

**Zeitschrift:** Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie = Revue suisse de criminologie = Rivista svizzera di criminologia = Swiss Journal of Criminology

**Herausgeber:** Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

**Band:** 8 (2009)

**Heft:** 1

**Artikel:** Übergang von altem zu neuem Verwahrungsrecht : eine halboffene Tür für Gewohnheitsverbrecher : Kommentar zu den Entscheiden der Strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. September 2008, 6B\_144/2008 und vom 9. Oktober 2008, 6B\_...

**Autor:** Lehner, Dominik

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1050665>

### **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:** 14.01.2025

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

*Dominik Lehner*

## Übergang von altem zu neuem Verwahrungsrecht. Eine halboffene Tür für Gewohnheitsverbrecher

Kommentar zu den Entscheiden der Strafrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9. September 2008, 6B\_144/2008 und vom 9. Oktober 2008, 6B\_103/2008

Unter dem Titel Überprüfung altrechtlicher Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern (Art. 42 Ziff. 1 aStGB; Ziff. 2 Abs. 2 der Schlussbestimmungen der Änderung des Strafgesetzbuchs) untersuchte das Bundesgericht die Zulässigkeit der Weiterführung altrechtlicher Verwahrungen gemäss Art. 42 Ziff. 1 a StGB nach neuem Recht. Die weitgehend gleich lautenden rechtlichen Erwägungen der beiden Entscheide sind nachvollziehbar; in der Praxis vermögen sie jedoch nur begrenzt zu befriedigen. Es bleibt vor allem ein fahles Gefühl, dass hier der Gesetzgeber mit der so genannten Novelle vom 24. März 2006 gegen den Grundsatz der *lex mitior*, d.h. den Grundsatz des Vorrangs des milderen Rechts verstossen hat. Und dass die höchstrichterliche Rechtsprechung bei diesen Entscheiden bemüht war, nachträglich korrigierend zu wirken. Das scheint bis zu einem gewissen Grad auch gelungen zu sein, nur kommt diese Korrektur gezwungenermassen spät und bleibt letztlich behelfsmässig.

Das per Novelle beschlossene Übergangsrecht (aStGB Ziff. 2 Abs. 2 Schlussbestimmungen) sieht entgegen dem ursprünglichen Text betreffend die Überprüfungen der altrechtlichen Verwahrungen eine Entlassung aus der Verwahrung nicht vor. Gemäss der Novelle sind entweder die Voraussetzungen für eine Umwandlung in eine therapeutische Massnahme erfüllt oder die altrechtliche Verwahrung wird neurechtlich weitergeführt. Das Bundesgericht hält in den zitierten Entscheiden fest, die altrechtliche Verwahrung sei auch bei Straftätern, die keine Straftat gemäss so genanntem Anlassatentkatalog nach Art. 64 Abs. 1 StGB begangen haben, neurechtlich weiterzuführen, sofern die Voraussetzungen für die Umwandlung in eine therapeutische Massnahme nicht gegeben seien. Findet keine Umwandlung zugunsten einer therapeutischen Massnahme statt, sei im Rahmen der Fortsetzung der Verwahrung nun allerdings in Anwendung des neuen Rechts die bedingte Entlassung zu prüfen. Was bedeutet

das für die betroffenen Gewohnheitsverbrecher, für welche die Umwandlung in eine therapeutische Massnahme nicht in Frage kommt, konkret? Für ihre Entlassung ist damit ausschliesslich die Frage der Bewährung bezüglich Straftaten nach dem so genannten Anlassatentkatalog von Art. 64 Abs. 1 StGB massgebend. Anderes Fehlverhalten ist hier nicht relevant (Marianne Heer, Basler Kommentar, StGB I, 2. Auflage 2007, Art. 64a N. 14; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II. Strafen und Massnahmen, Bern 2006, § 12 Rz 28; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Auflage 2007, § 9 S. 250). Entscheidend für die Beurteilung der bedingten Entlassung ist ausschliesslich die Gefahr der Begehung solcher Straftaten, die eine neurechtliche Verwahrung seit dem 1. Januar 2007 überhaupt erst ermöglichen und damit genau solcher Straftaten, wie sie verwahrte Gewohnheitsverbrecher in der Regel bisher nicht begangen haben. Die Überprüfung der Verwahrung war gemäss Schlussbestimmung des neuen Rechts bis spätestens 12 Monate nach Inkrafttreten des neuen Rechts (1.1.2007) vorzunehmen. Dass höchstrichterliche Entscheide darüber «bereits» im September und Oktober 2008 vorliegen, ist aus der Sicht der Rechtsprechung wohl vertretbar. Aus der Sicht der Verwahrten hätte dem Ergebnis nach allerdings die Prüfung der bedingten Entlassung nach neuem Recht bereits per 1. Januar 2007 «passieren» müssen.

