

Karl-Ludwig Kunz / Andrea Baechtold / Regina Kiener / Günter Heine / Pierre Tschannen / Walter Kälin / Jörg Kinzig

## **Universität Bern zum Vorentwurf der Arbeitsgruppe «Verwahrung»**

*Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die Vernehmlassung der Universität Bern zum Vorentwurf der Arbeitsgruppe «Verwahrung» vom 15.7.2004 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 betreffend die Umsetzung von Artikel 123a BV (lebenslängliche Verwahrung) und einzelne nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht.*

### **Inhaltsübersicht**

1. Vorgeschichte und zentraler Inhalt des Vorentwurfs
2. Überprüfung der «lebenslänglichen» Verwahrung (Art. 64c VE)
3. Verzicht auf Anlasstaten bei der «ordentlichen» Verwahrung (Art. 64 Abs. 1 VE)
4. Nachträgliche Anordnung der Verwahrung (Art. 65 Abs. 2 VE)
5. Änderung der Anordnungsvoraussetzungen und des Vollzugs therapeutischer Massnahmen zur Behandlung psychischer Störungen
6. Ergebnis

### **1. Vorgeschichte und zentraler Inhalt des Vorentwurfs**

[Rz 1] Das revidierte Strafgesetzbuch, welches am 13.12.2002 verabschiedet wurde (BBl 2002, 8240), jedoch noch nicht in Kraft getreten ist, sieht neben bis zu 20-jährigen und lebenslangen Strafen eine zeitlich unbegrenzte Verwahrung bei Rückfallgefahr bereits für Ersttäter, die jemanden schwer geschädigt haben oder schädigen wollten, vor (Art. 64 revidiertes StGB). Zu verwahren sind psychisch unauffällige Täter (Art. 64 Abs. 1 lit. a revidiertes StGB) sowie solche psychisch schwer gestörte Täter, bei denen eine stationäre Behandlung keinen Erfolg verspricht (Art. 64 Abs. 1 lit. b revidiertes StGB). Die Verwahrung wird neben einer Freiheitsstrafe verhängt, im Anschluss an den Strafvollzug vollzogen und bildet damit eine doppelte Sicherung gegen Rückfälle. Urlaube sind bei Flucht- und Wiederholungsgefahr ausgeschlossen (Art. 84 Abs. 6, 90 Abs. 4 revidiertes StGB). Entlassungen aus der Verwahrung sind nur bedingt und in der Regel unter Bewährungsaufsicht und Nachbetreuung möglich, wobei die Entscheidung gestützt auf eine unabhängige sachverständige Begutachtung und nach Anhörung einer Fachkommission zu treffen ist (Art. 64b revidiertes StGB). Die Urlaubs- und Entlassungspraxis wird seit dem Mordfall am Zollikerberg äusserst restriktiv gehandhabt.

[Rz 2] Am 8. Februar 2004 wurde der neue Artikel 123a der Bundesverfassung mit der Zustimmung zur Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» von Volk und Ständen gutgeheissen. Diese Bestimmung verschärft die Verwahrung für «nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» gegenüber der vom Parlament verabschiedeten, aber noch nicht in Kraft gesetzten Strafrechtsrevision entscheidend. Die Verwahrung soll für diesen Personenkreis zwingend lebenslänglich dauern, ohne Entlassung und Hafturlaub. Nur wenn durch «neue, wissenschaftliche Erkenntnisse erwiesen wird, dass der Täter geheilt werden kann und somit keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt», soll gestützt auf mindestens zwei unabhängige sachverständige Gutachten eine Behandlung mit dem möglichen Ziel einer Entlassung erfolgen dürfen. Damit wendet sich die neue Verfassungsbestimmung im Kern für den von ihr beschriebenen Personenkreis gegen die auch künftig in Art. 64b des revidierten StGB vorgeschriebene periodische Prüfung, ob der Verwahrte bedingt entlassen werden kann. Diese Prüfung sei bei nicht therapierbaren Tätern sinnlos und berge ein Irrtumsrisiko, welches für die Gesellschaft unzumutbar sei. Im Abstimmungskampf wurden erhebliche rechtsstaatliche Bedenken gegen die Initiative insbesondere im Hinblick auf Art. 5 Ziffer 4 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vorgebracht.

[Rz 3] Der Vorentwurf der vom EJPD mit dem Auftrag, gesetzliche Ausführungsbestimmungen zur neuen Verfassungsnorm zu entwerfen, eingesetzten Arbeitsgruppe vom 15.7.2004 (hier künftig: VE) versucht einerseits, Artikel 123a der Bundesverfassung im Bereich der «lebenslänglichen» Verwahrung EMRK-konform umzusetzen

(Art. 64 Abs. 1ter, 64c VE). Andererseits werden die «ordentlichen» Verwahrungsbestimmungen des revidierten StGB entscheidend verschärft. Insbesondere wird zum einen auf den Katalog von Straftaten, die Anlass für eine Verwahrung sein können, verzichtet, so dass nach Art. 64 Abs. 1 VE jedes Verbrechen oder Vergehen als Anlassstat genügt. Zum anderen wird neu eine nachträgliche Anordnung der Verwahrung (Art. 65 Abs. 2 VE) eingeführt.

[Rz 4] Die vorliegende Vernehmlassung beschränkt sich auf die Stellungnahme zu den Vorschlägen des VE

- zur Überprüfung der «lebenslänglichen» Verwahrung,
- zum Verzicht auf Anlassstaten bei der «ordentlichen» Verwahrung,
- zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung,
- zu den Anordnungsvoraussetzungen und dem Vollzug therapeutischer Massnahmen.

