetzgebungsarbeiten .....                                                       | 113 |
| 3.4.1 | Die stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB .....                                               | 113 |
| 3.4.2 | Die Verwahrung nach Art. 64 StGB.....                                                          | 118 |
| 3.4.3 | Anhaltende Kritik am Verwahrungstatbestand.....                                                | 122 |
| 3.5   | Zwischen Erprobung und Sicherung .....                                                         | 123 |
| 3.5.1 | Die Zurückweisung des Erprobungsgedankens.....                                                 | 124 |
| 3.5.2 | Die lebenslängliche Verwahrung .....                                                           | 129 |
| 4.    | Zusammenfassung und Fazit.....                                                                 | 133 |
| IV.   | Die andere Seite: Die Entwicklung der spezialpräventiven Schuldstrafe .....                    | 139 |
| 1.    | Umfassende spezialpräventive Teilungstaktiken.....                                             | 139 |
| 2.    | Wesentliche Etappen der Milderung der Schuldstrafe .....                                       | 140 |
| 3.    | Prävention statt Vergeltung.....                                                               | 143 |
| 4.    | Die bedingte Strafe als spezialpräventive Teilungstaktik.....                                  | 146 |
| 4.1   | Die Rechtsnatur der bedingten Strafe.....                                                      | 146 |
| 4.2   | Die Bedeutung der bedingten Strafe.....                                                        | 147 |
| 4.3   | Der Anwendungsbereich und die Ausgestaltung der bedingten Strafe .....                         | 149 |
| 4.3.1 | Die bedingte Strafe in den Entwürfen von Stooss .....                                          | 150 |
| 4.3.2 | Die bedingte Strafe im Strafgesetzbuch von 1942 und 1971.....                                  | 152 |
| 4.3.3 | Die bedingte Strafe im Vorentwurf von Schultz und in den folgenden Gesetzgebungsarbeiten ..... | 154 |
| 4.3.4 | Die Einführung der teilbedingten Strafe.....                                                   | 157 |
| 4.3.5 | Die Nachbesserungen von 2006 .....                                                             | 158 |
| 4.3.6 | Die Nachbesserungen von 2018 .....                                                             | 159 |
| 4.3.7 | Zusammenfassende Würdigung .....                                                               | 162 |
| V.    | Zusammenfassung und Gesamtfazit.....                                                           | 164 |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Dritter Teil: Individualrechtliche Grundprobleme<br/>der freiheitsentziehenden Massnahmen</b> | 169 |
| I. Gedankengang vor dem Hintergrund der vorangehenden Untersuchung                               | 169 |
| II. Zweispurigkeiten und Rechtfertigungsprogramm                                                 | 173 |
| 1. Zweispurigkeit aus individualrechtlicher Perspektive                                          | 173 |
| 2. Die Antwort des EGMR: Die Engel-Doktrin                                                       | 174 |
| 2.1 Anti-Subversion-Doctrine                                                                     | 174 |
| 2.2 M. vs. Germany und Folgeentscheide                                                           | 178 |
| 2.3 Medizinisch-therapeutische Unterbringung zwecks Gefahrenabwehr                               | 181 |
| 2.4 Weshalb die Engel-Doktrin zu kurz greift                                                     | 190 |
| 3. Zweispurigkeit innerhalb der Zweispurigkeit                                                   | 194 |
| 3.1 Problemstellung                                                                              | 194 |
| 3.2 Behandlung oder Sicherung?                                                                   | 195 |
| 3.3 Die Rechtfertigungsfigur des «wohlverstandenen Interesses»                                   | 199 |
| 3.4 Behandlung und Eingriffsschwere                                                              | 202 |
| 3.5 Stationäre Massnahme als Freiheitsentzug                                                     | 205 |
| 3.5.1 Freiheitsentzug mit Behandlung                                                             | 205 |
| 3.5.2 Offene Vollzugsformen der stationären Massnahme<br>als Freiheitsentzug nach Art. 5 EMRK?   | 207 |
| 3.6 Folgen für die Rechtfertigung der stationären Massnahme                                      | 209 |
| 3.7 Folgen für die Voraussetzungen der Anordnung von stationärer<br>Massnahme und Verwahrung     | 213 |
| 4. Zusammenfassung und Fazit                                                                     | 216 |
| III. Die schwere psychische Störung als Eingangsvoraussetzung                                    | 223 |
| 1. Psychische Störung als Rechtsbegriff                                                          | 224 |
| 2. Die Suche nach dem rechtlichen Gehalt der schweren psychischen<br>Störung                     | 225 |
| 3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts                                                         | 231 |
| 4. FOTRES als Fundament der jüngsten bundesgerichtlichen<br>Rechtsprechung                       | 236 |
| 5. Die Kritik der Strafrechtslehre                                                               | 241 |
| 5.1 Problematische Gesetzesauslegung des Bundesgerichts                                          | 242 |
| 5.2 Das ausufernde Konzept des behandelbaren Risikozustandes                                     | 242 |
| 5.3 Folgeprobleme und Fraktionen mit anderen Instituten                                          | 244 |
| 6. Die Kritik aus Kreisen der forensischen Psychiatrie                                           | 246 |
| 6.1 Richtungsstreit: Diagnose statt Gefährlichkeit                                               | 246 |
| 6.2 «Therapierbarkeit, ein irrelevanter Faktor»                                                  | 249 |
| 7. Würdigung und Fazit                                                                           | 251 |
| 7.1 Fehlende individualrechtliche Perspektive<br>in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung       | 251 |
| 7.2 Unzureichende Kritik von Seiten der forensischen Psychiater                                  | 254 |
| 7.3 Hemmung eines konsequenten Präventionsprinzips durch<br>systemfremde Elemente?               | 257 |
| IV. Die Kriminalprognose                                                                         | 261 |
| 1. Erkenntnisinteresse und Gedankengang                                                          | 261 |
| 2. Grundprobleme der kriminalprognostischen Methodologie                                         | 262 |
| 2.1 Wunsch und Wirklichkeit                                                                      | 262 |

|       |                                                                                     |     |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2   | Forschungsstand und Diskussion betreffend die Grenzen der Prognostizierbarkeit..... | 264 |
| 2.2.1 | Von der Kriminalprognose zum Risikomanagement?.....                                 | 264 |
| 2.2.2 | Prognoseinstrumente zur Einschätzung der Rückfallwahrscheinlichkeit.....            | 268 |
| 2.2.3 | «Im Einzelfall unzulänglich, aber unverzichtbar».....                               | 269 |
| 2.2.4 | Methodologische Probleme und Qualitätsprobleme der Kriminalprognostik.....          | 277 |
| 2.2.5 | Das Problem der false positives.....                                                | 286 |
| 2.3   | Kognitive Verzerrungen.....                                                         | 296 |
| 2.3.1 | Kahnemans Modell der zwei Denksysteme.....                                          | 297 |
| 2.3.2 | Das Bedürfnis nach einer einfachen, kohärenten Geschichte..                         | 299 |
| 2.3.3 | Repräsentationsheuristik und logischer Fehler.....                                  | 301 |
| 2.3.4 | Ankerung und Bestätigungsfehler.....                                                | 309 |
| 2.3.5 | Rückschaufehler und Ergebnisfehler.....                                             | 311 |
| 2.3.6 | Kompetenzillusion und fehlende Falsifikationsmöglichkeit ..                         | 314 |
| 2.4   | Zwischenfazit.....                                                                  | 316 |
| 3.    | Zur Kriminalprognose nach Art. 59 und Art. 64 StGB.....                             | 318 |
| 3.1   | Übersicht über die gesetzlich vorgegebenen Elemente der Kriminalprognose.....       | 318 |
| 3.2   | Zum schwierigen Zusammenhang zwischen psychischer Störung und Delinquenz.....       | 320 |
| 3.3   | Der Fall des Herrn Z. ....                                                          | 323 |
| 3.4   | Bundesgerichtliche Vorgaben zur Kriminalprognose.....                               | 331 |
| 3.4.1 | Ausbildung des Sachverständigen.....                                                | 331 |
| 3.4.2 | Methodenfreiheit, standardisierte Prognoseverfahren und clinical override.....      | 333 |
| 3.4.3 | Begründungen statt Punktwerte.....                                                  | 337 |
| 3.5   | Rückfallrisiko und Wahrscheinlichkeitsformeln.....                                  | 339 |
| 3.6   | Zwischenfazit.....                                                                  | 343 |
| 4.    | Fallstudie zu Herrn G. ....                                                         | 345 |
| 4.1   | Prozessgeschichte.....                                                              | 345 |
| 4.2   | Deutungshoheit der forensischen Psychologie und Psychiatrie.....                    | 349 |
| 4.3   | Psychiatrisches Narrativ ohne gerichtliche Kontrolle.....                           | 354 |
| 4.3.1 | Begründungslücken bei der schweren psychischen Störung ...                          | 354 |
| 4.3.2 | Unkritischer Umgang der Juristen mit dem forensisch-psychiatrischen Narrativ.....   | 361 |
| 4.3.3 | Sprachliche Ungereimtheiten mit rechtlichen Folgen.....                             | 364 |
| 4.4   | «Der Therapeut an deiner Seite».....                                                | 366 |
| 4.5   | Risikoeinschätzung anhand standardisierter Prognoseinstrumente.....                 | 370 |
| 4.5.1 | Der PCL-R-Test des Herrn G. ....                                                    | 374 |
| 4.5.2 | Diskussion der forensisch-psychiatrischen Punktevergabe und ihre Begründung.....    | 380 |
| 4.6   | Wahrscheinlichkeiten und Risikokommunikation.....                                   | 389 |
| 4.7   | Zwischenfazit.....                                                                  | 391 |
| 5.    | Zusammenfassung und Gesamtfazit.....                                                | 393 |
| V.    | Das unbestimmte Ende der Sanktion.....                                              | 397 |
| 1.    | Durchlässigkeit und Wechselhaftigkeit.....                                          | 397 |
| 2.    | Umwandlung versus nachträgliche Anordnung.....                                      | 405 |



