
Forum Justiz & Psychiatrie

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marianne Heer
Prof. Dr. Elmar Habermeyer
lic. iur. Stephan Bernard

Band 4

Forum Justiz & Psychiatrie

Die schwere psychische Störung als Voraussetzung von therapeutischen Massnahmen

Beiträge von
Bernd Borchard und Juliane Gerth
Gunhild Godenzi
Marc Graf und Elmar Habermeyer
Elmar Habermeyer et al.
Marianne Heer
Matthias Koller
Chris Lehner



Stämpfli Verlag



Stämpfli Verlag

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
<i>Grundsätzliches aus juristischer Sicht</i>	
Gunhild Godenzi	
Die «schwere psychische Störung» – grundsätzliche Bemerkungen	3
Marianne Heer	
Kriterien für eine Umschreibung der Schwere einer psychischen Störung gemäss Art. 59 und Art. 63 StGB	25
<i>Schwere psychische Störung «Pro und Contra aus psychiatrisch-psychotherapeutischer Perspektive»</i>	
Elmar Habermeyer, Steffen Lau, Henning Hachtel, Marc Graf	
Der Begriff der schweren psychischen Störung: Eine alternative Höhenmarke.....	43
Beirnd Borchard/Juliane Gerth	
Alternative zur schweren psychischen Störung nach ICD oder DSM als Voraussetzung für die Anordnung therapeutischer Massnahmen bei Straftätern	59
<i>Die schwere psychische Störung in der juristischen Praxis</i>	
Chris Lehner	
Das Kriterium der schweren psychischen Störung – Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts	85
Matthias Koller	
Der Begriff der schweren psychischen Störung in der deutschen und europäischen Rechtsprechung	99

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

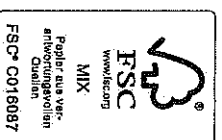
Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2019
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-3455-2

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:
E-Book ISBN 978-3-7272-3456-9

printed in
switzerland



Die «schwere psychische Störung» – grundsätzliche Bemerkungen

GUNHILD GODENZI

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	3
II. Verständigungsprobleme zwischen Strafrecht und Psychiatrie im Gesetzgebungsverfahren	7
III. Anforderungen an den Schweregrad der psychischen Störung – Meinungsstand.....	10
A. Die Haltung des Bundesgerichts.....	11
B. Was hat die Lehre anzubieten?	13
IV. Folgeprobleme für das Zusammenwirken der Strafjustiz mit dem Sachverständigen	16
V. Das Schwerekriterium im Lichte der «Rechtfertigungs-Dogmatik» der Therapiemassnahmen.....	17
A. Das «wohlverstandene» Interesse des Betroffenen als Richtschnur einer Auslegung.....	20
B. Eingangskriterien der Schuldfähigkeitsbeurteilung als Bezugspunkt des Schwerekriteriums?	22
VI. Schlusswort.....	24

I. Einleitung

Höchstens fünf Jahre – diese Regeldauer suggeriert das Strafgesetzbuch für die stationäre Behandlung psychischer Störungen und für die Freiheitsentziehung, die mit ihr verbunden ist. Und es folgt im zweiten Atemzug die «Ausnahme»: die Möglichkeit einer Verlängerung der Massnahme um jeweils höchstens fünf Jahre (Art. 59 Abs. 4 StGB). Mit einer solchen Verlängerung hat sich unlängst auch das Bundesgericht befasst¹ und mir damit eine Stell-

¹ BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018; exemplarisch auch BGer 6B_1163/2018 vom 14. Dezember 2018 (Gutheissung der Verlängerung, wobei die Anlassstat zu einer Freiheitsstrafe von 40 Monaten führte); vgl. zu den Zahlen des Bundesamtes für Statistik betreffend die Dauer der Massnahmen und zu deren beschränkter Aussekkraft HEER MARIANNE/ELMAR HABERMEYER, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I (Art. 1–136 StGB), 4. Auflage, Basel 2019, Art. 59 N 123 m.w.N.

vorlage geliefert für einige «grundsätzliche Bemerkungen» zur «schweren psychischen Störung».

Im Jahre 2002 wurde Herr X. wegen Gewalt- und Sexualdelikten zu 5 Jahren und 10 Monaten Zuchthaus verurteilt. Diagnostiziert wurde – es überrascht uns nicht – eine erhebliche dissoziale Persönlichkeitsstörung.² Aus Sicherheitsgründen geriet Herr X. nach altem Recht in die Verwahrung.³ Nach Inkrafttreten des revidierten Sanktionenrechts wurde er im Jahre 2007 in eine stationäre Massnahme überführt. Diese Massnahme ist 2012 erstmalig verlängert worden, bis zum 13. August 2017, und daran schloss sich nun die nochmalige Verlängerung für 2 Jahre an – bis zum 13. August 2019. Das Bundesgericht hat das als «gerade noch verhältnismässig» gutgeheissen.⁴ Wir halten also fest: Herr X. ist, vom ersten Tag an gerechnet, seit 20 Jahren eingesperrt, bald viernmal so lange wie es unter dem Titel der ausgefallenen Freiheitsstrafe möglich gewesen wäre. Er wird seit über 10 Jahren «behandelt»⁵ und doch soll eine weitere «Behandlung» nach wie vor Erfolg versprechend sein. Denn Herrn X. soll nun ein offeneres Vollzugssetting ermöglicht, seine Reintegration in die Gesellschaft vorbereitet werden, dies unter «therapeutischer Begleitung».⁶ Der Psychiater erklärte, seines Erachtens seien die Vorbereitung des sozialen Empfangsraums und die Erprobung therapeutischer Schritte unter zunehmend alltagsnäheren Bedingungen «Bestandteile der Therapie».⁷ Das Bundesgericht judizierte: das genügt.⁸ Der Verlängerungsentcheid sei rechtlich nicht zu beanstanden.