## 2. Überprüfung der «lebenslänglichen» Verwahrung (Art. 64c VE)

[Rz 5] Im Gegensatz zu Artikel 123a der Bundesverfassung sieht Art. 64c VE nunmehr ein Kontrollverfahren auf Gesuch des lebenslänglich Verwahrten vor. Die zuständige Behörde befindet demgemäss gestützt auf den Bericht der Eidgenössischen Fachkommission, ob neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die eine Erfolg versprechende Behandlung des Täters erwarten lassen (Art. 64c Abs. 1 VE). Ist dies der Fall, bietet die Behörde eine Behandlung in einer geschlossenen Einrichtung an (Art. 64c Abs. 2 VE). Zeigt die Behandlung, dass der Täter keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt, so hebt das Gericht die lebenslängliche Verwahrung auf und ordnet die ordentliche Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 revidiertem StGB oder eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59-61 revidiertem StGB an (Art. 64c Abs. 3 VE). Nur wenn der Täter infolge andauernder Invalidität, hohen Alters oder schwerer Krankheit keine Gefahr für die Öffentlichkeit mehr darstellt, soll das Gericht ihn bedingt entlassen können (Art. 64c Abs. 4 VE).

[Rz 6] Dieses Überprüfungsverfahren genügt den Anforderungen des die Schweiz verpflichtenden Völkerrechts und des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips nicht. Art. 5 Abs. 4 EMRK gewährt jedem, welchem die Freiheit entzogen wird, das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmässig ist. In ähnlicher Weise gewährt der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte der UNO, welchem die Schweiz ebenfalls beigetreten ist (SR 0.103.2), in Art. 9 Abs. 4 jedem, der seiner Freiheit durch Haft entzogen ist, das Recht, ein Verfahren vor einem Gericht zu beantragen, damit dieses unverzüglich über die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und eine Entlassung anordnen kann, falls die Freiheitsentziehung nicht rechtmässig ist. Das Haftprüfungsverfahren muss innerhalb einer den konkreten Umständen des Falles angemessenen Frist erfolgen. Ergibt die Prüfung, dass der Anlass zur Inhaftierung gebende Zustand fortgefallen ist, so ist der Inhaftierte, allenfalls unter Bedingungen, in die Freiheit zu entlassen.

[Rz 7] Das vom VE vorgesehene mehrstufige Kontrollverfahren sieht, ausser bei Invalidität, hohem Alter oder schwerer Krankheit, hingegen keine bedingte Entlassung in die Freiheit, sondern nur eine Entlassung von der lebenslänglichen Verwahrung in die ordentliche Verwahrung oder in eine stationäre therapeutische Behandlung vor (Art. 64c Abs. 3 VE). Dabei ist eine Prüfung, ob es bei der Entlassung aus der lebenslänglichen Verwahrung überhaupt noch einer ordentlichen Verwahrung oder einer stationären therapeutischen Behandlung bedarf, nicht vorgesehen. Damit verstösst das vom VE vorgesehene Kontrollverfahren eindeutig gegen Art. 5 Abs. 4 EMRK. Die von jener Bestimmung geforderte richterliche Haftprüfung hat als Ziel die Vermeidung einer weiteren unbegründeten Freiheitsentziehung<sup>1</sup>, als Prüfungsgegenstand den faktischen Freiheitsentzug<sup>2</sup> und damit als mögliches Ergebnis die Entlassung aus dem Freiheitsentzug vorzusehen.

[Rz 8] In diesem Zusammenhang ist folgende Kasuistik relevant: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte im Fall *Curley v UK*<sup>3</sup> zu entscheiden, ob ein längerer Ausschluss der richterlichen Überprüfung bei Verwahrungen zulässig ist. Er kam im Fall des Ausschlusses einer echten richterlichen Überprüfung während 10 Jahren zum Schluss, dass Art. 5 Abs. 4 EMRK verletzt sei und betonte in Para. 32, das Gerichtsverfahren müsse die notwendigen Garantien enthalten, «in particular, the power to order release and adversarial proceedings», um den Anforderungen von Art. 5 Abs. 4 EMRK zu entsprechen. Die Praxis des Menschenrechtsausschusses entspricht dem völlig. Im Fall *Rameka v New Zealand*<sup>4</sup> ging es um eine neuseeländische Regelung, wonach die erste richterliche

Überprüfung der Verwahrung erst 10 Jahre nach Antritt des Strafvollzuges erfolgen konnte, was Probleme schafft, wo die zuerst zu verbüssende Strafe wesentlich kürzer als 10 Jahre ist. Im konkreten Fall war die Strafe nach 7 ½ Jahren verbüsst. Der Ausschuss entschied, eine Verwahrung, bei welcher erst nach 2 ½ Jahren eine richterliche Überprüfung der Frage möglich sei, ob der Verwahrte weiterhin eine Gefahr für die Öffentlichkeit darstelle, verletze Art. 9 Abs. 4 Pakt II (Para. 7.2). Im Fall Rameka verlangte der Ausschuss bei Verwahrungen «regular periodic reviews of the individual case by an independent body, in order to determine the continued justification of detention for purposes of protection of the public» (Para. 7.3).

