

Zeitschrift: Publikationen der Arbeitsgruppe für Kriminologie
Herausgeber: Schweizerisches Nationalkomitee für geistige Gesundheit ;
Arbeitsgruppe für Kriminologie
Band: - (1984)

Artikel: Massnahmen an "geistig abnormen" Straftätern : in Freiheit oder
Unfreiheit? : Ein Beitrag zu den kriminalrechtlichen Sanktionen gemäss
Art. 43 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, insbesondere zur
ambulanten Behandlung
Autor: Bauhofer, Stefan
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1050919>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. 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. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

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. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

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. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 18.02.2026

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

MASSNAHMEN AN "GEISTIG ABNORMEN" STRAFTÄTERN - IN FREIHEIT ODER UNFREIHEIT?

Ein Beitrag zu den kriminalrechtlichen Sanktionen
gemäß Art. 43 des Schweizerischen Strafgesetzbuches,
insbesondere zur ambulanten Behandlung

Stefan Bauhofer

I. ÜBERBLICK: VOLLZUGSARTEN UND -FORMEN

Art. 43¹ regelt unter dem Marginale "Maßnahmen an geistig Abnormen" die Sanktionen an Tätern, welche entweder infolge ihres Geisteszustandes einer Behandlung oder besonderer Pflege bedürfen, oder die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährden.

Ziffer 1 lautet:

"Erfordert der Geisteszustand des Täters, der eine vom Gesetz mit Zuchthaus oder Gefängnis bedrohte Tat begangen hat, die damit im Zusammenhang steht, ärztliche Behandlung oder besondere Pflege und ist anzunehmen, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Taten verhindern oder vermindern, so kann der Richter Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt anordnen, sofern der Täter für Dritte nicht gefährlich ist.

Gefährdet der Täter infolge seines Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise, so wird vom Richter seine Verwahrung angeordnet, wenn diese Maßnahme notwendig ist, um ihn vor weiterer Gefährdung anderer abzuhalten. Die Verwahrung wird in einer geeigneten Anstalt vollzogen.

Der Richter trifft seinen Entscheid auf Grund von Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand des Täters und über die Verwahrungs-, Behandlungs- oder Pflegebedürftigkeit."

Zu unterscheiden sind demnach zwei grundsätzlich verschiedene Arten von Maßnahmen, die insgesamt drei unterschiedliche Vollzugsformen ermöglichen. Die erste Art dient der Besserung, im besten Fall der Heilung (Ziff. 1 Abs. 1) und erlaubt zwei Formen des Vollzugs, die unterschiedlicher kaum gedacht werden können, nämlich einerseits die ambulante Behandlung in Frei-

heit und andererseits die im folgenden Versorgung genannte "Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt", das heißt: die stationäre Behandlung in einem weitgehend geschlossenen Milieu.

Der im Marginale von alt Art. 15 gebrauchte Begriff der "Versorgung" ist gegenüber dem Ausdruck "Einweisung" vorzuziehen, weil jener den therapeutischen Gesichtspunkt klarer hervortreten läßt und in der zeitlichen Dimension weniger den Rechtsakt oder das Einlieferungsprocedere anvisiert, als vielmehr die Verpflichtung zum kontinuierlichen Versorgen des Patienten - und dies im Sinne der Für-Sorge - miteinschließt.

Außer dem angestrebten therapeutischen Ziel haben die beiden Vollzugsformen kaum etwas gemeinsam. Auch wenn man in Rechnung stellt, daß bei beiden Vollzugsformen unter Umständen gleiche oder ähnliche Methoden der Therapie angewandt werden können - man denke etwa an eine Pharmakotherapie bei Sexualdelinquenten - überwiegt bei weitem das Unterschiedliche, das sich am Intensitätsgrad des Eingriffs in die persönliche Freiheit bemißt. Im Falle der ambulanten Behandlung bleibt der Verurteilte "draußen": Die für die Behandlung vorteilhaften sozialen Bedingungen bleiben intakt, ungünstige (kriminogene) Faktoren hingegen können erkannt und eliminiert werden, und im besten Fall kann sich in der ambulanten therapeutischen Begegnung das für fast jeglichen Behandlungserfolg notwendige Maß an Freiwilligkeit und Selbstverantwortlichkeit entwickeln.

Ganz anders stellt sich die Situation für den als geistig abnorm in eine Anstalt des Maßnahmenvollzugs Eingewiesenen dar: Es findet ein Bruch mit der gewohnten Umgebung statt, der Verlust des Arbeitsplatzes geht einher mit einem Minus an Handlungskompetenz und Selbstwertgefühl - beides ist durch therapeutische (auch arbeitstherapeutische) Bemühungen im Milieu der geschlossenen Institution nur unter Schwierigkeiten kompensierbar².

Die zweite der in Art. 43 vorgesehenen Maßnahmenarten ist die Verwahrung. Sie dient der Isolation von psychisch kranken Menschen, die infolge ihres Geisteszustandes "die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise" gefährden (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2). In der Regel ist für diese Verurteilten der Eingriff in die persönliche Freiheit noch einschneidender, weil sie in einer "geeigneten Anstalt" in Sicherheit gehalten werden. Als geeignet werden nun - seit der Teilrevision von 1971 legalerweise - auch Strafanstalten erachtet. Der besonderen Problematik der Unterbringung psychisch abnormer und gleichzeitig gefährlicher Rechtsbrecher wird die Gesetzesnovelle in keiner Weise gerecht, denn sie beschränkt sich darauf, einer umstrittenen Praxis den Makel der Ungesetzlichkeit zu nehmen. Auch wenn das Gesetz selbst eine zusätzliche Barriere für die Anordnung der Verwahrung errichtet, indem es die Verhinderung künftiger Gefährdung als ein zusätzliches Erfordernis aufstellt und ob schon die Praxis bei der Anwendung dieser Maßnahmen zurückhaltend ist, muß diese Sanktionsart auf das Entschiedenste abgelehnt werden. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, die Verhängung der Maßnahme an die Verletzung hochwertiger Rechtsgüter durch den kranken sozial gefährlichen Täter zu knüpfen - und, was schwerer wiegt, er hat sich mit keinem Wort darüber geäußert, "... was während der Verwahrung zu geschehen habe, ob und welche Versuche der Beeinflussung unternommen werden sollen". SCHULTZ beanstandet diese ge-