- 2 BGE 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.3: «dissoziale Persönlichkeitsstörung (ICD-10: F60.2) mit narzisstischen Persönlichkeitszügen, die sich im Konfliktfall akzentuieren können»; zur Häufigkeit dieser Diagnose unter Insassen der Strafanstalten BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 28 m.w.N. sowie in der Gesamtvollkerung HERPERTZ SABINE, Dissoziale Persönlichkeitsstörungen – Diagnose, Prognose, Therapie, in: SCHÖCH HEINZ/BEHL JÖRG/MARTIN (Hrsg.), Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit, München/Gladbach 2004, S. 367, 371.
- 3 BGE 6S.20/2003 vom 18. und 26. Juni 2003.
- 4 BGE 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.7.3.
- 5 BGE 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.7.1.
- 6 BGE 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.3.
- 7 Lockerungen des Vollzugs hatten sich zuvor aus unerfindlichen Gründen als nicht umsetzbar erwiesen (vgl. BGE 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.6.2: «offensichtliche Überforderung des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit Lockerungen [...], was sich in einer objektiv kaum nachvollziehbaren mangelnden Kooperation bei möglichen Ausgängen manifestiert habe»), trotz therapeutischer Betreuung.
- 8 Vgl. BAERTHOLD ANDREA/WEBER JONAS/HOSTETTLER UELI, Strafvollzug: Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2016, 308 zu den unklaren inhaltlichen Anforderungen an eine stationäre Behandlung in einer geschlossenen Strafanstalt.

Veranschaulichen lassen sich an diesem Verfahren drei Phänomene, die für das Massnahmenrecht bezeichnend sind, und die ich vorerst nur beschreiben möchte.

Erstens: Man kann wohl sagen, die Straf- und Vollzugsbehörden waren nach über 10 Jahren «Behandlung» von einem erstaunlichen Therapieoptimismus geleitet – und er trägt hier zufälligerweise dazu bei, die Aufhebung der Massnahme zu verhindern und die weitere Inhaftierung von Herrn X. sicherzustellen. Es sei auch angemerkt, dass sich die Rückfallgefahr, die der Gutachter ausmachen konnte, nur noch auf Tätlichkeiten und einfache Körperverletzungen bezogen hat.⁹ Es wäre für die Behörden also sicher kein Spaziergang geworden, Herrn X. noch in der Verwahrung unterzubringen, hätte man die stationäre Massnahme als gescheitert eingestuft.

Zweitens: Man erkennt hier gut, wie weit sich das Massnahmenrecht vom ärztlichen Begriff einer Behandlung (im Sinne von angestrebter Heilung oder Linderung) entfernt hat¹⁰ und welche Prinzipien dabei leitend sind. Herr X. hatte sich nämlich beklagt, dass die Therapie seinen Gesundheitszustand nicht mehr verbessern könne und geltend gemacht, dass eine Verlängerung der Massnahme auch deshalb unzulässig sei.¹¹ Das Bundesgericht hat ihm daraufhin erklärt: «Eine Besserung des Täters beziehungsweise eine Verbesserung dessen Gesundheitszustands interessiert das Strafrecht [...] grundsätzlich nur insoweit, als sich diese im Erlöschen der Gefährlichkeit des Täters auswirkt [...]. Wenn sich das Ziel [...] durch eine Therapie erreichen lässt, welche die Störung des Täters lediglich *mittelbar* behandelt, ist dies vom Massnahmenzweck gedeckt.»¹²

Drittens wird überdeutlich, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, konkret das Gebot der Proportionalität, zwischen Eingriffsschwere und Rückfallgefahr nicht wirklich beschränkende Kraft entfaltet. Im Gegenteil kann mit der Rückendeckung des Bundesgerichts weitgehend beliebig auf das gewünschte Prozessergebnis einer fortwährenden Inhaftierung des Eingewiesenen

⁹ Vgl. BGE 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E.1.5.

¹⁰ Vgl. BSK StGB-HEER/HABERMAYER (4. Aufl., Fn 1), Art. 59 N 64; TRECHSEL STFAV/PALIN BORER BARBARA in: TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2017, Art. 59 N 7 f.; kritisch dazu BRÄGGER BENAMIN, Massnahmenvollzug an psychisch kranken Straftätern in der Schweiz: Eine kritische Auslegung, SZK 2/2014, 36 ff.; GMÜR MARIO, Der Richter und sein (forensischer) Denker, NZZ vom 24. November 2009, 23; DERS., Missbrauchgefahr in Psychiatrie und Strafrecht, NZZ vom 13. August 2014, 21.

¹¹ Vgl. BGE 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E.1.6.3.

¹² BGE 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E.1.6.3; vgl. dazu auch BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 64 m.w.N.

nen hin abgewogen und argumentiert werden,¹³ dies alles eingeraht von der Floskel, dass der «Freiheitsanspruch des Eingewiesenen bei langandauernder Unterbringung zunehmend an Gewicht [gewinnt]».¹⁴

Ich denke, mit dieser kurzen Zusammenschau ist klar geworden, warum es so wichtig ist, die gesetzlichen Merkmale der Therapiemassnahmen gegenüber psychisch gestörten Straftätern unter die Lupe zu nehmen: ob sie je für sich eine limitierende Funktion bei der Anordnung und Aufrechterhaltung der Massnahme entfalten oder inhaltlich leerlaufen, in anderen Merkmalen aufgehen. Und zu diesen Merkmalen gehört eben auch das Erfordernis einer «schweren psychischen Störung», dem diese Tagung gewidmet ist.

Das Augenmerk meines Beitrags wird allerdings nicht darauf liegen, die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Einzelnen vorzustellen und zu bewerten, diese Aufgabe ist anderweitig vergeben. Ich masse mir auch nicht an, den Experten aus der forensischen Psychiatrie das Wort zu reden. Sie werden sich selbst Gehör verschaffen und erklären, was aus ihrer Sicht sinnvollerweise unter einer «schweren psychischen Störung» zu verstehen wäre. Ich beschränke mich auf die juristische Perspektive und verfolge das Ziel, die Schwierigkeiten bei der Auslegung dieses Terminus aufzuzeigen und einige Gründe dafür zu benennen. Meine «grundsätzlichen juristischen Bemerkungen» konzentrieren sich dabei auf Folgendes:

Zunächst möchte ich daran erinnern, welche Funktion dem *Schwerkriterium* eigentlich zugedacht ist, weshalb ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte des Begriffs der «schweren psychischen Störung» Not tut (II.). Sodann werden wir uns mit der unangenehmen Einsicht konfrontieren, dass den Juristen bisher die Konzepte fehlen, dieses Qualitätsmerkmal mit eigenen «juristischen» Kriterien zu füllen und uns mit den Problemen befassen, die sich daraus bei der Zusammenarbeit zwischen Strafgerichten und Sachverständigen ergeben (III.–IV.). Schliesslich werde ich das Schwerekriterium mit der «Rechtfertigungs-Dogmatik» der Therapiemassnahmen zusammenbringen und abstrasten, inwiefern sich daraus Anstösse für die weitere Auslegungsbearbeitung ergeben (V.).