[Rz 9] Selbst wenn nicht die zuständige Behörde, sondern das Gericht, welches die «lebenslängliche» Verwahrung angeordnet hat, die Überprüfung auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Sinne von Art. 64c Abs. 1 VE vorzunehmen hätte, wäre dies mit der konstanten Praxis des Menschenrechtsausschusses unvereinbar. Der Ausschuss schliesst im Fall Baban auf eine Verletzung von Art. 9 Abs. 4 Paragraph 2, wenn die richterliche Überprüfung eine rein «formale» ist, d.h. sie keine echte materielle Überprüfung der Frage erlaubt, ob der Freiheitsentzug noch gerechtfertigt ist<sup>5</sup>. Die Praxis betrifft Australien, wo illegal eingereiste Asylsuchende automatisch inhaftiert werden und diesen Freiheitsentzug zwar richterlich überprüfen lassen können, das Gericht aber neben der Frage, ob die betroffene Person tatsächlich illegal eingereist ist, bloss untersuchen darf, ob sie Asyl erhalten oder das Land wieder verlassen hat, da dies die beiden einzigen Haftentlassungsgründe sind. Im Fall Baban führte der Ausschuss aus: «Judicial review of the lawfulness of detention under article 9, paragraph 4 is not limited to mere compliance of the detention with domestic law but must include the possibility to order release if the detention is incompatible with the requirements of the Covenant, in particular those of article 9, paragraph 1» [gemeint ist: ob sie «willkürlich» im Sinne des Paktes geworden ist, weil sich die Festhaltung nicht mehr mit objektiven und sachlichen Gründen rechtfertigen lässt]<sup>6</sup>.

[Rz 10] Das vom VE vorgesehene Kontrollverfahren dürfte auch im Hinblick auf das verfassungsmässig garantierte Verhältnismässigkeitsprinzip unzulässig sein, da damit eine ordentliche Verwahrung oder eine stationäre therapeutische Behandlung zu vollziehen ist, deren materielle Voraussetzungen womöglich nicht (mehr) vorliegen und die dann nicht erforderlich und deshalb unverhältnismässig sind.

[Rz 11] Das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat jüngst in der Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 3 des deutschen StGB nur deshalb keinen Verstoß gegen die Menschenwürde erblickt, weil die Notwendigkeit der Fortdauer der Unterbringung nach deutschem Recht von Amts wegen mindestens alle zwei Jahre gerichtlich zu prüfen ist (§ 67e deutsches StGB). Je länger die Unterbringung in der Verwahrung andauere, umso strenger seien die Voraussetzungen für ihre Fortdauer. Das BVerfG betonte die Notwendigkeit «regelmässiger nachvollziehbarer Überprüfung, so dass die in der Sicherungsverwahrung Untergebrachten allgemein nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich eine konkrete und realisierbare Chance haben, die Freiheit wieder zu erlangen»<sup>7</sup>.

[Rz 12] Art. 64c Abs. 2 VE steht auch in einem gewissen Widerspruch zu Art. 64 Abs. 4 VE. Diese Vorschrift gilt nach Wort und Sinn des VE sowohl für die «ordentliche» wie für die «lebenslängliche» Verwahrung. Nach Art. 64 Abs. 4 Satz 2 VE wird der Täter psychiatrisch betreut, wenn dies notwendig und zweckmässig ist. Will man der psychiatrischen Betreuung bei «lebenslänglicher» Verwahrung nicht von vornherein jeden therapeutischen Effekt absprechen, muss bei ausreichender Gefährlichkeitsreduktion eine Entlassung auch ohne den Umweg über die Unterbringung nach Art. 64c Abs. 3 VE möglich sein.

[Rz 13] Art. 64c Abs. 3 VE verstösst auch gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und die Menschenwürde, weil er die Möglichkeit einschliesst («Gefährlichkeit des Täters erheblich verringert hat»), dass vom Verwahrten keinerlei Gefährlichkeit mehr ausgeht. In diesem Fall ist der Verwahrte zwingend zu entlassen. Da eine hinreichende Gefährlichkeit die einzige Legitimation für den Freiheitsentzug eines Menschen darstellt, der seine Strafe bereits verbüsst hat, würde ein weiteres Festhalten trotz Wegfall der Gefährlichkeit nicht nur gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit, sondern auch gegen das Fundamentalgrundrecht der Menschenwürde verstossen.

### **3. Verzicht auf Anlasstaten bei der «ordentlichen» Verwahrung (Art. 64 Abs. 1 VE)**

[Rz 14] Art. 64 Abs. 1 VE verzichtet bei der «ordentlichen» Verwahrung auf die in Art. 64 revidiertem StGB vorgesehene «Eingangsschwelle», wonach eine Verwahrung voraussetzt, dass der Täter einen Mord usw. oder eine

andere mit einer Höchststrafe von zehn Jahren oder mehr bedrohte Tat begangen hat, durch die er jemanden schwer geschädigt hat oder schädigen wollte. Stattdessen soll nunmehr eine Verwahrung bei jedweden Verbrechen oder Vergehen möglich sein und es allein auf die Prognose ankommen, dass «ernsthaft zu erwarten» ist, dass der Täter einen «Mord, ... oder ein anderes Verbrechen begeht, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt». Die Absenkung der Eingangsschwelle auf ein blosses Vergehen (der einfache Diebstahl ist bereits ein Verbrechen!) wird so erklärt, dass damit «der Akzent hauptsächlich (?) auf die Prognose verlagert und den Gerichten weiteres Ermessen eingeräumt» werde, wobei «die Schwere der Anlasstat ... als Indiz für die Gefährlichkeit in den Hintergrund» trete. Dies entspreche «der Logik der präventiven Zielsetzung der Verwahrung»<sup>8</sup>.