setzliche Maßnahme und verweist klar auf das Kernübel: "Unter dem Etikett einer besonderen Maßnahme wird in diesen Fällen tatsächlich eine Freiheitsstrafe unbestimmter Dauer vollzogen"³. Daß diese Sanktion – noch immer und vor allem den mit der Diagnose "Psychopath" bedachten Täter trifft, der in der Regel in einer hochgesicherten Anstalt für Rückfalltäter "magaziniert" wird, bleibt als eine höchst unbefriedigende Realität stets zu kritisieren. In langjähriger und weitgehender Isolation finden entweder gänzlich unerwünschte Anpassungen an das Verhalten der "normalen" Kriminellen statt, oder aber eine Flucht in die Krankheit verschafft einen trügerischen Schonraum, innerhalb dessen die allenfalls vorhandenen eigenen Möglichkeiten der Auseinandersetzung mit Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft verkümmern und der Wunsch nach aktiver Veränderung zwangsläufig in den Hintergrund tritt. Daß man für diese Kategorie von Rechtsbrechern im Ausland effizientere und wohl auch humanere Sanktionsformen seit längerer Zeit intensiv sucht, sei am Rande vermerkt: "Besserung ist die beste Sicherung!"⁴

II. GEMEINSAME VORAUSSETZUNGEN BEI ALLEN VOLLZUGSFORMEN FÜR GEISTIG ABNORME

1. Straftat und Zurechnungsfähigkeit

Mit einer Maßnahme kann nur der Täter belegt werden, der eine mit "Zucht- haus oder Gefängnis bedrohte Tat" begangen hat. Mit anderen Worten: beim Einweisungsdelikt kann es sich nur um ein Verbrechen oder ein Vergehen handeln, Übertretungen sind ausgeschlossen, denn der Gesetzgeber hat von der Möglichkeit, auch den Übertretungsstraftäter mit einer Maßnahme gemäß Art. 43 belegen zu können (Art. 104, Abs. 2), bisher nicht Gebrauch gemacht⁵.

Die zweite Teilrevision ließ für die Verhängung einer Maßnahme das Erfordernis der Zurechnungsunfähigkeit oder der verminderten Zurechnungsfähigkeit fallen. Der Gesetzgeber strich die Artikel 14 und 15 und ergänzte die Artikel 10 und 11 mit dem Vorbehalt, wonach Zurechnungsunfähige oder vermindert Zurechnungsfähige mit Maßnahmen gemäß Artikel 43, 44 und 100 bis belegt werden können. Im neuen Artikel 43 wurde als Voraussetzung für die Verhängung einer entsprechenden Maßnahme lediglich "eine (...) Tat, die mit dem behandlungs- oder pflegebedürftigen Geisteszustand im Zusammenhang steht", gefordert. Der Täter kann nun mit einer der vorgesehenen Maßnahmen belegt werden, unabhängig davon, ob er im Zeitpunkt der Tat und im Hinblick auf das fragliche Delikt zurechnungsfähig war oder nicht.

Damit eine Maßnahme verhängt werden kann, müssen alle allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit gegeben sein⁶:

- Auch der geistig abnorme Täter muß in objektiver Weise den gesetzlichen Tatbestand erfüllt haben.
- Rechtfertigungsgründe dürfen keine vorliegen.

- sein Verschulden kann wegen fehlender oder verminderter Zurechnungsfähigkeit ganz resp. teilweise entfallen.

Fehlt bei den nur vorsätzlich begehbaren Delikten der "natürliche" Vorsatz, fallen Sanktionen gemäß Art. 43 außer Betracht. Währenddem also die normative Komponente des Vorsatzes, das Wissen und Wollen, entbehrlich ist, darf die voluntative nicht fehlen; auch ein Geisteskranker kann im psychologischen Sinn eine Tat "gewollt" haben. Kann der Nachweis dieses natürlichen Vorsatzes nicht erbracht werden, erweist sich jedoch der Täter gleichwohl als behandlungs- oder pflegebedürftig, können nur administrative Maßnahmen angeordnet werden⁷. Daß eine solche Konsequenz aus rechtsstaatlichen Gründen nicht unbedenklich ist, kann ich hier nicht näher erörtern.

Von einer eigenartigen aber nicht sehr praxisrelevanten Bedeutung ist das Vorhandensein oder Fehlen des Vorsatzes im Zusammenhang mit dem Irrtum. Sowohl der über den Sachverhalt - zu seinen Gunsten - irrende Täter (Art. 19) wie auch der über das Verbotensein seines Tuns - zu seinen Gunsten - Irrende (Art. 20) kann nicht mit einer kriminalrechtlichen Sanktion belegt werden, weil ihm der Wille, den fraglichen Straftatbestand zu erfüllen, fehlte.

Auf den ersten Blick mag dies etwas Willkürliches an sich haben. Solche Konsequenz erklärt und rechtfertigt sich jedoch aus den strengen Voraussetzungen, die bei der Anordnung von Maßnahmen gegenüber geistig Abnormen beachtet werden müssen.