II. Verständigungsprobleme zwischen Strafrecht und Psychiatrie im Gesetzgebungsverfahren

Seit 2007 ist die «schwere psychischen Störung» das Eingangskriterium für die Anordnung einer therapeutischen Behandlung nach Art. 59 bzw. 63 StGB. Es hat im Gesetzgebungsverfahren aber einige Wandlungen durchgemacht, die ich hier kurz skizzieren will. Sie legen bereites Zeugnis davon ab, dass Bestrebungen zu einer Zurückdrängung des Massnahmenrechts nicht nur innerhalb der juristischen Fachwelt, sondern auch bei ihrem wichtigsten Gesprächspartner, den Vertretern der forensischen Psychiatrie, heftig umstritten gewesen sind.

Bei der Revision des Massnahmenrechts hatte sich das Bundesamt für Justiz die Prämisse vorgegeben: Das Massnahmenrecht soll sich an psychiatrischen Begriffen und Konzepten orientieren¹⁵ und damit die Sichtweise derjenigen Akteure übernehmen, in deren Hände der Verurteilte gerät. Das Problem dabei war: Es gab innerhalb der Psychiatrie sehr unterschiedliche Vorstellungen davon, welche «Konzepte» und «Begrifflichkeiten» medizinisch und sachlich angemessen seien. So ging dem Entscheid für den Oberbegriff der «psychischen Störung» eine Art Grabenkampf zwischen verschiedenen Interessengruppen der Psychiatrie voraus.¹⁶ Er betraf vordergründig Begrifflichkeiten, in Wirklichkeit aber das Therapieprogramm überhaupt. Und er betraf damit auch die Rolle der forensischen Psychiatrie darin und die fundamentale Frage, in welchem Ausmass sie dem Zugriff auf die Verurteilten erhalten sollte.¹⁷

Auf der einen Seite wurden Vorschläge der Expertenkommission präsentiert,¹⁸ die abgestützt waren auf Forderungen der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie.¹⁹ Für dieses Konzept war bezeichnend, dass die einzel-

¹⁵ Vgl. MÜLLER PETER, Die Verwahrung – Anfragen des Strafrechts an die Psychiatrie, in: ANDREA BAECHTOLD/ARLANE SENN (Hrsg.), Brennpunkt Strafvollzug, Bern 2002, 20, 23 ff.

¹⁶ Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des Strafgesetzbuches sowie zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, BJ Januar 1995, 636 ff.

¹⁷ Aus heutiger Sicht dezidiert kritisch zur Rolle der Psychiatrie im Massnahmenrecht und zum Behandlungskonzept GMDR MARO, Der Richter und sein (forensischer) Denker (Fn 10); Ders., Missbrauchgefahr in Psychiatrie und Strafrecht (Fn 10).

¹⁸ Vorentwürfe von 1993 zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege; vgl. dazu Bundesamt für Justiz, Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, BJ 1993, 79 ff.; MÜLLER PETER (Fn 15), 24.

¹⁹ Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe der Expertenkommission zum

¹³ Optimistischer BSK StGB-HEER (Fn. 1), Art. 56 N 16 für Verhängungsschleide, bei denen die Tendenz bestehe, der Verhältnismässigkeit «vermehrt Beachtung zu schenken».

¹⁴ BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.2.2.

nen Massnahmen an unterschiedliche «diagnostische Tatbestandselemente» gebunden waren. Eine Verwahrung kam nur für einen Täter in Frage, der an einer «tieferliegenden Persönlichkeitsstörung» leidet.²⁰ Er sollte ohne vorangehende Behandlung verwahrt werden können. Für eine stationäre Massnahme hätte ein Täter «geisteskrank» oder «geistig schwer behindert» sein müssen.²¹ Diese Begriffe hatten zudem einen Bezugspunkt auf der Strafspur: sie wurden nämlich auch für eine Definition der Schuldundfähigkeit vorgeschlagen.²² Für eine ambulante Behandlung sollte demgegenüber genügen, dass der Täter «in seiner geistigen Gesundheit beeinträchtigt» ist oder an einer «Persönlichkeitsstörung» leidet.²³ Mit anderen Worten: Die Schwelle für eine stationäre Behandlung war relativ hoch angesetzt. Eine Persönlichkeitsstörung, und sei sie auch tiefergehend, hätte nicht gereicht. Solche Delinquenten sollten prinzipiell in den zeitlich befristeten Strafvollzug kommen, allenfalls in Kombination mit einer ambulanten Behandlung.²⁴ Die Zielgruppe der stationären Massnahmen wäre damit gegenüber dem früheren Recht stark geschrumpft.²⁵

Die «Arbeitsgruppe forensische Psychiatrie der deutschsprachigen Schweiz» liess kein gutes Haar an diesem Vorschlag. Die Differenzierungen seien medizinisch und sachlich unangemessen, nicht praktikabel, das Ganze zu unflexibel.²⁶ Sie machte sich für einen anderen Ansatz stark: Man müsse, wenn man sich schon auf Neuerungen einlasse, mit dem Oberbegriff der «psychischen Störung» operieren, wie er auch dem Klassifikationssystem der WHO

(ICD) zugrunde Grunde liegt.²⁷ Klar war auch: dass ein solcher Begriff der psychischen Störung, wenn er im Gesetz Verwendung findet, zunächst alle denkbaren Spielarten von Störungen erfasst, die in den Klassifikationssystemen aufgelistet sind. Worum es sich bei dieser «psychischen Störung» konkret handle, sei dann vom jeweiligen Gutachter zu diagnostizieren.²⁸ Dieser Vorschlag war anschlussfähig; auch bei denjenigen Vertretern der Psychiatrie, die beim Vorentwurf noch eine andere Linie verfolgt hatten.²⁹ Im Übrigen war auf diese Weise auch sichergestellt, dass die Anordnung einer stationären Behandlung psychischer Störungen unverändert auch bei Tätern in Frage kommt, bei denen «nur» eine (tieferliegende) Persönlichkeitsstörung diagnostiziert werden konnte.³⁰