[Rz 15] Wenn diese «Logik» der Ausrichtung der Verwahrung allein an der spezialpräventiven Sicherung der Gesellschaft vor potenziellen Schwermitteln zuträfe, müsste völlig auf eine Anlasstat verzichtet werden und die Verwahrung auch gegen solche Personen angeordnet werden dürfen, die noch gar keine Straftat verübt haben, aber von denen künftig eine schwerwiegende Tat droht. Ein Massenscreening der Bevölkerung auf ihre potenzielle Sozialgefährlichkeit mit dem Ziel, als gefährlich prognostizierte Personen dauerhaft präventiv zu sichern, wäre die logische Konsequenz dieser «Logik».

[Rz 16] Jene «Logik» verkennt den Sachzusammenhang von strafrechtlicher Verwahrung und Anlasstat. Die Verwahrung als *ultima ratio* zur unbegrenzten und womöglich lebenslänglichen strafrechtlichen Internierung im Interesse des Gesellschaftsschutzes lässt sich nur bei einer genügend schweren Anlasstat rechtfertigen. Das deutsche BVerfG hat jüngst in einer weiteren Entscheidung den «verfassungsrechtlich notwendigen Zusammenhang mit einer (sehr schwerwiegenden) Anlasstat» betont, aus der sich die Gefährlichkeit ableiten lässt. Für das deutsche BVerfG ist die hinlänglich schwere Anlasstat «Legitimationsgrund» der Verwahrung, wobei der schweren Anlasstat eine «limitierende Funktion» zukomme, welche «nicht rein formeller Natur, sondern materielle Folge des Verhältnismässigkeitsprinzips» ist. Dabei gehe es darum, den Kreis potenziell Betroffener «zur Wahrung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auf Personen mit schwerwiegender krimineller Vergangenheit zu beschränken»<sup>9</sup>. Art. 64 Abs. 1 VE trägt diesem rechtsstaatlichen Grundsatz mit Verfassungsrang nicht hinreichend Rechnung. Zudem genügt die Bestimmung nicht den verfassungsmässigen Anforderungen an die Normdichte, wonach angesichts der Schwere der Grundrechtseinschränkung durch Freiheitsentzug auf unbestimmte Zeit die Anordnungsvoraussetzungen hinlänglich bestimmt im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2, 164 Abs. 1 lit. b der Bundesverfassung).

[Rz 17] Wenn künftig etwa bereits ein einfacher Ladendiebstahl als Anlasstat einer dauerhaften, womöglich lebenslangen, Verwahrung genügen und alleine die Gefährlichkeitsprognose über die Verwahrung entscheiden soll, wird nicht nur den Gerichten, sondern vor allem den die Gerichtsentscheidung massgeblich beeinflussenden Begutachtenden die Bürde einer schwer tragbaren Entscheidungslast und -macht überantwortet, die um so grösser ist, als in der Schweiz nur ganz wenigen Personen ein entsprechender Sachverstand zugebilligt wird. Die Handhabung dieser Entscheidungslast und -macht ist schwer absehbar.

[Rz 18] Zudem erscheint zweifelhaft, ob es überhaupt mit genügender wissenschaftlicher Seriosität möglich ist, eine Gefährlichkeitsprognose bei Personen zu stellen, die irgendein Vergehen oder Verbrechen verübt haben. Für das deutsche BVerfG ist eine qualifizierte Anlasstat als «Eingangsschwelle» zur Verwahrung unter anderem deshalb unverzichtbar, weil die Anlasstat «einen wesentlichen Prognosefaktor» bilde und nur dessen Würdigung «die Antwort auf die Frage» ermögliche, «ob dem Täter nach seinem derzeitigen Entwicklungsstand eine Wiederholung der Anlassdelinquenz droht»<sup>10</sup>. Das Erfordernis einer genügend aussagekräftigen Anlasstat zur Risikobeurteilung künftiger Schwermitteln ist umso notwendiger, als das revidierte StGB die Verwahrung auch bei Ersttätern und sogar bei solchen, die keine psychische Störung aufweisen, vorsieht. Bei erstmaliger Begehung irgendeines Verbrechens oder Vergehens eines psychisch Unauffälligen bestehen praktisch keine Anhaltspunkte für die Beurteilung künftiger Gefährlichkeit. Die Fragwürdigkeit einer solchen Beurteilung ohne genügende Befundtatsachen ist offensichtlich, zumal es, mit den Worten eines renommierten forensischen Psychiaters, «in der ganzen empirischen forensisch-psychiatrischen Literatur keine einzige prospektive Arbeit (gibt), in der Prognosekriterien auf ihre Validität überprüft worden sind. Das heisst: Auch bei der Analyse von Prognosegutachten bleibt man letztendlich an der auf der individuellen Erfahrung beruhenden, aber unüberprüften Einstellung des einzelnen Gutachters haften»<sup>11</sup>. Mangels eines hinlänglich gesicherten und validierten methodischen Fundaments baut nach dem Konzept des VE die Gefährlichkeitsbeurteilung völlig auf Treibsand.

[Rz 19] Dazu kommt, dass Art. 64 Abs. 1 VE nicht nur auf eine genügend schwere Anlasstat verzichtet, sondern darüber hinaus keine weiteren begrenzenden formellen Voraussetzungen (Vorstrafenerfordernis, Vorvollzugserfordernis, Rückfallgeschwindigkeit) vorsieht, welche herkömmlichen Verwahrungsvorschriften eigen sind (vgl. nur Art. 42 geltendes StGB, aber auch § 66 deutsches StGB sowie § 23 österreichisches StGB).

