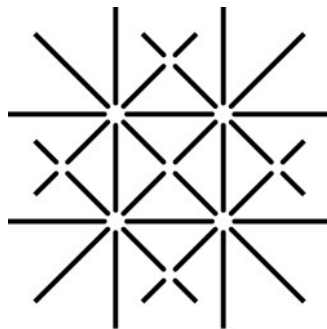


**Gefährlichkeitsbegutachtung im
Straf- und Massnahmenrecht –
Eine Analyse unter Berücksichtigung des
Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips**



**UNI
BASEL**

Seminararbeit verfasst im Auftrag von Professorin Grischa Merkel im
Rahmen des Seminars „Strafe, Verwahrung und forensische Psychiatrie“
an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

Arbeit fertig gestellt am 21. April 2016 im Frühjahrssemester des
dritten Jahres in Rechtswissenschaft (6. Semester)

Nicolai Bleskie, Sempacherstrasse 11, 4053 Basel
061 501 87 00 (Festnetz), 076 349 07 28 (Mobiltelefon)
Matrikel - Nummer: 13 – 052 – 477

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Materialienverzeichnis	XII
Fallverzeichnis.....	XIII
I. Einleitung	1
II. Gefährlichkeitsbegutachtung im Straf- und Massnahmenrecht – Eine Analyse unter Berücksichtigung des Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips	2
A. Rechtliche Ausgangslage.....	2
B. Gutachtliche Ausgangslage	4
C. Zusammenwirken von Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Gefährlichkeitsbegutachtung im Rechtsstaat	6
D. Gefährlichkeitsbegutachtung und das Legalitätsprinzip	8
1. Das Legalitätsprinzip	8
2. Rechtliche Grundlagen, Grundprinzipien und die Gefährlichkeitsbegutachtung	8
E. Gefährlichkeitsbegutachtung und das Verhältnismässigkeitsprinzip	13
1. Das Verhältnismässigkeitsprinzip.....	13
2. Rechtliche Grundlagen, Grundprinzipien und die Gefährlichkeitsbegutachtung ..	13
III. Fazit	17
Erklärung über die selbständige Anfertigung der Arbeit	19
Anhang	20

Abkürzungsverzeichnis

a. M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BLawO	Ordnung für das Bachelorstudium der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 1. Dezember 2011
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CommRomand	Commentaire Romand
CP	Code pénal
E	Entwurf
E.	Erwägung
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EStGB	Entwurf des Strafgesetzbuches
et al.	et alii
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f.	und folgende/folgnder (Seite, Randnummer etc.)
ff.	und fortfolgende (Seiten, Randnummern etc.)
HandKomm	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere

i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003, SR 311.1
lit.	litera
N	Note
PraxKomm	Praxiskommentar
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
SWR	Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter
UNO	United Nations Organization
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
z.T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

Zitierweise:

Die nachstehenden Werke werden, wenn nicht anderweitig erklärt, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- ASHOLT MARTIN/
KUHLI MILAN/
ZIEMANN SASCHA/
BASAK DENIS/
REISS MARC/
BECK SUSANNE/
NESTLER NINA
(Hrsg.)
- Grundlagen und Grenzen des Strafens – 3. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Frankfurt am Main 2013, Baden-Baden, 2015 (zit. BEARBEITER, Strafen).
- BARTON STEPHAN
(Hrsg.)
- „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006 (zit. BEARBEITER, Prognose).
- BOETTICHER AXEL
- Sicherungsverwahrung und Prognosegutachten aus revisionsrechtlicher Sicht, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 87-118 (zit. BOETTICHER, Prognose).
- DUPUIS MICHEL/
GELLER BERNARD/
MONNIER GILLES/
MOREILLON LAURENT/
PIGUET CHRISTOPHE/
BETTEX CHRISTIAN/
STOLL DANIEL
- Code pénal, Basel, 2012 (zit. DUPUIS et al.).

- ENTENZA HECTOR La protection générale de la société contre les agissements éventuels de personnes purgeant une peine d'emprisonnement pour crimes violents, Aktuelle Juristische Praxis, 2013, S. 1575 ff.
- FORNI MIRIAM Strafverfahren und Psychiatrie: Berührungspunkte und Reibungsflächen, ZStrR 122 (2004), S. 209 ff.
- FORSTER MARC Ausgewählte Fragen der strafprozessualen Haft nach neuer StPO, in: Heer Marianne (Hrsg.), SWR – Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter Band/Nr. 12, Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Bern, 2010, S. 173 ff. (zit. FORSTER, StPO).
- DERSELBE Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV, Aktuelle Juristische Praxis, 2004, S. 418 ff. (zit. FORSTER, Verwahrung).
- GROSS-BÖLTING ANDREA Prognosegutachten aus Sicht der Verteidigung, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 287-290 (zit. GROSS-BÖLTING, Prognose).
- KALF WOLFGANG Sicherungsverwahrung und Schutzbedürfnis der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 205-217 (zit. KALF, Prognose).

- KUBINK MICHAEL/
SÖFFING JAN
- Moderne Kriminalpolitik im Lichte von Sicherheitsverständnissen und neuen Erkenntnissen der Hirnforschung, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 37-48 (zit. KUBINK/SÖFFING, Prognose).
- KUNZ KARL-LUDWIG
- Die Sicherung als gefährlich eingestufte Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 71-86 (zit. KUNZ, Prognose).
- LEYGRAF JOHANNES
- Prognosegutachten aus der Sicht des Rechtsmittelgerichts, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 277-286 (zit. LEYGRAF, Prognose).
- MANFRIN FABIO
- Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung - Ein Beitrag zur Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Haftrecht, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 88, Zürich, 2014, S. 314 ff.
- MERKEL GRISCHA
- Qua vadis, Hangtäter? Sicherungsverwahrung im Wandel, in: Grundlagen und Grenzen des Strafs. 3. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, Baden-Baden, 2015, S. 149-166 (zit. MERKEL, Strafen).

- MÜLLER PAUL JÖRG/
SCHEFER MARKUS Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern, 2008.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/
HEER MARIANNE/
WIPRÄCHTIGER HANS Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, 2. Aufl., Basel, 2014 (zit. BEARBEITER, BSK StPO, N ... zu Art. ...).
(Hrsg.)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/
WIPRÄCHTIGER HANS Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel, 2013 (zit. BEARBEITER, BSK StGB I, N ... zu Art. ...).
(Hrsg.)
- NOLL THOMAS Rückfallgefahr bei Gewalt- und Sexualstraftätern, Statistisches Risk-Assessment, 2. Aufl., Bern, 2012.
- NOWARA SABINE Gefährlichkeitsprognosen bei Massregeln. Zur Güte von Prognosegutachten und zur Frage der Legalbewährung, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 175-186 (zit. NOWARA, Prognose).
- DIESELBE Gefährlichkeitsprognosen bei psychisch kranken Straftätern: Neue kriminologische Studien, Band 15, München, 1995.
- PELLET MARC La liberté d'appréciation du juge face au psychiatre, ZStrR 122 (2004), S. 225 ff.

- PFÄFFLIN FRIEDEMANN Mängel im Prognosegutachten, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 259-268 (zit. PFÄFFLIN, Prognose).
- PIETH MARK Strafrecht Besonderer Teil, Basel, 2014.
- PIETH MARK/
SEELMANN KURT
(Hrsg.) Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauss, Basel, 2006 (zit. BEARBEITER, Strafrecht).
- POLLÄHNE HELMUT Kriminalprognostik zwischen richtigen Basisraten und falschen Positiven: Theoretische, methodologische und juristische Aspekte, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 221-258 (zit. POLLÄHNE, Prognose).
- RHINOW RENÉ/
SCHEFER MARKUS Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel, 2009.
- ROTH ROBERT/
MOREILLON LAURENT
(Hrsg.) Commentaire Romand, Code pénal I Art. 1 – 110 CP, Basel, 2009 (zit. BEARBEITER, CommRomand, Art. ... N ...).
- RUCKSTUHL NIKLAUS/
DITTMANN VOLKER/
ARNOLD JÖRG Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich, 2011.

