

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

**Herausgeber:** Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

**Band:** 35 (2017)

**Artikel:** Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts? : Die Bedeutung der psychiatrischen Gutachten in der Strafjustiz aus der Perspektive eines Strafverteidigers

**Autor:** Bernard, Stephan

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1051487>

### **Nutzungsbedingungen**

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

### **Conditions d'utilisation**

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

### **Terms of use**

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

**Download PDF:** 08.02.2025

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

---

# Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts?

## Die Bedeutung der psychiatrischen Gutachten in der Strafjustiz aus der Perspektive eines Strafverteidigers<sup>1</sup>

BERNARD STEPHAN\*

### Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung .....	139
Résumé .....	140
I. Freiheitsentziehende Massnahmen .....	141
1. Anhaltende Hochkonjunktur .....	141
2. Zunehmende Kritik.....	142
II. Dreh- und Angelpunkt: Psychiatrische Begutachtung .....	143
1. Grundproblematik.....	144
2. Brennpunkte aus Sicht der Verteidigung.....	146
III. Diagnose und Prognose.....	152
1. Vom reaktiven Strafrecht zum Präventionsstrafrecht.....	152
2. Enklave des Ausnahmezustandes .....	156
Bibliografie.....	159

### Zusammenfassung

Die Anzahl von Menschen in stationären Massnahmen steigt nach wie vor. Das Massnahmenrecht sieht sich als präventiv orientiertes Strafrecht grundsätzlicher Kritik ausgesetzt. Daneben werden bei zahlreichen Rechtsfragen und Rechtspraxen im Massnahmenrecht gewichtige rechtsstaatliche Bedenken angemeldet. Gemeinsam ist all diesen Konstellationen, dass stets psychiatrische Gutachten eine Rolle spielen; sie sind daher der Dreh- und Angelpunkt des Massnahmenrechts. Es lohnt sich deshalb

---

<sup>1</sup> Für kritisches Mitdenken und substantielle Mitarbeit bei der schriftlichen Fassung danke ich Rafael Studer; der Titel des Beitrags lehnt sich an einen kürzlich erschienenen Aufsatz an: JOSET/ HUSMANN, *forum* 2016, S. 165 ff.

\* Lic. iur. Stephan Bernard LL.M., Rechtsanwalt Zürich

gerade für die Verteidigung diese unter die juristische und rechtstat-sächliche Lupe zu nehmen.

Die Durchführung psychiatrischer Expertisen ist im Gesetz nicht näher geregelt. Zahlreiche Rechtsfragen wie beispielsweise der Zeitpunkt ihrer Durchführung, die Parteiöffentlichkeit und Dokumentationspflicht von Explorationsgesprächen sowie die Würdigung der Gutachten werden in der Literatur kontrovers diskutiert; die offenen Fragen wurden zu einem beträchtlichen Teil bislang weder durch das Bundesgericht noch den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof abschliessend geklärt. Diese Rechtsunsicherheit und Unberechenbarkeit für die Betroffenen ist rechtsstaatlich bedenklich.

Innerhalb des formalen Rahmens des herkömmlichen materiellen und formellen Strafrechts hat sich im letzten Vierteljahrhundert im Massnahmenrecht und hier insbesondere auch durch die Praxis der psychiatrischen Begutachtung ein permanenter, sich ausdehnender rechtlicher Ausnahmezustand etabliert. Dieser Bereich bedarf der grundlegenden juristischen Überarbeitung, wenn wir uns weiterhin in der Strafrechts-tradition der Aufklärung bewegen wollen.

## **Résumé**

Le nombre de personnes exécutant une mesure thérapeutique institu-tionnelle continue à augmenter. Or, le droit des mesures comme droit pénal orienté sur la prévention se voit exposé à une critique fondamentale. De plus, tant à un niveau conceptuel que pratique, il existe de sérieux doutes quant à la conformité du droit des mesures aux principes de l'Etat de droit. A ce titre, le rôle joué par les expertises psychiatriques est central; ces dernières constituent le pivot du droit des mesures. Du point de vue d'un défenseur, il vaut dès lors la peine de les examiner de plus près.

La conduite des expertises psychiatriques n'est pas définie de manière précise dans la loi. De nombreuses questions sont controversées en doctrine, comme le moment de la réalisation de l'expertise, la parti-cipation des parties, l'obligation de documenter les entretiens ou encore l'interprétation des conclusions de l'expert; ni le Tribunal fédéral, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pour l'heure définitivement tranché ces questions. Or, ce manque de prévisibilité du droit est problématique du point de vue de l'Etat de droit.

Le droit des mesures, et notamment la pratique de l'expertise, s'est établi, durant le dernier quart de siècle, comme un état d'exception juridique permanent, qui, de plus, est en expansion. Ce domaine a besoin d'une refonte juridique fondamentale, si nous souhaitons rester dans la tradition du droit pénal des Lumières.

## I. Freiheitsentziehende Massnahmen

### 1. Anhaltende Hochkonjunktur

Das Massnahmenrecht hat Hochkonjunktur. Derzeit befinden sich in der Schweiz rund 800 Menschen in freiheitsentziehenden Massnahmen, Tendenz nach wie vor steigend.<sup>2</sup> Die Situation ist mittlerweile sogar so prekär, dass es an forensischen Klinikbetten mangelt. Betroffene treten ihre Massnahmen oftmals erst mit massiver Verspätung an und harren solange in Justizvollzugsanstalten oder Untersuchungsgefängnissen aus.<sup>3</sup> Die zunehmende Bedeutung des Massnahmenrechts fordert die betroffenen Fachkreise, zumal die Thematik Schnittstellen zwischen materiellem Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafvollzugsrecht aufweist und nur interdisziplinär zu verstehen ist. Seit einigen Jahren findet deshalb die Fachtagung *Forum Justiz und Psychiatrie* statt. Und auch im universitären Bereich findet das Thema mittlerweile Resonanz.<sup>4</sup> Beispiels-

---

<sup>2</sup> Obwohl im Jahr 2015 die Gesamtanzahl Personen im Massnahmenvollzug erstmals seit über einem Jahrzehnt nicht weiter anstieg, sondern um 7 Personen abnahm, ist die Tendenz ab 1992 ganz klar steigend. Von 363 Insassen im Jahr 1991 fand mehr als eine Verdoppelung statt auf 787 im Jahr 2015. Auffällig ist insbesondere der Anstieg der Personen, die aufgrund einer Behandlung von psychischen Störungen inhaftiert sind. Diese Zahl nahm seit 1991 um über 1500 % [sic] zu, von 26 auf 436 Personen, siehe die Statistik Massnahmenvollzug: Mittlerer Insassenbestand nach Art der Massnahme, Zeitraum 1984–2015, Bundesamt für Statistik, veröffentlicht am 29. August 2015, abrufbar unter: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/justizvollzug/unterbringung-vollzugaufenthalt.assetdetail.566924.html>>, alle Online-Quellen zuletzt eingesehen am 28. März 2017.

<sup>3</sup> Dazu KLECHA/KÖHLER/FREYTAG/KRAMMER, SZK 2/2016, S. 3 ff., insbesondere S. 10 ff.

<sup>4</sup> Lange Zeit wurde das Massnahmenrecht rechtswissenschaftlich stiefmütterlich behandelt. Nachdem vor allem Matthias Brunner und Marianne Heer Pionierarbeit geleistet hatten, wurden zunehmend – auch vom Schreibenden – Fachartikel publiziert. Mittlerweile sind zahlreiche Dissertationen und Masterarbeiten zum Massnahmenrecht erschienen und es sind laufend weitere im Entstehen. Hervorzuheben ist sodann

weise führt Prof. Jürg-Beat Ackermann an der Universität Luzern in Zusammenarbeit mit dem forensischen Psychiater Marc Graf die interdisziplinäre Vorlesung *Strafrecht – Psychiatrie – Psychologie* durch.<sup>5</sup>

## 2. Zunehmende Kritik

Während die Anzahl der Personen in stationären Massnahmen steigt, nimmt aber auch die Kritik zu. Neben grundlegenden Erwägungen wird auch die konkrete Ausgestaltung der freiheitsentziehenden Massnahmen kritisiert, zuletzt durch die Studien der Berner Professoren Jörg Künzli und Jonas Weber.<sup>6</sup> Die Haftbedingungen der Verwahrungen und stationären Massnahmen vermögen vor den menschenrechtlichen Vorgaben teilweise nicht stand zu halten und wecken grundlegende rechtsstaatliche Bedenken.<sup>7</sup> Doch auch an zahlreichen Rechtsinstituten und Rechtspraxen im Massnahmenrecht werden rechtsstaatliche Bedenken angemeldet. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- Die Problematik, stationäre Massnahmen ad infinitum verlängern zu können, wurde bereits vor Inkrafttreten des neuen AT StGB u.a. von Günter Stratenwerth aufgegriffen.<sup>8</sup>
- Sodann werfen die Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheidungen des Gerichts mehr juristische Frage auf, als in den wenigen Gesetzesartikeln geklärt werden.<sup>9</sup>
- Die sogenannt vollzugsrechtliche Sicherheitshaft wurde unlängst als Freiheitsentzug jenseits des Rechts taxiert.<sup>10</sup>

---

die Reihe der Tagungsbände des Forums Justiz und Psychiatrie, die 2016 gestartet wurde und mittlerweile im dritten Band erscheint.