|         |                                                                                         |     |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.      | Entscheid über die Dauer der Massnahme .....                                            | 410 |
| 3.1     | Hohe Hürden der Entlassung aus der Verwahrung<br>und der stationären Massnahme .....    | 410 |
| 3.2     | Die Zahnlosigkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit<br>im Massnahmenkontext..... | 416 |
| 3.3     | Das Problem der Therapieverweigerung.....                                               | 421 |
| 4.      | Die nachträgliche Anordnung von Massnahmen<br>gemäss Art. 65 StGB.....                  | 425 |
| 4.1     | Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung .....                                        | 426 |
| 4.1.1   | Gesetzliche Ausgangslage.....                                                           | 426 |
| 4.1.2   | Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes .....                                            | 428 |
| 4.1.2.1 | Restriktiv, aber Ausnahmen möglich .....                                                | 430 |
| 4.1.2.2 | Verwahrung war kein Thema<br>im Ausgangsverfahren.....                                  | 432 |
| 4.1.2.3 | Neue Analysemethoden als neue Beweismittel .....                                        | 436 |
| 4.1.3   | Die EGMR-Entscheidung W. A. vs. Switzerland.....                                        | 438 |
| 4.1.3.1 | Fehlende Anknüpfung an das Schuldurteil.....                                            | 439 |
| 4.1.3.2 | Verstoss gegen das Rückwirkungsverbot .....                                             | 443 |
| 4.2     | Die nachträgliche Anordnung der stationären Massnahme .....                             | 445 |
| 4.2.1   | Gesetzliche Ausgangslage.....                                                           | 445 |
| 4.2.2   | Die EGMR-Entscheidung Kadusic vs. Switzerland .....                                     | 447 |
| 4.2.3   | Die herrschende Meinung in der Strafrechtslehre .....                                   | 448 |
| 4.2.4   | Die Haltung des Bundesgerichtes.....                                                    | 449 |
| 4.3     | Zusammenfassung und Würdigung.....                                                      | 452 |
| 5.      | Zusammenfassung und Fazit.....                                                          | 455 |

#### **Vierter Teil: Freiheitsentziehende Massnahmen und grundlegende Beschuldigtenrechte .....**

|       |                                                                                                           |     |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|       |                                                                                                           | 461 |
| I.    | Erkenntnisinteresse und Gedankengang.....                                                                 | 461 |
| II.   | Kriminalprognose im Konflikt mit grundlegenden strafprozessualen<br>Garantien.....                        | 461 |
| 1.    | Die vielfältige Verpflichtung zur Mitwirkung.....                                                         | 461 |
| 2.    | Kriminalprognose und Unschuldsvermutung.....                                                              | 467 |
| 2.1   | Psychiatrischer Befund vor Feststellung der Tatbegehung.....                                              | 467 |
| 2.2   | Die Zweiteilung der Hauptverhandlung.....                                                                 | 472 |
| 2.3   | Kriminalprognosen und die In-dubio-Regel .....                                                            | 476 |
| 2.3.1 | Zweifelssatz und Rechtsfragen.....                                                                        | 477 |
| 2.3.2 | Zweifelssatz und gutachterliches<br>Tatsachenfundament .....                                              | 478 |
| III.  | Der Sachverständigenbeweis und das Recht<br>auf ein faires Verfahren .....                                | 483 |
| 1.    | Die gesetzliche Ausgangslage.....                                                                         | 483 |
| 2.    | Die prozessdogmatische Konzeption des Sachverständigenbeweises .....                                      | 485 |
| 2.1   | Freie Beweiswürdigung und das Paradox des<br>Sachverständigenbeweises im inquisitorischen Verfahren ..... | 490 |
| 2.2   | Beschuldigtenrechte und Sachverständigenbeweis im inquisitorischen<br>Verfahren .....                     | 494 |

|                                                                                                                                        |                                                                                                                       |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3                                                                                                                                    | Das Problem der zweifelhaften und falschen Prämissen .....                                                            | 498 |
| 2.3.1                                                                                                                                  | Die zweifelhafte Unparteilichkeit des Experten .....                                                                  | 499 |
| 2.3.1.1                                                                                                                                | Die Wahl und Mandatierung des Sachverständigen durch die Behörden .....                                               | 499 |
| 2.3.1.2                                                                                                                                | Die Gefahr der Beeinflussung durch vorangehende Gutachten .....                                                       | 502 |
| 2.3.2                                                                                                                                  | Fehlende Objektivität und Verlässlichkeit von Kriminalprognosen.....                                                  | 504 |
| 2.3.2.1                                                                                                                                | Grundlegende wissenschaftstheoretische Überlegungen .....                                                             | 504 |
| 2.3.2.2                                                                                                                                | Der Fall des Herrn D. ....                                                                                            | 513 |
| 2.3.2.3                                                                                                                                | Die forensisch-psychiatrische Diagnose und Prognose als etwas Argumentatives .....                                    | 520 |
| 3.                                                                                                                                     | Die Notwendigkeit von <i>checks and balances</i> bei der forensisch-psychiatrischen Sachverständigenbegutachtung..... | 523 |
| 3.1                                                                                                                                    | Stärkung der Unparteilichkeit des amtlichen forensisch-psychiatrischen Sachverständigen .....                         | 524 |
| 3.2                                                                                                                                    | Adversatorische Elemente bei der forensisch-psychiatrischen Sachverständigenbegutachtung .....                        | 525 |
| 3.2.1                                                                                                                                  | Mitwirkungsrechte der Verteidigung .....                                                                              | 526 |
| 3.2.2                                                                                                                                  | Recht auf Konfrontation mit dem amtlichen forensisch-psychiatrischen Sachverständigen .....                           | 528 |
| 3.2.3                                                                                                                                  | Modelle einer kontradiktorischen Sachverständigenbegutachtung .....                                                   | 532 |
| 3.2.3.1                                                                                                                                | Doppelbegutachtung .....                                                                                              | 534 |
| 3.2.3.2                                                                                                                                | Stärkung der Rolle des Privatgutachters.....                                                                          | 535 |
| 3.2.3.3                                                                                                                                | Kontradiktorische Parteigutachte nach Massgabe des adversatorischen Verfahrens .....                                  | 541 |
| IV.                                                                                                                                    | Zusammenfassung und Fazit .....                                                                                       | 544 |
| <br><b>Fünfter Teil: Freiheitsentziehende Massnahmen als Problem der Verteilungsgerechtigkeit – Schuldstrafe als Alternative .....</b> |                                                                                                                       | 551 |
| I.                                                                                                                                     | Erkenntnisinteresse und Gedankengang .....                                                                            | 551 |
| II.                                                                                                                                    | Der individualrechtliche Gehalt der In-dubio-Regel .....                                                              | 552 |
| III.                                                                                                                                   | Utilitaristisches Nutzenkalkül und Gerechtigkeitsproblem .....                                                        | 556 |
| 1.                                                                                                                                     | Das «Sicherheitsventil».....                                                                                          | 556 |
| 2.                                                                                                                                     | Die Vorstellung von fremden Rechten .....                                                                             | 560 |
| IV.                                                                                                                                    | Überprüfung der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Massgabe der Gerechtigkeit.....                                 | 563 |
| 1.                                                                                                                                     | Die Notwendigkeit des Perspektivenwechsels .....                                                                      | 563 |
| 2.                                                                                                                                     | Wesentliche Elemente der Methode.....                                                                                 | 563 |
| 3.                                                                                                                                     | Konkretisierung der Methode mit Blick auf das Massnahmenrecht .....                                                   | 567 |