- RZEPKA DOROTHEA Wider einfache Lösungen: „Kriminalität“ aus kriminologisch-sozialwissenschaftlicher Perspektive, in: „... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist“ – Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung, Baden-Baden, 2006, S. 119-139 (zit. RZEPKA, Prognose).
- SEELMANN KURT Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel, 2012.
- STRATENWERTH GÜNTER/
WOHLERS WOLFGANG Schweizerisches Strafgesetzbuch: Handkommentar, 3. Aufl., Bern, 2013.
- STRATENWERTH GÜNTER Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern, 2011.
- DERSELBE Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern, 2006 (zit. STRATENWERTH, AT II, N ... zu § ...).
- TRECHSEL STEPHAN/
PIETH MARK
(Hrsg.) Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2013 (zit. BEARBEITER, StGB PraxKomm, Art. ... N ...).
- VOLBERT RENATE/
DAHLE KLAUS-PETER Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren, Kompendien, Psychologische Diagnostik, Band 12, Göttingen, 2010.
- WEBER JONAS Zur Verhältnismässigkeit der Sicherungsverwahrung, Ausblick auf die künftige Anwendung von Art. 64 EStGB, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 2002, S. 398 ff.

WEBSTER CHRISTOPHER D./ Dangerousness – Probability and prediction, psychia-
BEN-ARON MARC H./ try and public policy, Cambridge, 1985 (zit. BEARBEI-
HUCKER STEPHEN J. TER/Dangerousness).
(Hrsg.)

Materialienverzeichnis

Gesetzesmaterialien:

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999, S. 1979 ff. (zit. Botschaft StGB (1998)).

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003 vom 29. Juni 2005, BBl 2005, S. 4689 ff. (zit. Botschaft StGB (2005)).

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, S. 1085 ff. (zit. Botschaft Strafprozessrecht).

Fallverzeichnis

BGE 81 IV 150
BGE 95 IV 162
BGE 96 IV 54
BGE 96 IV 97
BGE 101 IV 124
BGE 101 IV 129
BGE 102 IV 225
BGE 103 IV 140
BGE 104 IV 150
BGE 106 IV 109
BGE 109 IV 78
BGE 118 IV 108
BGE 121 I 334
BGE 123 I 152
BGE 123 IV 1
BGE 123 IV 100
BGE 124 I 107
BGE 125 I 474
BGE 125 II 521
BGE 125 IV 237
BGE 126 I 172
BGE 127 IV 1
BGE 128 I 81
BGE 130 II 425
BGE 131 I 91
BGE 131 I 333
BGE 131 I 425
BGE 134 IV 121
BGE 134 IV 246
BGE 134 IV 315
BGE 136 IV 156

BGE 137 IV 7

BGE 137 IV 333

BGE 140 IV 1

BGE 140 IV 49

BGE 141 IV 236

Urteil des BGer 1B_414/2010 vom 23. Dezember 2010

Urteil des BGer 2C_121/2011 vom 9. August 2011

Urteil des BGer 1B_435/2011 vom 13. September 2011

Urteil des BGer 6B_596/2011 vom 19. Januar 2012

I. Einleitung

In einer direkten Demokratie wie der Schweiz zeigt sich gelebte Rechtsstaatlichkeit vordergründig an der Möglichkeit, sich regelmässig an Wahlen und Abstimmungen zu beteiligen, so häufig wie in sonst kaum einem anderen Staat. Der offene Diskurs mit bunter Meinungsvielfalt ist ein bedeutender Teil davon. Ob wahre Rechtsstaatlichkeit konsequent gegeben ist, zeigt sich insbes. in empfindlichen Bereichen, in denen es keine populäre Schutzhand für Betroffene gibt: im Straf- und Massnahmenrecht. Die Abwesenheit eines breiteren öffentlichen Interesses für Schicksal und Grundrechte von Straftätern kann auf Gleichgültigkeit beruhen oder in Forderungen bestehen, die über rechtsstaatliche Grundsätze hinausgehen. Gefestigte Grundprinzipien in allen Bereichen des Rechts sind das Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip. Beide Grundsätze haben expliziten Eingang in die BV gefunden. Der Kompass der Staatsgewalt ist das Recht. Dieses soll genauso einfach nachvollziehbar wie vorhersehbar sein. Erforderliches staatliches Handeln muss sich geeigneter Mittel bedienen und als Auswirkung der Konsensdemokratie zumutbar für alle sein. Es ist eine Zentralaufgabe des Staates, dem Volk Freiheit und Sicherheit zu gewähren. Zur Bewältigung dieser komplexen Aufgabe wird vielfach medizinischer Rat beigezogen, wenn es um die heikle Frage geht, ob ein Straftäter zurück in die Gesellschaft und damit in Freiheit darf. Trotz vielfältigen öffentlichen Diskussionen wird dabei der Aspekt der Zuverlässigkeit von Gefährlichkeitsprognosen oftmals ausgelassen. Dabei spielen die Grundrechte vergangener wie potenziell zukünftiger Opfer genauso eine Rolle wie diejenigen des Straftäters. Die Gesundheit des Täters wird in Bezug auf die Gefährlichkeit attestiert und mündet nach erfolgter Risikoabwägung in einer Empfehlung an Behörde und/oder Gericht. Im Folgenden sollen die Wechselwirkungen und Grenzen von Medizin und Recht näher untersucht werden. Medizinische Aspekte werden nur insoweit behandelt, als diese vom Kernpunkt der Rechtsstaatlichkeit tangiert sind. Fraglich ist, wie weit die strikte Achtung von Legalität und Verhältnismässigkeit durchgesetzt wird. Welche Probleme bei Analysen der Gefährlichkeit und daraus folgenden Entscheidungen in Bezug auf das Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip bestehen, soll in vorliegender Arbeit erforscht werden.

II. Gefährlichkeitsbegutachtung im Straf- und Massnahmenrecht – Eine Analyse unter Berücksichtigung des Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips

A. Rechtliche Ausgangslage

Das Recht als zentraler Ausgangspunkt für Individuum, Gesellschaft und Staat kristallisiert im Bereich des Straf- und Massnahmenrechts das sog. „dualistisch-vikariierende System“¹ als dessen Grundbaustein heraus. Die „Zweispurigkeit“² bzw. der „Dualismus“³ soll es ermöglichen, die Reaktion des Staates auf eine erfolgte Straftat dem psychischen Gesundheitszustand des Verurteilten anzupassen und einer weiteren Gefährdung der Gesellschaft vorzubeugen.⁴ Diese Entscheide gehen oft auf Gefährlichkeitsgutachten zurück.⁵ Die rechtlichen Konsequenzen sind divergent. Es ist für das Schicksal des Angeklagten von erheblicher Tragweite, ob er für das begangene Delikt eine Strafe und/oder eine Massnahme erhält. Zur Verhängung einer Massnahme gelangt das Gericht v.a. bei Schuldunfähigkeit bzw. verminderter Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 3 StGB, Art. 20 StGB) und/oder beim Vorliegen besonderer Gefährlichkeit bzw. hoher Rückfallgefahr (z.B. Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB, Art. 64 Abs. 1^{bis} lit. b StGB, Art. 123a Abs. 1 BV).⁶ Die vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten reichen von stationären therapeutischen Massnahmen zur Behandlung von psychischen Störungen (Art. 59 StGB) über Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) und ambulanten Behandlungen (Art. 63 StGB) bis hin zu Verwahrung (Art. 64 StGB). Insbes. der Eingriff des Staates in die Grundrechte des Verurteilten in Form einer lebenslangen Verwahrung i.S.v. Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB bzw. Art. 123a BV hat einen tiefgreifenden Einfluss auf dessen Lebensfreiheit.

¹ SEELMANN, S. 191; TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Vor Art. 56 N 5; BGE 137 IV 7 E. 1.3 S. 9 f.; BGE 136 IV 156 E. 2.3 S. 158 f.; BGE 126 I 172 E. 5c S. 177; BGE 125 II 521 E. 3b S. 524; BGE 109 IV 78 E. 3e S. 81.

² SEELMANN, S. 191; STRATENWERTH, N 18 zu § 1.

³ KUNZ, Prognose, S. 74; STRATENWERTH, N 18 zu § 1, N 33 zu § 2.

⁴ SEELMANN, S. 190 f.; STRATENWERTH, N 34 zu § 2; STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm StGB, Art. 56 N 2.

⁵ FORNI, S. 209, 216, 221; GROSS-BÖLTING, Prognose, S. 287; siehe z.B.: BGE 141 IV 236; BGE 140 IV 1; BGE 137 IV 333; BGE 134 IV 315; BGE 134 IV 121; BGE 127 IV 1; BGE 125 IV 237; BGE 123 IV 100; BGE 123 IV 1; BGE 118 IV 108; BGE 106 IV 109; BGE 104 IV 150; BGE 103 IV 140; BGE 101 IV 124; BGE 95 IV 162; BGE 81 IV 150.