[Rz 20] Die vom VE vorgesehene Möglichkeit der Verwahrung von psychisch unauffälligen Ersttätern irgendeines Vergehens oder Verbrechens alleine auf Grund einer genügenden Gefährlichkeitsprognose ist, soweit erkennbar, im Vergleich einschlägiger Rechtssysteme einmalig.

[Rz 21] Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass in der Praxis forensische Gutachter die Diagnose einer Gefährlichkeit bei Straftätern, die keine psychische Störung aufweisen, ganz wesentlich aus der Legalbiographie ableiten<sup>12</sup>. Die Erfordernisse dieser Legalbiographie gilt es daher hinsichtlich der Schwere der Anlasstat – und eventuell zusätzlich hinsichtlich Vorstrafenerfordernis, Vorvollzugserfordernis und Rückfallgeschwindigkeit – bereits im Gesetz als Voraussetzungen für die Anordnung einer Verwahrung zu präzisieren.

#### **4. Nachträgliche Anordnung der Verwahrung (Art. 65 Abs. 2 VE)**

[Rz 22] Art. 65 Abs. 2 VE schlägt die nachträgliche Anordnung der «ordentlichen» und der «lebenslänglichen» Verwahrung vor, sofern sich bei einem Verurteilten während des Vollzugs der Freiheitsstrafe erweist, dass die Voraussetzungen dafür gegeben sind und im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben. Die nachträgliche Verwahrung ist im revidierten StGB nicht vorgesehen, weil «sie von praktisch allen angehörten Experten als mit der Verfassung und der ERMK unvereinbar erklärt wurde» (Bericht VE 2.2.6, S. 36). Obwohl nicht Thema der Volksabstimmung und vom neuen Artikel 123a der Bundesverfassung gar nicht gefordert, sieht der VE sie nun überraschenderweise in der Form einer Wiederaufnahme (Revision) des Verfahrens zu Ungunsten des Verurteilten vor. Ihr Anwendungsbereich zielt auf seltene Fälle, in denen die an sich zulässige Anordnung einer Verwahrung in der Verurteilung unterblieben ist und der Verurteilte sich während des Strafvollzuges als hochgefährlich erweist, wobei zudem offen bleibt, wie ein valider Gefährlichkeitsnachweis in der (künstlichen) Welt des Strafvollzuges zu erbringen ist.

[Rz 23] Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung verstösst gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK. In dieser Bestimmung wird verlangt, dass ein Freiheitsentzug «nach» einer gerichtlichen Verurteilung zu ergehen hat. Dies bedeutet, dass er der Verurteilung nicht nur zeitlich nachfolgen, sondern auch von ihr final abhängen muss: Das Urteil muss der Grund für die Haft sein<sup>13</sup>. Damit ist eine konkrete Anbindung des Freiheitsentzuges an die ursprüngliche richterliche Verurteilung verlangt, die nicht durch ein nachträgliches Verfahren hergestellt werden kann. Im Bericht der Arbeitsgruppe wird der Internationale Kommentar zur EMRK korrekt dahin zitiert, die nachträgliche Verwahrung könne «nicht auf Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK gestützt werden, weil die kausale Verbindung zum ursprünglichen Urteil unterbrochen ist, wenn die Gründe für die Inhaftierung erst nachträglich entstanden sind» (Bericht VE S. 11). Der mit dem Zitat suggerierte Umkehrschluss, die nachträgliche Verwahrung sei mit Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK vereinbar, sofern nur die Gründe für die Inhaftierung im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ist jedoch unzulässig und wird in dem erwähnten Kommentar gar nicht gezogen. Im Gegenteil verwendet der Kommentar die zitierte Passage nur als Zusatzerwägung und hält in demselben Absatz zur so genannten «echten» nachträglichen Verwahrung, also zu einer solchen ohne richterlichen Vorbehalt im Urteil, unmissverständlich fest: «Vielmehr ist wegen der formellen und materiellen Rechtskraft des Strafurteils (bei der Anordnung der Verwahrung) jede Bezugnahme auf die frühere, inzwischen abgeurteilte Tat ausgeschlossen. Die Gefährlichkeitsprognose muss sich somit auf Gründe stützen, die nicht etwa vom Tatgericht übersehen wurden, sondern die erst nachträglich entstanden sein dürfen»<sup>14</sup>. Es grenzt an Täuschung, dass der Bericht zum VE den erwähnten Kommentar bruchstückhaft verzerrend zitiert und die darin klar zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung, die echte nachträgliche Verwahrung verstosse gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, unterschlägt. Dass eine solche isolierte nachträgliche Sicherungsverwahrung, wie sie der VE vorsieht, gegen Art. 5 EMRK verstösst, ist im Übrigen ganz herrschende Meinung<sup>15</sup>.

