

RISIKO

GRUNDLAGEN

Basisraten in forensischen
Humanwissenschaften:
Grundlagen und Heraus-
forderungen

*[Joëlle Ninon Albrecht /
Nina Schnyder / Jérôme
Endrass / Marc Graf / Dirk
Baier / Astrid Rossegger]*

Rechtliche Aspekte der
forensischen Basisraten
*[Thomas Noll / Michèle
Iseli]*

TECHNIK & INFRA- STRUKTUR

Staatliche Gesichts-
erkennung: eine rechtliche
Einordnung
[Robert Baumann]

POLIZEI & MILITÄR

Das polizeirechtliche
Veranstaltungsverbot im
Kanton St. Gallen
[Patrice Martin Zumsteg]

RISIKO & RECHT

AUSGABE 02 / 2025

RECHT

RISIKO RECHT

Risiko & Recht macht es sich zur Aufgabe, Rechtsfragen der modernen Risikogesellschaft zu analysieren. Berücksichtigung finden Entwicklungen in verschiedensten Gebieten, von denen Sicherheitsrisiken für Private, die öffentliche Ordnung, staatliche Einrichtungen und kritische Infrastrukturen ausgehen. Zu neuartigen Risiken führt zuvorderst der digitale Transformationsprozess und der damit verbundene Einsatz künstlicher Intelligenz; des Weiteren hat die Covid-Pandemie Risikopotentiale im Gesundheitssektor verdeutlicht und auch der Klimawandel zwingt zu umfassenderen Risikoüberlegungen; schliesslich geben gesellschaftliche Entwicklungen, u.a. Subkulturenbildung mit Gewaltpotential, Anlass zu rechtlichen Überlegungen. Risiko und Recht greift das breite und stets im Wandel befindliche Spektrum neuartiger Risikosituationen auf und beleuchtet mit Expertenbeiträgen die rechtlichen Herausforderungen unserer Zeit.

Editorial 4

GRUNDLAGEN

Basisraten in forensischen Humanwissenschaften: Grundlagen
und Herausforderungen

[*Joëlle Ninon Albrecht / Nina Schnyder / Jérôme Endrass / Marc
Graf / Dirk Baier / Astrid Rossegger*]

6

Rechtliche Aspekte der forensischen Basisraten

[*Thomas Noll / Michèle Iseli*]

21

POLIZEI & MILITÄR

Das polizeirechtliche Veranstaltungsverbot im Kanton St. Gallen

[*Patrice Martin Zumsteg*]

39

TECHNIK & INFRASTRUKTUR

Staatliche Gesichtserkennung: eine rechtliche Einordnung

[*Robert Baumann*]

59

TAGUNGSBERICHT

15. Zürcher Präventionsforum – Aktuelle Schwerpunkte
der Kriminalprävention – Jugend, Radikalisierung und Gewalt

[*Niklaus Julian Sempach / Vivian Stein / Jacqueline Walder*]

73

Editorial

Sehr geehrte Damen und Herren

Die vorliegende Ausgabe 2/2025 der Risiko & Recht deckt ein breites Themenspektrum aktueller Sicherheitsfragen ab. Eingangs setzen sich zwei Beiträge mit der Thematik Basisraten im strafprozessualen Kontext auseinander. Hierbei dreht es sich um die statistische Grundwahrscheinlichkeit eines bestimmten Ereignisses oder Merkmals. Basisraten sind essenzieller Bestandteil evidenzbasierter Risikoeinschätzungen. Die Autorinnen und Autoren Joëlle Ninnon Albrecht, Nina Schnyder, Jérôme Endrass, Marc Graf, Dirk Baier und Astrid Rossegger befassen sich in ihrem Beitrag mit den mit Basisraten verbundenen Herausforderungen und stellen die wesentlichen Faktoren dar, welche bei der Nutzung von Basisraten zu berücksichtigen sind. Thomas Noll und Michèle Iseli setzen sich mit rechtlichen Aspekten der forensischen Basisraten auseinander. Angesichts der potenziell einschneidenden Bedeutung solcher Risikoeinschätzungen, widmen sich die Autoren in ihrem Beitrag dem rechtlichen Rahmen, den Fachpersonen im Umgang mit Basisraten einzuhalten haben.

Robert Baumann beleuchtet in seinem Beitrag die staatliche Gesichtserkennung aus rechtlicher Sicht. In verschiedenen Kantonen und Gemeinden sind Vorstösse eingereicht worden, um die biometrische Gesichtserkennung im öffentlichen Raum gänzlich zu verbieten. Vor diesem Hintergrund ordnet der Autor die Gesichtserkennung rechtlich ein und beurteilt insbesondere die Zulässigkeit der vom Bund geplanten Einführung eines automatischen Gesichtsbildabgleichs.

Patrice Martin Zumsteg befasst sich mit dem polizeilichen Verbot im Kanton St. Gallen. In seinem Beitrag behandelt er anhand eines Anwendungsfalls die praktische Umsetzbarkeit von Art. 50^{quater} des Polizeigesetzes des Kantons St. Gallen.

Schliesslich berichten Niklaus Sempach, Vivian Stein und Jacqueline Walder vom 15. Zürcher Präventionsforum, an welchem die aktuellen Schwerpunkte der Kriminalprävention Jugend, Radikalisierung und Gewalt aufgearbeitet wurden.

Die Zeitschrift Risiko & Recht freut sich zudem, eine Kooperation mit den beiden Weiterbildungsstudiengängen CAS Recht der inneren Sicherheit und CAS Polizeirecht an der ZHAW in Winterthur bekannt geben zu dürfen. Die von den ausgewiesenen Experten im Sicherheitsrecht, Patrice Martin Zumsteg und Lucien Müller, geleiteten Studiengänge werden der Zeitschrift künftig hervorragende Zertifikatsarbeiten zur Publikation vorschlagen. Die Entscheidung über eine Veröffentlichung liegt weiterhin bei den Herausgebern. Den Auftakt dieser Kooperation bildet der Beitrag von Patrice Martin Zumsteg zum polizeirechtlichen Veranstaltungsverbot im Kanton St. Gallen in der vorliegenden Ausgabe.

Wir wünschen Ihnen, geschätzte Leserinnen und Leser, eine anregende Lektüre und erlauben uns noch auf die Möglichkeit eines [Print-Abonnements](#) hinzuweisen.

Tilmann Altwicker
Dirk Baier
Goran Seferovic
Franziska Sprecher
Stefan Vogel
Sven Zimmerlin

Rechtliche Aspekte der forensischen Basisraten

Thomas Noll / Michèle Iseli*

Basisraten sind essenzieller Bestandteil evidenzbasierter Risikoeinschätzungen. Bei der Wahl geeigneter Basisraten können sich Konflikte zwischen Spezifität und Robustheit ergeben. Angesichts der potenziell einschneidenden Bedeutung solcher Risikoeinschätzungen, insbesondere für Betroffene, widmet sich dieser Beitrag dem (grund-)rechtlichen Rahmen, den Fachpersonen im Umgang mit Basisraten einzuhalten haben.

Inhalt

I. Einleitung	22
II. Kunstgerechte Risikoeinschätzungen gemäss Lehre und Rechtsprechung	23
III. Justizvollzug muss auf Evidenz basieren	25
IV. Weitere Rechtsgrundlagen	27
V. Zum Trade-off zwischen Spezifität und Robustheit	30
VI. Fazit	34
Literaturverzeichnis	36

* PD Dr. iur. Dr. med. THOMAS NOLL ist Arzt und Strafrechtler. Er hat als Allgemein- und Gefängnispsychiater gearbeitet, war Chef Vollzug der JVA Pöschwies und Direktor des Schweizerischen Ausbildungszentrums für das Strafvollzugspersonal. Heute ist er Forscher im JuWe (Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich). MLaw MICHÈLE ISELI ist juristische Auditorin bei Forschung und Entwicklung (F&E) im JuWe.