2. Der abnorme Geisteszustand und der Zusammenhang mit der Tat

Der Geisteszustand des Täters muß ärztliche Behandlung oder besondere Pflege erfordern. Diese pragmatische Umschreibung in Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 hebt gegenüber jener des Art. 15 des früheren Rechts, welche nur von der Notwendigkeit der Behandlung oder Versorgung sprach, den therapeutischen Gesichtspunkt stärker hervor⁸. Das Gesetz scheint sich an einen Krankheitsbegriff anzulehnen, wonach eben der Mensch krank sei, der behandelt werden müsse, weil er selbst oder seine Umgebung unter diesem Zustand - also der Krankheit - leide. Daß dieser pragmatischen Definition der geistigen Abnormalität - dieser Begriff erscheint übrigens nur im Marginale - etwas Zirkelschlüssiges anhaftet, liegt auf der Hand. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß gerade dieses materiell wichtigste Kriterium für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 43 auf Kritik gestoßen ist. Die gesetzliche Umschreibung, welche allein auf Behandlungs- und Pflegebedürftigkeit abstellt, wurde von SCHULTZ als "außerordentlich unbestimmt und weitreichend" kritisiert⁹. Den Verzicht auf die ausdrückliche Erwähnung des Erfordernisses der geistigen Abnormalität im Gesetzestext hat STRATENWERTH als "rechtsstaatlich ganz unhaltbar" gerügt und dies wie folgt begründet: Es reiche nicht aus, allein auf die Therapiebedürftigkeit abzustellen, da es sich bei Art. 43 um eine zwangsweise Behandlung oder Pflege handle, die dem Betroffenen die Freiheit auf unbestimmte Zeit, oft auf viele Jahre, entziehe und das Maß der schuldangemessenen Strafe in der Mehrzahl der Fälle wesentlich überschritten werde. Von daher

lasse sich der vielfach außerordentlich harte Zwang nur rechtfertigen, wenn die Maßnahme an einen präzisen klinischen Befund gebunden und im überwiegenden Interesse des Betroffenen oder der Allgemeinheit geboten sei. Das Gesetz erfülle keine dieser Voraussetzungen¹⁰.

3. Die bedingte, respektive probeweise Entlassung

In Art. 45 wird die probeweise Entlassung für die Gewohnheitsverbrecher (Art. 42), die geistig Abnormen (Art. 43) und die Trunk- oder Rauschgiftsüchtigen geregelt. Von der bedingten Entlassung spricht das Gesetz dann, wenn sie mit Ansetzung einer fixen Probezeit gewährt wird, so für die erst- und letztgenannten Rechtsbrecher. Hier seien – in aller Kürze – nur die Modalitäten für die probeweise Entlassung der geistig Abnormen erwähnt.

Die zuständigen Behörden haben von Amtes wegen zu prüfen, ob eine Entlassung anzuordnen sei (Ziff. 1 Abs. 1 leg. cit.) und – sofern es sich um eine freiheitsentziehende Vollzugsform handelte – hat dies jährlich einmal in Form eines Beschlusses zu geschehen (Ziff. 1 Abs. 2 leg. cit.). Das Gesetz benennt – nicht abschließend – Weisungen, die dem zu Entlassenden erteilt werden können (Ziff. 2 leg. cit.) und regelt (in Ziff. 3 leg. cit.) die Rückversetzungsgründe sowie die entgültige Entlassung (Ziff. 4 leg. cit.).

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang Art. 43 Ziff. 4 Abs. 1, welcher als Kriterium für die Aufhebung der Maßnahmen an geistig Abnormen das Wegfallen des Grundes bezeichnet – oder, im Falle des unvollständigen Wegfallens, eben die probeweise Entlassung aus der Anstalt oder Behandlung mit Anordnung einer durch die zuständigen Behörden festzusetzenden Probezeit. Der Entlassene kann unter Schutzaufsicht gestellt werden. Aufhebung der Probezeit bedeutet bei Wegfallen des Grundes auch Entlassung aus der Maßnahme. Ziff. 5 leg. cit. legt die Entscheidung, ob eine aufgeschobene Strafe nachträglich noch vollzogen werden muß, in die Kompetenz des Richters, wobei dieser zwingend den Arzt anzuhören hat. Von entscheidender und umstrittener Bedeutung ist der letzte Satz von Ziff. 5 leg. cit.: "Er kann insbesondere vom Strafvollzug ganz oder teilweise absehen, wenn zu befürchten ist, daß dieser den Erfolg der Maßnahme erheblich gefährdet."

III. AMBULANTE BEHANDLUNG

1. Standpunkte

VOSSEN hat sich aus forensisch-psychiatrischer Sicht in einem Aufsatz mit der Anordnung ambulanter ärztlicher Behandlungsmaßnahmen bei gleichzeitigem Vollzug einer Haftstrafe eingehend und kritisch auseinandergesetzt¹¹. Er hat insbesondere auf die Schwierigkeiten der Durchführung der verschiedenen in Frage kommenden Therapieformen hingewiesen und sich zur Frage der Behandlung in Unfreiheit und gegen den Willen des Verurteilten wie folgt geäußert:

"Ärztlicherseits kennen wir praktisch nur eine Ausnahme, um einem Kranken gegen dessen Willen eine therapeutische Maßnahme aufzuzwingen. Eine solche ist dann gegeben, wenn zufolge eines schweren, zumeist psychisch-krankhaften Ausnahmezustandes die Urteilsfähigkeit des betreffenden Patienten derart beeinträchtigt oder aufgehoben ist, um einzusehen, daß zu seinem eigenen oder dem Schutz der Umgebung Behandlungsmaßnahmen auch ohne seine Zustimmung notwendigerweise durchgeführt werden müssen ...".