<sup>5</sup> Vgl. <<https://vv.unilu.ch/details?code=HS131422>>.

<sup>6</sup> KÜNZLI/EUGSTER/SCHULTHEISS, Haftbedingungen in der Verwahrung; WEBER/SCHAUB/BUMANN/SACHER, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB.

<sup>7</sup> KÜNZLI/EUGSTER/SCHULTHEISS, Haftbedingungen in der Verwahrung, siehe insbesondere auch die konzise Zusammenfassung DIESELBEN, Zusammenfassung der Studie zu Haftbedingungen in der Verwahrung, S. 2 ff.; sodann WEBER/SCHAUB/BUMANN/SACHER, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB, S. 62 ff.

<sup>8</sup> STRATENWERTH, ZStrR 1999, S. 276 ff., vor allem S. 288 f.

<sup>9</sup> Vgl. HEER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO I, Art. 62d N 24; krit. zum Nachverfahren insg. JOSET, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 131 ff.

<sup>10</sup> JOSET/HUSMANN, forumpoenale 2016, S. 165 ff.

- Die «Flexibilisierung» des Sanktionen- und Massnahmenrechts im Allgemeinen und die Möglichkeit einer nachträglichen Verwahrung im Besonderen werden unter menschenrechtlichen und rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisiert.<sup>11</sup>
- Schliesslich sehen sich die Fachkommissionen sowohl als Rechtsinstitution als auch hinsichtlich ihrer gegenwärtigen Funktionsweise breiter rechtsstaatlicher Kritik ausgesetzt,<sup>12</sup> ihre Vereinbarkeit mit der EMRK steht in Frage.<sup>13</sup>

Es ist erklärungsbedürftig, dass nunmehr seit mehreren Jahren ein ständiger interdisziplinärer Diskurs stattfindet und die grundlegendsten Schnittstellenthemen sowie zentrale rechtswissenschaftliche Kontroversen nicht weniger werden. An sich müsste angenommen werden, dass in einem Rechtsstaat die juristischen Rahmenbedingungen solide vermessen seien, da es um massive Freiheitseinschränkungen geht. Doch das Gegenteil scheint der Fall zu sein: Je intensiver sich die Fachkreise mit der Thematik auseinandersetzen, desto mehr anspruchsvolle Rechtsprobleme tauchen auf, die allesamt einer Monographie würdig wären. Dabei gibt es hier zahlreiche zentrale Rechtsfragen, die überdies, will man sie nicht in einem effizienzorientierten Pragmatismus übers Knie brechen, rechtswissenschaftliche Knacknüsse bieten.

## **II. Dreh- und Angelpunkt: Psychiatrische Begutachtung<sup>14</sup>**

Gemeinsam ist den freiheitsentziehenden Massnahmen, dass ein – oder sogar mehrere – psychiatrische Gutachten in den Akten liegen und den Fallverlauf ganz entscheidend prägen. Psychiatrische Expertisen können

---

<sup>11</sup> Vgl. HEER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StGB I, Art. 65 N 14 ff. sowie LEHNER, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, S. 321 ff.

<sup>12</sup> BRUNNER, in: Niggli/Weissenberger (Hrsg.), Strafverteidigung, S. 280 f.; PFRUNDER, SJZ 1998, S. 435 ff.; MAZZUCHELLI, plädoyer 2/03, S. 36 ff.

<sup>13</sup> Siehe dazu BERNARD/STUDER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Erkenntnisse von Fachkommissionen – Chance einer umfassenden Überprüfung oder Instrument der Repression? Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts – Gerechtfertigte Strenge oder zu hohe Anforderungen?, S. 10 ff. mit Verweisen.

<sup>14</sup> Dieser Abschnitt basiert weitgehend auf früheren Publikationen von mir, die ich teilweise allein, teilweise in Co-Autorenschaft verfasst habe. Die Literatur findet sich in der Bibliographie. Es wird in der Folge zwecks Vermeidung eines Eigenplagiats und um schwerfällige Fussnoten zu vermeiden, oftmals auf diese Veröffentlichungen verwiesen, welche wiederum zahlreiche weiterführende Verweise enthalten.

Fallverlauf ganz entscheidend prägen. Psychiatrische Expertisen können daher als Dreh- und Angelpunkt des Massnahmenrechts bezeichnet werden. Ihre Bedeutung im derzeitigen Straf-, Strafprozess- und Strafvollzugsrecht kann kaum überschätzt werden;<sup>15</sup> sie juristisch wie auch rechtstatsächlich unter die Lupe zu nehmen lohnt sich daher gerade für die Verteidigung.

## 1. Grundproblematik

### a) *Démission de juge*

Von den gutachterlichen Empfehlungen wird nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ohne Not abgewichen.<sup>16</sup> Es findet daher weitgehend eine Verantwortungsdelegation von der Justiz an die Psychiatrie statt. Matthias Brunner prägte daher bereits vor über zehn Jahren den Term *Richter in Weiss*, während er vor dieser *démission de juge* warnte.<sup>17</sup> Obwohl formal das Gericht Entscheidungsträger bleibt, fällt oft der Sachverständige inhaltlich die Entscheidung. Damit hängen in Strafverfahren die Schuldfrage und die Rechtsfolge sowie im Strafvollzug die Frage der Entlassung oder Verlängerung – besonders in Grenzfällen – von der psychiatrischen Auffassung meist lediglich eines Sachverständigen ab. Sie sind damit oft nicht mehr das Ergebnis der sorgfältigen Abwägung einer Mehrzahl von demokratisch legitimierten Richtern, sondern ein Experte hat auf den Entscheid in wesentlichen Punkten ein geradezu determinierendes Gewicht; auch der garantierte Rechtsmittelzug wird dadurch im Ergebnis unterlaufen.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> MATTHIAS BRUNNER hat dies als erster erkannt und publizistisch aufgenommen, siehe bspw. BRUNNER, in: Niggli/Weissenberger (Hrsg.), *Strafverteidigung*, S. 223 ff.; BRUNNER, in: Heer/Schöbi (Hrsg.), *Gericht und Expertise*, S. 186.

<sup>16</sup> Siehe stellvertretend BGer 6B\_829/2013 vom 6. Mai 2014, E. 4.1, siehe mit weiteren Verweisen BERNARD/STUDER, *ZStrR* 2015, S. 77 f.

<sup>17</sup> BRUNNER, in: Heer/Schöbi (Hrsg.), *Gericht und Expertise*, S. 186.

<sup>18</sup> Mit Verweisen BERNARD/STUDER, *ZStrR* 2015, S. 77 f.

**b) Wertungsabhängigkeit**

Die vorgenannte Praxis geht letztlich von der Annahme aus, dass Gutachten objektiv wahr und richtig sind.<sup>19</sup> Aufgrund der stark normativen Färbung und grossen Fehleranfälligkeit solcher Expertisen wären ein kritischerer Umgang und eine strenge Überprüfung der Plausibilität der gutachterlichen Schlussfolgerungen angezeigt.<sup>20</sup> Es hängt stark von der wissenschaftlichen und politischen Provenienz sowie der Persönlichkeit des psychiatrischen Sachverständigen ab, zu welchem Resultat seine Expertise kommt.<sup>21</sup> Zudem belegten Studien wiederholt, dass Prognosen in psychiatrischen Gutachten mit grösster Vorsicht zu geniessen sind. Es gibt zweifellos *false negatives*, die bei den faktisch sehr wenigen, aber tragischen Rückfallfällen dann für massive Schlagzeilen und grossen politischen Wirbel sorgen. Mit Sicherheit gibt es aber noch weit mehr *false positives*, die von der Öffentlichkeit unbeachtet und ohne jede Lobby hinter Gittern alt werden.<sup>22</sup> Die Meinung eines Experten dürfte in der Strafjustiz nicht mehr so sakrosankt sein, wie es heute der Fall ist; solche normativen Expertisen müssten lediglich, wie andere Beweise auch, als Hilfsmittel einer unvoreingenommenen richterlichen Entscheidungsfindung angesehen werden.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Donatsch, in: Donatsch/Fingerhuth/Lieber/Rehberg/Walder-Richli (Hrsg.), FS Kassationsgericht ZH, S. 365; mit Verweisen Bernard, Jusletter 13. Februar 2012, Rz. 16 ff.

