


SCHWEIZERISCHER VEREIN FÜR GEFÄHRDUNGSBEIHALTUNG
ASSOCIATION SUISSE DES ADMINISTRÉS DE PRISON

JAHRESTAGUNG
DONNERSTAG, 10. MÄRZ 2022
CONFÉRENCE ANNUELLE
JEUDI 10 MARS 2022

Stephan Bernard, lic. iur.
Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Strafrecht
Mediator SAV/AFM
zertifizierter Kinderanwalt
Focusing Begleiter



Menschenwürde im strafrechtlichen Massnahmenrecht und bei der psychiatrischen Begutachtung: Ketzlerische Bemerkungen aus Verteidigersicht

Advokatur Anwaltsamt
Helmholtzstrasse 75
Postfach 8986
8038 Zürich
T 044 256 90 80
F 044 256 90 85
www.advokaturanwaltsamt.ch

I. Enklave des Ausnahmezustandes?

Ausgangspunkt

«... 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.»

Michel Foucault, 1978

Stichworte praktischer Probleme des Massnahmenverfahrensrechts

- Faktische Verantwortungsdelegation der Justiz an die Psychiatrie – forensische Psychiater als faktischer Staatsanwalt und Einzelrichterin?
- Entkernung der kontradiktorischen Verfahrensanlage - Substrafverfahren innerhalb des Strafverfahrens
- Flexibilisierung der Sanktion – Aufweichung der Rechtskraft eines Urteils
- Gefahr: Verfahren jenseits des Rechtsstaates

Aufgabe der Justiz

- Rechtsstaatliche Limitierung und Domesticierung der Massnahmenverfahren
- Sicherstellung der Grund- und Menschenrechte der Betroffenen
- Rückeroberung der rechtlichen Kontrolle
- Wissensaneignung zur Ausübung der Kontrollfunktion
- Vermessung des formellen und materiellen Massnahmenrechts nach tradierten rechtsstaatlichen Kriterien

Probleme bei der Umsetzung

- Druck der Medien und Öffentlichkeit
- Wenig klare gesetzliche Grundlagen
- Verhältnismässigkeit als Schlüsselkategorie des Massnahmenrechts und als juristischer Zauberwürfel
- Wenig Sicherheit für Richterinnen bei der Rechtsanwendung der Entscheide und deren Legitimation, mithin wenig Entlastung
- Fazit: (Zu) hohe ethische Verantwortung und Anforderung für die Judikative

II. Aufgaben der Verteidigung

Drei zentrale Ausgangspunkte

- Bereitschaft auf unbekanntem Terrain zu agieren
- Weiterentwicklung des Strafrechts als Straflimitierungsdogmatik und nicht Strafverfolgungs- oder gar Sicherheitsgesellschaftsdogmatik
- Erweiterte Aufgaben in der Klientinnenbeziehung (vermehrtes Coaching)

Die Weichenstellung im Vorverfahren: Psychiatrische Begutachtung

- Grosses Ermessen der Staatsanwaltschaft – wenige klare, gesetzliche Limitierungen
- Rechtsfragen bei der Auswahl der forensischen Psychiaterin durch die Staatsanwaltschaft (EMRK)
- Problematische Vorabstellungennahmen. Insbesondere: Oft keine Haftentlassung ohne Mitwirkung – Entkernung des Aussageverweigerungsrechts

Fortsetzung zur Weichenstellung der psychiatrischen Begutachtung im Vorverfahren

- Ohnehin: Gefahr des Belastungszirkelschlusses bei Auftragsvergabe im Vorverfahren - Lösung Tatinterlokut
- Ergänzungsfragen ja oder nein?
- Mitwirkung ja oder nein?
- (Keine) Teilnahmerechte und Protokollierung
- Fazit: Der forensische Psychiater als Staatsanwalt in Weiss. Derzeit: Kaum Transparenz, Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit bei Gutachtenserstellung

Hauptverfahren: Kritik der Expertise

- Wie überhaupt kontrollieren und kritisieren? Mannigfaltige praktische Probleme, u.a. fehlendes Fachwissen und kaum Zugang zu second opinions
- Die Wertungsabhängigkeit der Expertise
- Gefahr: Démission de juge, RichterIn in Weiss
- Mögliche Ansätze zu einer etwas kontradiktorischeren Verfahrensanlage: mündlichen Vernehmung, Zweitbegutachtung
- Zwingend für alle Juristinnen: Fortbildung

Nach dem Verfahren ist vor dem Verfahren

- Die Weichenstellung im Vollzug (Flexibilisierung des Sanktionsrechts)
- Kaum (kundige) Verteidigungen im Vollzug: Berührungspunkte und Finanzierungsfragen
- Verzahnung des Verwaltungs- und Strafrechts
- Selbstreferentielle, normative Narrative durch Expertisen, Berichte und die Fachkommission
- Aufwändiges, einzelfallbezogenes Coaching zwischen viel Anpassung und wenig Möglichkeit zur konfrontativen Verteidigung

Nachverfahren als Strafverfahren

- Die bisherige, unsichere Rechtslage
- Klärung durch die Gerichte: Das Nachverfahren ist im Kern ein Strafprozess
- Kontradiktorische, unmittelbare Straf- und nicht Verwaltungsverfahren: Bewertung der Akten, Fachkommissionsempfehlungen, Gutachten, Therapie- und Vollzugsberichte
- De lege ferenda

III. Ausblick: Grundsätzliche Tendenzen

- Sicherheitsgesellschaftliche Gefahrenabwehr statt liberales Schuldstrafrecht
- Verwaltungsrecht mit pönalem Charakter
- Vermengung von Prävention und Repression
- Hybride Formen von Straf- und Verwaltungsrecht sowie Polizei- und Strafprozessrecht
- Gemeinsame Aufgaben aller Juristinnen und Juristen: Rechtsstaatliche Vermessung dieses neuen Terrains wider die drohende Enklave des Ausnahmezustandes

Und als ketzerische Abschlussfrage: Angeordnete Therapie als Allheilmittel?

«Überzeugen kann man den Klienten *während* der Therapie jedenfalls nicht, denn der Wunsch nach Veränderung ist *Voraussetzung* für eine Therapie. In meiner Praxis waren schon Leute, die vom Gericht zu einer Therapie verdonnert wurden. Sie wollten meine Hilfe gar nicht, sondern sassen nur gezwungenermassen vor mir. Es hat auch nicht funktioniert, es war reines Affentheater»

Jordan Paterson, 12 Rules for Life, 9. A., München 2019, S. 148

Fragerrunde



Pour aller plus loin

- Stephan Bernard, Was ist Strafverteidigung?, Zürich 2021, als herkömmliches Buch oder open access: suigeneris-verlag.ch, S. 119 ff.
- Stephan Bernard, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts?, Bern 2017, S. 139 ff. (Beilage)

Vielen Dank