Bei den vorgenannten ambulanten Behandlungsmaßnahmen kann jedoch kaum die Rede davon sein, daß der Betreffende nicht über die notwendige Urteilsfähigkeit verfüge, um darüber selbst zu entscheiden, ob er die empfohlenen körperlichen oder psychischen therapeutischen Eingriffe an sich vornehmen lassen will oder nicht. Vielmehr ist der Arzt bei diesen Behandlungen auf die willentliche Zustimmung seines Patienten angewiesen. Dieses Einverständnis wird ganz besonders für die am häufigsten angeordneten ambulanten Psychotherapien gefordert, welche eine auf freiwilliger Basis beruhende Kooperationsbereitschaft des zu Behandelnden geradezu voraussetzen. Eine unter behördlichem Zwang und gegen den Willen des Betreffenden angeordnete psychotherapeutische Behandlung wird in der Strafanstalt entweder zu einer Scheintherapie, um der richterlichen Weisung nachzukommen, oder ist von Anfang an unter diesen Bedingungen als undurchführbar zum Scheitern verurteilt."

Damit wäre eigentlich alles gesagt. Und doch sei hier diese Thematik erneut aufgegriffen, weil sich inzwischen – es sind auch mehr als fünf Jahre vergangen – gezeigt hat, daß viele Gerichte von diesen Äußerungen wie auch von der Kritik anderer Fachleute kaum Notiz genommen haben. Das folgende dient nun der Erneuerung und Bestärkung der VOSSENSchen Meinung aus der Sicht eines in der Strafvollzugspraxis stehenden Juristen.

2. Zur Entstehungsgeschichte

In der Expertenkommission wurde diskutiert, ob die ambulante Behandlung grundsätzlich nur dann angeordnet werden dürfe, wenn das Gericht in Würdigung von Tat und Schuld ein verhältnismäßig mildes Urteil ausspreche, welches gemäß alt Art. 41 eine Gefängnisstrafe von nicht mehr als einem Jahr mit bedingtem Aufschub zum Inhalt habe, "wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lasse, er werde durch diese Maßnahme von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten" (alt Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 al. 2)¹².

Als es um die Frage ging, unter welchen Bedingungen der Strafaufschub bei der ambulanten Behandlung gewährt werden könne, fragten sich die Experten, ob nur gerade im Falle von geringfügiger Delinquenz, die eine Strafe von weniger als drei Monaten zur Folge habe, die "Wohltat" der Behandlung in Freiheit gewährt werden dürfe. CLERC hingegen vertrat die kriminaltherapeutisch überzeugendere Auffassung. Sein Antrag lautete: "Erscheint eine ambulante Behandlung angezeigt, so ordnet der Richter sie an. Er kann den Vollzug aufschieben." Ebenso überzeugend begründete er seine Auffassung, es komme nicht darauf an, ob einer zum ersten Mal oder als Rückfälliger delin-

quiere, ausschlaggebend sei die Behandlungsbedürftigkeit, und von der Dauer einer ausgesprochenen Strafe müsse gar nicht gesprochen werden¹³. In der endgültigen und nun geltenden Fassung obsiegte schließlich die ständerrätliche Ansicht, die auch jener des Bundesrates entsprach: Unabhängig von der Strafdauer und damit von der Schwere des Deliktes, der Schuldfrage und von anderen zur Urteilsfindung heranzuziehenden Kriterien kann der Richter den Vollzug der Strafe aufschieben, "... um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen". So lautet nach geltendem Recht Art.43 Ziff.2 Abs.2. Gerade diese Formulierung verweist auf die besondere Natur dieser durch die Revision von 1971 geschaffenen neuen bessernden Maßnahme. Dabei muß man diesen Hinweis des Gesetzes in Verbindung mit der Pflicht des Richters, den zuständigen Experten über die Verwahrungs-, Behandlungs- oder Pflegebedürftigkeit anzuhören, sehen. Mit diesem Nachsatz über die Art der Behandlung hat der Gesetzgeber dem Richter die Verpflichtung auferlegt, immer dann eine Behandlung in Freiheit anzuordnen, wenn die psychiatrisch-psychologischen Indikationen gegeben sind und keine Sicherheitsaspekte eine stationäre und nach außen gesicherte Behandlung als unumgänglich erscheinen lassen. Damit wird deutlich, daß der Richter bei seinem Ermessen im Rahmen der oft kritisierten "Kann-Vorschrift" keineswegs eigene kriminalpolitische Erwägungen etwa im Sinne der Abschreckungsideologie in den Vordergrund stellen darf. Wegleitend für seinen Entscheid sei vielmehr der entstehungsgeschichtlich nachweisbare Gesichtspunkt der Alternative zur Freiheitsstrafe: Erfolgreiche Kriminaltherapie in Freiheit als Kriminalprophylaxe.

Das Studium der Materialien zu dieser kontroversen Neuerung im schweizerischen Sanktionensystem zeigt eindrücklich, wie unterschiedlich das Niveau der Argumentation und die Sachkenntnis der Kontrahenten war. Währenddem beispielsweise der bundesrätliche Sprecher KURT sich in der nationalrätlichen Kommission klar zu dieser richtungsweisenden "neuen Tendenz" bekannte, die "... unnötig schweren Auswirkungen der Freiheitsstrafe zu vermeiden ..." und die ambulante Behandlung neben andere Alternativen wie die "freie Strafarbeit" und die "Wochenendstrafe" stellte¹⁴, waren vor allem zwei Parlamentarier von diesem "neuen" kriminalpolitischen Denken - das so neu ja nicht ist - überfordert. Da war die Rede davon, "... daß sich einer schon dadurch vom Vollzug drücken kann, daß er Pillen einnimmt und periodisch den Arzt besucht", oder daß "... gewisse privilegierte Schichten, die sich einen Psychiater leisten können, sich dieser Bestimmung bedienen ...", um der Bestrafung zu entgehen; dabei war hier wie in späteren Voten in den parlamentarischen Verhandlungen vermögliche Sittlichkeitsdelinquenten anvisiert¹⁵. Auch wenn man sich bemüht, die Angst dieser Volksvertreter vor einer "Verweichlichung" des Strafrechts¹⁶ zu verstehen, kann dies nicht recht gelingen. Hier manifestiert sich ein in diesem Ausmaß nicht gerechtfertigtes Mißtrauen gegenüber den Rechtspflegeorganen, das man wohl auf mangelnde Kenntnis der forensischen Psychiatrie, des Gerichtsalltags und der kriminaltherapeutischen Praxis zurückführen könnte. Alles in allem bedeutet diese Haltung eine Absage an die Idee der "Sicherung durch Besserung".