<sup>20</sup> HEER, in: Heer/Heimgartner/Niggli/Thommen (Hrsg.), FS Wiprächtiger, S. 183.

<sup>21</sup> HEER, in: Riedo/Fiolka/Gfeller (Hrsg.), FS Niggli, S. 104 ff.

<sup>22</sup> Interessant sind dazu zwei Studien. In der sog. Bochumer-Studie wurden 89 Fälle untersucht, in denen die Vollzugsbehörden den Gerichten aufgrund negativer Legalprognosen eine nachträgliche Verwahrung beantragt hatten, damit aber nicht durchdrangen. In der (kurzen) Beobachtungsperiode von maximal vier Jahren wurden 4 Personen (5%) erneut wegen eines Sexual- oder Gewaltdelikts verurteilt. In der sog. Baxstrom-Studie wurde untersucht, wie viele Personen rückfällig wurden, die im Jahre 1966 aus formellen Gründen aus einer Sicherheitsanstalt für gefährliche Geistesranke entlassen werden mussten: 7 der 920 Entlassenen (= 2,6%) begingen in den nachfolgenden viereinhalb Jahren erneut eine schwere Gewalttat, vgl. KINZIG, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, S. 87.

<sup>23</sup> Vgl. HEER, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StGB I, Art. 56 N 75 f.; mit zahlreichen Verweisen BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, Rz. 16 ff.

### c) *Legiferierungslücken*

Die Delegation der Entscheidungsgewalt an die Gutachter ist auch deshalb rechtsstaatlich bedenklich, weil die Kompetenzen und Aufgaben dieser Experten gesetzlich nicht ausreichend klar geregelt und begrenzt sind. Das *psychiatrische Gutachten im Strafverfahren* ist derzeit strafprozessual unter dem Globaltitel des *Sachverständigen* geregelt.<sup>24</sup> Spezialnormen für diese spezifische und mit Blick auf die Urteilsfindung entscheidende Begutachtung existieren nicht, im Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts fehlt es sogar ganz an expliziten Normen.<sup>25</sup> Die gesetzliche Lösung ist demnach sehr knapp und rudimentär gehalten und Zentrales wird dem Wildwuchs der Praxis überlassen. Eine gesetzliche Klärung dieser Fragen täte Not, handelt es sich bei der Organisation und den Zuständigkeiten der faktischen Entscheidungsträger in Strafverfahren doch um eine der ganz zentralen prozessualen Machtfragen und ferner um eine solche genuin rechtspolitischer Natur; dies bedarf im Rechtsstaat einer Regelung in einem formellen Gesetz.<sup>26</sup> Denn: «Ungesetzlich (= ohne Gesetz) verfährt ein Staat, wenn seine Organe sich an das geltende Recht nicht halten, aber auch dann, wenn er wichtige gesellschaftliche Verhältnisse ohne rechtliche Regelung lässt und den an diesen Verhältnissen Beteiligten den rechtlichen Schutz versagt, obschon die Rechtssicherheit ihn einfordert.»<sup>27</sup>

## 2. Brennpunkte aus Sicht der Verteidigung

In diesem nicht zu unterschätzenden und schwer zu bändigenden Einfluss auf das Gericht liegt zusammen mit der Wertungsabhängigkeit der Gutachten die Grundproblematik. Es ist daher elementar, auf welcher Grundlage eine Expertise von wem, wie und wann durchgeführt wird. Aus diesen vier Fragen leiten sich die Brennpunkte ab, die besondere Aufmerksamkeit der Verteidigung erheischen sollten und im Folgenden dargestellt werden.

---

<sup>24</sup> Art. 182 ff. StPO.

<sup>25</sup> Art. 363–365 StPO.

<sup>26</sup> Dazu bereits detailliert mit Verweisen und Forderungen de lege ferenda BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 78 f. und 96 f.

<sup>27</sup> KLENNER, Kritik am Recht, S. 53.

a) *Auftragserteilung*

In Strafverfahren wird das Gutachten meist im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft und im Vollzugsstadium, mit Blick auf eine allfällige Entlassung oder einen Antrag auf Verlängerung einer Massnahme, durch die Strafvollzugsbehörden in Auftrag gegeben.<sup>28</sup>

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hebt in seiner Rechtsprechung hervor, dass es mit Blick auf Art. 6 EMRK, dem Grundsatz des *fair trial*, einen Unterschied hinsichtlich der Unparteilichkeit der Auftragsvergabe darstelle, ob die Staatsanwaltschaft oder das Gericht eine Expertise in Auftrag gäbe.<sup>29</sup> Die Begutachtung im Vorverfahren steht zudem – gerade bei nicht geständigen Beschuldigten – in einem latenten Konflikt mit der Unschuldsvermutung.<sup>30</sup> Dem Gutachter wird der maximal zur Untersuchung stehende Deliktsverdacht unterbreitet. Darauf fusst seine Expertise, die wiederum von Staatsanwaltschaft und Gericht gelesen wird. Es droht ein Belastungs-Zirkelschluss.<sup>31</sup> Zudem kann ein belastendes Gutachten rechtstatsächlich auf zweierlei Weise Einfluss auf die Beweiswürdigung nehmen. Eine erste Gefahr lässt sich mit dem Ausspruch «zuzutrauen wäre es ihm» auf den Punkt bringen.<sup>32</sup> Zudem kann, wenn eine Massnahme dringend empfohlen wird, das zuständige Gericht durchaus in ein Moraldilemma geraten, wenn juristisch ein Freispruch indiziert wäre. Sodann liegt es nahe, dass das gewünschte Resultat einen Einfluss auf die Beweiswürdigung zeitigen kann.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> HEER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO I, Art. 184 N. 1; sowie zum Vollzugsverfahren JOSET, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 137.

<sup>29</sup> Urteil des EGMR vom 4. April 2013, C. B. gg. Österreich, § 42; dazu mit Verweisen BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 80 ff.

<sup>30</sup> Siehe dazu im Detail mit zahlreichen Verweisen BERNARD/STUDER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 1 ff. sowie bereits BERNARD, forumpoenale 2013, S. 112 ff.

<sup>31</sup> BERNARD/STUDER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 9 f.

<sup>32</sup> TRECHSEL, ZStrR 1974, S. 287, wobei Stefan Trechsel dieses Zitat noch nicht in erster Linie auf psychiatrische Gutachten bezogen hat; so aber dann HAURI/VENETZ, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO I, Art. 342 N. 3, vgl. detaillierend BERNARD/STUDER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 12 f.

<sup>33</sup> Zu diesen Fallstricken der Unschuldsvermutung detailliert und mit Verweisen BERNARD/STUDER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 9 ff.

Wenn der Sachverständige künftig nicht mehr direkt vom verfahrensleitenden Staatsanwalt eingesetzt würde, wäre dies der gutachterlichen Unabhängigkeit und somit der Waffengleichheit sowie der Unschuldsvermutung zuträglich; es würde den Anschein der Nähe zur Staatsanwaltschaft vermeiden helfen und die klare Abgrenzung der Gutachter- von der Untersuchungsrichterrolle sowie die richterliche Unabhängigkeit unterstützen.<sup>34</sup> Ein Schuld- bzw. Tatinterlokut mit einer Auftragsvergabe durch das Sachgericht erst nach Würdigung und Feststellung des Sachverhalts drängt sich auf.<sup>35</sup>

### **b)        *Transparenz***

Die Übertragung von Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft an den psychiatrischen Experten wird seit längerem kritisch beurteilt.<sup>36</sup> Matthias Brunner sprach daher bereits vor über zehn Jahren auch von einem *Staatsanwalt in Weiss*.<sup>37</sup> Gerade bei nicht geständigen Beschuldigten wirft dies zahlreiche Rechtsprobleme auf. So etwa, wenn er in Explorationsgesprächen mit dem Psychiater Tatsachen einräumt, die er in der Untersuchung bestreitet oder diese schon nur anders gewichtet.<sup>38</sup> Auch sog. Fremdanamnesen durch den Psychiater stellen einen prozessualen

---

<sup>34</sup> BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 88 f. und 97.

<sup>35</sup> Vgl. OBERHOLZER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 55; und detailliert mit Verweisen BERNARD/STUDER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 17 ff. und insb. 27 f.

<sup>36</sup> Daran mag auch die terminologische Verschleierung nichts zu ändern, dass mit der Begutachtung keine Beweise erhoben würden, sondern erst die Erstattung des Gutachtens eine Beweiserhebung sei, vgl. noch WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), StPO-Kommentar, Art. 147 N 1; siehe mittlerweile aber a. A. DERS., in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 84 f.; vgl. HEER, in: Heer/Heimgartner/Niggli/Thommen (Hrsg.), FS Wiprächtiger, S. 179 und 202; vgl. OBERHOLZER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52 f.

<sup>37</sup> BRUNNER, in: Heer/Schöbi (Hrsg.), Gericht und Expertise, S. 186.