⁶ MANFRIN, S. 319; ROTH/THALMANN, CommRomand, Art. 56 N 16; WEBER, S. 398, 404.

Für die staatliche Gewalt ist zentraler Orientierungspunkt bei Wahl und Verhängung einer Massnahme nebst dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) v.a. das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 36 Abs. 3 BV). Der Ausfluss davon findet sich im Bereich der Strafen wie der Massnahmen z.T. explizit in den Gesetzesbestimmungen (bzgl. Strafzumessung: Art. 47 und 48 StGB; bzgl. Massnahmen: Art. 56 Abs. 2 StGB; bzgl. ambulanten Behandlung: Art. 63 Abs. 1 StGB; bzgl. Verwahrung: Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB). Zum Verhältnis von Strafe und Massnahme sieht Art. 57 Abs. 3 StGB vor, dass der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug auf die Strafe anzurechnen ist. Anders als Strafen sind Massnahmen für verübte Straftaten ab 25 Jahren (vgl. Art. 19 Abs. 2 JStG sowie Art. 61 Abs. 4 StGB) zeitlich unbegrenzt, weshalb der Verhältnismässigkeit eine besondere Bedeutung zukommt.⁷ Die Massnahme soll nach Art. 59 Abs. 4 StGB „in der Regel“ höchstens 5 Jahre dauern, wobei unter bestimmten Voraussetzungen jeweils um 5 Jahre verlängert werden kann. In der Praxis wird entgegen dem Gesetzestext gewöhnlich verlängert.⁸ Das Gesetz sieht weiter vor, dass regelmässig überprüft wird, ob die Voraussetzungen der Massnahme noch gegeben sind (z.B. Art. 64b Abs. 1 StGB). Des Weiteren sieht Art. 56 Abs. 3 StGB vor, dass der Wegweiser hin zu einer Massnahme auf eine „sachverständige Begutachtung“ gestützt werden muss, ohne dies näher zu definieren.⁹

Bei Anwendung des Massnahmenrechts bestehen nicht nur Auslegungsprobleme, sondern auch Unklarheiten inwieweit die strafrechtlichen Grundsätze wie das Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip in den Gefährlichkeitsgutachten gelten und wie diese für die Urteilsbildung gewichtet und inhaltlich anerkannt werden müssen.¹⁰

⁷ NOWARA, S. 20.

⁸ FORSTER, Verwahrung, S. 418, 422; HEER, BSK StGB I, N 14, 18c zu Vor Art. 56; vgl. in Deutschland: KUNZ, Prognose, S. 75.

⁹ STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm StGB, Art. 56 N 6; BGE 140 IV 49 E. 2.2 ff. S. 51 ff.; forum-poenale 6/2011, S. 341 f., 2C_121/2011.

¹⁰ DUPUIS et al., Code pénal, Art. 56 N 17; FORNI, S. 209, 222.

B. Gutachtliche Ausgangslage

Der Konnex zwischen medizinisch-psychiatrischer Begutachtung und dem Strafrecht findet sich im Gesetz. Art. 182 StPO beschreibt Voraussetzungen für den Beizug einer sachverständigen Person, Art. 308 Abs. 3 StPO beauftragt die Staatsanwaltschaft dem Gericht die für die Beurteilung von Schuld und Strafe wesentlichen Grundlagen zu liefern, Art. 20 StGB sieht bei zweifelhafter Schuldfähigkeit eine Begutachtung durch einen Sachverständigen vor und Art. 56 Abs. 3 StGB bestimmt die Beiziehung einer sachverständigen Begutachtung vor Anordnung einer Massnahme.

Dieser vom Gesetzgeber vorgesehene Auftrag mündet in der Erstellung von sog. forensisch-psychiatrischen¹¹ Gutachten, die dem Gericht i.S. des dualistischen Systems eine sachgerechte Entscheidung ermöglichen sollen.¹² Der Inhalt der in Auftrag zu gebenden Analyse ist in Art. 56 Abs. 3 StGB vorgegeben.¹³ Sinn und Zweck bestehen in Standardfällen sowohl in der Ermittlung der konkreten, aktuellen Behandlungsbedürftigkeit und Genesungswahrscheinlichkeit des Angeklagten als auch im Schutz potenzieller zukünftiger Opfer.¹⁴

Die vom Gutachter präsentierte Diagnose des zu Beurteilenden soll fall- und fachspezifische Informationen liefern, um die Reaktion des Staates auf die begangene Straftat auf den Einzelfall abstimmen zu können.¹⁵ Diese Expertise soll nicht nur bei der Grundfrage von Strafe oder Massnahme herangezogen werden, sondern auch bei der Klärung, ob eine Massnahme verlängert wird.¹⁶ Das psychiatrische Gutachten ist als grundlegende Entscheidungshilfe heranzuziehen, um die Anwendung ausreichender Sachkenntnisse garantieren zu können, wofür das Gericht allein nicht genügend Gewähr bieten kann.¹⁷

¹¹ Z.B.: BGE 137 IV 333 E. 2.3.3 S. 338.

¹² Botschaft Strafprozessrecht, S. 1212.

¹³ Siehe auch: VOLBERT/DAHLE, S. 108.

¹⁴ DIETZ, Dangerousness S. 87; FORNI, S. 212; HEER, BSK StGB I, N 8 zu Vor Art. 56; TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Art. 56 N 12; BGE 140 IV 49 E. 2.4.1, 2.9 S. 52 ff.

¹⁵ KUBINK/SÖFFING, Prognose, S. 41; PELLET, S. 225; VOLBERT/DAHLE, S. 111; BGE 140 IV 49 E. 2.4 f. S. 52.

¹⁶ TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Art. 56 N 9; BGE 134 IV 246 E. 4.3 S. 254.

¹⁷ HEER, BSK StPO, N 7 zu Art. 182; KUNZ, Prognose, S. 101.

Das Bundesgericht stellt hohe Anforderungen an die Qualifikationen von Gutachtern: Die Erstellung eines Gefährlichkeitsgutachtens bedingt nebst langjähriger Berufserfahrung eine medizinisch-psychiatrische Ausbildung.¹⁸ Damit soll auch dem steten Wandel und Fortschritt der medizinischen Erkenntnisse Rechnung getragen werden, die der attestierenden Fachperson bekannt sein sollten.¹⁹ Hervorgebracht wird durch die hohen Qualitätserfordernisse auch die Sicherstellung der Verwendung einer sinnvollen Methodik.²⁰

Die geforderte tiefgehende Sachkunde vermag Irrtümer nicht auszuschliessen.²¹ Gründe von Fehleinschätzungen können vielfältig sein: mangelnde Kooperation des Begutachteten, öffentlicher und berufsspezifischer Druck, individuelle und allgemeine Unvorhersehbarkeit menschlichen Verhaltens, „Scheinrelevanzen“²², mangelnde Sorgfältigkeit, Befangenheit/Voreingenommenheit und/oder fehlende juristische bzw. interdisziplinäre Kenntnisse.²³ Nebst möglichen qualitativen Mängeln stellt auch ein Ressourcendefizit für Gutachter und Gericht eine Herausforderung dar.²⁴

Die Abgrenzung und Verknüpfung von Kriminalität, Schuld und Krankheit, insbes. hinsichtlich der Frage, ob „bestraft“ oder „behandelt“ werden soll, kann zu Problemen hinsichtlich Legalität und Verhältnismässigkeit führen.²⁵

¹⁸ STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm StGB, Art. 56 N 6; siehe z.B.: BGE 140 IV 49 E. 2.4 ff. S. 52 ff.; *forum* poenale 6/2011, S. 341 f., 2C_121/2011; a.M.: NOWARA, S. 161.

¹⁹ HEER, BSK StGB I, N 14 zu Vor Art. 56.

²⁰ HEER, BSK StGB I, N 61 zu Art. 56; POLLÄHNE, Prognose, S. 241 f.; TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Art. 56 N 14; BGE 128 I 81 E. 2 S. 84 ff.

²¹ KUNZ, Prognose, S. 74, 84.

²² NOLL, S. 54; NOWARA, S. 36.