Das Konzept der «psychischen Störung» ist dann, wie wir wissen, vom Gesetzgeber übernommen worden. In der Botschaft wurde dazu ausgeführt, dass damit die ganze Bandbreite an psychischen Phänomenen erfasst wird, die vom sog. «Normalen» abweichen und nach wissenschaftlichen Kriterien diagnostizierbar sind.³¹ Vorzeichnet war damit zugleich, dass dieser Begriff der «psychischen Störung» für sich alleine als Anknüpfungspunkt für die Anordnung der strafrechtlichen Massnahme nicht genügen kann. Er ist in der Sache nicht enger oder präziser als das, was früher «geistige Abnormalität» genannt wurde.³² Schon zu jenem Geisteszustand bestand ein Konsens, dass «nicht jede geistige Abnormalität im sehr weiten medizinischen Sinne eine geistige Abnormalität im rechtlichen Sinne» sein könne; erfasst seien «nur bestimmte, relativ schwerwiegende Arten und Formen.»³³ Diese Position wird nun durch das Schwerekriterium repräsentiert. Es soll dazu beitragen, aus der Gruppe derjenigen Delinquenten, die in einem ersten Schritt als «psychisch gestört» diagnostiziert werden können,³⁴ diejenigen Kandidaten herausfiltern,

20 Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, BJ Januar 1995, 15; MÜLLER PETER (Fn 15), 24 f. Art. 68 VE 1993 (Fn 18).

21 Art. 61 VE 1993 (Fn 18), wobei die Platzierung in psychiatrischen Kliniken oder Pflegeheimen unabhängig gewesen wäre, zeitlich befristet auf eine Maximaldauer von 5 Jahren.

22 Dort lauteten die Umschreibungen «geistig nicht gesund, geistig behindert oder in seinem Bewusstsein gestört» (Art. 14 Abs. 1 VE 1993 [Fn 18]), dazu Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Fn 16), 146 ff. mit ausführlicher Kritik der Arbeitsgruppe forensische Psychiatrie der deutschsprachigen Schweiz, 148 ff.

23 Art. 67 Abs. 1 VE 1993 (Fn 18), die ausserdem mögliche ambulante Suchtbehandlung interessiert vorliegend nicht.

24 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Fn 16), 637. Eine Verwahrung wäre nur unter den weiteren Voraussetzungen jener Vorschrift zulässig gewesen, vgl. dazu MÜLLER PETER (Fn 15), 24; siehe auch LEHNER CHRIS, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, Zürich 2015, 34 N 43.

25 Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II 2076.

26 Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Fn 16), 636 ff.; MÜLLER PETER (Fn 15), 25.

27 Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Fn 16), 149; Arbeitsgruppe forensische Psychiatrie der deutschsprachigen Schweiz bezüglich der Defektzustände bei einer Schuldunfähigkeit; MÜLLER PETER (Fn 15), 24 ff.

28 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Fn 16), 636 ff.; MÜLLER PETER (Fn 15), 25.

29 Vgl. zu allem die Erläuterungen zum Gesetzgebungsverfahren bei MÜLLER PETER (Fn 15), 24 ff. m.w.N.

30 Vgl. Botschaft (Fn 25), BBl 1999 II 2076.

31 Botschaft (Fn 25), BBl 1999 II 2076.

32 Vgl. die Marginalie von Art. 43 ASGB.

33 Vgl. BGer 6S.592/1990 vom 26. Juli 1991 E. 2b; 6S.7/1998 vom 13. Februar 1998 E. 3; 6S.768/1999 vom 29. Januar 2000 E. 1a; 6S.427/2005 vom 6. April 2006.

34 Aufschlusserscheinungen gibt es schon bei diesem Schritt, soweit auf eine Diagnose nach einem der anerkannten Diagnose-Mannuals verzichtet wird, vgl. BGer 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014 E. 3.2.; OGer Glarus OG.2012.00033/34 vom 27. März 2015, zusammengefasst in BGer 6B_513/2015 vom 4. Februar 2016 = BGE 142 IV 56 ff.; siehe auch URWYLER THIERRY, Anmerkungen zum Urteil des OGer Glarus OG.2012.00033/34, AJP 2016, 687 ff.

bei denen die Anordnung der Massnahme ernstlich in Betracht fällt. Die rechtstaatlichen Defizite, die schon der Vorgängerbestimmung angelastet wurden,³⁵ hatten damit aber natürlich auch der heutigen Bestimmung an. Der Zustand, auf den es für die Anordnung der Massnahme ankommen soll, ist im Gesetz selber durch das Erfordernis einer «schweren psychischen Störung» nämlich weiterhin nicht eindeutig definiert. Denn er lässt ja völlig offen, wo die Schwere einer psychischen Störung *beginnt*.³⁶

III. Anforderungen an den Schweregrad der psychischen Störung – Meinungsstand

Angesichts dieser Ausgangslage und der Tragweite des Eingriffs, der unmittelbar dem Verurteilten, potentiell aber Jedermann droht, ist es an Rechtsprechung und Lehre, das Schwerekriterium zu konkretisieren. Denn die Szenarien, die eintreten können, wenn dies nicht geschieht, sind offensichtlich:

Der enorm weite Begriff der «psychischen Störung» ist missbrauchsanfällig, und zwar primär im Kontext der freiheitsentziehenden stationären Behandlung, angesichts der Umwandlungsverfahren (Art. 62c Abs. 3 und 4 StGB) aber auch bei ihrer kleinen Schwester, der ambulanten therapeutischen Massnahme (Art. 63 StGB).³⁷ Er bietet Hand dazu, eine Vielzahl vermeintlich oder mutmasslich gefährlicher Straftäter unter dem Etikett der Therapiemassnahme zu reinen Sicherungszwecken weit über das schuldangemessene Mass hinaus zu inhaftieren. Dies gilt umso mehr, als die stationäre Behandlung psychischer Störungen heute auch im Nachhinein gegenüber Verurteilten angeordnet werden kann, die im Erkenntnisverfahren und selbst unter permanenter Beobachtung in der Straftat jahrelang als «normale Kriminelle» eingestuft worden sind (Art. 65 Abs. 1 StGB). Die Rechtsprechung hält Anschauungsmaterial genug bereit, dass Häftlinge im Schlüsselschluss der staatlichen Instanzen, des forensischen Gutachters und mit dem Segen des Bundesgerichts kurz vor dem Entlassungstermin plötzlich in psychisch schwer gestörte Persönlichkeit umdefiniert werden.³⁸ Vor diesem Hintergrund ist ganz ent-

³⁵ STRATENWERTH GÜNTER, Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht, ZStr 1966, 337, 365.