<sup>38</sup> Weiterführend aus psychiatrie-ethischer Sicht HOFF, Was darf die Psychiatrie?, S. 161 ff.; sowie aus praktischer Sicht FOERSTER/WINCKLER, in: Foerster/Dressing (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, S. 32, die empfehlen, dass Experten Beschuldigte in einer solchen Situation nochmals auf ihr Schweigerecht aufmerksam machen und an ihre Verteidiger verweisen sollten.

Brennpunkt dar, da dadurch für die Sachverhaltserstellung relevante Tatsachen ins Gutachten und in den Prozess einfließen.<sup>39</sup>

Doch neben der grundsätzlichen Problematik der Sachverhaltsfeststellung durch den Gutachter ist bedenklich, in welchem Rahmen diese geschieht. Die Entstehung der Tatsachengrundlage der Expertise ist kaum nachvollziehbar und nicht transparent. Sachverständige sind nach der aktuellen Praxis bei ihren Untersuchungen nicht verpflichtet, ein sonst in Strafverfahren übliches Protokoll zu führen. Gespräche zwischen Experte und Explorand oder Drittpersonen werden weder auf Video noch auf Tonband aufgenommen. Der Verteidigung ist es zudem verwehrt, an diesen Sitzungen dabei zu sein und ihrer Kernaufgabe der Kontrolle nachzukommen.<sup>40</sup> Diese intransparente Praxis sieht sich im Schrifttum zunehmender Kritik ausgesetzt.<sup>41</sup> Es mehren sich die Stimmen, die ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers zumindest bei beweisbildenden Erhebungen oder der Erhebung von sogenannten Zusatztatsachen fordern.<sup>42</sup> Es wird überdies ganz grundsätzlich moniert, dass sich nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung die direkte Kommunikation der Verteidigung mit dem Experten auf den Fall beschränkt, dass dieser das Gutachten vor Gericht vertritt.<sup>43</sup>

### *c) Überprüfbarkeit*

Ist ein Gutachten erstellt, lässt es sich durch die Verteidigung und das Gericht nur mit enormem Aufwand kontrollieren, weil es nicht in deren Fachbereich fällt. Die Verteidigung wie auch die Gerichte sind daher

---

<sup>39</sup> Vgl. dazu WOHLERS, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 77 ff. und insb. 85 f.

<sup>40</sup> Zum Ganzen HEER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO I, Art. 185 N 34 ff.

<sup>41</sup> Vgl. OBERHOLZER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52 f.; zur Protokollierung HEER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO I, Art. 185 N 30 f. und 35; sodann am ausführlichsten begründet SANER, ZStrR 2014, S. 121 ff.; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 1/2011, S. 9 ff. und schliesslich die zahlreichen Verweise in BERNARD/STUDER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 13 f. und dort insb. in Fn. 58.

<sup>42</sup> Zahlreiche Verweise bei BERNARD/STUDER, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 13 f. und dort insb. in Fn. 58.

<sup>43</sup> ISENRING/MÜLLER, AJP 2016, S. 1334 ff.

angehalten, sich so weiterzubilden, dass sie diese Expertisen verstehen und formal kontrollieren können bzw. zumindest merken, wann sie an fachliche Grenzen stossen.<sup>44</sup> Sodann bedarf die Verteidigung oft der *second opinion* eines Privatgutachters, ansonsten die Qualität einer Expertise nur erschwert eingeschätzt werden kann.<sup>45</sup> Hier ist es zum einen schwierig, überhaupt eine qualifizierte Fachperson zu finden. Andererseits entsteht für die Verteidigung oder den Mandanten ein erhebliches Kostenrisiko, da trotz eines entsprechenden Entscheides des Bundesstrafgerichts weiterhin unklar bleibt, ob der Staat in allen Konstellationen diese Kosten als Spesen ersetzt.<sup>46</sup> Selbst wenn jedoch am Ende eine dem offiziellen Gutachten widersprechende Expertise bei den Akten liegt, wird diese von der Rechtsprechung meist als blosser Parteibehauptung eingestuft.<sup>47</sup> Auch der Antrag einer beschuldigten oder verurteilten Person auf Zweitbegutachtung wird in aller Regel abgewiesen, obwohl es auch für Gerichte nicht ganz einfach sein dürfte, die inhaltliche Plausibilität der psychiatrischen Expertisen einzuschätzen.<sup>48</sup> Es bleibt damit in der grössten Anzahl der Fälle bei bloss einer gutachterlichen Meinung.<sup>49</sup> Auch diese Praxis ist unzulänglich. Auf Antrag der beschuldigten Person bzw. ihrer Verteidigung müsste im Regel-, und nicht im Ausnahmefall, eine amtliche Zweitbegutachtung durch einen anderen Sachverständigen durchgeführt werden, ansonsten dem *einen* Experten eine zu grosse Machtfülle zukommt.<sup>50</sup> Und auch im Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts bleibt es in der Regel bei *einer* Neubegutachtung. Eine erhöhte gutachterliche Unabhängigkeit wäre gewährleistet, wenn die Gutachter die bisherigen Expertisen nicht kennen

---

<sup>44</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, N 533; weshalb für weitere Kreise eine Weiterbildung wie bsp. im Rahmen des Forums Justiz & Psychiatrie geboten erscheint.

<sup>45</sup> RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, N 533; BERNARD, plädoyer 2/2013, S. 72 ff.

<sup>46</sup> Zum Ganzen BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 94 ff.; BERNARD, plädoyer 2/2013, S. 72 ff.; neu auch ISENRING/MÜLLER, AJP 2016, S. 1339.

<sup>47</sup> Vgl. WOHLERS, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 87 ff.; mit Nachweis der Praxis auch bei HEER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO I, Art. 189 N 6, dort in Fn. 14.

<sup>48</sup> Zur Doppelbegutachtung mit Verweisen BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 94 f.

<sup>49</sup> WIPRÄCHTIGER, in: Capus/Bacher (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 319 f.

<sup>50</sup> Mit Verweisen BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 94 f.

würden.<sup>51</sup> Sehr oft wird man gerade bei Verfahren bei selbständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts, bei welchen sich bereits zahlreiche Expertisen aus früheren Verfahrensstadien in den Akten befinden, den Eindruck nicht los, dass psychiatrische Sachverständige stark von vorgängigen Gutachten bzw. von Therapieberichten beeinflusst sind.<sup>52</sup>

#### **d) *Situation im Vollzugstadium***

Im Vollzugsstadium, im Kontext einer allfälligen Massnahmenverlängerung bzw. -aufhebung, präsentiert sich das Problem nicht in derselben Schärfe, weil hier der Sachverhalt rechtskräftig feststeht und im Zentrum einzig die Frage nach der indizierten Massnahme steht. Heikel ist hier indessen, dass wesentliche Tatsachen in einem verwaltungsrechtlichen Kontext generiert werden, in welchem dem Betroffenen nicht die vollen strafprozessualen Rechte zuteil werden. Zudem sind die Personen oft faktisch zur Mitwirkung gezwungen, wenn sie überhaupt eine Entlassungschance wahren wollen.<sup>53</sup> Auch hier macht es mit Blick auf Art. 6 EMRK und die gutachterliche Unabhängigkeit einen Unterschied, ob die Vollzugsbehörde oder das Gericht die Expertise in Auftrag gibt: Es wäre vorzuziehen, dass künftig die Vollzugsbehörde den Fall rechtzeitig mit einem Antrag dem Gericht überweist, welches hernach eine Expertise in Auftrag gibt. Denn so würde das Gutachten zumindest von einer Behörde in Auftrag gegeben, die nicht in die Massnahmenumsetzung involviert ist, was bei der Auftragsvergabe einen gewissen Blick von aussen gewährleisten würde.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Vgl. die Verweise bei HEER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO I, Art. 184 N 32.

<sup>52</sup> Weiterführend zu den Entscheidungsdogmen im Nachverfahren vgl. JOSET, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 131 ff.

<sup>53</sup> JOSET, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 141 und dort auch in Fn. 36; dazu auch BERNARD, WOZ, S. 3 f.

<sup>54</sup> Soweit mir ersichtlich, wurden diese Fragen des Nachverfahrens bislang noch nicht breit diskutiert. Ein erster Beitrag dazu aber immerhin bei JOSET, in: Heer/Habermeyer/Bernard (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 131 ff. An der Tagung des *Forum Justiz und Psychiatrie* habe ich im September 2017 einen Vortrag gehalten, der sich mit dieser Thematik befasst und im kommenden Tagungsband 2018 publiziert wird.