²³ BARTON, Prognose, S. 27; FORSTER, Verwahrung, S. 418, 423; GROSS-BÖLTING, Prognose, S. 287; HAYNES, Dangerousness, S. 55; PFÄFFLIN, Prognose, S. 263; POLLÄHNE, Prognose, S. 246; NOWARA, S. 27, 37; NOWARA, Prognose, S. 175, 181; STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm StGB, Art. 56 N 6, 8; VOLBERT/DAHLE, S. 16, 71.

²⁴ FORNI, S. 209, 222; HEER, BSK StGB I, N 17 zu Vor Art. 56; STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm StGB, Art. 56 N 8; Botschaft StGB (2005), S. 4711.

²⁵ DIETZ, Dangerousness, S. 99; KUNZ, Prognose, S. 84; NOWARA, S. 87; TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Art. 56 N 6; Botschaft StGB (1998), S. 1985.

C. Zusammenwirken von Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip bei der Gefährlichkeitsbegutachtung im Rechtsstaat

Im Rechtsstaat steht es ausser Frage, dass die Strafverfolgungsbehörden unter Achtung der Menschenwürde der Ermittlung der Wahrheit verpflichtet sind. Art. 3 StPO legt die Achtung der Menschenwürde und das Fairnessgebot fest, Art. 139 StPO äussert die Wahrheitsfindung als Motivation der Beweiserhebung.

Gutachten, von Sachverständigen nach Art. 182 ff. StPO zu erstellen und als Beweismittel vorgesehen, bilden einen Teil dieser vorgesehenen Wahrheitsermittlung.²⁶ Das Gesetz äussert sich – im Gegensatz zur „Wahrheit“ – nicht zum Faktor „Wahrscheinlichkeit“. Auch in der Praxis findet sich eine Tabuisierung bzgl. der Unzuverlässigkeit von Prognosen.²⁷ Gefährlichkeitsgutachten stützen sich auf Tatsachen, ihre Schlussfolgerungen hingegen beruhen auf einer Wahrscheinlichkeitseinschätzung.²⁸

Die Vornahme von Gefährlichkeitsbegutachtungen ist hoheitliches²⁹ staatliches Handeln. Illegalität, Willkür und/oder Unverhältnismässigkeit begründen sich meist durch eine Vielzahl von Facetten. Der Staat hat eine ebenso komplexe wie nicht definitiv lösbare Aufgabe zu leisten: die Gesellschaft unter Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien zu schützen, oft als „due diligence“³⁰ bezeichnet. Verantwortungsvolles staatliches Handeln soll rechtsfreie Zonen genauso vermeiden wie neue Opfer.³¹ Unerlässlich dafür sind nebst Kontrollmechanismen und strafrechtlicher Belangung die stetige Orientierung am Recht.³²

Art. 182 StPO ist zu entnehmen, dass die Entscheidung, ob begutachtet wird, bei der Staatsanwaltschaft und dem Gericht liegt. Primär gibt die Anwaltschaft des Staates diesen Begutachtungsauftrag, da diese dem Gericht das Beweismaterial bzgl. des An-

²⁶ FORNI, S. 209, 223; BGE 101 IV 129 E. 3a S. 130; BGE 96 IV 97 S. 98.

²⁷ BARTON, Prognose, S. 27; FORSTER, Verwahrung, S. 418 f.; WEBER, S. 398, 400.

²⁸ POLLÄHNE, Prognose, S. 230; VOLBERT/DAHLE, S. 92; WEBER, S. 398, 404.

²⁹ forumpoenale 6/2011, S. 341, 2C_121/2011.

³⁰ ENTENZA, S. 1575, 1578; FORSTER, Verwahrung, S. 418, 422; KUNZ, Prognose, S. 74.

³¹ ENTENZA, S. 1575; VOLBERT/DAHLE, S. 17.

³² POLLÄHNE, Prognose, S. 245.

geklagten zu präsentieren hat (Art. 308 Abs. 3 StPO). Ob begutachtet und eine Massnahme beantragt wird, ist eine pflichtgemässe Ermessensfrage unter Würdigung von dazu Anlass gebenden Kriterien.³³ Diese medizinisch-juristische Diskrepanz – der Staatsanwalt entscheidet, ob er eine Begutachtung für indiziert hält, allerdings ohne medizinisches Wissen zu haben – wird dadurch relativiert, dass bei Zweifeln der Sachverständige beigezogen wird.³⁴ Die Kompetenzverteilung zwischen Richter und Gutachter ist ähnlich: Das Bundesgericht sieht einen Begründungszwang vor, wenn der Urteilende von der Einschätzung des Gutachters abweichen sollte - eben weil der Gutachter als sachverständig gilt.³⁵ Widersprüche zu erkennen und zu begründen wird dem Richter bzw. der Verfahrensleitung allerdings schwer fallen, da die entsprechenden medizinischen Kenntnisse nicht vorhanden sind und relativiert die zu erklärende Möglichkeit, ein zweites Gutachten anfertigen zu lassen (Art. 189 StPO).³⁶

Der gemeinsame Schnittpunkt in der Arbeit von Staatsanwalt, Richter und Gutachter ist es, zu einer Einschätzung gegenüber dem Angeklagten zu gelangen. Die Begründung ist beim begutachtenden Experten medizinisch, beim Richter juristisch, obwohl die Übergänge fließend sind.³⁷ Ob medizinisch oder juristisch argumentiert wird, interessiert den Angeklagten wenig, für ihn ist es die Staatsgewalt, die ihn trifft.³⁸

Einerseits sind solche Reaktionen ein notwendiger Gegenstoss auf begangene Delikte, andererseits müssen diese sachlich fundiert sein und unter Einhaltung von Legalität und Verhältnismässigkeit erfolgen. Ob sich diese rechtsstaatlichen Gewichte die Balance halten, soll Gegenstand der anschliessenden Kapitel sein.

³³ FORNI, S. 209, 222; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, N 528; TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Art. 56 N 10; BGE 140 IV 49 E. 2.2 S. 51.

³⁴ HEER, BSK StGB I, N 41 zu Art. 56.

³⁵ FORNI, S. 209, 221, 225, 227; TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Art. 56 N 13; Urteil des BGE, 2C_121/2011 vom 09.08.2011; BGE 102 IV 225 E. 7b S. 226 f.; BGE 101 IV 129 E. 3a S. 130.

³⁶ DUPUIS et al., Code pénal, Art. 56 N 17.

³⁷ BOETTICHER, Prognose, S. 101; HEER, BSK StGB I, N 42 zu Art. 56; NOWARA, Prognose, S. 181; PELLET, S. 225, 233; POLLÄHNE, Prognose, S. 222.

³⁸ HEER, BSK StGB I, N 3 zu Vor Art. 56; SEELMANN, S. 189.

D. Gefährlichkeitsbegutachtung und das Legalitätsprinzip

1. Das Legalitätsprinzip

Wie Art. 5 Abs. 1 BV die Quintessenz von Rechtsstaatlichkeit und demokratischer Legitimität beschreibt, ist Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht.³⁹ Die konkreten rechtlichen Bestimmungen, möglichst verständlich, bestimmt und vorhersehbar, sind es, die den Einzelnen wie die Gesellschaft schützen sollen.⁴⁰ Eine Verletzung des Legalitätsprinzips ist insbes. dann gegeben, wenn staatliches Handeln nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, vom Gesetz Vorgesehenes unterlassen oder überschritten wird oder der Sinn und Zweck eines Gesetzes ausgehöhlt wird und staatliches Handeln somit willkürlich ist.⁴¹ Die Elemente von Willkür und Unverhältnismässigkeit können sich mit dem Legalitätsprinzip überschneiden.

2. Rechtliche Grundlagen, Grundprinzipien und die Gefährlichkeitsbegutachtung

Die in den Aufgabenkreis des Straf- und Massnahmenrechts fallenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen sind vielfältig. Art. 9 BV legt den Schutz vor Willkür fest, Art. 10 BV sieht das Recht auf Leben und persönliche Freiheit vor. Art. 31 BV bestimmt für den Freiheitsentzug, dass das Gesetz Voraussetzungen und Art und Weise des Freiheitsverlustes regeln muss.⁴² Art. 36 BV schreibt für Grundrechtseinschränkungen vor, dass diese auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen müssen. Im StGB findet sich das Legalitätsprinzip in Art. 1 StGB: Keine Strafe oder Massnahme darf ohne Gesetz erfolgen.⁴³ Die hohe Zahl rechtlicher Vorschriften vermag ein Grundproblem im Bereich der Begutachtung von Kriminellen nicht gänzlich zu vermeiden, wobei dies der Art. 5 EMRK anschaulich auf den Punkt bringt: das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Diese beiden Pole sind es, die der Staat unter Achtung der Verfassung und Gesetze in einen rechtsstaatlich fundierten Ausgleich bringen muss, was Schwierigkeiten bereitet.⁴⁴ Die Habeas-Corpus-Akte griff diese Problematik bereits 1679 auf.⁴⁵ Es muss

³⁹ RHINOW/SCHEFER, N 1199 f., 2608, 2628; BGE 131 I 425 E. 6.1 S. 434; BGE 131 I 333 E. 4 S. 339 f.