Es ist zu bedauern, daß die gesetzgeberische Arbeit in eine Vorschrift ausmün-

dete, deren Kernbereich hohl ist und die erst durch die richterliche Ermessensbetätigung ihre eigentliche Gestalt erhält. "Zwecks" ambulanter Behandlung kann der Richter den Vollzug der Strafe aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen" (Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2): eine Rechtsnorm IN STATU NASCENDI, und dies in einer Weise, die das übliche Maß der Rechtschöpfung und -fortentwicklung durch richterliche Gesetzesauslegung übersteigt. Der Richter ist - und darin liegt meines Erachtens das Unübliche und nicht Ungefährliche - aufgrund dieser Vorschrift unmittelbar gezwungen, als Kriminalpolitiker tätig zu sein: Für welche der aus den Materialien belegbaren Tendenzen entscheidet er sich?

3. Die Praxis des Bundesgerichts im Meinungsstreit

Strafnormen haben generell-abstrakt zu sein. Die hier besprochene ist kleintütig-vage. Es gehört zu den bedeutendsten Aufgaben des Bundesgerichts, dort eindeutiges Recht zu schaffen, wo der kompromißgenötigte und manchmal praxisferne Gesetzgeber Sinn und Intention einer Rechtsnorm nicht deutlich genug werden ließ.

Das Bundesgericht hat in BGE 100 IV 12 bei der Auslegung von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 letzter Satz einen kriminalpolitischen Kurs verfolgt, der die Behandlung von Rechtsbrechern in Freiheit als alternative Sanktion zur Freiheitsstrafe zu verhindern versucht: der zukunftsweisende kriminalprogrammatische Charakter dieser Bestimmung ist konsequent verneint, das Ermessen unterinstanzlicher Richter in eine ganz eindeutige Richtung gelenkt worden. Es hat sich dabei, wie es hierzulande häufig notwendig ist, auf der Ebene der grammatischen Gesetzesinterpretation auf die sprachliche Fassung der Norm in einer anderen Amtssprache abzustützen versucht und ausgeführt: "Das Gesetz betrachtet den sofortigen Strafvollzug als die Regel, wie der französische Text besonders deutlich zeigt: "En cas de traitement ambulatoire, le juge pourra suspendre l'exécution de la peine si celle-ci n'est pas compatible avec le traitement"¹⁷. Dieser in der amtlichen Sammlung veröffentlichte Entscheid enthält keine näheren Angaben über den zur Beurteilung stehenden Fall. Dies ist zu bedauern, umsomehr, als damit ein wegleitendes Urteil, ein eigentlicher "leading-case" gefällt worden ist. Diese Formulierung, das Gesetz betrachte den sofortigen Vollzug als die Regel, trifft in keiner Weise zu. Man lese nach. Die historische Auslegungsmethode ist eine von verschiedenen, und gerade wer sich ihrer bedient, stößt auf die Tatsache, daß im Schoße der Expertenkommission ein im Jahre 1956 gestellter Antrag, der genau diese Regel des Vorrangs der Strafe postuliert hat, zurückgenommen worden ist, nachdem sich der Antragsteller eines Bessern belehren ließ¹⁸. Es geht m. E. nicht an, aus dem Gesetz selber eine Regel abzuleiten, die nicht herausgelesen werden kann, und die sich entstehungsgeschichtlich nur auf Voten einzelner weniger Parlamentarier, die nur gerade den listenreichen vermöglichen Täter im Auge hatten und vor "Verweichlichung" warnten, zu stützen.

Gerade weil sich das Bundesgericht in seiner Argumentation auf den französischen Text stützt, wird vollends klar, wie wenig stichhaltig dieser Grundsatz-

entscheid war, wie verfehlt es war, hier eine Regel zu postulieren, die man als Umkehrregel bezeichnen muß. "Compatible avec le traitement" heißt übersetzt nichts anderes als: mit der (ambulanten) Behandlung vereinbar, verträglich, übereinstimmend, zusammenpassend. Ebenso wie der deutsche visiert der französische Text das richterliche Ermessen an: Der Richter müsse bei seiner Entscheidung der Verträglichkeit resp. Unverträglichkeit von Strafe, d.h. Strafvollzug und ambulanter Behandlung Rechnung tragen.

Auf ein weiteres Urteil des Bundesgerichts ist einzugehen. In BGE 100 IV 201 bestätigt der Kassationshof seine Rechtsprechung und fügt ein weiteres Argument hinzu: "Oft kann es für den Verurteilten eine starke Belastung bedeuten, wenn der Strafvollzug während langer Zeit in der Schwebe bleibt" (S.202). Stellt es dem nicht eine ungemein viel stärkere Belastung für den Verurteilten dar, wenn er als zum geistig Abnormen gestempelten und leidenden dem Normalvollzug zugeführt wird, der ihm weder nach Art noch Ausmaß die als notwendig erkannte Behandlung bieten kann. Und außerdem: Es ist argumentiert worden, daß der im Hintergrund drohende Vollzug ein wirksames Mittel sei, den Verurteilten dazubringen, die erteilten Weisungen einzuhalten, den Therapeuten regelmäßig aufzusuchen. Jeder "Normale", der eine Lehranalyse gemacht hat, kennt übrigens diesen sanften Zwang, der seine "Freiwilligkeit" Woche für Woche auf die Probe stellt.