### III. Diagnose und Prognose

Zusammenfassend liegt bei der derzeitigen Praxis der psychiatrischen Begutachtung rechtsstaatlich vieles im Argen. Selbst wenn man nicht all diesen Kritikpunkten folgt, so weckt allein rechtsstaatliche Bedenken, in welcher stattlichen Anzahl Autorinnen und Autoren sie vorbringen; denn zumindest um eine klare Rechtslage und damit um die Rechtssicherheit kann es definitiv nicht zum Besten bestellt sein.

#### 1. Vom reaktiven Strafrecht zum Präventionsstrafrecht

Diese Praxisprobleme sind – so meine These – nur die Symptome einer grösseren Malaise, an welcher das Strafrecht krankt: dem schleichenden Paradigmenwechsel vom Schuldstrafrecht zum Präventionsstrafrecht.

Die Strafrechtstheorie der Aufklärung forderte in ihrem Kern ein berechenbares, rational konturiertes Strafrecht zur Begrenzung der staatlichen Willkür. Es sollte hinsichtlich der Sanktion verhältnismässig und schuldangemessen auf eine vergangene, bewiesene Tat reagieren.<sup>55</sup> In den letzten rund 200 Jahren blieb dies einer der zentralen Massstäbe für die rechtskulturelle Qualität einer liberalen Strafrechtspraxis. Im Anschluss an Thomas Vormbaum ist in der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert grundsätzlich der Beginn unserer (Straf-)Rechtsepoche anzusiedeln.<sup>56</sup>

Zwar ist dem schweizerischen Strafrecht, in der Anlage zumindest seit Inkrafttreten des StGB, die Eigentümlichkeit inhärent, ein grundsätzlich reaktives Schuldstrafrecht zu sein und trotzdem den Zweck der Strafe weniger im Schuldausgleich sondern vielmehr in der Deliktsprävention zu verorten.<sup>57</sup> Dennoch blieb der Bezugspunkt die Schuld. Im Kontext der freiheitentziehenden Massnahmen nistete sich indessen im letzten Vierteljahrhundert in der Schweiz innerhalb des formalen Rahmens des herkömmlichen strafrechtlichen, strafprozessrechtlichen und strafvollzugsrechtlichen Systems eine Art permanenter Ausnahmezustand von der bisherigen Rechtstradition ein. Der Präventionsgedanke erhielt einen bisher

---

<sup>55</sup> VORMBAUM, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin 2011, S. 25 ff.; PIETH, Strafrechtsgeschichte, S. 47 ff.; RÜPING/JEROUSCHEK, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, S. 65 ff.

<sup>56</sup> VORMBAUM, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 19.

<sup>57</sup> CONINX, recht 2016, S. 179.

in dem Ausmass nicht ansatzweise bekannten Stellenwert und eine völlig neue Dimension der Eingriffstiefe. Obwohl die Strafrechtstradition der Aufklärung nach wie vor eine offizielle Leitlinie der entsprechenden materiellen und formellen Strafgesetze und auch Strafvollzugsgesetze ist, findet ein Paradigmenwechsel von «der rechtsstaatlichen Grammatik der Freiheit zur ausnahmerechtlichen Logik der Sicherheit»<sup>58</sup> statt.

Anna Coninx machte unlängst zu Recht darauf aufmerksam, dass es an einer vertieften Diskussion zu Rechtfertigung und Grenzen von strafrechtlichen Massnahmen fehle.<sup>59</sup> Sie hält fest, dass eine potenziell lebenslängliche Inhaftierung klarerweise einen sehr schweren Eingriff in die Grundrechte darstelle, weshalb der Insasse im stationären Massnahmenvollzug mindestens so gut geschützt werden sollte, wie der Strafgefangene, dessen Strafe in aller Regel zeitlich beschränkt sei und oft nur bedingt ausgesprochen werde.<sup>60</sup> Rechtlich rational vermessen ist bei freiheitsentziehenden Massnahmen sehr wenig; das staatliche Vorgehen ist für die Betroffenen höchst unberechenbar und schwer vorhersehbar.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> FRANKENBERG, Staatstechnik, S. 243.

<sup>59</sup> CONINX, recht 2016, S. 157; das präventiv orientierte Massnahmenrecht sieht sich überdies bereits seit einiger Zeit rechtsphilosophischer Grundsatzkritik ausgesetzt. NIGGLI/MAEDER, in: Brägger/Steiner/Vuille (Hrsg.), Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?, S. 4 ff.; NIGGLI, plädoyer 2/2014, S. 28 ff.; DERSELBE, in: Forum Strafverteidigung et al. (Hrsg.), Strafverteidigung und Sicherheitswahn, S. 13 ff.; In der Schweiz vertritt sodann der Berner Emeritus Karl-Ludwig Kunz eine vergleichbar kritische Position, bsp. KUNZ, SZK 2/2015, S. 18; und PIETH, AJP 2012, S. 626 ff.; siehe schliesslich ALBRECHT, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz (Hrsg.), FS Riklin, S. 3 ff., der die Strafähnlichkeit der Massnahmen bereits vor dem grundlegenden Entscheid EGMR vom 17. Dezember 2009 (resp. 10. Mai 2010), M. gegen Deutschland, Nr. 19359/04, konzis herausarbeitete und für eine materielle Begrenzung der freiheitsentziehenden Massnahmen eintrat.

<sup>60</sup> CONINX, recht 2016, S. 179; siehe auch die Studien KÜNZLI/EUGSTER/SCHULTHEISS, Haftbedingungen in der Verwahrung, siehe insbesondere auch die konzise Zusammenfassung in DIESELBEN, Zusammenfassung der Studie zu Haftbedingungen in der Verwahrung, S. 2 ff.; WEBER/SCHAUB/BUMANN/SACHER, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB.

<sup>61</sup> Zahlreiche Betroffene erleben in stationären Massnahmen gerade wegen der fehlenden Vorausssehbarkeit eine starke Ohnmacht und fühlen sich dadurch ausgeliefert, gekränkt und gedemütigt. REINHARD HALLER legt überzeugend dar, dass die Ursache zahlreicher Verbrechen in Kränkungen liegt (Die Macht der Kränkung, S. 177 ff.). Nimmt der Strafvollzug den Resozialisierungs- und Präventionsgedanke tatsächlich ernst, tut er deshalb gut daran, bei Strafen und Massnahmen Kränkungen und Ohnmachtsgefühle so weit als möglich zu vermeiden. Auch das spricht dafür, den Massnahmenverlauf berechenbarer als bis anhin zu gestalten.

Obwohl in den einleitenden Bestimmungen der StPO und des StGB sowie zu Beginn der strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Lehrbücher nach wie vor jene aufklärerischen Strafrechtsprinzipien prominent proklamiert werden, gelten diese Grundsätze, etwas salopp ausgedrückt, gerade dort, wo es um die Wurst ginge, nicht mehr. Ob dieser derzeitige Abschied vom Prinzipiellen<sup>62</sup> das Ende der konsistenten grossen liberalen Strafrechterzählung<sup>63</sup> der Aufklärung ist, wird sich weisen. Derzeit jedenfalls drängt sich der Eindruck auf, dass die grossen Strafrechtsprinzipien zwar noch auf der Strafrechtsbühne stehen, in ihrer Bedeutung aber zunehmend verblassen und aus der Protagonisten- zunehmend in eine Neben- oder sogar Statistenrolle abgedrängt werden.

Selbst wenn man mit Walter Benjamin die Meinung vertreten würde, es sei die Tradition der Unterdrückten, die uns belehre, diesen «Ausnahmezustand» nicht als Ausnahme, sondern als Regel zu verstehen,<sup>64</sup> so ist dessen offenkundige, weitreichende Einführung doch ein erstaunliches Novum. Die in der juristischen Literatur vielfach angeführte Erklärung, der Mord an der Pfadiführerin 1993 auf dem Zollikerberg habe das hiesige kriminalpolitische Klima entscheidend geprägt und zu einer eigentlichen Trendwende geführt,<sup>65</sup> greift m.E. in einer sozialwissenschaftlichen oder sozialhistorischen Betrachtungsweise zu kurz. Einem solchen Einzelereignis kommt keine derart grosse, isolierte Bedeutung zu, sondern es beschleunigt allenfalls einen bereits weit vorher einsetzenden internationalen Paradigmenwechsel hin zur Sicherheitsgesellschaft und einem normierenden, disziplinierenden statt klassisch stra-

---

<sup>62</sup> In sprachlicher Anlehnung an MARQUARD, Abschied vom Prinzipiellen, S. 4 ff.

<sup>63</sup> Durchaus angelehnt an LYOTARD JEAN-FRANÇOIS, siehe beispielsweise «Das postmoderne Wissen». Es erscheint mir jedenfalls nicht als zufällig, dass eine solche Preisgabe von strafrechtlichen Prinzipien ab den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts stattgefunden hat, mithin einer Zeit, in welcher in Sozial- und Geisteswissenschaften so häufig wie wohl kaum je zuvor das Ende der Moderne diagnostiziert wurde.