⁴⁰ PIETH, S. 1; RHINOW/SCHEFER, N 1202, 1234, 1565, 2592, 2611.

⁴¹ HAMM, Strafrecht, S. 1 ff.; Seelmann, S. 19; STRATENWERTH, N 91 zu § 10.

⁴² RHINOW/SCHEFER, N 3085.

⁴³ SEELMANN, S. 19; STRATENWERTH, N 2, 6, 10, 14 zu § 4.

⁴⁴ STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm StGB, Art. 64 N 1.

⁴⁵ RHINOW/SCHEFER, N 964.

rechtlich fundierte Gründe geben, um jemandem die Freiheit zu nehmen und dies muss vom Richter überprüft werden können (Art. 5 Ziff. 4 EMRK).⁴⁶

Art. 19 Abs. 1 StGB sieht vor, dass wer schuldunfähig ist, gar nicht strafbar ist. Massnahmen dienen zwar nicht der Bestrafung des Täters, werden aber gleichwohl subjektiv so von diesen empfunden.⁴⁷ Objektiv betrachtet können Massnahmen genau wie Strafen mit Freiheitsentzug verbunden sein.⁴⁸ Zudem können diese länger und ohne bestimmte Dauer bestehen.⁴⁹ Stützt sich ein zeitlich undefinierter Freiheitsentzug nur auf attestierte „Gefährlichkeit“ (unabhängig von der Schuldfähigkeit, siehe z.B. Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB, Art. 65 Abs. 2 StGB), so müsste diese im Gesetz explizit als strafbar erklärt sein, der Attestierung müsste Beweisqualität zukommen und die Länge des Freiheitsentzuges müsste vorgegeben sein.⁵⁰ Ansonsten scheint dies kaum vereinbar mit einem Staat, der sich am Recht und damit am Legalitätsprinzip orientiert.⁵¹ Das Bundesgericht wählt einen Mittelweg: Es stellt hohe Anforderungen an die selbständige Beweiswürdigung und Begründung, gibt einem psychiatrischen Gutachten aber Beweisqualität.⁵²

Ist eine hohe Gefährlichkeit attestiert, so stellt sich die Frage der Verwertbarkeit. Prognosen sind keine Tatsachen. Sie stützen sich aber auf Fakten, die der Begutachtete selber „liefert“, allen voran die Biographie und das Delikt.⁵³ Um dem Problem der Fehleinschätzung in Form unterschätzter Gefährlichkeit und damit der möglichen folgenden Verletzung der Gesellschaft durch neue Delikte gerecht zu werden, erscheinen Schutzmassnahmen sinnvoll, was auch die Praxis der gängigen Verlängerung von

⁴⁶ FORSTER, Verwahrung, S. 418; MÜLLER/SCHEFER, S. 89.

⁴⁷ HEER, BSK StGB I, N 3 zu Vor Art. 56; SEELMANN, S. 191.

⁴⁸ STRATENWERTH, AT II, N 6 zu § 8.

⁴⁹ STRATENWERTH, N 16 zu § 4.

⁵⁰ STRATENWERTH, N 16 zu § 4; TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Vor Art. 56 N 6.

⁵¹ MÜLLER/SCHEFER, S. 90.

⁵² MANFRIN, S. 317 f.; Urteil des BGer 1B_435/2011 vom 13. September 2011 E. 3.5; Urteil des BGer 1B_414/2010 vom 23. Dezember 2010; BGE 101 IV 129 E. 3a S. 130; BGE 96 IV 97 S. 98.

⁵³ HEER, BSK StGB I, N 21 zu Art. 56; POLLÄHNE, Prognose, S. 256; VOLBERT/DAHLE, S. 71.

Massnahmen erklärt.⁵⁴ Der Straftäter hat durch seine Straffälligkeit diese „Notwehrreaktion“⁵⁵ des Staates als Vertreter der Gesellschaft provoziert und ist nun „Sonderopfer“⁵⁶ geworden. Solche Vorkehrungen zum Schutz vor Gewalt, wie stetige Verlängerungen oder das Institut der Verwahrung, scheinen trotz aller Bedenken aus gesellschaftspolitischer Sicht momentan unverzichtbar.⁵⁷ Gesetz wie Bundesgericht messen Gutachten Beweisqualität zu, so dass Abweichungen von zu milden Empfehlungen in der Praxis nur schwer vorstellbar sind.⁵⁸ Da Gerichte i.d.R. der Empfehlung des Gutachters folgen (müssen), wird nicht der Richter, sondern der Gutachter sich zu erklären haben, sollte es einen Rückfall des Attestierten geben.⁵⁹ Die Begutachtenden selbst tendieren so zu eher harten Einschätzungen.⁶⁰ Das „in dubio pro reo“ wird zu „in dubio Prognose“⁶¹ und damit zu einer „prognostischen Beweislastumkehr“⁶², wobei die zukunftsbezogene Vorhersage sich mit der Unschuldsvermutung reibt.⁶³

Um rechtens zu handeln, muss der Staat aufgrund von Beweisen zu einem Urteil gelangen.⁶⁴ Ein rechtsstaatlich überzeugendes Urteil im Einklang mit dem Legalitätsprinzip braucht als einschlägigen Beweis mehr als eine gutachterliche Wahrscheinlichkeitseinschätzung bzgl. der Zukunft des Angeklagten.⁶⁵ Untersuchungen von wenigen Stunden können bereits in einer Empfehlung für eine lebenslange Verwahrung münden.⁶⁶ Nebst fehlender Ressourcen ist dabei das Hauptproblem, dass dem Grundrechts-Faktor Sicherheit auf Seiten der Gesellschaft durch ewiges „Wegsperrern“⁶⁷ am stärksten Rechnung getragen wird, wobei dadurch am intensivsten in die Grundrechte des Angeklagten eingegriffen wird.⁶⁸

⁵⁴ KALF, Prognose, S. 217; KUBINK/SÖFFING, Prognose, S. 42; NOWARA, S. 33.

⁵⁵ HEER, BSK StGB I, N 8, 15 zu Vor Art. 56.

⁵⁶ KUNZ, Prognose, S. 83; POLLÄHNE, Prognose, S. 257.

⁵⁷ KUNZ, Prognose, S. 84; MERKEL, Strafen, S. 173.

⁵⁸ PFÄFFLIN, Prognose, S. 265.

⁵⁹ NOWARA, S. 35.

⁶⁰ GROSS-BÖLTING, Prognose, S. 287 f.; NOWARA, Prognose, S. 175; VOLBERT/DAHLE, S. 16.

⁶¹ POLLÄHNE, Prognose, S. 221.

⁶² POLLÄHNE, Prognose, S. 237.

⁶³ BARTON, Prognose, S. 27; ENTENZA, S. 1575, 1581; POLLÄHNE, Prognose, S. 221, 230, 237; a.M.: HEER, BSK StGB I, N 21 zu Art. 56.

⁶⁴ MANFRIN, S. 315.

⁶⁵ FORSTER, StPO, S. 173 f.; FORSTER, Verwahrung, S. 418 f.

⁶⁶ NOWARA, S. 147.

⁶⁷ BARTON, Prognose, S. 26; BOETTICHER, Prognose, S. 88.

⁶⁸ SEELMANN, S. 19.