Diese kriminalpolitische Haltung des Bundesgerichts hat eine weitere, offensichtlich angestrebte Konsequenz. In jenen Fällen, wo der psychiatrische Experte eine geistige Abnormalität festgestellt hat, wird der Richter nur sehr selten eine Empfehlung des Gutachters, es sei eine Behandlung anzuordnen, unberücksichtigt lassen. Mit der Anordnung einer ambulanten Behandlung während des Strafvollzugs erreicht der Richter dreierlei: erstens Konformität mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, zweitens Übereinstimmung mit der Expertise, es sei denn, in jener sei ausdrücklich von einer Therapie unter tatsächlich ambulanten Bedingungen die Rede - und drittens beruhigt er sein schlechtes Gewissen. Jeder Richter kann sich bei einer solchen Entscheidung auf BGE 100 IV 14 berufen: "Die Behandlung in der Strafanstalt entspricht dem Geist des Gesetzes und den Grundsätzen des modernen Strafvollzugs." Nachweisbar werden seit einiger Zeit in den Strafanstalten große Anstrengungen unternommen, die Vorschrift von Art.46 Ziff.2 zu erfüllen: "In der Anstalt sind die dem seelischen, geistigen und körperlichen Wohl der Eingewiesenen dienenden geeigneten Maßnahmen zu treffen und die entsprechenden Einrichtungen bereitzustellen." Nun muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß diese Maßnahmen und Einrichtungen wie der regelmäßige Beizug externer Fachärzte, anstaltseigene therapeutische Dienste etc. allen Insassen zugute kommen sollen. Die personellen und institutionellen und heute vermehrt die finanziellen Mittel sind beschränkt. Der "Normalvollzug" ist ohnehin schon reich an Problemen, Sonderfällen, Überraschungen und die Vollzugspraktiker befinden sich ständig auf einer Gratwanderung: hier das Prinzip der Individualisierung, dort das Gebot der Gleichbehandlung. Die Strafanstalten werden schlicht überfordert, wenn ihnen vermehrt jene Verurteilten zugeführt werden, die gerade wegen einer Andersartigkeit spezieller therapeutischer Zuwendung und eines den Heilungs- oder Besserungsprozeß begünstigenden Milieus bedürfen. VOSSSEN hat dies aus

psychiatrischer Sicht bestätigt: "Zudem erweisen sich die speziell für ambulante ärztliche Behandlungsmaßnahmen empfohlenen Therapien in Verbindung mit einem Strafvollzug vielfach als ungeeignet oder zwecklos."¹⁹

In seinen in der "Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins" jährlich erscheinenden Besprechungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung äußert sich SCHULTZ zu BGE 100 IV 12 wie folgt: Das Urteil zeige "...überdeutlich, wie verfehlt es war, den Aufschub des Strafvollzugs nicht zwingend vorzuschreiben" und weist darauf hin, daß durch diese Rechtsprechung die für die weniger gefährlichen seelisch abnormen Täter gedachte "Vergünstigung" in ihr Gegenteil verkehrt werde²⁰. Außerdem kritisiert er die Unbilligkeit dieser Jurisdiktion im Hinblick auf die Verschlechterung der Aussichten auf bedingte Entlassung, wenn die Behandlung fortgesetzt werden müsse, da es fraglich erscheine, ob man in diesem Fall eine günstige Prognose stellen könne²¹. Er fordert eine Auslegung, die möglichst genau auf die Eigenart der ambulanten Behandlung zugeschnitten ist²² und schließt seine Kritik mit der Frage, wieso man gerade diesen Fall veröffentlicht habe und in fataler Weise präjudizierend wirken lasse²³.

Das Bundesgericht hat in späteren Entscheiden seine Praxis nicht nur bestätigt, sondern verschärft. In BGE 100 IV 201 erklärt der Kassationshof, der Strafaufschub könne nur gewährt werden, wenn der Heilerfolg der Behandlung erheblich in Frage gestellt werde (S.203)²⁴. (Man denke jedoch wieder an das Kriterium "compatible avec le traitement"²⁵.)

Von anderer Seite wird das Bundesgericht in dieser Frage bestärkt - so von REHBERG²⁶. Er warnt vor der Gefahr eines zu weitgehenden Gebrauchs der ambulanten Behandlung, vor der Anordnung und Durchführung pädagogisch-fürsorgerischer Vorkehren und psychologischer Beratung unter dem Titel der "Behandlung" und man sieht dahinter gelegentlich das Bestreben, "eine befürchtete Freiheitsstrafe positiver zu gestalten oder überhaupt abzuwenden"²⁷. Dazu ist zu bemerken, daß das Bestreben nach positiver Gestaltung (eines zukünftigen?) Freiheitsentzugs begrüßenswert ist, gleichgültig von welcher Seite der Anstoß dazu erfolgt: vom Beurteilten selbst, vom Verteidiger, vom Therapeuten, oder von dem die Maßnahme anordnenden Richter²⁸. Das Strafgesetz selbst setzt eine positive Gestaltung der freiheitsentziehenden Sanktionen voraus, wenn es in Art.37 dem Strafvollzug einen Erziehungs- resp. Resozialisierungsauftrag erteilt.

Die hin und wieder geäußerte Befürchtung, die ambulante Maßnahme könnte dazu dienen, eine Freiheitsstrafe "abzuwenden", ist mir unbegreiflich. Die Anordnung einer ambulanten Behandlung unter Aufschub der Strafe stellt - seit der Gesetzesnovelle von 1971 - das Instrument dar, unter bestimmten Umständen eine strafrechtliche Sanktion verhängen zu können, wodurch die schädlichen Auswirkungen des Vollzugs in der Strafanstalt vermieden werden sollen, ein drohender Strafvollzug abgewendet werden kann, weil er als unnütz, schädlich erkannt wird. In solchen Fällen ist die ambulante Behandlung in Freiheit die adäquate Antwort auf die Tat des "geistig abnormen" Rechtsbrechers: bessert sie, so sichert sie.