|                                                                                                     |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4. Überlegungen hinter dem Schleier des Nichtwissens.....                                           | 569        |
| 4.1 Anordnungsvoraussetzungen mit Blick auf die Schwere<br>der freiheitsentziehenden Massnahme..... | 569        |
| 4.2 Die Suche nach Alternativen: Primat der Schuldstrafe.....                                       | 574        |
| 4.3 Freiheitsentziehende Massnahmen nur für schuldunfähige Straftäter...                            | 575        |
| 4.4 Präventiv orientierter Sanktionenvollzug.....                                                   | 581        |
| V. Vergeltende Schuldstrafe als Alternative zum Massnahmenregime.....                               | 585        |
| 1. Die Verdrängung der Idee der gerechten Strafe.....                                               | 585        |
| 2. Nachhaltige Diffamierung des Vergeltungsgedankens .....                                          | 589        |
| 3. Bedeutung und Wert der vergeltenden Strafe .....                                                 | 592        |
| 3.1 Gerechtigkeitsintuitionen und Vergeltung .....                                                  | 592        |
| 3.2 Die limitierende Wirkung von Vergeltung auf die Sanktionierung.....                             | 595        |
| 3.3 Vergeltung als friedensstiftender Ausgleich .....                                               | 599        |
| 4. Die Notwendigkeit einer Debatte über die gerechte Strafe .....                                   | 605        |
| VI. Zusammenfassung und Fazit.....                                                                  | 613        |
| <b>Schlussbetrachtung.....</b>                                                                      | <b>619</b> |
| I. Kontextualisierung der Legitimitätsfrage.....                                                    | 620        |
| II. Vier fundamentale individualrechtliche Probleme .....                                           | 622        |
| III. Recht auf ein faires Verfahren und Sachverständigenbeweis 2.0. ....                            | 632        |
| IV. Die Legitimitätsfrage und eine mögliche Alternative.....                                        | 634        |
| Abkürzungsverzeichnis.....                                                                          | 639        |
| Literaturverzeichnis .....                                                                          | 643        |
| Materialienverzeichnis.....                                                                         | 679        |
| Unveröffentlichte Akten .....                                                                       | 683        |



---

# Einleitung

## I. Das Strafparadigma der Gegenwart

Strafrechtliche Eingriffe werden heute damit gerechtfertigt und politisch vermittelt, dass sie Verbrechensprävention leisten.<sup>1</sup> Dem Strafrecht kommt die Aufgabe zu, die Verletzung und die Gefährdung von Rechtsgütern zu verhindern.<sup>2</sup> Dieses Zweckdenken im Strafrecht wird üblicherweise als Präventionsdenken bezeichnet.<sup>3</sup> Prävention ist heute eine der wichtigsten Strategien staatlichen und privaten Handelns. Sie lässt sich allgemeiner definieren als das Bestreben, die Eintrittswahrscheinlichkeit von unerwünschten Ereignissen zu verringern.<sup>4</sup>

Während der Präventionsgedanke als mittelbare strafrechtliche Zielbestimmung bzw. als Hoffnung der Strafjustiz unbestritten ist, ist Prävention keine taugliche Antwort auf die unmittelbare Legitimation der Strafe.<sup>5</sup> Einerseits steht eine präventiv begründete Strafe vor der offensichtlichen Schwierigkeit, dass mit einem Mittel Verbrechensprävention geleistet werden soll, das aus konzeptionellen Gründen nur sehr begrenzt dazu geeignet ist. Eine Bestrafung setzt voraus, dass die Rechtsgutsverletzung bereits eingetreten ist; sie kommt also zur unmittelbaren Verhinderung der konkreten Straftat zwingend zu spät und kann deshalb die versprochene Kriminalitätsbekämpfung höchstens mittelbar leisten.<sup>6</sup> Dies kommt im «Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechtes» von ARNO PLACK zum Ausdruck, der sich dazu wie folgt äusserte: «Es ist ein falscher Perfektionismus, der die Gefährlichkeit eines Mitmenschen nur und erst so sicher feststellen möchte, wie sie aus einer Untat hervorspringt.»<sup>7</sup> Andererseits ist jedoch auch der Referenzpunkt der Schuld zur Bemessung der Art und des Umfangs der Strafe nicht geeignet, um wirksame Verbrechensbekämpfung zu betreiben; die präventive Bestrafungsnotwendigkeit kann in ei-

---

<sup>1</sup> Vgl. HASSEMER 2006a, S. 269: «Das Paradigma der Prävention hat sich in Strafrecht und Kriminalpolitik nahezu vollständig etabliert und konkurrierende Modelle der Kennzeichnung und Rechtfertigung des Strafrechts in Theorie und Praxis aus dem Feld geschlagen.»

<sup>2</sup> Vgl. BRUNHÖBER 2014, S. 3 ff.; STRATENWERTH 2011, § 3 Rn. 6; DONATSCH/TAG 2013, § 1 Ziff. 3; vgl. auch Bericht Experten VE 1993, S. 33.

<sup>3</sup> Vgl. VORMBAUM 2019, S. 736.

<sup>4</sup> Vgl. SINGELNSTEIN 2014, S. 41 ff.; CHALKIADAKI 2015, S. 16 ff.; LEGNARO 2014, S. 19 ff.

<sup>5</sup> Vgl. HASSEMER 2006a, S. 272.

<sup>6</sup> Vgl. WOHLERS 2000, S. 215; vgl. auch FRISCH 1982, S. 584 f.

<sup>7</sup> PLACK 1974, S. 389.

nem Fall weit über das Mass der Schuld hinausgehen, im anderen Fall kann sie dagegen dahinter zurückfallen. So kann es unter präventiven Gesichtspunkten notwendig sein, einen Straftäter<sup>8</sup> wesentlich länger wegzusperren, als dies eine schuldangemessene Bestrafung erlauben würde. Oder es zeigt sich umgekehrt, dass ein Straftäter überhaupt nicht bestraft werden muss, weil er weder gebessert, abgeschreckt noch gesichert werden muss.

Die Entwicklung des strafrechtlichen Sanktionenrechts, des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts kann vor allem ab Ende des 19. Jahrhunderts bis in die Gegenwart in diesem Spannungsverhältnis der Zweckerreichung – Verbrechensprävention – mit einem nur begrenzt tauglichen Mittel – Strafrecht und Strafe – begriffen werden. Weil erst bestraft wird, wenn es zu spät ist, das Strafziel der Verbrechensprävention also nie direkt erreicht werden kann, der Präventionsgedanke im Strafrecht aber dennoch übermächtig geworden ist, drängt er das Sanktionenrecht, das materielle Strafrecht und schliesslich auch das Strafprozessrecht immer mehr an seine Ränder. Dies hat zur Folge, dass immer früher bzw. umfassender sanktionierend interveniert wird. Und weil die präventive Zielbestimmung der Verhinderung von Kriminalität auf künftige Ereignisse ausgerichtet ist, deren Eintritt von Natur aus spekulativ ist, ist es – anders als in einem retrospektiven Strafrecht – sehr viel schwieriger, normative Schranken zu bestimmen. Die einzige in sich stimmige Schranke wird durch den präventiven Erfolg einer sanktionierenden Intervention gesetzt; man geht mit präventiven Bemühungen grundsätzlich so weit, bis sie wirken.