Schutz der Bevölkerung und Rechtsstaatlichkeit schliessen sich nicht per se gegenseitig aus.⁶⁹ Das StGB sieht regelmässige Überprüfungen des Freiheitsentzuges vor (Art. 62d Abs. 1 StGB, Art. 63a Abs. 1 StGB, Art. 64b Abs. 1 StGB, Art. 64c Abs. 1 StGB). Um diesem rechtsstaatlichen Zugeständnis der wiederholten Kontrolle volle Wirkung zukommen zu lassen, müsste das Gutachten, genau wie das Recht, möglichst transparent und konkret sein.⁷⁰ Nur dies würde qualifizierte Anfechtungen realistisch möglich machen. Der Entscheid der Behörde über Freiheit oder Unfreiheit stützt sich zu einem bedeutenden Teil auf den Expertenbericht (siehe Art. 62d Abs. 2 StGB, Art. 64b Abs. 2 lit. c StGB). Als Folge des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 2 BV) muss auch die Stellungnahme des Verurteilten mitberücksichtigt werden (z.B. Art. 64b Abs. 2 lit. d StGB). Intellektuell weniger starke Personen oder Randständige, die sich häufiger in Massnahmen befinden, werden davon in dieser Phase des Verfahrens selten profitieren können.⁷¹ Selbst gute Anwälte werden sich gegen eine Empfehlung des Gutachters kaum durchsetzen können.⁷² Wird jemand nach vielen Jahren entlassen und nicht rückfällig, wird dies eher als Erfolg der Therapie gewertet als eine illegitime Freiheitsbeschränkung und damit einem Verstoss gegen das Legalitätsprinzip.⁷³ Einmal rechtskräftig eingesperrt, wird es überstarke Argumente brauchen, um den Mühlen der Justiz entkommen zu können, was an den sog. Sanktionstrichter⁷⁴ erinnert. Klare Kriterien bzgl. Eintritt, Form und Länge des Verbleibs sowie Austritt sind nicht ersichtlich.⁷⁵

Bei Massnahmen ist dies nicht anders, zumal Gutachter in ihrer Arbeit relativ frei sind.⁷⁶ Sie sind nicht Juristen, sondern Mediziner, für die nicht das Legalitätsprinzip, sondern die medizinisch-psychiatrische Untersuchung ausschlaggebend ist. Diesen ausgewiesenen Experten ist das entsprechende Vertrauen in die „Regeln der (kriminalprognostischen) Kunst“⁷⁷ entgegen zu bringen.

⁶⁹ FORSTER, Verwahrung, S. 418, 421.

⁷⁰ NOWARA, S. 52, 77; VOLBERT/DAHLE, S. 92.

⁷¹ NOWARA, S. 36.

⁷² NOWARA, S. 33; PFÄFFLIN, Prognose, S. 265.

⁷³ NOWARA, S. 35.

⁷⁴ SEELMANN, S. 12.

⁷⁵ SEELMANN, S. 12 f.

⁷⁶ BOETTICHER, Prognose, S. 101.

⁷⁷ POLLÄHNE, Prognose, S. 237.

Rechtsstaatliche Grundprinzipien ausser Acht zu lassen, weil die Begutachtung in den Bereich der Medizin fällt, erscheint fraglich.⁷⁸ Intransparente Erstellungsweisen und Formulierungen mit weitem Interpretationsspielraum sowie moralische Aussagen oder Abstemplungen erschweren die Abgrenzung von Verwerflichkeit, Krankheit und Gefährlichkeit.⁷⁹ Unfrei darf nur bleiben wer äusserst gefährlich ist, alles andere wäre nicht vereinbar mit dem Legalitätsprinzip.⁸⁰ Harte Moral darf ebenso wenig wie gut gemeinte medizinische Behandlung in paternalistischer Freiheitsbeschränkung münden, was die Qualitätssicherung von Gutachten umso wichtiger macht.⁸¹ Auch im Hinblick auf eine erfolgsversprechende Therapie - und damit dem rechtlich vorgesehenen Schutz sowohl der Gesellschaft als auch des Verurteilten - wird die Qualität des Gutachtens mittelbar über Freiheit oder Unfreiheit entscheiden, nebst der unmittelbaren Wirkung der ausgesprochenen gutachterlichen Empfehlung.⁸² Qualität von Gutachten und Therapie haben einen engen und realen Zusammenhang zur Rechtsstaatlichkeit und der Perspektive auf Freiheit.⁸³ Ohnehin erscheint das übermässige Gewicht von Gutachten in der Entscheidung über Freiheit oder Unfreiheit nicht gänzlich einleuchtend, wenn nicht sogar die Prognose als solche „rechtlich unbeachtlich“⁸⁴ ist, da diese nur pro futuro Vermutungen aufstellt und dadurch einer „erheblichen Zahl“⁸⁵ illegitimer „Freiheitsberaubungen“⁸⁶ zum Durchbruch verhilft.⁸⁷ Das bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass die Rechtsstaatlichkeit unter Achtung des Legalitätsprinzips ohne das Mittel der Prognose zwingend vergrössert würde.⁸⁸

Das gewählte Mittel staatlichen Handelns ist es auch, was das rechtsstaatliche Prinzip der Verhältnismässigkeit ausmacht. Dies wird im folgenden Kapitel näher beleuchtet.

⁷⁸ GROSS-BÖLTING, Prognose, S. 287; RZEPKA, Prognose, S. 138; VOLBERT/DAHLE, S. 17.

⁷⁹ BARTON, Prognose, S. 27; LEYGRAF, Prognose, S. 285; NOWARA, S. 52; NOWARA, Prognose, S. 181; BGE 96 IV 54 E. 2 S. 55.

⁸⁰ NOWARA, Prognose, S. 185; POLLÄHNE, Prognose, S. 224.

⁸¹ DIETZ, Dangerousness, S. 87; HEER, BSK StGB I, N 3 zu Vor Art. 56; KUBINK/SÖFFING, Prognose, S. 42; NOWARA, S. 17, 37.

⁸² GROSS-BÖLTING, Prognose, S. 287; PFÄFFLIN, Prognose, S. 265; POLLÄHNE, Prognose, S. 244 f.

⁸³ HEER, BSK StGB I, N 14 zu Vor Art. 56; KUBINK/SÖFFING, Prognose, S. 42; MERKEL, Strafen, S. 173 f.

⁸⁴ POLLÄHNE, Prognose, S. 256.

⁸⁵ STRATENWERTH/WOHLERS, HandKomm StGB, Art. 64 N 1.

⁸⁶ NOWARA, S. 35; POLLÄHNE, Prognose, S. 251.

⁸⁷ POLLÄHNE, Prognose, S. 256.

⁸⁸ POLLÄHNE, Prognose, S. 256.

E. Gefährlichkeitsbegutachtung und das Verhältnismässigkeitsprinzip

1. Das Verhältnismässigkeitsprinzip

Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 36 Abs. 3 BV) zeichnet sich durch drei Elemente aus: Erforderlichkeit, Geeignetheit und Zumutbarkeit.⁸⁹ Diese Bestandteile sind es, die der Staat beachten muss, um verhältnismässig zu handeln, und stehen auch im Konnex zum öffentlichen Interesse.⁹⁰ Dabei stellt die Zumutbarkeit eine sog. „Schranke-Schranke“⁹¹ dar, da unzumutbares Handeln in keinem Fall zulässig ist, denn dann würde der unabdingbare Kerngehalt von Grundrechten tangiert.⁹²

2. Rechtliche Grundlagen, Grundprinzipien und die Gefährlichkeitsbegutachtung

Das Strafrecht als ultima ratio staatlicher Reaktion auf negative Aktionen der Bevölkerung soll auch innerhalb des StGB gelten.⁹³ Ist eine solche Reaktion erforderlich, muss diese geeignet und zumutbar sein. Stehen vom StGB verschiedene Möglichkeiten zur Auswahl, welche diese Kriterien erfüllen, so ist stets die mildeste zu wählen bzw. eine „strenge Berücksichtigung“⁹⁴ des Verhältnismässigkeitsgebots vorzunehmen.⁹⁵

Diese Wahl, wie mit dem Straftäter umzugehen ist, geht im Bereich des Massnahmenrechts i.d.R. auf Gefährlichkeitsgutachten zurück. Die Lebensfreiheit des potenziell gefährlichen Angeklagten steht der dadurch bedrohten Sicherheit der Gesellschaft gegenüber, was mit der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Delikte zusammenhängt.⁹⁶ Bei dieser Abwägung muss auch das Gedankengut der ultima ratio miteinfließen.⁹⁷

⁸⁹ RHINOW/SCHEFER, N 195, 1221, 2632; BGE 131 I 91 E. 3.3 S. 99 ff.; BGE 130 II 425 E. 5.2 S. 438 f.; BGE 125 I 474 E. 3 S. 482 f.; BGE 124 I 107 E. 4c/aa S. 115; BGE 123 I 152 E. 7. S. 169 ff.; BGE 121 I 334 E. 11 S. 349 ff.