³⁶ Vgl. STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006, 284 N 9.

³⁷ Exemplarisch BGer 6B_52/2010 vom 22. März 2010 E. 3.3; 6B_338/2018 vom 22. Mai 2018 E. 2. Dass die Massnahme aufzuheben wäre, wenn sich keine Therapiebereitschaft einstellt (Art. 62 Abs. 1 lit. a StGB), nützt der «Behandlungsversuchs» festgelegt ist; weil keine zeitliche Grenze für die Dauer des «Behandlungsversuchs» festgelegt ist; vgl. HARNER LUISA, Therapieverweigerung im Massnahmenvollzug, SKZ 2/2017, 40 ff.

³⁸ Vgl. BSK StGB-HEER (Fn 1), Art. 65 N 50. Das Bundesgericht hat die Anordnung einer nachträglichen stationären Massnahme i.S.v. Art. 65 Abs. 1 StGB regelmäßig selbst

scheidend, wie die «Schwere» der psychischen Störung inhaltlich zu bestimmen ist. Denn dieses Kriterium ist es ja, dass einer überbordenden Pathologisierung von Delinquenz einen Riegel vorschoben soll.

Daher lautet nun meine Frage: Haben sich über die letzten 10 Jahre hinweg Mindestanforderungen an den Schweregrad herausgebildet? Werden inhaltliche Kriterien benannt, auf die es aus juristischer Sicht konkret ankommen soll? Um die Antwort vorweg zu nehmen: Der Ertrag ist sehr bescheiden.³⁹

A. Die Haltung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich seit Inkrafttreten der heutigen Gesetzesfassung darauf beschränkt, seinen einstigen Textbaustein zum früheren Art. 43 StGB (Massnahmen an geistig Abnormen) etwas moderner zu formulieren. Und dabei schleichen sich sogar noch die Begrifflichkeiten des früheren Gesetztextes ein, die man mit der Neufassung überwinden wollte. Demnach «genügt für eine schwere psychische Störung nicht jede geistige Anomalie im sehr weiten medizinischen Sinne. Einzig psychopathologische Zustände von einer gewissen Ausprägung oder relativ schwerwiegende Arten und Formen geistiger Erkrankungen im medizinischen Sinne vermögen diesen Anforderungen zu genügen und können als geistige Abnormalität im rechtlichen Sinne von Art. 59 Abs. 1 StGB qualifiziert werden.»⁴⁰ Damit wird das Merkmal «schwer» zwar überaus wortreich umschrieben, zugleich aber jegliche Präzisierung und damit auch jegliche Eingrenzung vermieden. Denn dass der Zustand eine «gewisse Ausprägung» haben, «relativ schwerwiegend» sein muss, fügt dem Ausgangsbegriff des Gesetzes keinerlei Erkenntnisgewinn hinzu.

Flankierend dazu wurde auch die Idee im Keime erstickt, die «schwere psychische Störung» mit der ersten Stufe der Schuldfähigkeitsbeurteilung zur Deckung zu bringen. Dabei hätte man darüber doch zumindest diskutieren können. Denn immerhin ist man in diesem Bereich mit der Notwendigkeit,

dann gutgehissen, wenn der Antrag erst relativ kurz vor Verbüssung der Freiheitsstrafe beantragt wurde, vgl. BGer 6B_237/2008 vom 20. Juni 2008 E. 1.2; 6B_375/2008 vom 21. Oktober 2008 E. 4. und 4.5; 1B_4/2010 vom 21. Januar 2010 E. 3.2. Diverse Entscheide des Bundesgerichts, in denen Art. 65 Abs. 1 StGB als Rechtsgrundlage für die Anordnung einer stationären Massnahme mit angeführt wird, betreffen in Wirklichkeit Umwandlungsverfahren, die an eine vorbestehende ambulante Massnahme anknüpfen (vgl. auch BSK StGB-HEER [Fn 1], Art. 65 N 55). Solche Irrläufer sind hier nicht gemeint.

³⁹ Zu diesem Befund gelangen i.E. auch URABANOK FRANK/ENDRASS JÉRÔME/NOLL THOMAS/ROSSEGER ASTRID, Die «psychische Störung» im Massnahmenrecht aus forensisch-psychiatrischer Sicht, AJP 2016, 1671 ff.

⁴⁰ BGer 6B_290/2016 vom 15. August 2016 E. 2.3.3.

forensisch relevante psychische Störungen herauszufiltern, bestens vertraut.⁴¹ Trotzdem hat das Bundesgericht für die Massnahme-Spur unmissverständlich klargestellt: «Für die Beurteilung der Schwere der psychischen Störung ist nicht massgebend, ob sie geeignet ist bzw. war, die Schuldfähigkeit des Täters aufzuheben oder zu beeinträchtigen.»⁴² Im Klartext bedeutet das: Die Schwelle kann auch unterhalb der weniger schweren Defektzustände liegen,⁴³ die zu einer verminderten Schuldfähigkeit führen können und im Massnahmementrecht selbständig mit Leben gefüllt werden. Eine Begründung dieser Position sucht man vergebens, aber man kann erahnen, welchen Sinn sie hat. Kriminalpolitischen Bestrebungen nach einer fortwährenden Optimierung des Schutzes der Allgemeinheit vor einem Rückfall des Täters kommt diese Unabhängigkeit der Begrifflichkeiten sehr entgegen. Auf diese Weise kann der Weg zum Schuldpruch mit umgemilderter Freiheitsstrafe durch hohe, denjenige zum stationären Massnahme durch andere bzw. tiefe Anforderungen an eine «schwere psychische Störung» vorgespart und beides miteinander kombiniert werden.⁴⁴