I. Einleitung

Forensisch-psychologische Risikoeinschätzungen müssen auf Fakten beruhen, nicht auf gefühlten Wahrheiten.¹ Basisraten, also die statistisch erhobenen Rückfallraten einer bestimmten Population, sind empirische Fakten. Wie im Beitrag von Albrecht et al. in dieser Ausgabe von R&R erklärt, benötigen forensische Fachpersonen für die Einschätzung von individuellen Rückfallwahrscheinlichkeiten Basisraten als geeignete Erfahrungs- respektive Vergleichswerte.² Ohne zuverlässige Basisraten würden die Vergleichswerte fehlen, und es würden unfundierte Risikoeinschätzungen erstellt. Das kann weitreichende Folgen haben, denn auf Basis von Risikoeinschätzungen finden wesentliche Eingriffe in die Rechte von betroffenen Personen statt: Im Strafrecht und Strafprozessrecht wird in unterschiedlichen Situationen gesetzlich eine *Einschätzung von Risiken* verlangt, etwa im strafprozessualen Kontext bei der Beurteilung der Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr (Art. 221 StPO³). Auch im Sachurteil stellt sich im Zusammenhang mit der Massnahmenindikation die Frage der Rückfallwahrscheinlichkeit (Art. 56 StGB⁴). Weiter können während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden strafrechtlichen Massnahme Risikoeinschätzungen im Rahmen von Vollzugslockerungen (z.B. Hafturlaub) sowie im Kontext der (bedingten) Entlassung aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug (Art. 62d, Art. 64a, Art. 86 StGB) bedeutsam sein.⁵

Diese Eingriffe lassen sich nur legitimieren, wenn sie sich auf wissenschaftliche Evidenz abstützen, die einen hinreichenden Standard aufweist.⁶ Eine der zentralen Fragen für die richterliche Prüfung der Qualität eines forensi-

¹ Pressemitteilung Nr. 88/2024 des Bundesjustizministers Dr. Marco Buschmann vom 17. Oktober 2024 <https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/1017_Straf-StatG.html>.

² ALBRECHT ET AL., I. Daneben – was aber nicht Gegenstand dieses Beitrags ist – werden Basisraten für eine Reihe weiterer Zwecke benötigt, etwa zur Überprüfung, ob mit einer bestimmten Strafe ihr spezialpräventives Ziel überhaupt erreicht wird, oder zur Untersuchung der Wirksamkeit etablierter Vollzugsgestaltungen (Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes über die Statistiken der Strafrechtspflege des Bundes, 19 <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_StrafStatG.html>). Basisraten sind somit ein wichtiges Instrument der Strafrechtspolitik.

³ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO, SR 312).

⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch, StGB, SR 311).

⁵ URWYLER ET AL., Rz. 356; NOLL, 1.

⁶ URWYLER ET AL., Rz. 357.

schen Gutachtens ist denn auch, ob von der Fachperson eine Basisrate genannt wurde.⁷

Albrecht et al. argumentieren in ihrem Beitrag aus dem Blickwinkel der Methodologie. Es ergeben sich aus der Verwendung von Basisraten aber auch verschiedene *juristische Fragen*, die in den folgenden Kapiteln diskutiert werden. Zudem ist es für eine zielführende Weiterentwicklung des Feldes zentral, die Vorschläge und Überlegungen aus psychologisch-methodischer Perspektive hinsichtlich ihrer juristischen Auswirkungen einzuordnen und zu spezifizieren.

II. Kunstgerechte Risikoeinschätzungen gemäss Lehre und Rechtsprechung

Das Bundesgericht anerkennt in seiner Rechtsprechung, dass bei der forensisch-psychiatrischen Begutachtung im Grundsatz Methodenfreiheit besteht. Die Wahl der Methode muss aber begründet sein. Die wissenschaftlichen Standards müssen eingehalten und die Schlussfolgerungen transparent sowie für die Verfahrensbeteiligten nachvollziehbar dargestellt werden.⁸ Der Sachverständige hat sich fassbar dazu zu äussern, ob und allenfalls welche Delikte mit wie hoher Wahrscheinlichkeit künftig zu erwarten sind. Erlaubt ein Gutachten in Bezug auf die Rückfallgefahr betreffend die Begehung einer schweren Gewalttat weit auseinander liegende Interpretationen, kann aus juristischer Sicht nicht mehr von einer hinreichend bestimmten gutachterlichen Entscheidungsgrundlage im Sinne von Art. 56 Abs. 3 StGB gesprochen werden.⁹

Nedopil et al. schlagen für die Risikoeinschätzung bei Straftätern und Straftäterinnen ein vierstufiges Prozedere vor. Der zentrale Gedanke dabei ist, dass die statistische Rückfallwahrscheinlichkeit der Personengruppe, zu welcher die zu untersuchende Person gehört, mit spezifischen Angaben zur betreffenden Tat resp. Person präzisiert und individualisiert wird.¹⁰ Dabei sind Ba-

⁷ URWYLER ET AL., Rz. 349.

⁸ vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_828/2018 vom 05. Juli 2019 E. 6.4; BGE 128 I 81 E. 2 S. 85; Urteil des Bundesgerichts 6B_304/2015 vom 14. September 2015 E. 2.4.

⁹ BGer 6B_828/2018 E. 6.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_265/2015 vom 3. Dezember 2015 E. 6.3.2.

¹⁰ NEDOPIL ET AL., 261 ff.; Dabei besteht idealerweise kein grundsätzlicher Unterschied zwischen statistischen und individuellen Faktoren. Wenn man den statistischen Wert beim Individualisieren gegen unten oder oben korrigiert, so tut man dies im besten Fall mit individuellen (Risiko- oder protektiven) Faktoren, die auch statistisch erhärtet sind. Individuelle

sisraten und standardisierte Risikoeinschätzungsinstrumente wichtige Mittel, um einen statistischen Anker zu setzen und das Risiko zu quantifizieren.¹¹ Dieser Meinung ist auch die Rechtsprechung: Basisraten liefern einen «Orientierungspunkt»¹², sie «stecken den Rahmen für die Rückfallgefahr ab»¹³ und sind damit zwingende Voraussetzung für die individuelle Risikoeinschätzung. Darüberhinausgehend besagen sie jedoch nichts für die Prognose im Einzelfall.¹⁴

Faktoren dürfen trotz ihrer «Individualität» nicht auf einem reinem Bauchgefühl der sachverständigen Person gründen. Umgekehrt wird ein statistisches Instrument mit wachsender Anzahl von Items zunehmend individuell. Damit ist die Grenze zwischen statistischen und individuellen Faktoren fließend und auch nicht in jedem Fall klar identifizierbar. Aus dieser Tatsache ergeben sich Parallelen zu einer Regel, die im Rahmen der Strafzumessung als Doppelverwertungsverbot bezeichnet wird: Das strafrechtliche Doppelverwertungsverbot besagt, dass Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens (z.B. eines qualifizierten oder privilegierten Tatbestandes) führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafmindeungsgrund berücksichtigt werden dürfen, weil dem Täter sonst der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugutegehalten würde (BGE 142 IV 14 E. 5.4 S. 17 f.; BGE 141 IV 61 E. 6.1.3 S. 68, BGE 118 IV 342 E. 2.b S. 347 f.). Auf die vorliegende Thematik transferiert, bedeutet dies: Es sollten nicht die gleichen Merkmale auf der statistischen und individuellen Stufe zweimal gezählt werden, weder im belastenden noch im entlastenden Sinn. D.h. es dürfen beim Individualisieren nur (Risiko- und protektive) Faktoren berücksichtigt werden, die einen inkrementellen Wert haben. Wenn beispielsweise ein Täter bei der statistischen Prüfung mit dem aktuarischen Risk-Assessment-Instrument VRAG geprüft wird und wegen seines verhältnismässig hohen Alters beim Index-Delikt (39 Jahre und höher) einen protektiven Wert erhält, so darf der Schlusswert bei der individuellen Anpassung der statistischen Bewertung höchstens dann wegen hohen Alters des Täters weiter gesenkt werden, wenn er deutlich älter ist als die im VRAG erforderlichen 39 Jahre.