⁹⁰ RHINOW/SCHEFER, N 1223, 1235.

⁹¹ RHINOW/SCHEFER, N 1182, 1194.

⁹² RHINOW/SCHEFER, N 1182, 1194.

⁹³ SEELMANN, S. 6 f.

⁹⁴ BGE 136 IV 156, E. 2.1, 2.6, 4.1 S. 157 ff.

⁹⁵ MANFRIN, S. 337; RHINOW/SCHEFER, N 1221.

⁹⁶ BARTON, Prognose, S. 27; HEER, BSK StGB I, N 8 zu Vor Art. 56; WEBER, S. 398, 403 f.; Urteil des BGer 6B_596/2011 vom 19. Januar 2012, E. 3.2.2.

⁹⁷ BARTON, Prognose, S. 26.

Wird das Schutzbedürfnis der Öffentlichkeit auf Grundrechtsniveau angehoben, müsste das öffentliche Interesse bzw. die Gefährlichkeit nicht (nur) gegeben sein, sondern überwiegen.⁹⁸ Die Gefährlichkeit müsste gar „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“⁹⁹ gegeben sein, um Grundrechte der Öffentlichkeit über Grundrechte des Angeklagten zu stellen.¹⁰⁰ Umso mehr, als „Gefährlichkeit“ als solches niemandem direkt schadet, es aber zugleich Voraussetzung des Strafrechts ist, bei Strafandrohung zu definieren, worin die Verletzung anderer Rechte besteht.¹⁰¹

Aufgrund der einschneidenden Wirkung von Gefährlichkeitsprognosen stellt im Rahmen der Verhältnismässigkeit der Zeitfaktor in mehrfacher Hinsicht ein wichtiges zu beachtendes Phänomen dar. Einerseits sollte aufgrund der Fehleranfälligkeit von Prognosen nicht der Anspruch bestehen, Einzelfälle für immer und endgültig diagnostizieren zu können.¹⁰² Andererseits sollte bei der Frage der Entlassung berücksichtigt werden, dass mit zunehmender Zeit weniger bis gar keine Therapiefortschritte mehr zu verlangen sind, da durch die verstrichene Zeit in Unfreiheit die Massnahme zunehmend an Proportionalität verliert.¹⁰³

Der Mittelwert bzgl. der Dauer von Massnahmen nahm in den letzten Jahren zu und betrug im Jahre 2014 1434 Tage, also knapp 4 Jahre, und lag damit im vorgegebenen gesetzlichen Rahmen (Art. 59 Abs. 4 StGB) von „in der Regel fünf Jahren“.¹⁰⁴

Die BFS-Statistiken über die Dauer der Massnahmen berücksichtigen nur die effektiv Entlassenen, nicht aber diejenigen, die gar nicht in die Freiheit zurück dürfen, was den Mittelwert verhältnismässiger erscheinen lässt.¹⁰⁵

⁹⁸ KUNZ, Prognose, S. 83, 86; WEBER, S. 398, 405.

⁹⁹ TRECHSEL/PAUEN BORER, StGB PraxKomm, Art. 64 N 18; BGE 137 IV 333 E. 2.3.3 S. 338.

¹⁰⁰ POLLÄHNE, Prognose, S. 224.

¹⁰¹ SEELMANN, S. 5 f.

¹⁰² NOWARA, S. 43.

¹⁰³ WEBER, S. 398, 409.

¹⁰⁴ BFS (2014).

¹⁰⁵ BFS (2014).

Die sog. „Methodenfreiheit“¹⁰⁶ birgt nebst uneinheitlichen und intransparenten Erstellungsweisen weitere Risiken: Es stellt sich die Frage, ob einzelne Untersuchungsgespräche zwischen Begutachter und Straftäter sowie evtl. einige Tests wirklich geeignete Mittel sind, um Gefährlichkeit zu prognostizieren und damit Unfreiheit rechtfertigen zu können.¹⁰⁷ Sinnvoll erscheint dies insofern, als dass das begangene Delikt selber als klares Indiz für Gefährlichkeit betrachtet werden kann und detailliertere, vorgegebene Untersuchungen die Einschätzung nicht wesentlich anders machen würden.¹⁰⁸

Durch eine verübte Tat hat der Straftäter den gesellschaftlichen Frieden gestört. Ziel des Strafrechts und Zweck des ultima-ratio-Gedankens innerhalb des Strafrechts ist es, durch die Sanktion dem Täter zu ermöglichen, wieder als „Gleicher unter Gleichen“ zu leben.¹⁰⁹ Die Gefährlichkeit und damit bleibende Unfreiheit ausserhalb der Gesellschaft nur anhand des Delikts zu ermitteln, erscheint ungeeignet, die wahre Gefährlichkeit zu eruieren.¹¹⁰

Unter dem Gesichtspunkt der Geeignetheit ist weiter zu überlegen, ob Wegsperrungen aufgrund attestierter Gefährlichkeit ein taugliches Mittel ist, die Sicherheit der Bevölkerung zu gewährleisten. Geeignet wäre für das Ziel einer Gesellschaft ohne gefährliche Individuen nur ein komplettes „Screening“ der gesamten Bevölkerung, was an der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit allerdings scheitern würde.¹¹¹ Bei der Gefährlichkeitsbegutachtung, bezogen nur auf erwiesene Kriminelle, wird die ungleich höhere Anzahl zukünftiger Ersttäter nicht erfasst.¹¹² Die restriktive Praxis im Umgang mit attestierter Gefährlichkeit und die Tangierung der Grundrechte potenziell gefährlicher Straftäter ist geeignet, das Defizit in der Zuverlässigkeit von Prognosen und die damit verbundene Gefahr für die Gesellschaft geringer zu halten. Sie vermag es aber nicht, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit ausreichend zu begründen, was die Wahrung der Verhältnismässigkeit ausmachen würde.¹¹³

¹⁰⁶ BGE 128 I 81 E. 2 S. 85.

¹⁰⁷ NOWARA, S. 32, 52, 147; VOLBERT/DAHLE, S. 111.

¹⁰⁸ BARTON, Prognose, S. 27; NOWARA, S. 147; POLLÄHNE, Prognose, S. 236; WEBER, S. 398, 408 f.

¹⁰⁹ SEELMANN, S. 23.

¹¹⁰ POLLÄHNE, Prognose, S. 236.

¹¹¹ KUNZ, Prognose, S. 74.

¹¹² KUNZ, Prognose, S. 74.

¹¹³ POLLÄHNE, Prognose, S. 250 f.

Mit in die Freiheit Entlassenen, nicht rückfälligen ehemaligen Tätern haben die Gutachter nichts mehr zu tun, nur mit denen, die erneut Delikte begehen, was zu einer unverhältnismässigen Überschätzung der Rückfallgefahr führt.¹¹⁴

Es ist offenstehend, ob Gutachter all diese rechtsstaatlichen Überlegungen bei Aussprechung ihrer Empfehlung mitberücksichtigen oder nicht vielmehr „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ gesellschaftlichen Schutz gewähren wollen.¹¹⁵

¹¹⁴ NOWARA, S. 35 ff.

¹¹⁵ NOWARA, Prognose, S. 185; POLLÄHNE, Prognose, S. 222.