Auch im schweizerischen Strafrecht kann ein deutlicher Siegeszug des Präventionsdogmas beobachtet werden. Besonders eindrücklich zeigt sich die beinahe uneingeschränkte Dominanz des Präventionsdenkens im Sanktionenrecht. Mit Inkrafttreten des ersten eidgenössischen Strafgesetzbuches im Jahr 1942 wurde mit dem zweispurigen Sanktionensystem die Grundlage geschaffen, um auch jenseits des Repertoires der zeitlich befristeten Schuldstrafe Menschen zu sichern und zu therapieren.<sup>9</sup> In dieses präventive «Überlaufbecken» mit äusserst vielfältigen Massnahmen wurden all diejenigen Straftäter umgelenkt, die sonst das gesamthaft auf Effizienz getrimmte Kriminaljustizsystem überlastet hätten.<sup>10</sup> Der Gesetzgeber hat mit Inkrafttreten des ersten eidgenössischen Straf-

---

<sup>8</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Untersuchung bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern nur die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat nur redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

<sup>9</sup> Vgl. U. GERMAN 2006, S. 200 ff.; CONINX 2016a, S. 170 f.

<sup>10</sup> P.-A. ALBRECHT 1986, S. 70.

gesetzbuches allerdings nicht nur die Möglichkeit geschaffen, mittels strafrechtlicher Massnahmen weit über die schuldangemessene Bestrafung hinauszugehen und drakonische Sanktionen zu verhängen. Ebenso hat er mit der bedingten Strafe ein Instrument vorgesehen, um bei der Mehrheit der Straftäter mit Blick auf das tatsächlich auferlegte Übel systematisch unter dem Mass der schuldangemessenen Bestrafung bleiben zu können. Die bedingte Strafe fügt sich ideologisch perfekt in das dem Massnahmenrecht zugrunde liegende Konzept der Spezialprävention ein. Sanktioniert werden soll nach Massgabe dessen, was nötig ist, um einen konkreten Straftäter von weiterer Delinquenz abzuhalten.

Das spezialpräventiv ausgerichtete Sanktionenrecht wurde nach Inkrafttreten des ersten eidgenössischen Strafgesetzbuches konsequent ausgebaut. Im Jahr 1971 wurde die Grenze des bedingten Vollzugs von Freiheitsstrafen von 12 auf 18 Monate erhöht; mit der Revision von 2007 wurde der Bereich sodann nochmals ausgedehnt und auf 24 Monate angehoben. Parallel dazu wurde das Massnahmenrecht verschiedentlich revidiert und den sich wandelnden Vorstellungen von Straftat und Straftäter angepasst. Dies schlug sich in neuen Begrifflichkeiten und Institutionen nieder: Aus der «Trinkeranstalt» wurde die «Suchtbehandlung», aus dem «Arbeitshaus» die «Massnahme für junge Erwachsene», aus der «Verwahrung für geistig Abnorme» die «stationäre Massnahme». An der grundsätzlichen Idee von strafrechtlichen Massnahmen jenseits der Schuldstrafe, bei denen aus spezialpräventiven Gründen der Sicherung oder Besserung grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien des Schuldstrafrechts umgangen werden,<sup>11</sup> änderte sich aber nichts. Mit der Revision von 2007 verschärfte das Parlament das Massnahmenrecht schliesslich an verschiedenen zentralen Stellen ein weiteres Mal.

Während lange Zeit fast ausschliesslich über die Eingangsvoraussetzungen der Massnahmen debattiert wurde, beschäftigte man sich nun zunehmend auch mit dem Ende der Massnahme, und damit, wer – wenn überhaupt – wieder aus einer Massnahme entlassen werden sollte.<sup>12</sup> Entlassungen aus der Verwahrung und der stationären Massnahme sind heute sehr viel restriktiver als noch im ausgehenden 20. Jahrhundert, was sich nicht zuletzt im stetig zunehmenden Bestand im Massnahmenvollzug zeigt.<sup>13</sup> Derzeit ist ein weiteres «Massnahmenpaket» im Gesetzgebungsprozess, das eine (vorbehaltene) Verwahrung und stationäre Massnahme für ehemals jugendliche Straftäter vorsieht.<sup>14</sup> In jüngerer Zeit wurden zudem die Massnahmen der strafrechtlichen Landesverweisung nach einer

---

<sup>11</sup> Vgl. STOOS 1905, S. 2.

<sup>12</sup> Vgl. U. GERMANN 2018, S. 12.

<sup>13</sup> Vgl. nur WEBER 2020b.

<sup>14</sup> Vgl. Bericht Massnahmenpaket Sanktionenvollzug 2020.

kurzzeitigen Abschaffung wiedereingeführt. Auch gab es deutliche Verschärfungen im Bereich von Tätigkeits- und Kontaktverboten.<sup>15</sup> Und schliesslich gewannen Massnahmen im Nebenstrafrecht erheblich an Gewicht, beispielhaft genannt sei der Führerausweisentzug.<sup>16</sup>

Auch im materiellen Strafrecht wird insbesondere seit den 1990er Jahren der strafrechtliche Wirkungskreis bis an die äussersten Ränder des Zulässigen – und manchmal auch darüber hinaus – ausgedehnt, um Delikte frühzeitig und umfassend zu verhindern, indem Vorverlagerungstatbestände, Gefährdungsdelikte und Organisationstatbestände geschaffen wurden.<sup>17</sup> Am deutlichsten zeigt sich dies gegenwärtig im Bereich der Terrorismusbekämpfung: Die Strafbarkeit wird zunehmend ins Vorfeld des eigentlichen terroristischen Anschlages verlagert, um möglichst wirksam bereits vor jeglicher Rechtsgutsverletzung sanktionierend eingreifen zu können. Während frühere Übereinkommen zum Ziel hatten, den terroristischen Akt als solchen zu verhindern, soll es heute darum gehen, Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, «die zwar keine Terrorakte darstellen, die jedoch über das Potential verfügen, terroristische Haupttaten herbeizuführen oder zu erleichtern».<sup>18</sup> So kann unter Umständen bereits das (versuchte) Antreten eines Fluges mit der Absicht, weiter in Regionen des «Islamischen Staats» zu reisen, als strafbare Handlung nach Art. 260<sup>sexies</sup> Abs. 1 lit. c StGB (vormals Art. 2 Al-Qaïda/IS-Gesetz<sup>19</sup>) angesehen werden.<sup>20</sup>

Diese Vorverlagerung im materiellen Strafrecht geht Hand in Hand mit erweiterten Zugriffsmöglichkeiten im Strafprozessrecht: So verliert die Anknüpfung an die Tat in Form des dringenden Tatverdachts in einem Präventionsstrafrecht, das eine sehr weitreichende und frühzeitige Zurechnung ermöglicht, an einschränkender Kraft.<sup>21</sup> Ebenso hat auch die Idee, mittels Strafprozessrecht Kriminalitätsbekämpfung betreiben zu können, an selbständiger Bedeutung gewonnen.<sup>22</sup> Strafprozessuale Zwangsmassnahmen werden nicht mehr nur eingesetzt, um begangene Straftaten in einem möglichst fairen und effizienten Verfahren aufzuklären, sondern auch, um unmittelbar Verbrechen zu bekämpfen, etwa durch die

<sup>15</sup> Vgl. Botschaft StGB, BBl 2016, S. 6127; vgl. die Diskussion im Ständerat am 18. September 2017, Amtliches Bulletin SR 2017, S. 629.

<sup>16</sup> Vgl. CONINX 2014b, S. 183 ff.

<sup>17</sup> Grundlegend WOHLERS 2000; vgl. auch BRUNHÖBER 2014; EICKER 2010, S. 25 ff., 37 ff., 47.

<sup>18</sup> Botschaft Terrorismus Strafrecht, BBl 2018, S. 6434 f.; vgl. dazu CONINX 2021, S. 190.

<sup>19</sup> Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014, SR 122 (in Kraft bis am 31. Dezember 2022).

<sup>20</sup> Vgl. BGer 6B\_948/2016 vom 22. Februar 2017; vgl. dazu EICKER 2017, S. 351 ff.

<sup>21</sup> Vgl. ACKERMANN 2007, S. 324 f.