¹¹ ALBRECHT ET AL., I; KRAUSS/COOK/KLAPATCH, 532 ff.; LEHMANN ET AL., 1661 ff.

¹² BGer 6B_828/2018 E. 6.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 4.4.5; Urteil des Bundesgerichts 6B_772/2007 vom 9. April 2008 E. 4.2 f.; Urteil des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_100/2017 vom 9. März 2017 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018 E. 2.2.6.

¹³ BGer 6B_828/2018 E. 6.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_257/2018, 6B_270/2018 vom 12. Dezember 2018 E. 7.6.1. Basisraten sind ausserdem zentral bei der Interpretation des Ergebnisses eines Risikoeinschätzungsinstrumentes. Die Angabe zur Trennschärfe eines Instruments (AUC) ohne Berücksichtigung der Basisrate ist wenig aussagekräftig; dazu ausführlich NEDOPII ET AL., 103 ff.

¹⁴ BGer 6B_828/2018 E. 6.4; BGer 6B_257/2018, 6B_270/2018 E. 7.6.1. Die unmittelbare Übernahme gruppenstatistischer Erkenntnisse auf den Einzelfall oder gar mechanistische Übertragung von empirischen Prognosekriterien ohne Bezugnahme auf die individuellen Risiken, Fähigkeiten, Lebenssituationen etc. führt zu Fehlern bei der Risikoeinschätzung; BOETTCHER ET AL., Prognoseinstrumente, 479.

III. Justizvollzug muss auf Evidenz basieren

Staatliches Handeln – worunter auch das Einschätzen einer Rückfallprognose durch eine öffentliche oder private Fachperson fällt¹⁵ – muss wirksam sein. Das Bedürfnis in der Gesellschaft nach Evidenzbasierung und fundierter Evaluation von staatlichem Handeln (aber auch in anderen Lebensbereichen) steigt stetig an.¹⁶ Das Handeln des Staats soll sich nicht nur durch das Gesetz legitimieren, sondern auch durch seinen Erfolg.¹⁷ Nicht nur Rechtmässigkeit ist eine Zielsetzung des Staats, sondern auch wirkungsvolles, griffiges und effizientes Handeln,¹⁸ oder anders formuliert: «Ein <guter> Staat ist einer, der sich durch die Wirkungen seines Handelns legitimiert»¹⁹. Die wachsende Bedeutung des effizienten Staatshandelns zeigt sich in der Entwicklung und Anwendung einer Vielzahl neuer Instrumente zur besseren Planung, Umsetzung und Überprüfung staatlicher Massnahmen: So werden die frühere qualitative Berichterstattung und Statistiken mit integrierten Planungsinstrumenten, Leistungskennzahlen, New Public Management, Controlling und Monitoring sowie empirischen Evaluationen ergänzt.²⁰

Eine zentrale Bestimmung zur Kontrolle effizienten staatlichen Handelns auf Bundesebene stellt Art. 170 BV²¹ dar: «Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden». Diese Bestimmung verleiht der Wirksamkeitsüberprüfung ein stärkeres poli-

¹⁵ In Lehre und Rechtsprechung wird der Begriff der «öffentlichen Aufgabe» teilweise extensiv ausgelegt im Sinn, dass er alle Aufgaben umfasst, die im öffentlichen Interesse liegen (BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58 f.; MÜLLER, 66; ACHERMANN, 46 f.), teilweise aber auch eng, sodass nur Staatsaufgaben darunterfallen (THIÉBAUD, 511; SHK BGÖ-NUSPLIGER, Art. 5 Rz. 19). Staatsaufgaben sind Aufgaben, die im Auftrag des Gesetzgebers erfüllt werden müssen, unabhängig von der Organisationsform des Aufgabenträgers (RÜTSCHKE, 162; HÄSLER, 71 ff.). Das Bundesgericht bezeichnete beispielsweise die Arbeit einer ärztlichen Begutachtungsstelle als öffentliche Aufgabe (BGE 137 V 210 E. 2.4.3 S. 239).

¹⁶ KELLER LÄUBLI, 51; SGK BV-UHLMANN/BUSSMANN, Art. 170 Rz. 6; BEYWL/WIDMER, 13 ff.

¹⁷ BSK BV-LIENHARD/MARTI LOCHER, Art. 170 Rz. 5; SCHINDLER, Rz. 12; Bericht der Interdepartmentalen Kontaktgruppe «Wirkungsprüfungen» an die Generalsekretärenkonferenz der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Wirksamkeit von Bundesmassnahmen – Vorschläge zur Umsetzung von Artikel 170 der Bundesverfassung bei Bundesrat und Bundesverwaltung vom 14. Juni 2004, 2.

¹⁸ MOOR, 20.

¹⁹ MASTRONARDI, 26.

²⁰ BSK BV-LIENHARD/MARTI LOCHER, Art. 170 Rz. 5; SGK BV-UHLMANN/BUSSMANN, Art. 170 Rz. 7; MASTRONARDI, 26.

²¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

tisches Gewicht und höhere Legitimität.²² Von Art. 170 werden jegliches Handeln und jegliche Tätigkeit von Bundesorganen und von weiteren Organen erfasst, welche Massnahmen des Bundes umsetzen oder vollziehen, somit auch jegliches Handeln von kantonalen Behörden oder von Privaten, die mit der Erfüllung von Bundesaufgaben betraut sind.²³ Auf kantonaler Ebene besteht in verschiedenen Kantonsverfassungen eine vergleichbare Regelung (vgl. z.B. Art. 27 Abs. 2 KV AR, § 16 KV BS, Art. 151 KV GE, Art. 78 KV GR, § 15 KV LU, Art. 30 KV SG, Art. 55 Abs. 3 KV SH)^{24, 25}. Im Kanton Zürich lautet Art. 95 Abs. 2 der Kantonsverfassung²⁶: «Kanton und Gemeinden stellen sicher, dass die öffentlichen Aufgaben wirkungsvoll, wirtschaftlich, nachhaltig und von der geeigneten Trägerschaft erfüllt werden». Im Zürcher Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung (JuWe) lautet zudem eines der fünf Strategieziele: «Wir tun, was wirkt»²⁷, womit sich das JuWe unmissverständlich zur Evidenzorientierung bekennt.

Es ist in der Lehre umstritten, inwiefern sich aus Art. 170 resp. den entsprechenden Normen in den Kantonsverfassungen auch ein generelles Prinzip der Wirksamkeit staatlichen Handelns ergibt.²⁸ Selbst wenn man der Ansicht ist, dass sich das Gebot der Wirksamkeit des staatlichen Handelns nicht direkt aus Art. 170 BV resp. den entsprechenden Normen in den Kantonsverfassungen ableiten lässt, ergibt es sich aus dem Prinzip des öffentlichen Interesses gemäss Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 BV, ausserdem aus dem Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV sowie aus Bestimmungen, die zur ratio-

²² Interdepartementale Kontaktgruppe «Wirkungsprüfungen», Bericht zur Wirksamkeit von Bundesmassnahmen 2004, 10. «Die Evaluationsdisziplin nimmt Partei in der Auseinandersetzung um die Legitimation des Staates, indem sie einen bestimmten Typus von Legitimation zum massgeblichen Kriterium ihrer Arbeit macht, nämlich den Typus der Wirkungsorientierung» (MASTRONARDI, 26).

²³ MADER, 30.

²⁴ Verfassung des Kantons Appenzell A.Rh. vom 30. April 1995 (KV AR, bGS 111.1); Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (KV BS, SG 111.100); Constitution de la République et canton de Genève vom 14. Oktober 2012 (Cst-GE/KV GE, rsGE A 2 00); Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. September 2003 (KV GR, BR 110.100); Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (KV LU, SRL Nr. 1); Verfassung des Kantons St.Gallen vom 10. Juni 2001 (KV SG, sGS 111.1); Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (KV SH, SHR 101.000).