<sup>64</sup> BENJAMIN, Geschichtsphilosophische Thesen, in: Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, S. 84; dazu auch KRAUTH, Kritik des Rechts, S. 42. Weiterführend dazu AGAMBEN, Homo sacer und DERS., Ausnahmezustand, welcher im Ausnahmezustand das herrschende Paradigma des Regierens sieht; einführend zu seinem Werk: LOICK, Der Nomos der Moderne.

<sup>65</sup> Statt vieler MANHART, in: Niggli/Jendly (Hrsg.), Strafsystem und Öffentlichkeit, S. 193 ff.; STRATENWERTH, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), FS Trechsel, S. 887 ff.; AEBERSOLD, in: Bauhofer/Bolle/Dittmann (Hrsg.), Gemeingefährliche Straftäter, S. 171 ff.

fenden Strafrecht.<sup>66</sup> Niemand anders als Michel Foucault hat bereits in 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts sicher zugespitzt, aber durchaus hell-sichtig festgehalten, in europäischen Staaten «gibt es praktisch keinen Straftäter mehr oder wird es bald keinen Menschen mehr geben, der nicht bei einem Strafverfahren durch die Hände von Spezialisten aus dem Bereich der Medizin, Psychiatrie oder Psychologie ginge. Das ist so, weil wir in einer Gesellschaft leben, in der das Verbrechen nicht mehr nur oder vor allem eine Gesetzesübertretung darstellt, sondern in allererster Linie eine Abweichung von der Norm.»<sup>67</sup> Pointiert könnte man im Anschluss daran festhalten, dass das klassisch liberale, aufgeklärte Strafrecht Strafen vor allem, wenn auch nicht ausschliesslich als Reaktion auf vergangene Gesetzesuntreue verhängte, während nun mehr das neoliberale – oder im Anschluss an Stephan Lessenich wohl treffender «wohlstandsautoritär»<sup>68</sup> – geprägte (Massnahmen-)Strafrecht zunehmend eine zwangsweise Anleitung zur selbstoptimierenden, künftigen Anpassung an die Norm verordnet.<sup>69</sup> Und die Psychiatrie kann sich gegen den diesbezüglichen Missbrauch ihrer Disziplin offenkundig vielfach nicht ausreichend abgrenzen bzw. will dies oft auch gar nicht.<sup>70</sup> Indessen läge es nun allerdings vor allem in der Zuständig-

---

<sup>66</sup> Zur Entwicklung der Sicherheitsgesellschaft statt vieler ALBRECHT, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft*, insbesondere S. 147 ff.; GARLAND, *Kultur der Kontrolle*; PAYE, *Das Ende des Rechtsstaates, Demokratie im Ausnahmezustand*, dort besonders lesenswert die konzise Schlussbemerkung, S. 235 ff.; FRANKENBERG, *Staatstechnik*, vor allem S. 231 ff.; als Einführung ausgezeichnet: SINGELSTEIN/STOLLE, *Die Sicherheitsgesellschaft*; WACQUANT, *Bestrafen der Armen*; DERS., *Elend hinter Gittern*, Konstanz 2000.

<sup>67</sup> FOUCAULT, *Die Maschen der Macht*, in: Defert/Ewald (Hrsg.), *Michel Foucault Bd. IV*, S. 242; vertiefend DERS., *Überwachen und Strafen*.

<sup>68</sup> LESSENICH, *Neben uns die Sinntflut*, S. 63.

<sup>69</sup> Zum selbstoptimierenden unternehmerischen Selbst als kulturelles Leitbild: BÖCKING, *Das unternehmerische Selbst, oder SCHREINER, Unterwerfung als Freiheit*, insbesondere S. 26 ff. und 50 ff.

<sup>70</sup> Der bekannte forensische Psychiater FRANK URBANIOK beispielsweise steht immerhin klar zu seiner gesellschafts- und rechtspolitischen Haltung («Es gibt Verantwortung und Schuld», *Weltwoche* 51/52 vom 22. Dezember 2011, S. 69): «Natürlich bleiben Schuldprinzip und Rechtsstaatlichkeit für ein zivilisiertes Rechtssystem elementar. Um die legitimen Rechte von (potenziellen) Opfern aber angemessen zu berücksichtigen wäre die gleichrangige Verankerung des Präventionskonzepts wesentlich. Das fordere ich auch auf internationaler Ebene schon seit langem.» Kritische (forensische) Psychiater wie beispielsweise Mario Gmür sind dagegen der dezidierten Auffassung, die forensische Psychiatrie verletze immer mehr ihre eigenen ethischen Prinzipien und erkläre sich zunehmend für gewöhnliche Verbrecher zuständig und müsse sich viel deutlicher von Erwar-

keit der Gesetzgebung und der Justiz, hier für eine solide rechtliche Vermessung besorgt zu sein und entsprechende Rahmenbedingungen für die forensische Psychiatrie festzulegen. Vorderhand vermögen allerdings interdisziplinäre Tagungen und Vorlesungen sowie redliche rechtsdogmatische Bemühungen in einer zunehmenden Anzahl Publikationen nichts oder zumindest wenig Grundlegendes an den rechtsstaatlichen Missständen zu verändern.

## 2. Enklave des Ausnahmezustandes

Es erstaunt, dass diese Tendenz in ihrer grundsätzlichen Dimension lange Zeit nicht noch weit mehr und weit dezidiert diskutiert und kritisiert worden ist.<sup>71</sup> Immerhin wird hier ausgerechnet im freiheitsentziehenden Massnahmenrecht, das heisst bei den vielfach gravierendsten staatlichen Freiheitsbeschränkungen, das aufklärerische Nukleon des formellen und materiellen Strafrechts, wie wir es seit rund 200 Jahren verstanden haben, zunehmend ausser Kraft gesetzt.

Das Perfide an dieser Entwicklung ist, dass nur Wenige offiziell angetreten sind, das Schuldstrafrecht abzuschaffen bzw. zu unterminieren, sondern sich dieser Übergang zunächst vorwiegend partiell vollzogen hat

---

tungen abgrenzen, welche die Justiz und die Öffentlichkeit an sie herantrage (so prägnant in GMÜR, Missbrauchsgefahr in Psychiatrie und Strafrecht, NZZ vom 13. August 2014; oder in GMÜR, Schweizerische Ärztezeitung 2011, S. 1432 f., bzw. GMÜR, Schweizerische Ärztezeitung 2014, 1341 ff.). Eine Tendenz zu einer Inflation psychiatrischer Diagnosen ist jedenfalls ganz grundsätzlich unverkennbar. Das in jeder Hinsicht wirkungsmächtige Handbuch zur Klassifizierung psychischer Störungen (DSM-5, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) pathologisiert weit mehr menschliche Verhaltensweisen als die vorangehenden Handbücher; vieles was vor 30, 40 Jahren in dem Handbuch noch als «normal» oder zumindest nicht als krankhaft angesehen wurde und daher gar keine Erwähnung gefunden hat, gilt heute als psychische Störung; dazu kritisch und prägnant FRANCES, Normal, auf S. 170 vertritt der Autor die These, dass gerade vor Gericht, ausser in eindeutigen Fällen, die diagnostische Inflation eingedämmt werden sollte. Auch nach dem klinischen Psychologen und Psychoanalytiker PAUL VERHAEGHE lässt sich in der Psychodiagnostik und der damit verbundenen Therapien ein entscheidender Umschwung beobachten; diese drohen in eine Praxis abzugleiten, bei der psychiatrische Diagnosen dazu dienen würden, mittels eines pseudomedizinischen Ansatzes soziale Kontrolle herzustellen (VERHAEGHE, Und ich?, S. 196).

<sup>71</sup> Ausnahmen waren lange vor allem Marianne Heer, Mathias Brunner, Günter Stratenwerth, Peter Albrecht. Erwähnenswert bleibt schliesslich auch die Dissertation von GORAN MAZZUCHELLI, *Il tempo per punire*. In jüngerer Zeit mehren sich kritische Publikationen, wie das Literaturverzeichnis zeigt.

und vollzieht.<sup>72</sup> Während die Mehrzahl der Strafrechtsprozesse weiterhin auf Boden des bewährten Rechtsstaates laufen<sup>73</sup>, kommt eine zunehmend grösser werdende Personengruppe ohne Lobby in die Mühlen dieses massnahmerechtlichen Ausnahmezustandes. Bildlich gesprochen: Es handelt sich um eine Enklave des permanenten Ausnahmezustandes auf dem Boden des Rechtsstaates, welche sich zunehmend ausdehnt. Die Bedeutung dieses partiellen Ausnahmezustandes für das gesamte Strafrecht darf nicht unterschätzt werden, denn die Rechtsstaatlichkeit bemisst sich am Umgang mit den gravierendsten Fällen und dem kategorischen Insistieren auf Grundprinzipien.