<sup>22</sup> Vgl. CONINX/MONA 2017, S. 1; P. ALBRECHT 2018, S. 62.



stetige Ausdehnung der strafprozessualen Haftmöglichkeiten im Rahmen der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 StPO. Auch die Zwangsmassnahme der DNA-Analyse dient längst nicht mehr nur dazu, Beweise im Hinblick auf die Aufklärung eines bestehenden Tatverdachts zu sammeln. Vielmehr soll damit auch eine raschere und wirksamere Strafverfolgung im Hinblick auf künftige Delikte ermöglicht werden.<sup>23</sup> Auch zeigen sich aus Effizienzgründen im Strafprozessrecht ebenso wie im materiellen Strafrecht Teilungstaktiken: Der klassische strafrechtliche Zugriff mittels Anklage, Hauptverhandlung, Urteil und Sanktion wurde auf wenige schwere Straftaten bzw. gefährliche Straftäter beschränkt. Demgegenüber ergeht die grosse Masse der Strafurteile heute im Strafbefehlsverfahren, wo der kommunikative Akt zwischen Strafverfolgungsbehörde und der beschuldigten Person auf ein Minimum reduziert wurde; zwischen 2014 und 2020 waren es durchschnittlich 92 Prozent aller Verurteilungen für ein Verbrechen oder Vergehen,<sup>24</sup> die in weniger als 2 Prozent der Fälle der beschuldigten Person persönlich ausgehändigt wurden.<sup>25</sup>

Allerdings stossen auch das präventiv ausgerichtete Strafrecht und das Strafprozessrecht an Grenzen. Die Strafe ist an sich kaum geeignet, Gefahren zu bekämpfen. Oftmals wird bei Vorfeldtatbeständen nämlich nur ein vergleichsweise geringfügiges Unrecht verwirklicht, und die Strafe fällt entsprechend relativ geringfügig aus.<sup>26</sup> Auch ist das Strafprozessrecht nur begrenzt geeignet, Kriminalitätsbekämpfung zu leisten, insofern ein Strafverfahren überhaupt nur bei einem Anfangsverdacht eröffnet werden darf.<sup>27</sup> Ein solcher Anfangsverdacht hat zwar in einem präventiv ausgerichteten Strafprozessrecht an Bedeutung verloren,<sup>28</sup> bildet aber immerhin noch eine gewisse Schranke vor blosser Verdachtsausforschung. Eingriffsintensive Zwangsmassnahmen wie beispielsweise Haft oder ihre Ersatzmassnahmen sind überdies an das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts geknüpft.<sup>29</sup> Ebenso setzt das Beweisrecht gewisse Schranken, insofern gerade bei den neuen Terrorismustatbeständen des Art. 260<sup>sexies</sup> StGB

<sup>23</sup> Vgl. BGE 145 IV 263, E. 3.3.; vgl. BGer Urteile 1B\_381/2020, 1B\_13/2019 und 1B\_14/2019 je vom 12. März 2019 jeweils E. 2.1.; BGer 1B\_274/2017 vom 6. März 2018, E. 2.1.; BGer 1B\_244/2017 vom 7. August 2017, E. 2.1.

<sup>24</sup> Vgl. MATTMANN ET AL. 2021, S. 253 m. w. H.

<sup>25</sup> Vgl. MATTMANN ET AL. 2021, S. 253.

<sup>26</sup> Vgl. für das Beispiel der Terrorismusbekämpfung CONINX 2021, S. 188.

<sup>27</sup> Vgl. ACKERMANN 2007, S. 324.

<sup>28</sup> Vgl. P. ALBRECHT 2018, S. 63 ff.

<sup>29</sup> Vgl. ZIMMERLIN, ZH StPO-Komm., Art. 197 Rn. 11; WEBER, BSK StPO-II, Art. 197 Rn. 8; SCHMID/JOSITSCH, PK-StPO, Art. 197 Rn. 4; VIREDAZ/JOHNER, CR CPP, Art. 197 Rn. 5; EICKER ET AL. 2020, S. 142; eine Ausnahme hiervon stellt die Haft wegen Ausführungsgefahr i. S. v. Art. 221 Abs. 2 StPO dar; vgl. dazu CONINX 2016c, S. 385; P. ALBRECHT 2018, S. 68.

Verhaltensweisen wie beispielsweise eine sog. «Jihadreise» kriminalisiert werden, deren Strafwürdigkeit sich erst durch eine bestimmte Intention ergibt, die gemäss den strafrechtlichen Beweisregeln nachgewiesen werden muss.<sup>30</sup>

Angesichts des Gesagten wie auch der Tatsache, dass politisch ein Bedürfnis nach präventiven Überwachungs- und Sicherungsmöglichkeiten sowohl wahrgenommen als auch geschaffen und reproduziert wird, wurde begonnen, parallel zum Straf- und Strafprozessrecht Instrumente zu entwickeln, die nicht an strafbares Verhalten anknüpfen, mit denen aber dennoch sehr empfindlich in die Rechte der betroffenen Person eingegriffen werden kann.<sup>31</sup> Beispiele hierfür sind polizeirechtliche Rayon- und Platzverbote zur Bekämpfung des Hooliganismus,<sup>32</sup> ausgebaute Möglichkeiten der präventiv-polizeilichen Ermittlung im Vorfeld einer Straftat wie in § 15a und § 15b des Gesetzes über die Luzerner Polizei vorgesehen,<sup>33</sup> ein mehrmonatiger, polizeirechtlicher Hausarrest nach dem neu geschaffenen Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus gemäss Art. 23o PMT<sup>34</sup> oder auch kantonales Bedrohungsmanagement, das «Gefährderlisten» vorsieht, die wesentlich darauf abzielen, Daten von potentiell gefährlichen Personen zu sammeln.<sup>35</sup> Diese Sicherheitsarchitektur, die zwar weiterhin auch auf Säulen des Strafrechts fusst, wird also ausgebaut und vervollständigt, indem in verschiedenen Bereichen zwecks Kriminalitätsbekämpfung sehr eingriffsintensive präventive Massnahmen errichtet werden, die losgelöst von einer Anlasstat ergriffen werden können. Dieses neuartige Sicherheitsrecht erscheint dabei wie ein *magic trick*, der es ermöglicht, sich den vielfältigen rechtsstaatlichen Beschränkungen, die im Strafrecht und im Strafprozessrecht zum Schutz der betroffenen Person vor übermässigen Eingriffen des sanktionierenden Staates entwickelt wurden, zu entziehen.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. CONINX 2021, S. 193.

<sup>31</sup> Vgl. bereits FOREL 1889, S. 15: «Rationellerweise sollte man demnach den Menschen mit verbrecherischer Anlage in die Kur nehmen, bevor er durch Verbrechen die Gesellschaft geschädigt hat.»; vgl. kritisch P. ALBRECHT 2018, S. 74.

<sup>32</sup> Vgl. HENSLE 2011, S. 41 f.; B. MEIER 2014, S. 668 ff.; WERDER 2012, S. 249 ff.; J. MÜLLER 2013, S. 109 ff.

<sup>33</sup> Vgl. dazu EICKER ET AL. 2020, S. 184 ff.

<sup>34</sup> Vgl. dazu CONINX 2021, S. 192 ff.

<sup>35</sup> Vgl. SIMMLER ET AL. 2020, S. 30 f.

<sup>36</sup> Vgl. CONINX 2021, S. 194.

## **II. Der Untersuchungsgegenstand vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Strafparadigmas**

### **1. Die freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB**

Die vorangehende Skizze des gegenwärtigen Strafparadigmas lässt erahnen, wie umfassend und systematisch der Präventionsgedanke mittlerweile das Strafrecht und das Strafprozessrecht beherrscht. Aufgrund ihrer Vielzahl und Breite ist es nicht möglich, die präventiven Massnahmen der Verbrechensbekämpfung allesamt darzustellen. Thema der vorliegenden Arbeit sind vielmehr die eingriffsintensivsten Massnahmen überhaupt: die freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB, die Straftätern über die für ihre Tat angemessene Strafe hinaus auferlegt werden, weil sie als gefährlich angesehen werden. Nicht behandelt werden demgegenüber die übrigen strafrechtlichen Massnahmen: die Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB), die Landesverweisung (Art. 66a–66d StGB), das Tätigkeits-, Kontakt- und Rayonverbot (Art. 67–67d StGB), das Fahrverbot (Art. 67e StGB), die Veröffentlichung eines Urteils (Art. 68 StGB) sowie die Einziehung (Art. 69–73 StGB). Nur am Rande behandelt wird die ambulante Massnahme (Art. 63 StGB), die eine Behandlung einer psychischen Störung oder eine Suchtmittelbehandlung darstellt, ohne dass dem Straftäter die Freiheit entzogen würde.