²⁵ SGK BV-UHLMANN/BUSSMANN, Art. 170 Rz. 5; BSK BV-LIENHARD/MARTI LOCHER, Art. 170 Rz. 8.

²⁶ Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV ZH, LS 101).

²⁷ Vgl. dazu die Gliederung des Jahresberichts 2024 der Abteilung Forschung und Entwicklung, abrufbar unter <<https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/organisation/direktion-der-justiz-und-des-innern/juwe/fe/fe-jahresbericht-2024.pdf>>.

²⁸ HOFSTETTER, Rz. 525 f.; BÜRKI, 122 ff.; SGK BV-UHLMANN/BUSSMANN, Art. 170 Rz. 30 ff.

nalen Erfüllung von Staatsaufgaben verpflichten, wie das Willkürverbot nach Art. 9 BV, aber auch aus der Verpflichtung zur Grundrechtsverwirklichung nach Art. 35 BV.²⁹ Weiter existieren zahlreiche Soft-Law-Quellen (Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Mandela-Rules, Beijing-Rules), die auch im Bereich des Justizvollzugs evidenzbasierte Methoden verlangen.³⁰

Im Justizvollzug steckt das Paradigma der Evidenzorientierung noch in Kinderschuhen. Die (in der Schweiz vorerst einmalige) Schaffung einer Hauptabteilung für Forschung und Entwicklung in einem Justizvollzugsamt³¹ ist aber ein klares Zeichen der Justizdirektion des Kantons Zürich für die Evidenzorientierung im Strafvollzug.³² Wie im vorangehenden Kapitel und insb. im Beitrag von Albrecht et al. aufgezeigt, ist eine – möglichst spezifische und robuste – Basisrate die obligatorische Grundlage für das evidenzorientierte, wirksame Handeln im Bereich des Risk-Assessments.³³

IV. Weitere Rechtsgrundlagen

Neben der Tatsache, dass sich der Staat bei seinem Handeln an empirischer Evidenz orientieren muss, lässt sich die Notwendigkeit zuverlässiger Basisraten an weiteren Grundsätzen und Normen festmachen. So kann ohne zuverlässige Basisrate dem verfassungsrechtlichen *Anspruch auf eine faire Behandlung vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen* (Art. 3 StPO, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 EMRK³⁴, Art. 14 UNO-Pakt II³⁵) nicht Genüge getan werden. Gemäss diesem Grundsatz hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen das Recht auf gleiche und gerechte Behandlung. Der Europäische

²⁹ UHLMANN, Rz. 385 f.; SGK BV-UHLMANN/BUSSMANN, Art. 170 Rz. 32; HOFSTETTER, 527 f.; BSK BV-LIENHARD/MARTI LOCHER, Art. 170 Rz. 6.

³⁰ Vgl. NOLL ET AL., 117 f.; Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze vom 1. Juli 2020, Rec(2006)2-rev, Empfehlung 91; United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) vom 29. November 1985, General Assembly A/RES/40/33, Regel 30; The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules) vom 17. Dezember 2015, General Assembly A/RES/70/175, Regeln 10 und 75 Ziff. 2.

³¹ Vgl. hierzu die Website der Abteilung, abrufbar unter <<https://www.zh.ch/de/direktion-der-justiz-und-des-innern/justizvollzug-wiedereingliederung.html>>.

³² NOLL ET AL., 119 f.

³³ Vgl. ALBRECHT ET AL., III.

³⁴ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101).

³⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II, SR 0.103.2).

Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) prüft jeweils, ob das Verfahren insgesamt, also einschliesslich des Beweisverfahrens, entsprechend Art. 6 EMRK fair war.³⁶ Auch das Fairnessgebot von Art. 29 Abs. 1 der Schweizer Bundesverfassung bezieht sich auf jeden Verfahrensabschnitt.³⁷ Würde sich das Gericht auf unfundierte Beweismittel abstützen, wie ein Gutachten, das aufgrund fehlender oder unzuverlässiger Basisraten fehlerhaft ist, könnte der Anspruch auf ein faires Verfahren verletzt werden.

Weiter haben Basisraten beispielsweise bei der Anordnung von Untersuchungshaft aufgrund der in der Risikoeinschätzung festgestellten Rückfall- oder Ausführungswahrscheinlichkeit³⁸ einen direkten Einfluss auf andere Grundrechte des Beschuldigten, in erster Linie die Fortbewegungsfreiheit.³⁹ Wenn die Hinderung am Wegbewegen einer Person nicht nur Minuten, sondern Stunden dauert, liegt ein *Freiheitsentzug gemäss Art. 31 BV* (und Art. 5 EMRK) und nicht nur eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs 2 BV vor.⁴⁰ Darunter fallen unter anderem die Massnahmen der fürsorgerischen Unterbringung, der strafrechtliche Freiheitsentzug, die Untersuchungshaft, die Sicherheitshaft und die ausländerrechtliche Administrativhaft,⁴¹ in einem weiteren Sinn aber auch beispielsweise die zusätzliche Anordnung der Verwahrung statt lediglich einer Freiheitsstrafe – zumindest ab dem Zeitpunkt, in dem die Freiheitsstrafe verbüsst ist und die Massnahme nur noch der Sicherung einer Person dient, die in einer Risikoeinschätzung weiterhin als gefährlich eingestuft wurde.

Art. 29 und 31 BV sind *Grundrechte*. Der Staat ist verpflichtet, sich an die Grundrechte zu halten (Art. 35 BV). Dies gilt auch im Zusammenhang mit hoheitlichen Handlungen wie beispielsweise der Anordnung von Untersuchungshaft bei einem als rückfallgefährlich oder ausführunggefährlich eingeschätzten Beschuldigten.⁴² Damit ein Eingriff in Grundrechte gerechtfertigt ist,

³⁶ HK EMRK-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 Rz. 135; EGMR, Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache 14448/88 – *Dombo Beheer B.V./Niederlande*, Rz. 31; EGMR, Urteil vom 22. November 2001 in der Rechtssache 39799/98 – *Volkmer/Deutschland*, Rz. 4.

³⁷ BSK BV-WALDMANN, Art. 29 Rz. 17.

³⁸ Art. 221 Abs. 1 lit. c resp. Art. 221 Abs 2 StPO.

³⁹ BSK StPO/JStPO-FABBRI/HOFER, Art. 212 Rz. 3.

⁴⁰ Für Tschentscher liegt die Grenze bei «etwa vier Stunden» (BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 Rz. 64).

⁴¹ BSK BV-SCHÜRMAN, Art. 31 Rz. 10; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 Rz. 64.

⁴² Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte «in der ganzen Rechtsordnung» zur Verwirklichung gelangen. Es gibt kein Rechtsgebiet, das sich der Verpflichtungskraft der Grundrechte gänzlich entziehen kann (BSK BV-WALDMANN, Art. 35 Rz. 19). Die Grundrechtsverpflichtung betrifft alle Tätigkeiten, die in Wahrnehmung staatlicher Aufgaben vollzogen

müssen die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sein: Der Grundrechtseingriff muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein, und der Kerngehalt des eingeschränkten Grundrechts muss gewahrt bleiben.⁴³ Von Relevanz ist im vorliegenden Kontext v.a. die Prüfung der *Verhältnismässigkeit* des Eingriffs: So stellt sich anlässlich der Verfügung der Untersuchungshaft die Frage, wie gross die Rückfallwahrscheinlichkeit resp. das Ausführungsrisiko ist. Dabei geht es um die Abwägung zwischen Freiheitsrechten des Beschuldigten und öffentlicher Sicherheit.⁴⁴ Die Rückfallwahrscheinlichkeit, deren Berechnung bei der Basisrate beginnt, steht in einem direkten Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit. Erst wenn die Rückfallwahrscheinlichkeit einen bestimmten normativen Wert übersteigt, ist das Interesse der Gesellschaft an öffentlicher Sicherheit schwerer zu gewichten als die Freiheitsrechte des Beschuldigten, oder, umgekehrt formuliert: Das Restrisiko muss vertretbar sein.⁴⁵

Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV kann somit ein verfassungsrechtliches *Individualisierungsgebot* abgeleitet werden, denn erst mit der präzisen und individuellen Quantifizierung der Rückfallwahrscheinlichkeit lässt sich feststellen, ob die durch die Haft entstehenden Grundrechtseingriffe verhältnismässig und somit gerechtfertigt sind.⁴⁶ Da die Bestimmung der Basisrate den ersten Schritt der individuellen Risikoquantifizierung darstellt und damit integraler Bestandteil von ihr ist, lässt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch ein Anspruch auf Beizug korrekter Basisraten bei Risikoeinschätzungen ableiten.