⁴¹ Vgl. BOMMER-FELD/DITTMANN-VOLKER, in: NIGGLI/MARCEL ALEXANDER/WIRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I (Art. 1–136), 4. Auflage, Basel 2019, wonach das Erfordernis einer schweren psychischen Störung bei der Schuldfähigkeit weiterhin gelten soll; unklar PK StGB-FRECHSEL/JEAN-RICHARD (Fn 10), Art. 19 N 6, die das «biologische Erfordernis» als überwinden einstuft und damit offenbar für einen weitergehenden Anwendungsbereich von Art. 19 StGB votieren, aber gleichwohl die früheren gesetzlichen Merkmale in den Mittelpunkt stellen. Aus dem forensisch-psychiatrischen Schrifttum MARTIN KESSEWETTER, Schuld, Delinquenz und forensische Psychiatrie, ZStR 2010, S. 318, 320, 327 f.; NEDOPIL NORBERT, Juristische Schwellenvorgaben, psychiatrische Diagnostik und psychopathologisches Erkennen, Unerschöpflicher Diskurs, Forens Psychiatrie Psychol Kriminol 2015, 171, 172 ff. Es sei darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung in Deutschland auf erhebliche Anstrengungen der Psychiatrie, die Grenzziehung an empirischen Kriterien auszurichten, mit «eigenen Schwellenwerten» reagiert und damit die Urteile auf die normative Ebene zurückverlegt hat. Instruktiv zur «kartraher Psychiatrie» des BGH bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung und der Kritik der Psychiatrie vgl. NEDOPIL, aa O., 174 f.

⁴² BGer 6B_681/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 4.1; vgl. BGer 6B_52/2010 vom 22. März 2010 E. 2.3.

⁴³ Vgl. zu den Persönlichkeits-, Verhaltens- und sexuellen Störungen und Anforderungen an ihren Schweregrad im Kontext einer eventuell verminderten Schuldfähigkeit BSK StGB-BOMMER/DITTMANN (Fn 41), Art. 19 N 67 f.

⁴⁴ Bei mehrjährigen Freiheitsstrafen wird unter Verweis auf das Untermassnahmementrecht auch die kumulative Vollzug von Strafe und stationärer Massnahme bewerkstelligt, über Umwandlungsverfahren (Art. 62c Abs. 3 StGB) oder eine nachträgliche Änderung der Sanktion (Art. 65 Abs. 1 StGB). Vgl. z.B. BGer 6B_597/2012 vom 28. Mai 2013 (Verfahren Kaduic); 6B_994/2016 vom 7. November 2016 E. 1.4; 6B_1203/2016 vom 16. Februar 2017; 6B_53/2017 vom 2. Mai 2017 E. 1.4.3; URWYLER THÉRÈRE, Untermassnahmementrecht bei therapeutischen Massnahmen nach Art. 59–61 und 63 StGB, AJP 2018, S. 1478 ff. m.w.N.

B. Was hat die Lehre anzubieten?

Die Lehre hat sich, man getraut es sich fast nicht zu sagen, an einer Inhaltsbestimmung des Schwerekriteriums überwiegend erst gar nicht versucht.⁴⁵

Standardwerke zielen sich auf den Rat zurück, die erforderliche Schwere der psychischen Störung rückläufig unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit der Massnahme zu bestimmen.⁴⁶ Das klingt ansprechend, beantwortet aber nicht ansatzweise, wie das konkret vor sich gehen und welche Kriterien ein Strafgericht heranziehen soll, um die «schwere» von der «nicht schweren» Störung zu unterscheiden. Deshalb raubt ein Vorschlag, der auf diesem Abstraktionsniveau verharrt, dem Schwerekriterium letztlich jede eigenständige Bedeutung. Denn die Verhältnismässigkeit des drohenden Eingriffs muss ohnehin geprüft werden – und zwar zusätzlich zum Erfordernis einer schweren psychischen Störung.⁴⁷

Vom Regen in die Traufe führt auch die Forderung, es brauche eine psychische Störung «mit Krankheitswert».⁴⁸ Obwohl sie seit Jahren im Raume steht,⁴⁹ ist nebulös geblieben, wodurch sich ein «Krankheitswert» auszeichnen soll, kurz: was das eigentlich ist.⁵⁰ Kaum besser wird es, wenn man einem Seitenblick auf das deutsche Sanktionenrecht tut, weil man dort über den Terminus ebenfalls stolpert, freilich bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung des Täters.⁵¹ Er wird in jenem Kontext mitunter als Massbegriff benutzt, um die

⁴⁵ Ausfnlich dazu nun BSK StGB-HEER/HABERMAYER (4. Aufl., Fn 1), Art. 59 N 21 ff.; hingegen nur knapp dazu die Voraufgabe, die zum Tagungstermin noch massgeblich gewesen ist: HEER/MARIANNE/HABERMAYER ELMAR, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIRÄCHTIGER, Basler Kommentar, Strafrecht I (Art. 1–110 StGB), 3. Auflage, Basel 2013, Art. 59 N 22; äusserst knapp S QUELOZ NICOLA/MUNYANKINDI RÈMI, in: ROTH ROBERT/MORELLON LAURENT (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal I (Art. 1–110 CP), Basel 2009, Art. 59 N 7.

⁴⁶ STRATENWERTH GÜNTER (Fn 36), 284 ff. N 10, 24, aber aus einer dezidiert kritischen Haltung zur Genese des heutigen Gesetzestextes und als Notlösung präsentiert; übernommen von JOSITSCH DANIEL/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/EGE GIAN, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Auflage, Zürich 2018, 185.

⁴⁷ Im Ergebnis ebenso LEHNER CHRIS (Fn 24), 27 f. N 38.

⁴⁸ Vgl. zu diesem Erfordernis bereits BSK StGB-HEER/Habermayer (3. Aufl., Fn 45), Art. 59 N 8; aufgeführt und vertieft von LEHNER CHRIS (Fn 24), 26 ff. N 37 f.; nun eingehender dazu BSK StGB-HEER/HABERMAYER (4. Aufl., Fn 1), Art. 59 N 8, 30a, 30f. Vgl. BSK StGB-HEER/HABERMAYER (3. Aufl., Fn 45), Art. 59 N 8.

⁴⁹ Vgl. die Kritik bei NEDOPIL (Fn 41), 172. Mit Begriffsklärung aber Lehner (Fn 24), 26 ff. N 37 f. und nun auch BSK StGB-HEER/HABERMAYER (4. Aufl., Fn 1), Art. 59 N 8, 30a, 30 f.

⁵¹ Siehe die Nachweise bei SCHREIBER HANS-LUDWIG/ROSENAU HENNING, Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, in: HARALD DRESSIG/ELMAR HABERMAYER (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 6. Auflage, München 2016, 97, 100, 104.