Freiheitsentziehende strafrechtliche Massnahmen sind nach geltendem Recht einerseits die stationären Massnahmen nach Art. 59 ff. StGB sowie die beiden Formen der Verwahrung – die ordentliche (Art. 64 StGB) und die lebenslängliche (Art. 64 Abs. 1<sup>bis</sup> StGB). Bei den stationären Massnahmen unterscheidet das Strafgesetz drei Typen: die stationäre Massnahme zur Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59 StGB), die Suchtbehandlung (Art. 60 StGB) sowie die Massnahme für junge Erwachsene (Art. 61 StGB). Obwohl diese drei stationären Massnahmen in unterschiedlichen Tatbeständen umschrieben werden, ist die Grundstruktur der jeweiligen Eingangsvoraussetzungen dieselbe: Es bedarf erstens einer Anlasstat sowie zweitens eines besonderen Zustandes des Täters, der drittens in einem kausalen Zusammenhang zur Anlasstat steht. Aufgrund des besonderen Zustandes muss viertens eine erhöhte Rückfälligkeit angenommen werden, die fünftens einer besonderen Behandlung bedarf.<sup>37</sup> Der besondere Zustand des Täters besteht nach der gesetzlichen Formulierung bei

---

<sup>37</sup> Zum Verhältnis von Art. 59 und Art. 60 StGB vgl. TRECHSEL/PAUEN BORER, PK-StGB, Art. 60 Rn. 1; HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 60 Rn. 17; zum Verhältnis von Art. 59 und Art. 61 StGB vgl. STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 9 Rn. 1.

der stationären Massnahme in einer schweren psychischen Störung (Art. 59 Abs. 1 StGB), bei der Suchtbehandlung in einer Suchtmittelabhängigkeit (Art. 60 Abs. 1 StGB) und bei der Massnahme für junge Erwachsene in der Voraussetzung, dass der Straftäter «in seiner Persönlichkeitsstörung erheblich gestört» ist (Art. 61 Abs. 1 StGB). In der Praxis fallen diese Sonderzustände freilich regelmässig zusammen, jedenfalls dann, wenn sie eine stationäre Behandlung erfordern: Die Suchtmittelabhängigkeit gemäss Art. 60 Abs. 1 StGB dürfte oftmals als schwere psychische Störung interpretiert werden oder zu einer solchen führen.<sup>38</sup> Dasselbe gilt für die Massnahme für junge Erwachsene: Eine Abgrenzung der erheblichen Störung des altersspezifischen psychosozialen Reifungsprozesses nach Art. 61 Abs. 1 StGB von der schweren psychischen Störung nach Art. 59 Abs. 1 StGB dürfte regelmässig schwierig bzw. kaum möglich sein.<sup>39</sup>

Unterschiede hinsichtlich der drei gesetzlich vorgesehenen Formen der stationären Massnahme bestehen bezüglich der individualrechtlich entscheidenden Frage der Beendigung der Massnahmen und der jeweils gesetzlich vorgesehenen Höchstfrist. Bei der Massnahme für junge Erwachsene ist nach Art. 61 Abs. 4 StGB grundsätzlich eine Dauer von vier Jahren und eine Beendigung spätestens mit dem 30. Altersjahr vorgesehen. Eine Suchtbehandlung soll gemäss Art. 60 Abs. 4 StGB «in der Regel höchstens drei Jahre» und maximal sechs Jahre dauern. Die gesetzlich vorgesehenen, absoluten Höchstfristen werden allerdings aufgrund des Durchlässigkeitsprinzips, welches das Massnahmenrecht beherrscht, erheblich relativiert: So ist vorgesehen, dass eine im Zeitpunkt der Urteilsfällung ausgesprochene Massnahme später relativ einfach auf Grundlage von Art. 62a Abs. 1 lit. b StGB sowie Art. 62c Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 6 StGB in eine andere Massnahme umgewandelt werden kann. Sowohl die Suchtbehandlung als auch die Massnahme für junge Erwachsene können also spätestens bei Ablauf der Höchstfrist in eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB<sup>40</sup> oder – bei Vorliegen einer Katalogstraftat – sogar in eine Verwahrung nach Art. 64 StGB umgewandelt werden.<sup>41</sup> Werden die Suchtbehandlung und die Massnahme für junge Erwachsene also im Hinblick auf ihre Aufhebung in diesem grösseren Kontext des Rechts der freiheitsentziehenden Massnahmen verstanden, vermag die gesetzlich in Art. 60 Abs. 4 StGB bzw.

<sup>38</sup> Vgl. exemplarisch BGer 6B\_280/2021, 6B\_419/2021 vom 27. Mai 2021; HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 60 Rn. 56; vgl. auch STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 9 Rn. 18.

<sup>39</sup> Vgl. HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 61 Rn. 27; STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 10 Rn. 10.

<sup>40</sup> Vgl. beispielhaft BGer 6B\_828/2019 vom 5. November 2019.

<sup>41</sup> Vgl. TRECHSEL/PAUEN BORER, PK-StGB, Art. 62c Rn. 9; vgl. beispielhaft BGer 6B\_280/2021 vom 27. Mai 2021.

Art. 61 Abs. 4 StGB vorgesehene Höchstdauer zwar eine Richtlinie für die Vollzugsbehörden und Gerichte zu geben, jedoch keine absoluten Grenzen zu setzen. Dies wiederum bedeutet, dass die Überlegungen, die im Zusammenhang mit dem unbestimmten Massnahmenende betreffend Art. 59 StGB und Art. 64 StGB angestellt werden, vor dem Hintergrund der vielfältigen Umwandlungsmöglichkeiten auch für die Massnahmen der Suchtbehandlung und die Massnahme für junge Erwachsene Bedeutung haben. Was schliesslich die Massnahme der Verwahrung angeht, so wird in der vorliegenden Arbeit auf die ordentliche Verwahrung i. S. v. Art. 64 Abs. 1 StGB fokussiert. Nicht zuletzt aufgrund der praktisch kaum vorhandenen Bedeutung der lebenslänglichen Verwahrung wird diese nur am Rande thematisiert.

## **2. Problemaufriss, Forschungsstand und Fragestellung**

### **2.1 Problemaufriss**

Während die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit grösstenteils intensiv und einzelne Tatbestandsmerkmale gar in ausuferndem Detailreichtum erforscht sind, sind Fragen der strafrechtlichen Sanktionierung weitaus weniger geklärt.<sup>42</sup> Dies gilt insbesondere für das Massnahmenrecht. Dies ist umso prekärer, weil sich die Legitimation der Massnahme – im Unterschied zur Strafe – gerade nicht aufgrund der begangenen Straftat ergibt.<sup>43</sup> Entsprechend nehmen die Voraussetzungen für eine Anordnung der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB lediglich im Sinne eines Anknüpfungspunktes – in Form des Anlassdelikts – Bezug auf die begangene Straftat. In der Sache werden freiheitsentziehende Massnahmen allerdings gestützt auf eine vermutete künftige Rückfälligkeit auferlegt, nicht aufgrund der Begehung einer vergangenen Straftat. Während die Legitimation der Strafe seit Jahrhunderten eines der wichtigsten Themen im Strafrecht überhaupt ist, und ausgiebig darüber theoretisiert worden ist, ist die Frage nach der Legitimation einer freiheitsentziehenden Massnahme jenseits der Schuldstrafe deutlich weniger erforscht und beantwortet.<sup>44</sup> Dies mag daran liegen, «dass es als unbestritten angesehen wird, dass eine Gesellschaft das Recht haben muss, sich gegen Täter zu schützen, die sowohl hochgefährlich wie

---

<sup>42</sup> Vgl. OBERHOLZER 2016, S. 33.

<sup>43</sup> Grundlegend P. ALBRECHT 2007.