Dagegen wird eingewendet, es gelte zu verhindern, die Maßnahmen zu einem "Experimentierfeld für kriminal-prophylaktische Bemühungen aller Art werden zu lassen".²⁹

Dem ist entgegenzuhalten, daß nicht nur der Vollzug von Maßnahmen, sondern auch - seit es ihn gibt - der Vollzug von freiheitsentziehenden Strafen in den Dienst der Kriminalprophylaxe gestellt worden ist, und zwar mit einer beachtlichen Experimentierfreudigkeit, die nicht ohne positive Folgen geblieben ist.

4. Entwicklungsspielraum für die ambulante Behandlung in Freiheit

Eine aussagekräftige und die gesamte schweizerische Praxis über die Sanktionen gegenüber "geistig Abnormen" umfassende wissenschaftliche Untersuchung käme wohl zu einer düsteren Bilanz. Psychiatrische Kliniken öffnen ihre Türen und entfernen Gitter und Umzäunungen; niemand wünscht sich die Zustände von früher. Aber weil sich die gleichen Türen vor den gemäß Art. 43 zu behandelnden Tätern verschließen, werden die mit der Diagnose der Gefährlichkeit Behafteten den Maßnahmezentren zugewiesen - oder aber den Strafanstalten. Hat die Vollzugswirklichkeit das Sanktionensystem des Gesetzgebers einmal in der Weise durchlöchert, daß Strafanstalten selbst zu Sonderanstalten werden, wird der Vollzug an den sogenannten "Normalen" unter Umständen in ein fragwürdiges Abseits von Bezirksgefängnissen oder Rückfälligenanstalten gedrängt. Sogar wenn man von dieser hier nicht zu erörternden Entwicklungsmöglichkeit absieht, muß vor einem Modell der umfassenden ärztlichen Behandlung gewarnt werden. Mit den harten Worten RASCH's: "Der Strafvollzug hat seit über 4000 Jahren immer wieder Ansätze gemacht, Behandlungsmaßnahmen für die seiner Obhut Anvertrauten zu entwickeln. Die Versuche versandeten, die Gefängnisse verkamen zu Stätten unbarmherziger Peinigung. Das dürfte insofern im Wesen der Sache liegen, weil Strafe und Behandlung Gegensätze sind"³⁰. Strafe sei auf Übelzufügung gerichtet, Behandlung auf die Gewährung von Hilfe, fährt er fort und weist auf den inneren Widerspruch hin, unter welchem die Sozialtherapie innerhalb des Strafvollzugs scheiterte. Da hilft nur der Gegen-Spruch und dessen praktische Umsetzung, daß die Übelzufügung sich auf das absolute Minimum zu beschränken hat, wie sich dies in einer immer deutlicheren Tendenz in Gesetzgebung und Rechtsprechung abzuzeichnen beginnt. Eine Tendenz nur, denn noch gibt es Therapeuten, welche die Anordnung einer Androcur-Behandlung bei einem Sexualstraftäter ohne psychotherapeutische Begleitung als genügend erachten, wie ROBERT referiert³¹. Und es gibt die Zaghaflichkeit der Gerichte und ihrer "Gehilfen", der psychiatrischen Experten, die sich bei den geringsten Zweifeln für das Prinzip des Mißtrauens und der Sicherung entscheiden, die mit großer Besorgnis über das Primat des Juristen und des Arztes in allen diesen strittigen Fragen wachen³².

Die eigentliche *RATIO LEGIS* der ambulanten Behandlung gemäß Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 läge darin, dem sogenannten "geistig Abnormen" unter normalen und normalisierenden Bedingungen zu helfen, wobei er unter den Bedingungen einer nicht abgeschlossenen Umgebung intensiv begleitet wird und die therapeutische

Zielrichtung nicht die restlose Heilung sein muß, sondern die Verhinderung des desozialisierenden Rechtsbruchs.

Die Zahl der Straffälligen, die sich für eine solche Sanktionsform eignen, wird immer in Grenzen bleiben. Solange jedoch die Grenzzäune als Folge einer verfehlten Rechtsprechung kaum mehr Raum für eine verantwortungsvolle Erfahrungsarbeit mit einer sogenannten "bessernden" Maßnahme in Freiheit lassen, bleibt ROBERTs Vorwurf der Hypokrisie, der Heuchelei, kaum widerlegbar bestehen³³. BINSWANGER hat auf die oft umstrittene Abgrenzung der "Behandlung Kranker" und die "Betreuung Gesunder" hingewiesen und konkrete Vorschläge gemacht, die ambulante Behandlung nicht ausschließlich in die Hände von Ärzten zu legen, sondern in jene von ausgebildeten Spezialisten, zu denen auch Psychologen und Sozialarbeiter gehören³⁴. In dieser Frage werden die Meinungen noch lange auseinandergehen. RASCH hat dazu die aktuellen und klarsichtigen Stichworte geliefert: "Die Besinnung der Psychiater auf ihre eigentliche Aufgabe bedeutet, in der Zusammenarbeit mit der Justiz das Selbstkonzept des blossen Erfüllungsgehilfen aufzugeben und bereit zu sein, den Appell, der von einem Teil der Straffälligen ausgeht, auch wahrzunehmen. Die Auffassung, daß die Psychiatrie - als ärztliche Disziplin zur Behandlung von Geisteskranken - keine Methode kennt für die Betreuung dieser spezifischen Klientel, sollte nicht akzeptierte Basis für einen globalen therapeutischen Nihilismus sein, sondern Anstoß zur Entwicklung oder zur Entlehnung von Behandlungsmethoden, die den Bedürfnissen der Zielgruppe entsprechen."³⁵ Dem möchte ich hinzufügen, daß damit auch den Bedürfnissen nach Sicherheit und Rechtsfrieden entsprochen würde, wenn man ernster nähme, was mit dem Begriff "Betreuung" fest verbunden sein sollte, ein mögliches Maß an Treue zum "anderen", "abartigen" oder "abnormen" Menschen. Es geht darum, die vom Gesetzgeber eröffnete Möglichkeit, eine nicht primär durch Freiheitsentzug bestimmte Maßnahmeform zu erproben: nicht mit den höheren Weihen eines kriminalpolitischen Programms versehen - sondern nur im Sinne eines "normaleren" Umgangs mit "Abnormen".