[Rz 24] Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung nach Art. 64 Abs. 2 VE unterliegt im Vergleich zur Anordnung der Verwahrung im Ersturteil keinen zusätzlichen begrenzenden materiellen Kriterien. Insbesondere wird zur nachträglichen «ordentlichen» Verwahrung weder eine bestimmte strafrechtliche Vorbelastung des Täters noch

ein vorgängiger Freiheitsentzug von bestimmter Dauer noch eine Anlasstat bestimmter Schwere verlangt. Da als Anlasstat der «ordentlichen» Verwahrung ein beliebiges Vergehen oder Verbrechen genügt, ist die nachträgliche Verwahrung prinzipiell gegen jeden Strafgefangenen möglich, sofern nur während des Vollzuges eine genügende Gefährlichkeit erkannt wird, welche bereits im Zeitpunkt der Verurteilung bestanden hat. Die Bestimmung würde, einmal eingeführt, zur öffentlichen Gefahrenabwehr dazu verpflichten, sämtliche Strafgefangenen der Schweiz (5`300 Einweisungen, 3`700 Insassen jährlich) bei einem Indiz auf ihre Verwahrungsbedürftigkeit zu untersuchen! Wie soll dies bei einer Handvoll genügend qualifizierter Psychiater möglich sein, und inwiefern ist hier überhaupt psychiatrischer Sachverstand relevant, wo es doch ganz überwiegend um psychisch unauffällige Strafgefangene geht? Die erwähnte Problematik einer Gefährlichkeitsbeurteilung ohne genügend schwere Anlasstat ist hier umso schwerwiegender, als bei der nachträglichen Anordnung der Verwahrung aus dem Verhalten im Strafvollzug Rückschlüsse auf die potenzielle Gefährlichkeit in Freiheit gezogen werden müssen. Gewalttätiges Verhalten im Strafvollzug kann eine Reaktion auf den Freiheitsentzug sein und muss sich nicht nach Entlassung in die Freiheit fortsetzen. Ausserdem kann das Damoklesschwert einer nachträglichen Verwahrung eine Scheinanpassung im Vollzug fördern, und damit gerade einer wünschenswerten Aufarbeitung etwaiger Persönlichkeitsdefizite abträglich sein. Bei einer nachträglichen Verwahrung ist deshalb erst recht eine qualifizierte Anlasstat als Grundlage einer Gefährlichkeitsbeurteilung unabdingbar. Dieser Überlegung folgend, hat der deutsche Gesetzgeber jüngst die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung von besonders qualifizierten Anlasstaten und einer besonderen Strafhöhe (5 Jahre bei Ersttätern) abhängig gemacht (§ 66b deutsches StGB) <sup>16</sup>.

[Rz 25] Die Verfasser des VE erachten die nachträgliche Anordnung der «ordentlichen» Verwahrung auch rückwirkend als rechtens (Bericht VE 2.2.6, S. 36). Diese Annahme ist unzutreffend, gilt doch das Rückwirkungsverbot (Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 2 Abs. 1 StGB, Art. 15 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte) nicht nur für Strafen, sondern auch für Verurteilungen zu einer strafrechtlichen Massnahme. Soweit die Übergangsbestimmung zum revidierten StGB in Ziff. IV 2. etwas anderes vorsieht, ist dies mit dem zwingenden Charakter des übergeordneten Rückwirkungsverbots unvereinbar. Der Bericht widerspricht sich hier selbst, erachtet er doch bei der nachträglichen «lebenslänglichen» Verwahrung die Rückwirkung als äusserst bedenklich (Bericht VE 2.1.9, S. 24 ff.).

[Rz 26] Besonders problematisch ist der Vorschlag zur Einführung der nachträglichen Verwahrung auch deswegen, weil er keine Regelungen vorsieht, welche den Vollzug der Verwahrung gegenüber dem der Freiheitsstrafe privilegierend ausgestalten. Das deutsche BVerfG erachtet eine solche privilegierte Behandlung der Verwahrten bei einem Freiheitsentzug für noch nicht begangene Straftaten als zwingend <sup>17</sup>.

## **5. Änderung der Anordnungsvoraussetzungen und des Vollzugs therapeutischer Massnahmen zur Behandlung psychischer Störungen**

[Rz 27] Die kontroverse Diskussion der im VE vorgesehenen Verwahrungsvorschriften könnte dazu führen, die Tragweite der zusätzlich vorgeschlagenen Änderungen zu den therapeutischen Massnahmen zu übersehen. Diese betreffen einerseits die Voraussetzungen für die Anordnung einer stationären oder ambulanten therapeutischen Massnahme zur Behandlung von psychischen Störungen. Andererseits sollen die Regeln für den Vollzug einer stationären therapeutischen Behandlung modifiziert werden.

[Rz 28] Diese Vorschläge ergeben sich nicht aus dem Auftrag, gesetzliche Ausführungsbestimmungen zur neuen Verfassungsnorm von Art. 123a BV zu entwerfen. Gemäss Bericht zum VE stützen sich die Vorschläge vielmehr auf die «Meinung verschiedener forensischer Psychiater» (Bericht VE S. 37) und auf die in der Arbeitsgruppe «mitwirkenden Vollzugsfachleute» (Bericht VE S. 39). Die vorgeschlagenen Änderungen des erst kürzlich nach eingehender parlamentarischer Beratung verabschiedeten revidierten StGB sind unnötig und unzweckmässig. Von ihnen sind unerwünschte Nebenwirkungen von erheblicher Tragweite auf das Sanktionensystem und dessen kriminalpräventive Wirkung zu erwarten.

[Rz 29] Der VE baut die bislang unbestrittene Differenzierung zwischen einer ambulanten therapeutischen Behandlung im Strafvollzug (Art. 75 revidiertes StGB) und einer stationären therapeutischen Massnahme (Art. 59 revidiertes StGB) ab. Diese Differenzierung ist notwendig: Einerseits sind «normale» Strafgefangene mitunter behandlungsbedürftig und -fähig: Sie sollen diese Behandlung während des Vollzugs von Strafe erhalten können.