<sup>44</sup> Vgl. dazu statt vieler STRATENWERTH 2017c, S. 531 ff.

nicht behandelbar sind».<sup>45</sup> Der Staat der Neuzeit wird denn auch zuweilen in seiner grundlegendsten Form weitgehend damit gerechtfertigt, dass mittels staatlicher Strukturen Sicherheit hergestellt werden soll.<sup>46</sup>

Während die staatliche Schutzpflicht auf einer prinzipiellen Ebene unbestritten sein mag, erweist sich ihre Konkretisierung in Form von spezifischen Massnahmen als äusserst schwierig und umstritten.<sup>47</sup> Dass sich die Gesellschaft gegen gefährliche Straftaten schützen können muss, bezweifelt niemand, fraglich ist aber, mit welchen Mitteln und in welchen rechtsstaatlichen Grenzen dieses Ziel verfolgt werden darf. Das Gesetz sagt in Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB dazu nur, dass eine freiheitsentziehende Massnahme anzuordnen sei, wenn eine Strafe alleine nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder wenn die öffentliche Sicherheit dies erfordert. Zudem müssen gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. c StGB die Voraussetzungen einer konkret anzuordnenden Massnahme erfüllt sein. Die «primäre Legitimationsgrundlage» für eine freiheitsentziehende Massnahme wird in einer wie auch immer gearteten «Sozialgefährlichkeit» des Täters erblickt.<sup>48</sup>

Wichtigster Anknüpfungspunkt für freiheitsentziehende Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB ist also die Gefährlichkeit. «Gefährlichkeit» als Rechtsbegriff ist wie auch die «Schuld» ein soziales und normatives Konstrukt.<sup>49</sup> Die Gefährlichkeit ist allerdings verglichen mit der Schuld erkenntnistheoretisch wesentlich komplexer. Dies allein schon deshalb, weil sich die Gefährlichkeit eines Menschen nicht wie die Schuld auf ein abgeschlossenes, in der Vergangenheit liegendes Verhalten bezieht, sondern auf ein künftiges Geschehen, das notgedrungen spekulativ ist. Überdies gilt es bei der Gefährlichkeit nicht, ein naturwissenschaftlich erkennbares Phänomen zu beurteilen, sondern zukünftiges menschliches Verhalten. Dies setzt entsprechend eine vielfach komplexere Prognosefähigkeit voraus, zumal menschliche Prozesse naturgemäss nicht abgeschlossen und unter Umständen von Faktoren abhängig sind, die nicht vorhersehbar sind.<sup>50</sup>

Aufgrund ihrer Zukunftsgerichtetheit sind Urteile über die Gefährlichkeit einer Person im Gegensatz zu Schuldurteilen auch deutlich weniger individualisiert. Selbst wenn eine statistisch erstellte Rückfallwahrscheinlichkeit mit Blick auf

---

<sup>45</sup> STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 11 Rn. 1; PLACK 1974, S. 88: «(...) der manifest Gefährliche muss von der Gesellschaft abgesondert werden, zu deren Schutz und zum Zwecke psychiatrischer oder psychotherapeutischer Behandlung.»

<sup>46</sup> Vgl. ISENSEE 1983, S. 4.

<sup>47</sup> Vgl. ASHWORTH ET AL. 2013, S. 7.

<sup>48</sup> Vgl. HEER/HABERMEYER, BSK StGB-I, Art. 56 Rn. 18.

<sup>49</sup> Vgl. BÖHM 2011, S. 16 ff.

<sup>50</sup> Vgl. nur EHER ET AL. 2016, S. 105.

einen konkreten Täter bestimmt wird, ist auch diese Prognose stets nur eine Wahrscheinlichkeitsaussage darüber, wie sich Menschen mit bestimmten Eigenschaften im Allgemeinen erfahrungsgemäss verhalten.<sup>51</sup> Dies unterscheidet die Prognose betreffend die Gefährlichkeit einer Person grundlegend vom Schuldurteil. Man stelle sich vor, ein Schuldurteil würde im Stil einer Kriminalprognose verfasst und lautete: «Straftäter T, der die Faktoren a, b und c erfüllt, wird erfahrungsgemäss jenseits eines vernünftigen Zweifels bzw. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein schweres Sexualdelikt begangen haben, weshalb er schuldig gesprochen und ihm eine fünfjährige Freiheitsstrafe auferlegt wird.» Ein solchermassen begründeter Schuldspruch wäre eine Verdachtsstrafe und damit der Inbegriff staatlich zugefügten Unrechts: Es wäre eine Strafe für eine Tat, die nicht hinreichend bewiesen ist, für ein Unrecht, das womöglich gar nicht begangen wurde.

Ganz anders verhält sich die Situation im Bereich der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB. Hier wird exakt in dieser Matrix gedacht und bewertet. Die Auferlegung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB mit der Begründung, «die Rückfallwahrscheinlichkeit von Straftäter T, der die Faktoren a, b und c erfüllt, ist bei Straftätern im Allgemeinen hoch, und die persönliche Lebensgeschichte und Diagnose lässt mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (ohne entsprechende Therapie) kein davon abweichendes Verhalten erwarten; deshalb wird T für fünf Jahre (mit Verlängerungsmöglichkeit) stationär weggesperrt», ist das, was Gerichte tun, wenn sie Massnahmen auferlegen. Zwar betonte das Bundesgericht, dass sich eine Aussage über die Gefährlichkeit einer Person nicht nur auf Punktwerte von standardisierten Prognoseinstrumenten stützen darf, sondern zusätzlich individualisiert werden müsse.<sup>52</sup> Allerdings handelt es sich auch dabei letztlich wiederum um nichts anderes als einen klinischen Erfahrungssatz. Ansonsten würde die Individualisierung der Kriminalprognose auf der extrem fragwürdigen Prämisse beruhen, dass der forensische Psychiater zwar aus dem Einzelfall nichts Verallgemeinerbares herauslesen, aber trotzdem Aussagen für das zukünftige Verhalten machen kann.<sup>53</sup> Weil es also schlicht nicht möglich ist, eine individuelle Kriminalprognose vorzunehmen, akzeptieren wir statistisch oder klinisch begründete Erfahrungssätze als minderen Ersatz. Und weil es unmöglich ist, jenseits eines vernünftigen Zweifels künftige Tatsachen oder Ereignisse vorauszusagen, nehmen wir hin, dass der Grundsatz *in dubio pro reo* keine Anwendung findet. Stattdessen geben wir uns

---

<sup>51</sup> Vgl. SCHÖCH 2007, S. 362; ROCKHILL ET AL. 2000, S. 178: «The words <cause> and <prevent> as they pertain to probabilistic risk factor logic, are concepts most clearly applied to aggregates of individuals, not a specific individual.»

<sup>52</sup> Vgl. BGer 6B\_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.3.; BGer 6B\_772/2007 vom 9. April 2008, E. 4.; BGer 6B\_582/2017 vom 19. Juni 2018, E. 2.2.4.

<sup>53</sup> Vgl. H.-J. ALBRECHT 2013, S. 1075.

mit Wahrscheinlichkeitsaussagen zufrieden, die aus Tabellen zu statistischen Prognoseinstrumenten zitiert werden und die, vermischt mit der klinischen Erfahrung des Sachverständigen für die rechtlichen Instanzen, die über die Gefährlichkeit einer Person entscheiden müssen, kaum überprüfbar sind.

Aber nicht nur hinsichtlich der Anordnung der freiheitsentziehenden Massnahmen, auch in Bezug auf ihre Dauer und Beendigung zeigen sich grundlegende Unterschiede zur Schuldstrafe. Wird über die Schuld des Täters entschieden und erwächst das Strafurteil in Rechtskraft, ist der strafrechtliche Vorwurf – unter Vorbehalt der Revision – ein für alle Mal geklärt. Diese absolute Grenze der sanktionierenden Einwirkung auf der Grundlage der Schuldstrafe ergibt sich daraus, dass die Strafe – als angemessene Reaktion auf eine bestimmte Tat – zeitlich beschränkt ist. Da das schweizerische Strafrecht – mit Ausnahme der lebenslänglichen Freiheitsstrafe – nur die Zeitstrafe kennt, endet jede Strafe spätestens mit Ablauf der Vollverbüsung.<sup>54</sup> Fundamental anders gestaltet sich die Situation im Massnahmenrecht. Dies liegt daran, dass der Bezugspunkt für die Bemessung der Massnahme nicht die vergangenheitsbezogene Schuld ist, sondern die dynamische Grösse der Gefährlichkeit als Möglichkeit künftiger Delinquenz. Das Urteil über die Gefährlichkeit ist daher stets nur ein vorläufiges Urteil, auch wenn es als Teil der strafrechtlichen Rechtsfolgenentscheidung in Rechtskraft erwächst. Die sanktionsrechtliche Konsequenz davon ist die zeitlich offene Sanktionierung sowohl für die stationäre Massnahme nach Art. 59 als auch für die Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB. Beide Massnahmen kennen keine gesetzlichen Maximalfristen. Die freiheitsentziehende Massnahme nach Art. 59 bzw. Art. 64 Abs. 1 StGB dauert schlicht so lange, bis die betroffene Person als nicht mehr gefährlich angesehen wird, so dass sich ein weiterer Freiheitsentzug erübrigt. Im präventiven Massnahmensystem ist der Zeitpunkt der strafrechtlichen Verurteilung folglich nicht eine Zäsur wie beim Schuldurteil; vielmehr ist dieser ein Einfallstor hin in eine wechselhafte und bedrückende Welt verschiedener Sanktionsmöglichkeiten. Entsprechend betonte das Bundesgericht diesbezüglich, dass das Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen hinsichtlich eines Entlassungs-, Aufhebungs- bzw. Verlängerungsentscheids einer Massnahme «ähnlich intensiv» sei wie bei der Anordnung;<sup>55</sup> eine «weitgehende Annäherung des Rechtsschutzstandards» sei deshalb «bedeutsam».<sup>56</sup>