Anmerkungen

- 1) Alle hier verwendeten Artikel beziehen sich auf das Schweizerische Strafbuch.
- 2) Vgl. zum Ganzen: J.SCHUH, Zur Behandlung des Rechtsbrechers in Unfreiheit, Diessenhofen 1980.
- 3) H.SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Zweiter Band, Die kriminalrechtlichen Sanktionen. Das Jugendstrafrecht, 4. überarbeitete Aufl., Bern 1982, S. 158 f.; fortan zit. SCHULTZ II
- 4) ders., op.cit. S. 159.
- 5) ders., op.cit. S. 151.
- 6) das folgende nach SCHULTZ II, S. 151 f.
- 7) geht es nur um eine akademische Frage: NULLA POENA SINE CULPA?
- 8) G.STRATENWERTH, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR) 89 (1973), S. 133.

- 9) SCHULTZ II, S.152.
- 10) STRATENWERTH, ZStrR 89 (1973), S.134.
- 11) R.VOSSEN, Ambulante ärztliche Behandlung gemäß Art.43 und 44 StGB im Straf- und Maßnahmenvollzug, erschienen in: Schweizerische Juristen-Zeitung, Heft 9, 1977.
- 12) Protokoll A VII, 5.Session vom 11./12.Juli 1956, S.5 f.
- 13) F.CLERC, im erwähnten Prot., vgl.Anm.12, S. 6.
- 14) Protokoll der Kommission des NR, 6.Sitzung v.26.8.-29.8.68, S.254.
- 15) im erw.Prot., s.Anm.14, S.255.
- 16) Auch dieser Ausdruck findet sich im erw.Protokoll, s.Anm.14, S.255.
- 17) BGE 100 IV 13.
- 18) In der Expertenkommission zog LERCH den entsprechenden Antrag zugunsten eines Antrages von WAIBLINGER zurück. Vgl. Prot. A VII, 5.Session v.11./12.Juli 1956, S.6 f.
- 19) R.VOSSEN, s.Anm.11, S.134.
- 20) SCHULTZ, ZBJV 111 (1975), S.489.
- 21) SCHULTZ, ZBJV op.cit., S.490.
- 22) SCHULTZ, ZBJV op.cit., S.489.
- 23) SCHULTZ, ZBJV op.cit., S.491.
- 24) ebenso wie BGE 101 IV 271, insb.S.275 und BGE 101 IV 357, wo hinreichende "Gründe der Heilbehandlung" für die Gewährung des Strafaufschubs gefordert wurden.
- 25) vgl.dazu SCHULTZ, ZBJV 112 (1976), S.408 f., sowie seine einläßliche Kritik in Bd.II, 4.Auflage, S.160-162 und S.169.
- 26) J.REHBERG, Fragen bei der Anordnung und Aufhebung sichernder Maßnahmen nach StGB Art.42-44, in ZStrR 93 (1977), S.164 ff.
- 27) REHBERG, op.cit., S.172.
- 28) REHBERG, op.cit., S.173.
- 30) W.RASCH, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2 (1982), S.182.
- 31) Ch.-N.ROBERT, Délinquants mentalement anormaux et justice pénale, in: XVI Journée Juridique, Mémoires de la Faculté de droit, Genf, 1977, S.33.
- 32) s. St.BAUHOFER, Der Richter und sein Helfer. Psychiater der Psychologie als Gutachter, Kriminologisches Bulletin (Krim.Bull.), 6 (1980), S.3 ff.
- 33) Ch.-N.ROBERT, op.cit., S.31.
- 34) R.BINSWANGER, Probleme der Durchführbarkeit ambulanter Maßnahmen nach StGB Art.43/44 aus psychiatrischer Sicht, ZStrR 4 (1978), S.383 f.
- 35) W.RASCH, Angst vor der Abartigkeit. Über einen schwierigen Begriff der §§ 20, 21 StGB, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2 (1982), S.182.

R E S U M E

L'auteur étudie comment le législateur suisse a traité les cas de délinquants mentalement anormaux. La question qui se pose à ce propos est celle-ci : liberté ou contrainte ?

Dans la première partie (I.) l'auteur présente les différents types et formes d'exécution, notamment les traitements et mesures de sécurité stationnaires. La deuxième partie (II.) esquisse les conditions nécessaires que doivent remplir les dispositions du juge.

La troisième partie (III.), la plus importante, est consacrée au traitement communément appelé "ambulant", mais qui dans la plupart des cas est stationnaire, donc effectué dans des conditions thérapeutiquement peu favorables. L'auteur traite ensuite de la genèse de la norme appliquée à ce propos et il examine la juridiction du Tribunal fédéral. Il esquisse enfin les possibilités et les limites de cette forme de sanction pénale.

S U M M A R Y

The author delves into the question in what way Swiss penal law in force deals with the treatment of mentally deficient delinquents, that is from the specific angle of: Treatment in freedom or confinement?

In a first part (I.) the various sorts and kinds of sanction are presented in general, briefly introducing in particular inmates' treatment and security measures.

Then (II.) the common basic requirements for judiciary instructions and reversal of correctional measures are drawn in outline.

In the last and most important part (III.) the author deals with the form of treatment called "ambulant", which in reality is very often carried out in prison, that means under therapeutically unfavourable conditions. The author thereby considers how this legal norm has been developed, dealing critically with the jurisdiction of the Swiss Federal Court, and finally points to the possibilities and limits of this form of penal sanction.

Stefan Bauhofer

Lic.iur.

CH-3206 Ferenbalm