Es bleibt uns deshalb nicht viel anderes übrig, als uns entweder an einen anderen, neuartigen (Straf-)Rechtsbegriff zu gewöhnen. Foucault zynisch gewendet, könnte man vielleicht dann sogar sagen, dass damit das moderne Strafrecht als Anleitung zur Selbstdisziplinierung seine Vollen- dung gefunden habe.<sup>74</sup> Oder es obliegt uns, das formelle und materielle Strafrecht und Strafvollzugsrecht im Kontext der Massnahmen und hier insbesondere der Bedeutung und der Rahmenbedingungen der psychiatrischen Begutachtung juristisch grundlegend zu überdenken und zu überar-

---

<sup>72</sup> Bemerkenswert dazu bereits der entlarvende Ausspruch von Franz von Liszt: «Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen, den man dem Kinde geben will. Das ist ja die liebenswürdige Seite in dem Verhalten unserer Gegner, dass sie zufrieden sind, wenn die altherwürdigen Etiketten geschont werden. In der «Bestrafung» des Gewohnheitsverbrechens darf das «Gleichmass zwischen Schuld und Sühne» nicht überschritten werden; aber gegen lebenslange oder doch sehr langwierige «Sicherungsmassregeln» nach verbüssteter Strafe haben die Gegner nichts einzuwenden. Zwei Jahre Gefängnis gegen den unverbesserlichen Landstreicher gestattet die «vergeltende» Gerechtigkeit nicht; aber fünf Jahre des wesentlich empfindlicheren Arbeitshauses würden uns die Gegner wohl zugestehen. Lasst es uns also Sicherungsmassregel und Arbeitshaus nennen, lasst uns nehmen was wir bekommen.» VON LISZT, in: Vormbaum (Hrsg.), *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, S. 236; aufgefunden in CONINX, recht 2016, S. 171.

<sup>73</sup> Bisher: Während die Mehrzahl der Strafrechtsprozesse weiterhin auf Boden des bewährten Rechtsstaates laufen, kommt eine zunehmend grösser werdende Personengruppe ohne Lobby in die Mühlen dieses massnahmerechtlichen Ausnahmezustandes. Neu formuliert: Während die Mehrzahl der Strafrechtsprozesse weiterhin auf Boden des bewährten Rechtsstaates laufen, sofern man das ausufernde Strafbefehlsverfahren und das abgekürzte Verfahren noch dazu zählt, kommt eine zunehmend grösser werdende Personengruppe ohne Lobby in die Mühlen dieses massnahmerechtlichen Ausnahmezustandes.

<sup>74</sup> FOUCAULT, *Überwachen und Strafen*, besonders S. 220 ff.; vgl. im Anschluss daran auch MENKE, *Kritik der Rechte*, S. 88, der das moderne Recht u.a. dadurch definiert, dass es das Subjekt der Selbstdisziplin produziert.

beiten und die Enklave zurückzudrängen, wenn wir uns weiterhin wenigstens in Ansätzen in der Strafrechtstradition der Aufklärung bewegen wollen.

Die Tragweite solcher Reflexionen und dieser konkreten Weichenstellung kann in ihrer gesellschaftlichen Bedeutung kaum hoch genug eingeschätzt werden; zu Recht hält der Israelische Philosoph Avishai Margalit fest: «Wie es um die Menschenwürde in einer Gesellschaft bestellt ist, lässt sich nirgendwo so deutlich ablesen, wie an ihrer Strafrechtspraxis. Sie ist die Feuerprobe für eine anständige Gesellschaft.»<sup>75</sup> Und: «Eine Gesellschaft ist anständig, wenn sie Verbrecher – selbst Schwerverbrecher – bestraft, ohne diese zu entwürdigen. Wie alle anderen Menschen haben auch Straftäter ein Anrecht auf jene Achtung, die dem Menschen allein aufgrund seiner Menschlichkeit gebührt.»<sup>76</sup> Daher: «Einer anständigen Gesellschaft muss die Würde ihrer Gefangenen am Herzen liegen.»<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> MARGALIT, Politik der Würde, S. 252.

<sup>76</sup> Ebenda, S. 252.

<sup>77</sup> Ebenda, S. 258.

## **Bibliografie**

- AEBERSOLD PETER, Von der Kastration zur Incapacitation – Über den Umgang mit gefährlichen, insbesondere sexuell gestörten Tätern, in: Bauhofer Stefan/Bolle Pierre/Dittmann Volker (Hrsg.), Gemeingefährliche Straftäter, Chur/Zürich 2000, S. 171 ff.
- AGAMBEN GIORGIO, Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2016
- AGAMBEN GIORGIO, Ausnahmezustand, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2016
- ALBRECHT PETER, Zur Bedeutung der Anlasstat für die Legitimation freiheitsentziehender Massnahmen, in: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 3 ff.
- ALBRECHT PETER-ALEXIS, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, Berlin 2010
- BENJAMIN WALTER, Geschichtsphilosophische Thesen, in: Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt 1978
- BERNARD STEPHAN, Amtliche Verteidigung darf nicht zweitklassig sein, Plädoyer 2/2013, S. 72 ff.
- BERNARD STEPHAN, Das ist wie bei einem Auto ohne Bremsen, WOZ vom 7. September 2017, S. 3 f.
- BERNARD STEPHAN, In dubio pro reo?, forumpoenale 2013, S. 112 ff.
- BERNARD STEPHAN, Psychiater als heimliche Strafrichter, NZZ vom 25. April 2013, S. 23 (Rubrik *Meinung & Debatte*)
- BERNARD STEPHAN, Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, Jusletter vom 13. Februar 2012 (Sondernummer zur Strafprozessordnung)
- BERNARD STEPHAN, Take Care – Fürsorge als Basis der Verteidigung, forumpoenale 2015, S. 231 ff.
- BERNARD STEPHAN, Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2/2017, S. 117 ff.
- BERNARD STEPHAN, Unschuldig Verurteilte, NZZ vom 10. Oktober 2013, S. 21 (Rubrik *Meinung & Debatte*)
- BERNARD STEPHAN/BINDER ANJA MARTINA, Neue StPO: Nach wie vor keine Kontrolle der sogenannten Erhebung bei (psychiatrischen) Begutachtungen?, Anwaltsrevue 1/2011, S. 9 ff.

- BERNARD STEPHAN/KUHN ERICH, Streitgespräch «Gutachten entstehen in einer Blackbox», Plädoyer 3/2011, S. 6 ff.
- BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Fachkommissionen: Ein Gedankengang vom Zollikerberg nach Strassburg, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Erkenntnisse von Fachkommissionen - Chance einer umfassenden Überprüfung oder Instrument der Repression? Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts - Gerechtfertigte Strenge oder zu hohe Anforderungen?, Forum Justiz & Psychiatrie Band 2, Bern 2017, S. 1 ff.
- BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Prekäre Unschuld bei Begutachtungen ohne Tat- oder Schuldinterlokt, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Forum Justiz & Psychiatrie Band 1, Bern 2016, S. 1 ff.
- BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Psychiatrische Gutachter ohne strafprozessuale Kontrolle?, ZStrR 2015, S. 76 ff.
- BÖCKING ULRICH, Das unternehmerische Selbst, Frankfurt 2007
- BRUNNER MATTHIAS, Psychiatrische Begutachtung – Aspekte der Verteidigung, in: Heer Marianne/Schöbi Christian (Hrsg.), Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 185 ff.
- BRUNNER MATTHIAS, Straf- und Massnahmenvollzug, in: Niggli Marcel Alexander/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel u.a. 2002, S. 223 ff.
- CONINX ANNA, Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht, recht 2016, S. 169 ff.
- CONINX ANNA/MONA MARTINO, Strafprozessualer Zwang und positive Schutzpflichten – Verbrechensverhütung als Legitimation von Zwangsmassnahmen, ZStrR 2017, S. 1 ff.
- DONATSCH ANDREAS, Der amtliche Sachverständige und der Privatgutachter im Zürcher Strafprozess, in: Donatsch Andreas/Fingerhuth Thomas/Lieber Viktor/Rehberg Jörg/Walder-Richli Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 363 ff.
- FOERSTER KLAUS/DRESSING HARALD (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 5. Aufl., München 2009