Mit dem ausdrücklichen Verweis auf die Fortführung der Verwahrung, bzw. die Prüfung der Entlassung nach neuem Recht, verlagert das Bundesgericht die Frage der Entlassung von den Gerichten – die ja gemäss Wortlaut der Novelle nicht entlassen dürfen – zu den Vollzugsbehörden. Wie bei einer horizontal zweigeteilten Stalltüre, bleibt eine Türhälfte – sagen wir einmal die obere – nun mehr einem Fenster gleich, offen. Obschon die Verwahrung mindestens formell, aber auch praktisch weitergeführt



wird – die untere Türhälfte also geschlossen bleibt – ist eine Entlassung möglich. Sie ist jedoch bedingt und sie ist an bestimmte *neurechtliche* Voraussetzungen geknüpft. Besonders ist dabei, dass – um beim Stalltürenbeispiel zu bleiben – wir schon im voraus wissen, dass sich in diesem Stall nicht etwa Rinder befinden, sondern vor allem Hühner, welche den Stall durch die offene obere Türhälfte – wohl nur mit einigem Geflatter, aber immerhin – verlassen können<sup>1</sup>. Der Gewohnheitsverbrecher erfüllt in der Regel die neurechtlichen Voraussetzungen für die bedingte Entlassung aus der Verwahrung, denn ohne dass je ein so genanntes Anlassdelikt begangen wurde, wird man kaum fehlende Bewährungsaussichten hinsichtlich solcher Delikte zu begründen vermögen.

Schwierig bleibt die Entscheidung über die bedingte Entlassung hingegen dort, wo die Bewährung hinsichtlich der Begehung eines Anlassdelikts nicht eindeutig beantwortet werden kann, obschon die Verwahrung nicht infolge eines Anlassdelikts erfolgt ist. Tatsächlich lag in einem der vom Bundesgericht beurteilten Fälle ein in früher Jugend begangenes, längst beurteiltes (und verbüsstes) Tötungsdelikt vor, was die Beurteilung der bedingten Entlassung durch die Vollzugsbehörde erschwert. Es ist aber auch an Fälle zu denken, wo forensisch-psychiatrische Gutachten von einem hohen Risiko der Begehung schwerer (Anlass-)Delikte ausgehen, obschon solche bisher nicht erfolgt sind. Doch eine strafrechtliche «Präventiv-Verwahrung» ist rechtsstaatlich keinesfalls vertretbar (zivilrechtliche Massnahmen wie der Fürsorgerische Freiheitsentzug bleiben natürlich vorbehalten).

Unglücklich ist schliesslich der Aspekt des Zeitablaufs bis zum Vorliegen rechtskräftiger Entscheide über die Weiterführung der Verwahrung. Denn die hängigen Verfahren standen der Prüfung der Entlassung bis zu diesem Zeitpunkt klar entgegen. Und selbst nach Vorliegen der höchstrichterlichen, rechtskräftigen Urteile, sind nicht sofortige Entlassungen möglich, sondern es muss das Verfahren gemäss Art. 64b StGB über die Entlassung aus der Verwahrung nach neuem Recht durchgeführt werden. Danach ist ein Bericht der Anstaltsleitung einzuholen, eine unabhängige sachverständige Begutachtung, die Anhörung einer Fachkom-

mission nach Art. 62d Absatz 2 StGB und die Anhörung des Täters notwendig. Zwar wird sich die Fachkommission vielleicht fragen, weshalb sie Fälle beurteilen soll, bei denen gar keine Anlassdelikte aus dem Deliktskatalog von Art. 64 Abs. 1 StGB vorliegen. Spätestens hier beisst sich nämlich die Katze nun doch in den Schwanz (wo sie sich vorher erst im Kreis drehte.). Doch darf der Straftäter aufgrund des klaren Wortlauts des neuen Rechts erst nach Durchlaufen dieses Verfahrens entlassen werden – auch wenn er die eigentlichen Voraussetzungen für eine neurechtliche Verwahrung, nämlich eine Straftat gemäss Katalog von Art. 64 Abs. 1 StGB, gar nie erfüllt hat.

Viel einfacher wäre es gewesen, der Gesetzgeber hätte auf die Vernunft unserer Gerichte vertraut und darauf verzichtet, die Schlussbestimmung Ziff. 2 Abs. des nStGB mit der Novelle vom 24. März 2006 zu verschärfen, wonach die unter der Herrschaft des alten Rechts verwahrten Personen nach dem Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB nicht einfach (aus der Massnahme) entlassen werden konnten, falls es an der Voraussetzung für die Anordnung einer neurechtlichen Verwahrung gemäss Art. 64 StGB fehlt. Ein Beschluss, der von einigen worunter auch der Schreibende als unvereinbar mit der aus Art. 7 EMRK und Art. 15 UNO-Pakt II fließenden staatsrechtlichen Verpflichtung zum Grundsatz der «lex mitior» empfunden wird, auch wenn das Bundesgericht feststellt, dass dieser Grundsatz nur gelte, wenn nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eine Sanktion angeordnet werde. D.h. eine Sanktion, die unter der Herrschaft und in Anwendung des alten Rechts angeordnet worden und in Rechtskraft erwachsen sei, müsse nicht aufgehoben werden, wenn im konkreten Einzelfall die neurechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung einer solchen Sanktion nicht erfüllt seien.

**Dominik LEHNER**

*Leiter Freiheitsentzug und Soziale Dienste*

*Justiz- und Sicherheitsdepartement*

*Basel-Stadt*

*Rheinsprung 16*

*CH-4001 Basel*

*dominik.lehner@jsd.bs.ch*

<sup>1</sup> Es ist keinesfalls die Absicht, hier Menschen mit Tieren zu vergleichen. Es soll vielmehr das sich als passend erweisende Bild der Stalltüre zum Vergleich verwendet werden.