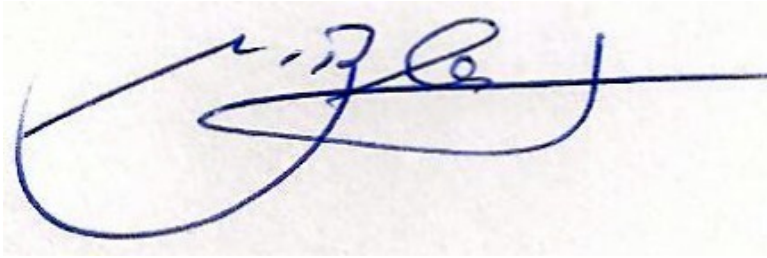
III. Fazit

Die hoheitliche Gefährlichkeitsbegutachtung mit bedeutendem Einfluss auf Exekutive wie Judikative muss im Einklang mit dem Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip erfolgen, denn Arbeitsteilung und Delegation staatlichen Handelns entbinden nicht von rechtsstaatlichen Prinzipien. In bedeutenden Schritten des Verfahrens besteht Ermessen aufgrund offen formulierter Gesetzestexte sowie bzgl. der Weichenstellung des Verfahrenszugs hin zur Massnahme. Die Ausgestaltung der Gutachten durch die in ihrer anerkannten Arbeit freien Begutachter sowie der Gerichtsentscheid basieren ebenso auf Ermessensfragen. Der grösste Unsicherheitsfaktor ist der Versuch, gefährliches Verhalten vorherzusehen - die Gefährlichkeitsprognose. Klar ist, dass die Zerteilung von Strafe und Massnahme nicht dazu führen darf, dass das Recht auf dem einen Weg verlassen wird. Der Status Quo zeigt, dass die Gewichte der rechtsstaatlichen Waage im Bereich des Massnahmenrechts zu Ungunsten des Täters ausfallen. Das Ermessen wird i.d.R. gegen die Freiheit des Angeklagten und für die Sicherheit der Gesellschaft ausgeübt. Die Fehlerquote von zu Unrecht hinter verschlossenen Türen verbleibenden Straftätern ist ebenso gering zu halten wie die unrechtmässige Entlassung hochgefährlicher Straftäter. Wird der Risikofaktor „Prognose“ hingenommen, sollten die rechtlichen Mittel dazu verwendet werden, einer vollständigen Beachtung von Legalität und Verhältnismässigkeit möglichst nahe zu kommen, was auch eine Annäherung von Medizin und Recht bedingt. Eine Möglichkeit wäre, Gutachter bei Freiheitsentzug immer beizuziehen und damit bereits die Weichenstellung interdisziplinär auszugestalten. Dabei würden fachübergreifende Aus- und Weiterbildung von Medizinerinnen und Juristen Schlupflöcher füllen, sich hinter der Kompetenz des anderen zu verstecken und gegenseitigen Dialog und Kontrolle ermöglichen. Bei längerem Freiheitsentzug sollten stets zwei unabhängige Gutachten erstellt werden, um Fehleinschätzungen zu vermeiden. Dabei könnten die strengen formalen Anforderungen des BGer an die Qualifikation von Gutachtern relativiert werden und überdurchschnittlicher Berufserfahrung im alltäglichen Umgang mit Straftätern oder juristischen Kenntnissen mehr Rechnung getragen werden. Die mögliche Fehlbarkeit der Prognose sollte offen als Kriterium in Entscheiden einfließen, auch im Hinblick auf die stets zu berücksichtigende Verhältnismässigkeit. Die Gesetzestexte wären zu präzisieren sowie zeitliche

Obergrenzen für Massnahmen zu schaffen, die nur in krassen Ausnahmefällen überschritten werden dürften. Dass dies möglich ist, zeigen die Sonderbestimmungen für jüngere Straftäter. Als Anreiz für Behörde und Insasse könnte dies manch einer Therapie zum Durchbruch verhelfen. Die Gutachten sollten klar und präzise sein, sowohl als Grundlage für die Therapie als auch für mögliche Anfechtungen. All dies wäre sehr teuer, doch auch die hohe Zahl zu lange Eingesperrter verursacht Kosten. Der Staat muss rechtlich zulässige Mittel ergreifen, die erforderlich, geeignet und zumutbar sind, um die Situation im Bereich des Straf- und Massnahmenrechts zu bessern. Ansonsten kann Gutachten keine Schlüsselbeweisqualität mehr zukommen, da einseitige und fehlerhafte Beweiswürdigung nicht dem vom Gesetzestext erforderten Nachweis klarer Rückfallgefahr entsprechen, was mit dem Legalitätsprinzip unvereinbar ist. Gesetzeskonformes und zumutbares staatliches Handeln stetig und mit Nachdruck verlangen zu können, ist eine der vielen Errungenschaften des demokratischen Rechtsstaates Schweiz. Den Anspruch sich legal und verhältnismässig zu verhalten darf der Staat umgekehrt gegenüber seinen einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft verlangen. Fehler passieren auf beiden Seiten. Eine absolute Sicherheit kann es genauso wenig geben wie ein Staat ohne Mängel in seinem Handeln. Die Delikts- und Fehlerquote müssen dabei möglichst gering bleiben, um nebst der Rechtsstaatlichkeit friedliche Stabilität für die Gesellschaft garantieren zu können. Das Straf- und Massnahmenrecht ist eine komplexe Herausforderung für Staat und Gesellschaft, da es um Lebensschicksale auf Seiten der Opfer wie der Täter sowie um interdisziplinäre Arbeitsvernetzung geht. Die Erwartung an den Staat darf in empfindlichen Bereichen hoch sein, da sich dort die wahre Rechtsstaatlichkeit zeigt. Die Meinung der Öffentlichkeit muss in einer Demokratie eine Rolle spielen, sollte aber nicht dazu führen, dass grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien keine Geltung mehr haben. Gleichgültigkeit oder Straflust dürfen von Juristen und Medizinern nicht übernommen werden. Die Elemente von Sicherheit und Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und Unfreiheit, Opfernerechtigkeit und Tätergerechtigkeit sollen dabei nicht auf die Goldwaage gelegt werden, sich unter Achtung der Legalität und Verhältnismässigkeit aber in etwa die Balance halten. Ziel sollte nicht eine exzessive Umkehr der Gewichte zugunsten der Täter sein, sondern deren Annäherung aneinander. Die Summe der Einzelfallgerechtigkeit ist es, was die Gerechtigkeit als Ganzes im Staat ausmacht. Nur die Ausgeglichenheit staatlichen Handelns vermag es, langfristig für eine Kultur der friedlichen Stabilität, Sicherheit und Rechtsstaatlichkeit zu sorgen, was im Interesse von Staat wie Gesellschaft, von Opfern wie Tätern wäre.

Erklärung über die selbständige Anfertigung der Arbeit

„Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende schriftliche Arbeit selbständig und nur unter Zuhilfenahme der in den Verzeichnissen oder in den Anmerkungen genannten Quellen angefertigt habe. Ich habe § 33 der BLawO gelesen und bin mir der Konsequenzen eines solchen Handelns bewusst. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden.“

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'N. Bleskie', written on a light-colored background.

Basel, den 21. April 2016, Nicolai Bleskie

Anhang**Verwendete Statistik:****Massnahmenvollzug: Entlassungsart und Aufenthaltsdauer****T 19.3.5.2.57**

	Insgesamt	Art der Entlassung			Aufenthaltsdauer (in Tagen)					
		Massnahme beendet	Bedingt entlassen	Andere	1-183	184-365	366-1096	>1096	Mittel	Median
1984	152	28	108	16	25	29	87	11	538	465
1985	190	36	130	24	30	26	120	14	609	532
1986	210	28	158	24	36	21	124	29	659	580
1987	195	33	152	10	29	29	104	33	696	582
1988	205	44	152	9	40	30	111	24	646	564
1989	176	35	128	13	29	34	80	33	655	450
1990	201	50	139	12	30	33	108	30	683	552
1991	207	47	145	15	42	28	100	37	689	558
1992	197	56	131	10	46	29	88	34	680	519
1993	202	38	152	12	40	39	89	34	654	488
1994	230	58	159	13	38	39	130	23	590	498
1995	241	54	161	26	45	40	142	14	579	509
1996	268	68	185	15	53	48	127	40	669	628
1997	211	85	103	23	69	26	93	23	547	478
1998	177	57	107	13	41	38	69	29	595	419
1999	167	52	104	11	37	20	82	28	707	567
2000	149	45	95	9	33	25	64	27	708	501
2001	151	49	92	10	29	21	70	31	710	547
2002	142	51	87	4	23	25	61	33	801	556
2003	111	50	50	11	18	14	51	28	857	750
2004	109	41	59	9	29	18	34	28	685	481
2005	106	50	50	6	22	18	39	27	754	566
2006	124	49	73	2	24	22	46	32	813	598
2007	105	42	57	6	24	14	40	27	832	627
2008	127	48	67	12	19	19	55	34	995	691
2009	132	65	60	7	29	20	43	40	966	641
2010	148	67	73	8	28	24	52	44	886	675
2011	124	54	57	13	25	14	38	47	1 069	773
2012	125	51	61	13	20	12	43	50	1 222	996
2013	121	48	57	16	15	14	42	50	1 248	921
2014	124	46	62	16	13	10	37	64	1 434	1 133

Stand der Datenbank: 20.07.2015

Bundesamt für Statistik, Strafvollzugsstatistiken

Auskunft: 058 463 62 40, crime@bfs.admin.ch

© BFS

http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/19/03/05/key/vollzug_von_sanktionen/strafvollzug.html (zuletzt aufgerufen am 11. April 2016)