Schwere psychischer Störungen mit anderen Defektzuständen zu vergleichen, bei denen eine Exkulpation des Täters üblicherweise in Betracht kommt.⁵² Bezieht man aber forensisch-psychiatrisches Schrifttum mit ein, so kommt Skepsis auf, ob man im hiesigen Massnahmenrecht auf diesen Zug aufspringen sollte. Es wird eindringlich gewarnt, der Terminus «Krankheitswert» sei als Massbegriff unbrauchbar, nicht näher definiert und schon gar nicht operationalisiert.⁵³ Er gehe von «Krankheit» als dem definierten Mass aus, an dem andere Zustände gemessen werden können. Tatsächlich sei «Krankheit» aber keine derart feststehende Grösse, dass man sie als Bezugspunkt verwenden könne, und sie werde vom Leichesten bis zum schwersten Fall nach Gesichtspunkten graduert, die mit dem Schweregrad von psychischen Anomalien nichts zu tun hätten.⁵⁴ Wie auch immer es sich damit verhält: Es kristallisiert sich heraus, dass mit dem «Krankheitswert» das Definitionsproblem nicht gelöst, sondern lediglich verlagert wird. Solange die Strafjuristen ihm keine anerkannte juristische Bedeutung beigemessen können, sind diffundieren über ihm alle Unsicherheiten und Divergenzen, die es in der Psychiatrie zum Konzept «Krankheit» gibt,⁵⁶ in das Qualifikationsmerkmal «schwer» hinein. Es gewinnt dadurch nicht an Schärfe, im Gegenteil.

Wir verabschieden uns deshalb besser vom Zwischenbegriff des «Krankheitswertes» und landen schliesslich bei einem Definitionsversuch zum Schwerekriterium selber, mit dem sich soweit ersichtlich erstmals LEHNER eingehender befasst hat, inspiriert von HEER und anderen.⁵⁷ Danach soll die «Schwere» der psychischen Störung davon abhängen, dass Auswirkungen dieser Störung in anderen Lebensbereichen feststellbar sind; solchen, die von der Delinquenz nicht direkt betroffen sind. Jedenfalls bei Massnahmen nach Art. 59 StGB soll der Schwellenwert erst dann erreicht sein, wenn die betroffene Person die Autonomie verliert, ihr Leben in einer *Vielzahl* von Bereichen zu gestalten, wenn ihre soziale Kompetenz also insgesamt stark einge-

schränkt ist.⁵⁸ Dies entspricht, soweit ich es beurteilen kann, dem Vorgehen der forensischen Psychiater bei der Quantifizierung einer psychischen Störung bzw. ihren Vorschlägen, die forensische Relevanz der Störung auszuweisen.⁵⁹ Die juristische und die ärztliche Sicht gingen danach Hand in Hand.

Allerdings stösst dieser Massstab auf Schwierigkeiten, wenn man ihn mit juristischen Vorgaben konfrontiert, die für stationäre Massnahmen sonst noch behauptet werden. Zunächst gleicht er die «schwere psychische Störung» an Eingangskriterien für eine zumindest verminderte Schuldfähigkeit an,⁶⁰ was sich nicht mit dem Postulat verträgt, das Schwerekriterium sei völlig unabhängig von der Schuldfähigkeitsbeurteilung.⁶¹ Vor allem aber erhebt sich bei diesem Vorschlag die prinzipielle Frage: Warum soll es auf Einschränkungen des Betroffenen im allgemeinen Leben für das Eingangskriterium der Massnahme unbedingt ankommen, wenn diese Aspekte dann später im *Vollzug* dieser Massnahme gar kein Gegenstand der Behandlung sein müssen, ja nicht einmal sein sollen? Denn für die Behandlung wird gerade gegenläufig betont, dass es allein um diejenigen Risikofaktoren gehen soll, die für die Rückfallgefahr relevant sind. Alles, was jenseits davon liegt, auch Symptome, die für den Betroffenen belastend sind, soll aussen vor bleiben.⁶²

⁵⁸ BSK StGB-HEER/HABERMEYER (4. Aufl., Fn 1), Art. 59 N 30g; LEHNER CHRIS (Fn 24), 29 ff. N 39 f. m.w.N.; nachfolgend auch DENS, *Freiheitsentziehende Massnahmen im schweizerischen Strafrecht*, recht 2017, 81, 88.

⁵⁹ JURGEN LEO MÜLLER/NORBERT NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie*, 5. Auflage, Stuttgart 2017, 124 ff.; speziell zur forensischen Relevanz einer antisozialen Persönlichkeitsstörung SASS HENNING/HABERMEYER ELMAR, *Psychopathie und antisoziale Persönlichkeitsstörungen im Spannungsfeld zwischen Pathologie und Dissozialität*, *Forens Psychiatr/Kriminol* 2018, 183 ff.

⁶⁰ BSK StGB-BOMMER/DITTMANN (4. Aufl., Fn 1), Art. 19 N 67 zu Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen sowie den sexuellen Störungen, bei denen eine Auswirkung auch ausserhalb des Delinquenzbereichs des Betroffenen verlangt wird; LEHNER CHRIS (Fn 24), 33 N 42 mit Fn 242; unklar PK StGB-TREHSEL/JEAN-RICHARD (Fn 10), Art. 19 N 6, 12, 15, die angesichts der Genese des heutigen Gesetzestextes von einer Überwindung des «biologischen Erfordernisses» bei Art. 19 StGB ausgehen und Gründe, die zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit führen können, nicht näher eingrenzen.

⁶¹ Siehe unten V.B.

⁶² LEHNER CHRIS (Fn 24), 12 f. N 15; vgl. BSK StGB-HEER/HABERMEYER (4. Aufl., Fn 1), Art. 59 N 58, 89, CR CR-QUELLOZ/MUNYANKINDI (Fn 45), Art. 59 N 15; ablehnend zu diesem Behandlungskonzept aus psychiatrischer Sicht GMÜR MARIO, *Der Richter und sein (forensischer) Denker* (Fn 10); kritisch auch KRESWETTER MARTIN, *Schuld, Delinquenz und forensische Psychiatrie*, *ZStrR* 2010, 318, 320, 332.

⁵² Vgl. NEDOPIL (Fn 41), 172.

⁵³ Vgl. NEDOPIL (Fn 41), 173.

⁵⁴ SCHREIBER/ROSENAU (Fn 51), 104.