Andererseits sollen psychisch schwer gestörte Täter möglichst in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder Massnahmenvollzugseinrichtung (Art. 59 Abs. 2 revidiertes StGB) und jedenfalls von «normalen» Strafgefangenen getrennt (Art. 59 Abs. 3 revidiertes StGB) behandelt werden. Der VE modifiziert die Anordnungsvoraussetzungen wie den Vollzug therapeutischer Massnahmen.

[Rz 30] Für die Anordnung therapeutischer Massnahmen nach den Art. 59 und 63 revidiertes StGB wird nicht mehr eine schwere psychische Störung des Täters vorausgesetzt. Es soll nach dem VE genügen, dass der Täter «besondere Persönlichkeitsmerkmale» aufweist. Diese Neuerung hat zur Konsequenz, dass für die Anordnung der Massnahme nicht mehr ein Zusammenhang zwischen der Straftat und einer psychischen Störung des Täters vorausgesetzt ist, sondern ein Zusammenhang zwischen der Straftat und dem «Zustand» des Täters. Entsprechend soll auch die Legalprognose nicht mehr an eine psychische Störung, sondern an den «Zustand» des Täters gebunden werden. Mit den «besonderen Persönlichkeitsmerkmalen» und dem «Zustand des Täters» werden unbestimmte Rechtsbegriffe eingeführt, welche im Bericht der Arbeitsgruppe in keiner Weise präzisiert werden. Damit schwindet die notwendige gesetzliche Bestimmtheit der Anordnungsvoraussetzungen therapeutischer Massnahmen, welche schwere Eingriffe darstellen, die verfassungsmässigen Anforderungen der Normdichte genügen müssen (Art. 36 Abs. 1, 164 Abs. 1 lit. b der Bundesverfassung), wobei diese Massnahmen sogar im Verlaufe der Strafvollstreckung in eine Verwahrung umgewandelt werden können. Zugleich erwächst daraus die Gefahr einer standardmässigen stationären psychiatrischen Behandlung von bestimmten Straftätern wie etwa Exhibitionisten. Problematisch erweist sich auch die Verwendung dieser vagen Schlüsselbegriffe in Art. 59 Abs. 1 lit. a und 63 Abs. 1 lit. a VE: Straftaten stehen mit dem jeweiligen «Zustand» eines Straftäters notwendigerweise in einer unmittelbaren oder mittelbaren Verbindung, weshalb diese als einschränkende Anordnungsvoraussetzungen gedachten Vorschriften inhaltsleer werden. Die Gefahr einer übermässigen Psychiatisierung zahlreicher Straftäter ist umso problematischer, als in Art. 59 Abs. 4 VE keine absolute zeitliche Begrenzung vorgesehen ist.

[Rz 31] Der Vollzug einer stationären therapeutischen Massnahme hat nach Art. 59 revidiertem StGB in einem dafür spezialisierten Umfeld zu erfolgen. Soweit aus Sicherheitsgründen notwendig, darf der Vollzug in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung, einer geschlossenen Massnahmenvollzugseinrichtung oder in einer getrennten Abteilung einer Strafanstalt erfolgen (Art. 59 Abs. 3 revidiertes StGB). Nach Art. 59 Abs.3 VE findet hingegen die Behandlung in einer geschlossenen Einrichtung statt, solange die Gefahr besteht, dass der Täter flieht oder weitere Straftaten begeht, also selbst dann, wenn bloss geringe Risiken und lediglich geringfügige Straftaten zu befürchten sind. Darüber hinaus soll die therapeutische Behandlung auch im Rahmen des allgemeinen Vollzuges einer geschlossenen Strafanstalt erfolgen können (Art. 59 Abs. 3 VE) – was damit faktisch zur Regel würde. Art. 59 Abs. 3 revidiertes StGB verlangt hingegen die Einrichtung besonderer, getrennt geführter Behandlungsabteilungen innerhalb einer geschlossenen Strafanstalt. Der vorgeschlagene Verzicht auf diese Trennungsvorschrift wird im Bericht zum VE mit ausländischen, insbesondere kanadischen Erfahrungen begründet. Jene Erfahrungen lassen sich nicht auf die Schweiz übertragen, weil sie auf der Grundlage eines völlig anderen Sanktionensystems und nicht vergleichbarer Organisationsnormen gewonnen wurden. Die im Bericht zum VE formulierte Erwartung, bei einem Verzicht auf die Trennungsvorschrift würden in den Vollzugsanstalten für alle Insassen zugängliche Behandlungsangebote zur Verfügung gestellt, widerspricht den im schweizerischen Vollzug bislang gemachten Erfahrungen (die Ausnahme der Anstalt Pöschwies bestätigt die Regel). Sie steht zudem nicht mit den detaillierten Erwägungen in der bundesrätlichen Botschaft zum revidierten StGB (S. 99 f.) in Einklang.

[Rz 32] Bei Verwirklichung dieser Vorschläge zum Massnahmenvollzug würde sich der Vollzug einer stationären therapeutischen Massnahme von der in Art. 75 revidiertem StGB vorgesehenen ambulanten therapeutischen Massnahme ohne Strafaufschub nicht mehr unterscheiden. Der Vorschlag, das Instrument der stationären therapeutischen Massnahme nicht mehr konsequent in spezialisierten therapeutischen Einrichtungen einzusetzen, müsste dazu führen, dass beliebige behandlungsorientierte Interventionen als solche eines stationären Massnahmenvollzugs anerkannt würden. Dies aber würde das Massnahmerecht im Kern aushöhlen und seine kriminalpräventive Wirkung in Frage stellen.