Neben den Abwehrrechten im Rahmen der Grundrechte bestehen ebenso *positive Leistungspflichten* des Staats, beispielsweise gegenüber potenziellen Opfern: Der EGMR hatte 2021 in einem Fall zu urteilen, bei dem ein Vater seinen

werden, also auch die Erstellung einer forensischen Risikoeinschätzung (vgl. für die Begutachtung in Strafverfahren im Kanton Zürich beispielsweise § 2 Verordnung über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren vom 1./8. September 2010, PPGV, LS 321.4). Organisationsform und Natur des Aufgabenträgers sind nicht entscheidend: Auf die Grundrechte verpflichtet werden Aufgabenträger aller staatlichen Ebenen (Bund, Kantone und Gemeinden) unabhängig davon, ob sie privatrechtlicher, gemischt-wirtschaftlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sind. Was zählt ist einzig, dass sie vom Staat mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben beauftragt worden sind und in diesem Rahmen öffentliche Gewalt ausüben oder öffentliche Funktionen wahrnehmen (BGE 118 Ia 46 E. 4.d S. 57 f.; BGE 133 I 49 E. 3.2 S. 55 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 Rz. 19).

⁴³ BSK BV-EPINEY, Art. 36 Rz. 8 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36 Rz. 2 ff.

⁴⁴ URWYLER ET AL., Rz. 406.

⁴⁵ BOETTICHER ET AL., Rahmenbedingungen, 306.

⁴⁶ URWYLER ET AL., Rz. 449.

Sohn getötet hat, nachdem er durch die Mutter wegen diversen Gewaltdelikten angezeigt worden war. Der EGMR folgte der Auffassung der Mutter, dass die österreichischen Behörden ihre Kinder nicht genügend geschützt hätten. Es gehöre zur positiven Leistungspflicht der Behörden, in einem solchen Fall das drohende Gewaltisiko auf evidenzbasierte Weise proaktiv zu beurteilen.⁴⁷ Auch in der Vollzugsgestaltung inhaftierter Personen – etwa im Zusammenhang mit Vollzugslockerungen – ist die kontinuierliche, evidenzbasierte Risikoeinschätzung Pflicht des Staats.⁴⁸

V. Zum Trade-off zwischen Spezifität und Robustheit

Im Beitrag von Albrecht et al. wurde auf den Konflikt zwischen Spezifität und Robustheit von Basisraten hingewiesen: Damit die Basisraten statistisch robust sind, muss die der Basisrate zugrundeliegende Stichprobe gross genug sein. Gleichzeitig sollte die Stichprobe möglichst spezifisch jene Population repräsentieren, die bei der Risikoeinschätzung von Interesse ist. Dieser Konflikt kann anhand von vergleichsweise seltenen Delikten gut illustriert werden: Optimalerweise hätte man für die Risikoeinschätzung einer Person mit einem Tötungsdelikt robuste Basisraten für den spezifischen Rückfall Tötungsdelikt. Da ein Rückfall mit einem Tötungsdelikt allerdings nur selten vorkommt, ist das Kriterium der Robustheit schwer erfüllbar. Das Problem dabei ist, dass kleine Stichproben sehr anfällig für Ausreisser sind (d.h. Einzelfälle fallen überproportional stark ins Gewicht). Um diesem Problem entgegenzuwirken, schlagen Albrecht et al. verschiedene Möglichkeiten zur Erweiterung der Referenzpopulation vor.⁴⁹ Einzelne davon werden hier aus juristischer Perspektive diskutiert.

Die Verwendung von *Anzeigen oder noch nicht rechtskräftigen Verurteilungen anstatt rechtskräftigen Verurteilungen*: Das frühere Ansetzen im Strafverfahren führt zu grösseren Stichproben. Gemäss Albrecht et al. kann bei Delikten mit niedriger Verurteilungsquote in Betracht gezogen werden, bereits auf früheren Stufen anzusetzen. Bei häuslicher Gewalt sei die Mehrzahl der Fälle nur auf der Stufe der polizeilichen Anzeigen zu finden.⁵⁰ Bei diesem Vorgehen stellt sich die Frage, was eingeschätzt werden soll. In aller Regel wird dies

⁴⁷ NOLL ET AL., 119; EGMR, Urteil vom 15. Juni 2021 in der Rechtssache 62903/15 – Kurt/Österreich, insb. Rz. 168 ff.

⁴⁸ NOLL ET AL., 119.

⁴⁹ ALBRECHT ET AL., IV.

⁵⁰ ALBRECHT ET AL., IV lit. C.

nicht die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Anzeige gegen eine Beschuldigte oder einen Straftäter sein, sondern die Wahrscheinlichkeit, dass er oder sie rückfällig wird – zumindest bei Begutachtungen, die von der Staatsanwaltschaft, vom Gericht oder von der Vollzugsbehörde in Auftrag gegeben worden sind. Erst bei einer rechtskräftigen Verurteilung kann rechtstaatlich von einem Rückfall gesprochen werden.⁵¹ Unter dieser Voraussetzung ist die Ausweitung auf Anzeigen auf der Ebene der Referenz wie auch des Outcomes problematisch, weil so nicht-relevante, möglicherweise falsch-positive Probanden zur Stichprobe hinzukommen (Nichtanhandnahmen, Einstellungen, Freisprüche). Es führen bei Weitem nicht alle Anzeigen zu einer Verurteilung,⁵² und nicht alle Verurteilungen erwachsen in Rechtskraft.⁵³ Rechtstaatlich kann trotz unterschiedlich grosser Dunkelziffer nicht schon bei Anzeigen, sondern grundsätzlich nur bei rechtskräftigen Verurteilungen von einer tatsächlichen Tatbegehung gesprochen werden,⁵⁴ was gerade bei einem späteren Freispruch augenscheinlich ist. Eine strafprozessuale Konsequenz der genannten Strategie wäre, dass bei Personen, bei denen das so entstandene Modell angewendet würde, die Rückfallwahrscheinlichkeiten überschätzt würden. Dies könnte einen Verstoß gegen das Recht auf prozedurale Gerechtigkeit⁵⁵ (Art. 29 BV, Art. 6 EMRK, Art. 14 UNO-Pakt II) und, wenn aus der ungenauen Legalprognose eine Inhaftierung resultiert, eine Verletzung von Art. 31 (Schutz vor unrechtmässigem Freiheitsentzug) darstellen. Anders sähe es aus, wenn man – etwa aufgrund einer wissenschaftlichen Fragestellung – bei der Risikobeurteilung die Wahrscheinlichkeit einschätzen wollte, dass es zu einer erneuten Anzeige oder zu einer erstinstanzlichen Verurteilung der betroffenen Person kommt.

⁵¹ Vgl. Art. 10 StPO (Unschuldsvermutung); SK StPO-WOHLERS, Art. 10 Rz. 2, 16 f.; EGMR, Urteil vom 14. März 2019 in der Rechtssache 35726/10 – Kangers/Lettland, Rz. 61; daran orientiert sich auch das Bundesamt für Statistik (vgl. Strafurteilsstatistik 2018, 7). Vgl. auch Art. 46 Abs. 1 und 3 sowie Art. 89 Abs. 1 StGB. Vgl. aber auch BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86 betr. der Vortat bei Untersuchungshaft aufgrund von Wiederholungsgefahr: «Neben einer rechtskräftigen Verurteilung gilt der Nachweis auch bei einem glaubhaften Geständnis oder einer erdrückenden Beweislage als erbracht».