Freiheitsentziehende Massnahmen, die ohne Maximalfrist für Jahre und Jahrzehnte auferlegt werden können, sind daher typischerweise weitaus eingriffsintensiver als eine Freiheitsstrafe im Rahmen einer Schuldstrafe. Nahezu jedes Element ist bei einer freiheitsentziehenden Massnahme im Vergleich zur

---

<sup>54</sup> Vgl. URWYLER ET AL. 2020, S. 9.

<sup>55</sup> BGE 147 IV 433, E. 2.4.; vgl. auch HEER, BSK StGB-I, Art. 64a Rn. 14.

<sup>56</sup> BGE 147 IV 433, E. 2.4.



Schuldstrafe für die betroffene Person belastender, leidvoller und bedrängender: Der in jedem Fall unbedingte Vollzug, die Dauer, die Unbestimmtheit der Dauer, die Wechselhaftigkeit der verschiedenen Massnahmen, die damit einhergehende Ungewissheit, wie es weitergeht, der oftmals bestehende Zwang zu einer Therapie, die Stigmatisierung aufgrund der Zugehörigkeit zur Klasse der psychisch kranken, gefährlichen Straftäter oder zu Kategorien der schlimmsten Verbrecher, die verwahrt werden müssen. Vor diesem Hintergrund muss die Frage, ob diese freiheitsentziehenden Massnahmen überhaupt legitim sind, deshalb besonders sorgfältig untersucht werden.

## 2.2 Fragestellung vor dem Hintergrund des Forschungsstandes

In der Strafrechtslehre wird seit geraumer Zeit zumindest festgehalten, dass die Problematik im Bereich der freiheitsentziehenden Massnahmen hauptsächlich darin liege, dass Gefährlichkeits- und Behandlungsprognosen kaum zuverlässig seien.<sup>57</sup> In diesem Sinn konstatierte PETER ALBRECHT in seiner Monographie zum schweizerischen Massnahmenrecht bereits 1981, die «Prognoseproblematik» stelle den für das Massnahmenrecht «neuralgischen Punkt» dar, und man müsse sich «ernsthaft überlegen», ob ein «stark spezialpräventiv ausgerichtetes Massnahmenrecht überhaupt sinnvoll normierbar» sei.<sup>58</sup> Auch im Lehrbuch von BOMMER und STRATENWERTH wird festgehalten, dass «wohl auch weiterhin [die] nicht überwindbare Schwierigkeit» der freiheitsentziehenden Massnahmen darin bestehe, «mit genügender Sicherheit herauszufinden», wer als sozialgefährlich angesehen werden müsse.<sup>59</sup> So wie die Dinge lägen, sei jedenfalls nicht zu bezweifeln, dass die freiheitsentziehenden Massnahmen eine sehr erhebliche Zahl von Menschen träfe, die in Wirklichkeit nicht gefährlich seien.<sup>60</sup> BOMMER spricht im Zusammenhang mit der grossen Strafrechtsrevision von 2007 gar von einer «Selbstausslieferung» des Gesetzgebers an den Sachverstand des forensischen Psychiaters, ohne dass dieser überhaupt wisse, ob es diesen gebe, geschweige denn diesen überprüfen könne.<sup>61</sup> Auch SIMMLER hält fest, dass «Schwierigkeiten und Fehlprognosen» längst nicht mehr bestritten würden.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Vgl. P. ALBRECHT 1981, S. 23 f.; STRATENWERTH 2017c, S. 539 ff.; HEER 2002, S. 190 ff.; BOMMER 2007a, S. 14; SIMMLER 2016.

<sup>58</sup> P. ALBRECHT 1981, S. 23 f.

<sup>59</sup> STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 11 Rn. 1.

<sup>60</sup> STRATENWERTH/BOMMER 2020, § 11 Rn. 1.

<sup>61</sup> BOMMER 2007a, S. 14.

<sup>62</sup> SIMMLER 2016, S. 91.

PETER ALBRECHT konstatierte im Jahr 1981, dass die herrschende Strafrechtslehre die Prognoseproblematik dahingehend lösen wolle, dass der Richter «voll überzeugt» sein müsse von der Gefährlichkeit des Straftäters; er warnte aber zugleich davor, dass dies praktisch kaum je vorkomme.<sup>63</sup> Im Jahr 2009, also rund dreissig Jahre später, hielt der ehemalige Strafrichter PETER ALBRECHT sodann fest, die Justiz würde «mit der Aufgabe konfrontiert, die sie – nüchtern betrachtet – kaum seriös zu bewältigen vermag (...). 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.»<sup>64</sup> Tatsächlich gewinnt man bei der Lektüre von Urteilen den Eindruck, dass die Strafrechtspraxis trotz des enormen Forschungsschubs in der forensischen Psychiatrie und Psychologie heute kaum weiter ist als vor über hundert Jahren, als CARL STOOSS zur Identifizierung von gefährlichen Straftätern bloss an die Erfahrung der Richter appellierte:

«Denn wenn es auch noch nicht gelungen ist, diese Verbrecher wissenschaftlich zu definieren, so ist es doch für den erfahrenen Richter und Strafvollzugsbeamten sehr wohl möglich, zu entscheiden, ob ein Verbrecher so weit gekommen ist, dass ihn die ordentliche Strafe von weiteren Verbrechen nicht abzuhalten vermag und dass er nach Entstehung dieser Strafe unzweifelhaft wieder rückfällig werden wird.»<sup>65</sup>

STRATENWERTH, der bereits früh auf die rechtsstaatlichen Problematiken des Massnahmenrechts hingewiesen hat,<sup>66</sup> gab zu Bedenken, am Massnahmenrecht festzuhalten, wissend, dass viele Ungefährliche inhaftiert werden, sei «im Grunde [ein] unerträglich hoher Preis (...) und nicht wir zahlen ihn, sondern diejenigen, die der Massnahme unterworfen werden».<sup>67</sup> Zugleich betonte er, die «rechtsethische Frage» sei nicht nur, «was wir den Betroffenen, sondern auch, was wir der Allgemeinheit, sprich, den möglichen Opfern schulden».<sup>68</sup> Ein Teil der Strafrechtslehre scheint sich sodann in den letzten Jahren weitestgehend mit dem «Prognoseproblem» abgefunden zu haben; dies mit dem Hinweis, die Massnahmen seien zwar wenig zielsicher und zuweilen willkürlich, sie würden aber als «Sicherheitsventil» dienen, aus dem überschüssende Sicherheits- und Straferwartungen austreten könnten, so dass damit das Strafniveau für die grosse Masse tief gehalten werde könne.<sup>69</sup> Damit wird an eine lange Tradition angeknüpft, in der solche utilitaristischen Dogmen wichtige

<sup>63</sup> P. ALBRECHT 1981, S. 23 f.

<sup>64</sup> P. ALBRECHT 2009, S. 1119.

<sup>65</sup> STOOSS 1893, S. 48 f.

<sup>66</sup> Vgl. insb. STRATENWERTH 1973.

<sup>67</sup> STRATENWERTH 2017c, S. 540.

<sup>68</sup> STRATENWERTH 2017c, S. 540.

<sup>69</sup> H.-J. ALBRECHT 2017, S. 192 f.; vgl. auch FRISCH 2013, S. 973; KUNZ 2004, S. 249.