- FOUCAULT MICHEL, Die Maschen der Macht, in: Defert Daniel/Ewald François (Hrsg.), Michel Foucault, Schriften in vier Bänden, Band IV, Frankfurt 2005
- FOUCAULT MICHEL, Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt 1977
- FRANKENBERG GÜNTER, Staatstechnik – Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Berlin 2010
- FRANCES ALLEN, Normal, Gegen die Inflation psychiatrischer Diagnosen, Köln 2013
- GARLAND DAVID, Kultur der Kontrolle, Frankfurt u.a. 2008
- GMÜR MARIO, Missbrauchsgefahr in Psychiatrie und Strafrecht, NZZ vom 13. August 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.nzz.ch/meinung/debatte/missbrauchgefahr-in-psychiatrie-und-strafrecht-1.18361515>>
- GMÜR MARIO, Forensische Psychiatrie und Ethik, Schweizerische Ärztezeitung 2011, S. 1432 ff.
- GMÜR MARIO, Ethische Wegweiser für Prognosestellung und Psychotherapie im Strafrecht sowie Straf- und Massnahmenvollzug, Schweizerische Ärztezeitung 2014, S. 1342 ff.
- HALLER REINHARD, Die Macht der Kränkung, Wals bei Salzburg 2015
- HEER MARIANNE, Die psychiatrische Begutachtung unter dem Einfluss des Strafprozessrechts, in: Heer Marianne/Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander/Thommen Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 177 ff.
- HEER MARIANNE, Psychiatrische Gutachten im Strafverfahren – eine Herausforderung für Juristen, in: Riedo Christoph/Fiolka Gerhard/Gfeller Diego R. (Hrsg.), Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, Basel 2010, S. 103 ff.
- HOFF PAUL, Was darf die Psychiatrie?, Oberhofen am Thunersee 2014
- ISENRING BERNHARD/MÜLLER RAHEL, Kommunikation zwischen Verteidigung und Sachverständigem im Strafprozess, AJP 2016, S. 1334 ff.
- JOSET ALAIN, Kritische Bemerkungen zu den Entscheidungsgrundlagen im Nachverfahren, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Forum Justiz und Psychiatrie Band 1, S. 131 ff.

- JOSET ALAIN/HUSMANN MARKUS, Freiheitsentzug jenseits des Rechts – eine Kritik der «Vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft», *forumpoenale* 2016, S. 165 ff.
- KINZIG JÖRG, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand: Ergebnisse einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Massregel, Freiburg i. B. 1996
- KLECHA DOROTHEE/KÖHLER SOPHIE/FREYTAG THOMAS/KRAMMER SANDY, Der Bedarf an forensischen Klinikbetten am Beispiel des Kantons Bern, *SZK* 2/2016, S. 3 ff.
- KLENNER HERMANN, Kritik am Recht. Aktualisierende Rechtsphilosophie, Berlin 2016
- KRAUTH STEFAN, Kritik des Rechts, Stuttgart 2013
- KUNZ KARL-LUDWIG, Soziales Klima, Sanktionspraxis und Kriminalitätsvolumen – Ein Nationenvergleich, *SZK* 2/2015, S. 18 ff.
- KÜNZLI JÖRG/EUGSTER ANJA/SCHULTHEISS MARIA, Haftbedingungen in der Verwahrung – Menschenrechtliche Standards und die Situation in der Schweiz, abrufbar unter: <[http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160615\\_Studie\\_Verwahrung.pdf](http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160615_Studie_Verwahrung.pdf)>
- KÜNZLI JÖRG/EUGSTER ANJA/SCHULTHEISS MARIA, Zusammenfassung der Studie zu Haftbedingungen in der Verwahrung, abrufbar unter: <[http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160615\\_Zusammenfassung\\_Studie\\_Verwahrung.pdf](http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160615_Zusammenfassung_Studie_Verwahrung.pdf)>
- LEHNER CHRIS, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, Eine Auseinandersetzung mit Art. 65 Abs. 1 StGB, Zürich/Basel/Genf 2015
- LESSENICH STEPHAN, Neben uns die Sintflut, München 2016
- VON LISZT FRANZ, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in: Vormbaum Thomas (Hrsg.), *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Berlin/Heidelberg 2011, S. 224 ff.
- LOICK DANIEL (Hrsg.), *Der Nomos der Moderne. Die politische Philosophie Giorgio Agambens*, Baden-Baden 2011
- LYOTARD JEAN-FRANÇOIS, *Das postmoderne Wissen*, Bremen 1982
- MANHART THOMAS, Vollzugslockerungen – Justizvollzug im Spannungsfeld zwischen Medien, Politik und Fachlichkeit, in Niggli Marcel Alexander/Jendly Manon (Hrsg.), *Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter*, Bern 2012, S. 193 ff.

- MARGALIT AVISHAI, Politik der Würde, Berlin 2012
- MARQUARD ODO, Abschied vom Prinzipiellen, Stuttgart 2000
- MAZZUCHELLI GORAN, Die Verwahrung ist kein Gottesurteil, plädoyer 2/03, S. 36 ff.
- MAZZUCHELLI GORAN, Il tempo per punire: elementi criminologici e sociopolitici per una riforma delle pene e delle misure privative di libertà di lunga durata, Bern 1999
- MENKE CHRISTOPH, Kritik der Rechte, Berlin 2015
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafrecht: Von der Repression zur Prävention, plädoyer 2/2014, S. 28 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, in: Forum Strafverteidigung et al. (Hrsg.), Strafverteidigung und Sicherheitswahn, Wien u.a. 2014, S. 13 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (HRSG.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Sicherheit als Ziel des Strafrechts?, in: Brägger Benjamin F./Steiner Silvia/Vuille Joelle (Hrsg.), Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?, Bern 2012, S. 4 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (HRSG.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013
- OBERHOLZER NIKLAUS, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung aus der Perspektive der Justiz, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Forum Justiz und Psychiatrie Band 1, Bern 2016, S. 43 ff.
- PAYE JEAN-CLAUDE, Das Ende des Rechtsstaates, Demokratie im Ausnahmezustand, Zürich 2005
- PIETH MARK, Strafrechtsgeschichte, Basel 2015
- PIETH MARK, Von der Inquisition zum Sicherheitsstaat: ketzerische Gedanken zur aktuellen Strafprozessreform, AJP 2002, S. 626 ff.
- PFRUNDER MARTIN L., Gemeingefährliche Straftäter im Chaos kantonaler Fachkommissionen, SJZ 1998, S. 435 ff.

- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÜRIG, Strafprozessrecht unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und der Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011
- RÜPING HINRICH/JEROUSCHEK GÜNTER, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl., München 2011
- SANER ALAIN, Das Teilnahmerecht der Verteidigung bei der psychiatrischen Exploration der beschuldigten Person, ZStrR 2014, S. 121 ff.
- SCHREINER PATRICK, Unterwerfung als Freiheit, Leben im Neoliberalismus, 3. Aufl., Köln 2016
- SINGELSTEIN TOBIAS/STOLLE PEER, Die Sicherheitsgesellschaft, Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert, 3. Aufl., Wiesbaden 2012
- STRATENWERTH GÜNTER, Die freiheitsentziehenden Massnahmen im bundesrätlichen Entwurf für die Revision des AT StGB, ZStrR 1999, S. 276 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER, Zur Rolle der sog. «Fachkommissionen», in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 887 ff.
- TRECHSEL STEFAN, Die Entwicklung der Mittel und Methoden des Strafrechts, ZStrR 1974, S. 271 ff.
- URBANIOK FRANK, «Es gibt Verantwortung und Schuld», Weltwoche 51/52 vom 22. Dezember 2011, S. 69 ff.
- VERHAEGHE PAUL, Und ich? Identität in einer durchökonomisierten Gesellschaft, München 2013
- VORMBAUM THOMAS, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2011
- WACQUANT LOIC, Bestrafen der Armen, Opladen u.a. 2009
- WACQUANT LOIC, Elend hinter Gittern, Konstanz 2000
- WEBER JONAS/SCHAUB JANN/BUMANN CORINNA/SACHER KEVIN, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strafanstalten bzw. geschlossene Massnahmeneinrichtungen, Studie zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), Bern 28. August 2015, ([http://www.krim.unibe.ch/unibe/portal/fak\\_rechtwis/d\\_dep\\_krim/inst\\_krim/content/e62772/e62774/e62778/e558121/Weber-Schaub-Bumann-Sacher\\_Studie\\_Art.-59\\_2016.05.31\\_ger.pdf](http://www.krim.unibe.ch/unibe/portal/fak_rechtwis/d_dep_krim/inst_krim/content/e62772/e62774/e62778/e558121/Weber-Schaub-Bumann-Sacher_Studie_Art.-59_2016.05.31_ger.pdf))

- WIPRÄCHTIGER HANS, Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch-psychiatrische Gutachten: Welcher Aufwand ist wirklich notwendig? Die Sicht des Richters, in: Capus Nadja/Bacher Jean-Luc (Hrsg.), *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, Bern 2010, S. 315 ff.
- WOHLERS WOLFGANG, Das Instrument der Fremdanamnese aus der Sicht des Strafprozessrechts, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, *Forum Justiz & Psychiatrie Band 1*, Bern 2016, S. 77 ff.
- WOHLERS WOLFGANG, Die Rolle und Funktion des Parteigutachtens aus der Sicht des Strafprozessrechts, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, *Forum Justiz & Psychiatrie Band 1*, Bern 2016, S. 87 ff.