⁵² So wurden 2023 durch die zürcherische Staatsanwaltschaft 51% der Verfahren eingestellt oder sistiert (Jahresbericht der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich von 2023 vom April 2024, 25) und durch die erstinstanzlichen zürcherischen Gerichte 11% der Strafverfahren durch Freispruch erledigt (Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich von 2023 vom März 2024, Ziff. 1.2.4.). Spezifisch zu häuslicher Gewalt: OTT/SCHWARZENEGGER, 99 ff.

⁵³ Wird gegen ein Urteil Berufung eingelegt, wird das Eintreten der Rechtskraft nach Art. 402 StPO aufgeschoben; vgl. auch Art. 354 Abs. 3 und 437 StPO e contrario.

⁵⁴ Siehe oben, Fn. 51.

⁵⁵ BSK BV-WALDMANN, Art. 29 Rz. 9.

Beim früheren Ansetzen im Strafverfahren ist ein weiteres Problem vorstellbar: In den USA gibt es Hinweise, dass beim Anzeigeverhalten (wie auch bei Verhaftungen) Vorurteile eine grosse Rolle spielen. So werden beispielsweise Afroamerikaner überproportional angezeigt.⁵⁶ Eine ähnliche Tendenz – wenn auch wahrscheinlich in geringerem Ausmass und bei anderen Minoritäten als in den USA – ist auch in der Schweiz erkennbar.⁵⁷ Das kann je nach Ausgestaltung der statistischen Kriterien im Modell dazu führen, dass sich die Diskriminierung im Anzeigeverhalten auf die Risikoeinschätzung überträgt, was zusätzlich zu den oben genannten Grundrechten als Verstoss gegen das grundrechtliche Diskriminierungsverbot nach Art. 8 BV und Art. 14 EMRK gewertet werden könnte.

Insgesamt muss also im Einzelfall kritisch reflektiert werden, ob ein früheres Ansetzen im Strafverfahren unproblematisch und juristisch zulässig ist.

Das *Clustern von Deliktarten resp. -kategorien*: Damit können ebenfalls grössere Stichproben geschaffen werden. Aus juristischer Perspektive ergeben sich aber auch bei diesem Vorgehen einige Herausforderungen, die bei einer entsprechenden Umsetzung beachtet werden müssen. Wie Albrecht et al. anmerken, leidet «naturgemäss das Geeignetheitskriterium der Spezifität für ein Delikt»⁵⁸ unter dieser Strategie. Das Gesetz sagt zwar nichts zur Frage, welches Delikt erwartet werden muss, um von Rückfallgefahr sprechen zu können,⁵⁹ und das Bundesgericht äussert dahingehend nur, dass sich die sachverständige Person «hinreichend fassbar dazu zu äussern» hat, «ob und allenfalls welche Delikte mit wie hoher Wahrscheinlichkeit künftig zu erwarten sind»⁶⁰. Nicht viel konkreter sind auch die viel zitierten und in der forensischen Praxis oft konsultierten Empfehlungen von Boetticher et al. Sie halten mit Hinweis

⁵⁶ BECK, 1 f.; weiterführend: WESTERN ET AL., insb. 58, 64 f., 112 f.

⁵⁷ In einer Befragung zur Kriminalität in der Schweiz von 2019 wurde u.a. die Anzeigerate bei Körperverletzungsdelikten untersucht. Dabei zeigte sich, dass Täter oder Täterinnen mit vermutetem Migrationshintergrund mehr als doppelt so häufig angezeigt werden als solche ohne (BAIER, 33, 88).

⁵⁸ ALBRECHT ET AL., IV lit. B.

⁵⁹ Auch zum Ausmass der Rückfallwahrscheinlichkeit, das erreicht werden muss, um von «Rückfallgefahr» im Rechtssinn sprechen zu können, äussert sich das Gesetz nicht. In der Botschaft wurde Folgendes ausgeführt: «Welche Intensität eine derartige Gefahrensituation aufweisen muss, lässt sich generell-abstrakt nicht sagen, sondern hängt von den Umständen ab»; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999, 2112.

⁶⁰ BGer 6B_828/2018 E. 6.4.

auf die ständige Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts fest, dass die von der begutachteten Person ausgehende Gefahr «hinreichend konkretisiert werden» müsse, namentlich seien «die Wahrscheinlichkeit weiterer rechtswidriger Taten und deren Deliktstypus substantiiert darzulegen»⁶¹.

Trotz diffuser Formulierungen in Gesetz, Rechtsprechung und Lehre erscheint klar, dass bei Personen, die eines schweren Delikts (z.B. Gewalt- oder Sexualstraftat) beschuldigt werden, nicht die Rückfallgefahr mit einem Bagatelldelikt ausreichen kann, um strafprozessuale Zwangsmassnahmen wie beispielsweise die Untersuchungshaft zu rechtfertigen. Nur die (je nach Sachverhalt unterschiedlich grosse) Aussicht auf schwere Delikte kann hier genügen.⁶² In der Praxis hat sich die «Einschlägigkeit» der Delikte als Referenz etabliert, also die Klassifizierung nach Deliktkategorie.⁶³ Um von relevanter Rückfallwahrscheinlichkeit sprechen zu können, müsste es sich beim Outcome-Delikt um ein Delikt derselben Deliktkategorie handeln.⁶⁴ Ein weiterer gangbarer Weg wäre die Unterscheidung in weniger schwere, gleich schwere und schwerere Delikte als das Ursprungs- resp. Referenzdelikt. Das ist der Weg, den das Bundesamt für Statistik oft wählt.⁶⁵ Damit wird immerhin eine krasse Diskrepanz zwischen Referenz- und Outcome-Delikt vermieden. Diesen Aspekten muss sowohl aus fachlicher als auch aus juristischer Perspektive beim Aggregieren von verschiedenen Deliktarten Rechnung getragen werden.

Die Verlängerung des Follow-up-Zeitraums (time-at-risk): Es liegt auf der Hand, dass sich damit die Anzahl der rückfällig Gewordenen in der Referenzpopulation erhöht. Das Gesetz sagt nichts zur Frage, wie lang dieser Zeitraum sein muss. Das Rückfallrisiko eines Straftäters wird aus einer Zusammensetzung diverser heterogener Faktoren (Anlasstat, antisoziale Kognitionen, psychische Störungen, Substanzgebrauch, kriminelles Umfeld etc.) abgeleitet, die aus-

⁶¹ BOETTICHER ET AL., Rahmenbedingungen, 313; BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 2014 in der Rechtssache – 2 BvR 1795/12, Rz. 40; BVerfG, Beschluss vom 23. Mai 2018 in der Rechtssache – 2 BvR 1161/16, Rz. 18.

⁶² Bei der Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei Wiederholungsgefahr gilt gemäss Bundesgericht: «Bei den in Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO verlangten Vortaten muss es sich um Verbrechen oder schwere Vergehen gegen gleiche oder gleichartige Rechtsgüter gehandelt haben, wie sie im hängigen Untersuchungsverfahren massgeblich sind» (Urteil des Bundesgerichts 1B_187/2022 vom 5. Mai 2022 E. 3.2).

⁶³ Vgl. zur Einschlägigkeit das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB230204 vom 25. März 2024 E VI.2.2 («die Gleichartigkeit der Delinquenz», «Straftat gegen dasselbe oder ähnliche Rechtsgüter»).

⁶⁴ Beispielsweise gemäss den Titeln des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, also z.B. Vermögensdelikte, Delikte gegen Leib und Leben, Delikte gegen die sexuelle Integrität etc.