## 6. Ergebnis

[Rz 33] Die sachverständige Beurteilung des Vorentwurfs der Arbeitsgruppe «Verwahrung» durch die Universität Bern kommt zum Ergebnis, dass

- das vorgesehene Überprüfungsverfahren der «lebenslänglichen» Verwahrung den Anforderungen der EMRK, des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte und des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht genügt;
- dem vorgesehenen Verzicht auf Anlasstaten bei der «ordentlichen» Verwahrung eine fragwürdige «Logik» zu Grunde liegt, welche
  - auf eine hinlänglich schwere Anlasstat als Legitimationsgrund und begrenzendes Kriterium der Verwahrung verzichtet und damit zumindest gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Gebot der hinlänglichen gesetzlichen Bestimmung schwerwiegender Grundrechtseinschränkungen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2, 164 Abs. 1 lit. b der Bundesverfassung) verstösst,
  - den wenigen in der Schweiz vorhandenen Sachverständigen eine schwer erträgliche Entscheidungslast aufbürdet,
  - eine wissenschaftlich nicht vertretbare Beurteilung ohne genügende Befundtatsachen verlangt,
  - die Anforderungen an die Verwahrung auf ein Niveau senkt, welches hinter den weitaus strengeren Anforderungen vergleichbarer Rechtsordnungen deutlich zurückbleibt;
- die nachträgliche Anordnung
  - der «ordentlichen» und der «lebenslänglichen» Verwahrung mit den Anforderungen der EMRK unvereinbar ist,
  - der «ordentlichen» Verwahrung
    - im Vergleich zur Anordnung der Verwahrung im Ersturteil keinen zusätzlichen begrenzenden materiellen Kriterien unterliegt und sich damit hier die Problematik einer Gefährlichkeitsbeurteilung ohne genügend schwere Anlasstat in besonders dramatischer Weise stellt,
    - rückwirkend unzulässig ist;
  - die vorgesehenen Änderungen der Anordnungsvoraussetzungen und des Vollzugs therapeutischer Massnahmen unnötig und unzweckmässig sind.

---

An der Verfassung des Texts waren neben Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz Prof. Dr. Regina Kiener, Prof. Dr. Andrea Baechtold, Prof. Dr. Günter Heine, Prof. Dr. Pierre Tschannen, Prof. Dr. Walter Kälin und PD Dr. Jörg Kinzig vom Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. beteiligt.

---

<sup>1</sup> Internationaler Kommentar zur EMRK. Hrsg. v. Wolfram Karl. Köln, Berlin, München, 7. Lfg. 2004 (Renzikowski) Art. 5 RZ 275.

<sup>2</sup> IntKommEMRK (Renzikowski) Art. 5 RZ 280.

<sup>3</sup> Application no. 32340/96, Judgment of 28 March 2000.

<sup>4</sup> Case 1090/2002, Views adopted on 12 November 2003.

<sup>5</sup> C v Australia, Case No 900/1999, Views adopted on 28 October 2002, para. 8.3, Baban v Australia, Case No 1014/2001, Views adopted on 29 August 2003, para. 7.2.

<sup>6</sup> Baban v Australia, Case No 1014/2001, Views adopted on 29 August 2003, para. 7.2.

<sup>7</sup> BVerfG, 2 BvR 2029/01 vom 5.2.2004, Absatz-Nr. 93.

<sup>8</sup> Bericht 32.

<sup>9</sup> BVerfG, 2 BvR 834/02 vom 10.2.2004, Absatz-Nrn. 99 ff., 111 f.

<sup>10</sup> BVerfG, 2 BvR 834/02 vom 10.2.2004, Absatz-Nr. 99.

<sup>11</sup> Norbert Nedopil: Neues zur Kriminalprognose: Gibt es das?, in: Dieter Dölling (Hrsg.), Die Täter-Individualprognose. Beiträge zu Stand, Problemen und Perspektiven der kriminologischen Prognoseforschung, Heidelberg 1995, 83 ff., 84.

<sup>12</sup>

Jörg Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, 353 ff.; ders., Der Hang zu erheblichen Straftaten - und was sich dahinter verbirgt. Zugleich eine empirische Analyse zur Begründung der Anordnung der Sicherungsverwahrung durch die Gerichte. NStZ 1998, 14-19.

<sup>13</sup> IntKommEMRK (Renzikowski) Art. 5 RZ RZ 127 m. w. N.

<sup>14</sup> IntKommEMRK (Renzikowski) Art. 5 RZ 132.

<sup>15</sup> Vgl. zuletzt zur parallel zum deutschen Recht geführten Diskussion: Jörg Kinzig, Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, erscheint demnächst in NStZ 2004.

<sup>16</sup> Fassung vom 24.8.2004 (BGBl I 2198).

<sup>17</sup> BVerfG, 2 BvR 2099/01 vom 5.2.2004, Absatz-Nr. 126.

Rechtsgebiet: Massnahmen (ohne Einziehung)

Erschienen in: Jusletter 13. Dezember 2004

Zitervorschlag: Karl-Ludwig Kunz / Andrea Baechtold / Regina Kiener / Günter Heine / Pierre Tschannen / Walter Kälin / Jörg Kinzig, Universität Bern zum Vorentwurf der Arbeitsgruppe «Verwahrung», in: Jusletter 13. Dezember 2004

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3594>