⁶⁵ Strafurteilsstatistik, 2018, 11.

ser Deliktbegehungsrisiko und zu erwartender Deliktskategorie (Verbrechen, Vergehen, Übertretungen) nicht abschliessend durch das Recht beschrieben sind.⁶⁶ Es ist aber offensichtlich, dass mit zunehmender Dauer der time-at-risk immer weitere Faktoren im Leben eines Straftäters dazukommen, die einen Einfluss auf die Rückfälligkeit haben können. Je länger die time-at-risk, desto grösser die Wahrscheinlichkeit, dass neuartige Risiko- wie auch protektive Faktoren (Schutzfaktoren) hinzukommen, die nur für einzelne Personen relevant sind und zum Zeitpunkt der Prognose nicht vorhersehbar waren. Mit zunehmender Beobachtungsdauer sinkt damit die Aussagekraft der Prognose. Das BGER sagt denn auch: «die Möglichkeiten der wissenschaftlichen Vorhersage menschlichen Verhaltens allgemein sind begrenzt und nur für überschaubare Zeiträume möglich»,⁶⁷ ohne dies näher zu definieren. In der Praxis dürfte ein Zeitraum von einem bis max. drei Jahren vertretbar sein. Zeiträume von bis zu zwölf Monaten können von gut geschulten Experten angemessen beurteilt werden.⁶⁸ Fünf Jahre sind aus prognostischer Sicht eine sehr lange Dauer, welche die Individualisierung verunmöglichen kann, indem man sich nur noch auf epidemiologische Daten und eine Risikogruppenbeurteilung abstützen kann (d.h. wie entwickelt sich eine Person mit diesem Risikoprofil im Durchschnitt).⁶⁹ Ausserdem sollten sich die Basisraten (der Referenzpopulation) und der Zeitraum der prognostischen Aussage auf einen vergleichbaren Zeitraum beziehen – sonst käme es zu einer Einbusse an Kongruenz zwischen Referenz- und Outcome-Population, die eine Reduktion der Spezifität der Basisratebewirken würde.

VI. Fazit

Von der forensisch-psychiatrischen oder -psychologischen Fachperson wird verlangt, dass sie sich in ihrem Gutachten hinreichend bestimmt dazu äussert, wie das konkrete Risiko in quantitativer wie auch qualitativer Hinsicht beschaffen ist.⁷⁰ Dieser Prozess ist ohne zuverlässige Basisrate nicht evidenzbasiert durchführbar. Damit ist die jeweilige Basisrate unverzichtbarer Bestandteil der Einschätzung des Rückfallrisikos bei Straftätern, was seinerseits als staatliche Handlung zu werten ist.⁷¹ Staatliches Handeln muss sich an der em-

⁶⁶ URWYLER ET AL., Rz. 258.

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_1343/2017 vom 9. April 2018 E. 2.6.

⁶⁸ NEDOPIL ET AL., 240.

⁶⁹ URWYLER ET AL., Rz. 506.

⁷⁰ URWYLER ET AL., Rz. 33.

⁷¹ RÜTSCH, 162; HÄSLER, 71 ff.; BGE 137 V 210 E. 2.4.3 S. 239.

pirischen Evidenz orientieren.⁷² Dieses Gebot ergibt sich aus dem Prinzip des öffentlichen Interesses, der Rechtsgleichheit sowie aus Bestimmungen, die zur rationalen Erfüllung von Staatsaufgaben verpflichten, wie etwa dem Willkürverbot. Es existieren auch zahlreiche Soft-Law-Quellen (Europäische Strafvollzugsgrundsätze, Mandela-Rules, Beijing-Rules), die im Bereich des Justizvollzugs evidenzbasierte Methoden stipulieren.

Neben der Tatsache, dass sich der Staat bei seinem Handeln an empirischer Evidenz orientieren muss, lässt sich die Notwendigkeit zuverlässiger Basisraten an weiteren Grundsätzen und Normen festmachen. So kann ohne zuverlässige Basisrate dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine faire Behandlung vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen nicht genüge getan werden. Weiter stellt der Freiheitsentzug eines Straftäters nach Art. 31 BV eine Grundrechtseinschränkung dar. Ein Eingriff in die Grundrechte ist nur rechtmässig, wenn er verhältnismässig ist.⁷³ Bei der Prüfung der Erforderlichkeit des Eingriffs (als Teilaspekt der Verhältnismässigkeit) ist die Gefährlichkeit der betreffenden Person ein wesentliches Element. Ohne zuverlässige Basisrate lässt sich die Gefährlichkeit nicht evaluieren und gegen die Freiheitsrechte des Betroffenen abwägen.

Im vorliegenden Kontext spielen aber nicht nur die Abwehrrechte im Rahmen von Grundrechten eine Rolle, sondern auch positive Leistungspflichten des Staats gegenüber potenziellen Opfern: Gemäss EGMR gehört zur positiven Leistungspflicht der Behörden, in bestimmten Situationen das Gewaltrisiko einer Person auf evidenzbasierte Weise proaktiv zu beurteilen,⁷⁴ womit die Wichtigkeit korrekter Basisraten wiederum aufgezeigt wird.

Im Beitrag von Albrecht et al. werden verschiedene Strategien aufgezeigt, um in einem kleinen Land wie der Schweiz, wo die Bevölkerung gering und die Kriminalitätsrate tief ist, mit dem Konflikt zwischen Spezifität und Robustheit von Basisraten umzugehen. Genannt werden u.a. die Verwendung von Anzeigen oder noch nicht rechtskräftigen Verurteilungen anstatt rechtskräftigen Verurteilungen, das Clustern von Deliktarten resp. -kategorien sowie die Erhöhung des Follow-up-Zeitraums (time-at-risk).⁷⁵

⁷² MOOR, 20; MASTRONARDI, 26; Art. 170 BV; Art. 95 Abs. 2 KV ZH.

⁷³ Art. 36 BV; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36 Rz. 52 ff.

⁷⁴ NOLL ET AL., 119; EGMR, Urteil vom 15. Juni 2021 in der Rechtssache 62903/15 – Kurt/Österreich, insb. Rz. 168 ff.

⁷⁵ ALBRECHT ET AL., IV.

Bei allen Strategien müssen auch aus juristischer Perspektive Herausforderungen berücksichtigt werden, insbesondere, um eine krasse Diskrepanz zwischen Referenz- und Zielpopulation zu vermeiden. Dies könnte andernfalls einen Verstoss gegen das Recht auf prozedurale Gerechtigkeit und das Diskriminierungsverbot sowie eine Verletzung des Schutzes vor unrechtmässigem Freiheitsentzug darstellen.

Diese Ausgangslage indiziert die Notwendigkeit interdisziplinärer Zusammenarbeit bezüglich der Frage, wie sowohl wissenschaftlichen als auch rechtlichen Standards angemessen Rechnung getragen werden kann, wenn Referenzpopulationen für adäquate Basisraten zu erweitern sind.

Literaturverzeichnis

- ACHERMANN URS, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Zürich 2008.
- ALBRECHT ET AL., Basisraten in forensischen Humanwissenschaften: Grundlagen und Herausforderungen, R&R 02/2025, 6 ff.
- BAIER DIRK, Kriminalitätsoffererfahrungen und Kriminalitätswahrnehmungen in der Schweiz – Ergebnisse einer Befragung, Zürich 2019.
- BECK ALLEN J., Race and Ethnicity of Violent Crime Offenders and Arrestees, 2018, Statistical Brief (NCJ 255969) 2021.
- BEYWL WOLFGANG/WIDMER THOMAS, Evaluation in Expansion: Ausgangslage für den intersektoralen Dreiländer-Vergleich, in: Widmer Thomas/Beywl Wolfgang/Fabian Carlo (Hrsg.), Evaluation: ein systematisches Handbuch, Wiesbaden 2009, 13 ff.
- BOETTICHER AXEL ET AL., Zum richtigen Umgang mit Prognoseinstrumenten durch psychiatrische und psychologische Sachverständige und Gerichte, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2009 (9), 478 ff. (zit. BOETTICHER ET AL., Prognoseinstrumente).
- BOETTICHER AXEL ET AL., Empfehlungen für Prognosegutachten: Rechtliche Rahmenbedingungen für Prognosen im Strafverfahren, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2019 (13/4), 305 ff. (zit. Boetticher et al., Rahmenbedingungen).
- BRUNNER STEPHAN C./MADER LUZIUS (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2008 (zit. SHK BGÖ-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).
- BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Strafurteilsstatistik 2018 – Wiederverurteilungsraten – Methodenbericht, Neuchâtel 2020 (zit. Strafurteilsstatistik 2018).
- BÜRKI CHRISTOPH, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, Diss., Bern 2011.
- DONATSCH ANDREAS ET AL., Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, Schulthess Kommentar, 3. A., Zürich 2020 (zit. SK StPO-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).
- HÄSLER PHILIPP, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005.

- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Diss., Zürich 2014.
- KELLER LÄUBLI LUCY, Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung, *recht* 2018 (1), 51 ff.
- KRAUSS DANIEL A./COOK GABRIEL I./KLAPATCH LUKAS, Risk assessment communication difficulties: An empirical examination of the effects of categorical versus probabilistic risk communication in sexually violent predator decisions, *Behavioral Sciences & the Law* 2018 (36/5), 532 ff.
- LEHMANN ROBERT J. B. ET AL., Developing Nonarbitrary Metrics for Risk Communication: Norms for the Risk Matrix 2000, *Criminal Justice and Behavior* 2016 (43/12), 1661 ff.
- MADER LUZIUS, Artikel 170 der Bundesverfassung: Was wurde erreicht, was ist noch zu tun?, *LeGes* 2005 (1), 29 ff.
- MASTRONARDI PHILIPPE, Zur Legitimation des Staates durch die Wirkungen seines Handelns, *LeGes* 1996 (1), 25 ff.
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 5. A., Wien 2023 (zit. HK EMRK-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).
- MOOR PIERRE, Für eine mikropolitische Theorie des Rechts, Bern/Baden-Baden 2011.
- MÜLLER ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, *AJP* 1998 (7), 65 ff.
- NEDOPIL NORBERT ET AL., Prognose: Risikoeinschätzung in forensischer Psychiatrie und Psychologie, Lengerich/Westphalen 2021.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2023 (zit. BSK StPO/JStPO-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).
- NOLL THOMAS, Rückfallgefahr bei Gewalt- und Sexualstraftätern – Statistisches Risk-Assessment, 2. A., Bern 2012.
- NOLL THOMAS ET AL., Wo brauchen wir Mauern und wo brauchen wir keine? Alternativen zu den freiheitsentziehenden Sanktionen des Strafrechts und was hinter und vor den Mauern zu leisten ist: 15 Positionen, in: Ajil Ahmed et al. (Hrsg.), Alternativen: Von der alternativen Sanktion zur alternativen Kriminologie, Band 40, Basel 2023, 83 ff.
- OTT RAHEL/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Praxis- und Wirkungsevaluation polizeilicher und strafrechtlicher Massnahmen gegen häusliche Gewalt – Ergebnisse der Strafaktenanalyse, in: Schwarzenegger Christian/Brunner Reinhard (Hrsg.), Gewalt gegen Frauen – Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2019, Zürich 2020, 89 ff.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, *recht* 2013 (4), 153 ff.
- SCHINDLER BENJAMIN, «Ethisierung und Ökonomisierung als Gefährdungen des Verwaltungsrechts» – eine ergänzende Stellungnahme, *Jusletter*, 8. Januar 2007.
- THIÉBAUD ALAIN, Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger nach Massgabe der neuen Zürcher Kantonsverfassung, *ZBI* 109/2008, 509 ff.
- UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Diss., Bern 2005.

URWYLER THIERRY ET AL., Strafrecht – Psychologie – Psychiatrie, Basel 2022.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX Rz. YY).

WESTERN BRIAN ET AL. (Hrsg.), Reducing Racial Inequality in Crime and Justice – Science, Practice, and Policy, Washington, DC 2023.

RISIKO RECHT

3. Jahrgang

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Tilmann Altwicker, Universität Zürich;
Prof. Dr. Dirk Baier, Universität Zürich/ZHAW Departement Soziale Arbeit;
PD Dr. Goran Seferovic, Rechtsanwalt, ZHAW School of Management and Law;
Prof. Dr. Franziska Sprecher, Universität Bern;
Prof. Dr. Stefan Vogel, Rechtsanwalt, Flughafen Zürich AG/Universität Zürich;
Dr. Sven Zimmerlin, ZHAW School of Management and Law/Universität Zürich.

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Dr. iur. Michael Bütler, Rechtsanwalt, Zürich;
Dr. iur. Gregor Chatton, Juge au Tribunal administratif fédéral, Chargé de cours à l'Université de Lausanne;
Prof. Dr. Alexandre Flückiger, Professeur ordinaire de droit public, Université de Genève;
Prof. Dr. iur. Regina Kiener, em. Ordinaria für Staats-, Verwaltungs- und Verfahrensrecht, Universität Zürich;
Prof. Dr. iur. Andreas Lienhard, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Bern;
Prof. Dr. iur. Markus Müller, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie öffentliches Verfahrensrecht, Universität Bern;
Dr. iur. Reto Müller, Dozent ZHAW, Lehrbeauftragter an der Universität Basel und an der ETH Zürich;
Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, Ordinarius für Öffentliches Recht, Universität St. Gallen;
Dr. Jürg Marcel Tiefenthal, Richter am Bundesverwaltungsgericht (St. Gallen), Lehrbeauftragter an der Universität Zürich.

REDAKTION

Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt /
MLaw Sophie Tschalèr
Europa Institut an der Universität Zürich
Bellerivestrasse 49
8008 Zürich
Schweiz

URHEBERRECHTE

Alle Beiträge in diesem Open Access-Journal werden unter den Creative Commons-Lizenzen CC BY-NC-ND veröffentlicht.

ERSCHEINUNGSWEISE

R&R – Risiko & Recht erscheint dreimal jährlich online. Die Ausgaben werden zeitgleich im Wege des print on demand veröffentlicht; sie können auf der Verlagswebseite (www.eizpublishing.ch) sowie im Buchhandel bestellt werden.

ZITIERWEISE

R&R, Ausgabe 2/2025, ...

KONTAKT

EIZ Publishing
c/o Europa Institut an der Universität Zürich
Dr. Tobias Baumgartner, LL.M., Rechtsanwalt
Bellerivestrasse 49
8008 Zürich
Schweiz
eiz@eiz.uzh.ch

ISSN

2813-7841 (Print)
2813-785X (Online)

ISBN:

978-3-03994-010-3 (Print – Softcover)
978-3-03994-011-0 (ePub)

VERSION

1.03-20250708

DOI

Zeitschrift: <https://doi.org/10.36862/eiz-rrz01>;
Ausgabe: <https://doi.org/10.36862/6RVK-JC9Q>;
JOËLLE NINON ALBRECHT ET AL., Basisraten in forensischen Humanwissenschaften: Grundlagen und Herausforderungen,
<https://doi.org/10.36862/6WTK-GE1Q>;
THOMAS NOLL / MICHÈLE ISELI, Rechtliche Aspekte der forensischen Basisraten,
<https://doi.org/10.36862/6RWK-ADHP>;
PATRICE MARTIN ZUMSTEG, Das polizeirechtliche Veranstaltungsverbot im Kanton St. Gallen,
<https://doi.org/10.36862/74T3-6CSH>;
ROBERT BAUMANN, Staatliche Gesichtserkennung: eine rechtliche Einordnung,
<https://doi.org/10.36862/70TK-0D9H>;

RISIKO

EIZ  Publishing

Herausgeber:

Prof. Dr. Tilmann Altwicker

Prof. Dr. Dirk Baier

Prof. Dr. Goran Seferovic

Prof. Dr. Franziska Sprecher

Prof. Dr. Stefan Vogel

Dr. Sven Zimmerlin

RISIKO & RECHT

AUSGABE 02 / 2025

RECHT