⁵⁵ Wie zum Beispiel im Sozialversicherungsrecht, vgl. BGE 137 V 295 ff.

⁵⁶ Vgl. dazu m.w.N. VOLKER DITTMANN, «Psychische Störung» im Therapienterbringungsgesetz und im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung vom 4. Mai 2011 – Versuch einer Klärung, in: JURGEN MÜLLER/NORBERT NEDOPIL/ELMAR HABERMEYER/PETER FALKAU/NAHLAH SAMEH (Hrsg.), *Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung*, Berlin 2012, 27, 29 ff.

⁵⁷ BSK StGB-HEER/HABERMEYER (3. Aufl., Fn 45), Art. 59 N 16; eingehend zum Schwerekriterium nun BSK StGB-HEER/HABERMEYER (4. Aufl., Fn 1), Art. 59 N 21 ff., knapp dazu noch in der Vorauflage; LEHNER CHRIS (Fn 24), 29 ff. N 39 f. mit den dortigen Nachweisen.

IV. Folgeprobleme für das Zusammenwirken der Straffjustiz mit dem Sachverständigen

Ich halte es nun für erforderlich, darauf hinzuweisen, dass sich aus der gegenwärtigen Orientierungslosigkeit beim Schwerekriterium ein handfestes Folgeproblem für die alltägliche Praxis ergibt. Sie rüttelt an Kompetenzgefüge zwischen Gericht und Sachverständigen, das ohnehin schon sehr zugunsten des Letzteren ausgerichtet ist.

Zwar betonen Rechtsprechung und Lehre geflissentlich, es obliege dem Gericht zu entscheiden, ob die ärztliche Diagnose als «schwer» im Sinne der Art. 59 und 63 StGB einzustufen ist. Bekräftigend wird auch gerne hinzugesetzt, dass die Frage nach der rechtlichen Relevanz der Diagnose rein juristischer Natur, eben eine «Rechtsfrage» sei.⁶⁵ Genauer besehen schimmern aber genau in diesen Punkt beträchtliche Unsicherheiten durch. Offen ist insbesondere, welcher Ermessensspielraum den Gerichten noch verbleibt, wenn die sachverständige Person sich zum Schweregrad der Störung festgelegt hat.⁶⁴ Und dies wundert mich auch nicht. Denn natürlich: Die Subsumtion der Ausführungen des Sachverständigen unter eine Norm ist eine Aufgabe, die von der Straffjustiz selbst zu leisten ist. Aber das ist eine Selbstverständlichkeit, auch eine Banalität. Denn es ist ja am Ende das Gericht, das sein Urteil fällen und die Massnahme anordnen oder auf eine Anordnung verzichten muss. Grundlage für diese Entscheidung sind aber im Wesentlichen die Feststellungen und Wertungen des forensischen Psychiaters. Ihn müsste das Gericht bei der Vergabe des Gutachtens daher anleiten können, ein sinnvolles Zusammenwirken organisieren. Wenn aber die Straffjustiz gar keine Kriterien hat und nicht benennen kann, auf was es *aus juristischer Sicht* beim Merkmal «schwer» inhaltlich ankommen soll, dann kann der Sachverständige nicht wissen, wonach er Ausschau halten soll. Und dieses Problem verschärft sich, wenn er auch durch ein engagiertes Studium von Kommentaren und Lehrbüchern der Juristen keinerlei Klarheit gewinnen kann, was es mit den proklamierten «juristischen Kriterien» auf sich hat, denen das Strafgericht Geltung verschaffen müsse.⁶⁵ Zugleich aber wird von ihm erwartet, nicht nur abzuklären, ob eine psychische Störung vorliegt oder nicht, sondern er soll sich gegs.

auch zu deren Ausmass äussern.⁶⁶ Und er wird dann tun, was nahelegt und was man ihm auch keinesfalls verübeln kann: Er wird in seinem Gutachten das zum Massstab erheben, worauf es aus seiner *medizinischen* Sicht für ein Schwerekriterium ankommt und das Ergebnis oft auch verschlagwortet, etwa als psychische Störung leichter, mittelschwerer oder schwerer Ausprägung. Dieser Einschätzung hat das Gericht bis dato auch nichts Substantielles entgegenzusetzen, weshalb es die Einschätzung des Sachverständigen zum Schweregrad der diagnostizierten Störung oft bereitwillig übernehmen wird oder gar muss, um nicht in Willkür zu verfallen. Und damit ist zugleich ein Grundstein für das gelegt, was beim Sachverständigenbeweis im Allgemeinen und im Massenmenrecht im Besonderen längst als die prozessuale Realität beschrieben wird: dass die formale Entscheidungskompetenz zwar dem Gericht verbleibt, faktisch aber der forensische Psychiater als «Richter in Weiss» agiert.⁶⁷ Vorzuwerfen wäre dies aber der Straffjustiz – weil sie die Definitivomsnacht über ihre juristischen Begriffe nicht nutzt⁶⁸ und sich dadurch selber in eine Position der Ohnmacht begibt.

V. Das Schwerekriterium im Lichte der «Rechtfertigungs-Dogmatik» der Therapiemassnahmen

Für mich streht ausser Frage, dass es zu früh ist, sich mit diesem Zustand achselzuckend abzufinden und weitere Auslegungsarbeit beim Schwerekriterium als hoffnungslos einzustufen. Zuvor wären wenigstens die Optionen einer Begriffsbestimmung genauer auszuloten, die aus der normativen Perspektive der Straffjuristen denkbar und wünschenswert sind. Solche Bemühungen müssten, will man ausreichend gerüstet sein, allerdings mit einigen grundlegenden Überlegungen verbunden sein: einer Verständigung darüber, zur Erreichung welcher Zwecke die Straffjustiz mit einer staatlich verordneten Therapie legitimerweise in die Persönlichkeitsrechte des Verurteilten eingreifen darf, bei stationären Massnahmen notabene unter der Rahmenbedingung der Freiheitsentziehung. Und damit meine ich jetzt nicht die Frage nach der Verhältnismässigkeit des Eingriffs oder irgendeine Kosten-Nutzen-Analyse. Mir geht es um die Frage, wie sich dem Betroffenen gegenüber rechtfertigen lässt,

⁶³ BGer, 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.4.; vgl. CR, CP, QUELLOZ/MUNYAN-KINDI (Fn 45), Art. 59 N 7.

⁶⁴ BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 13. Das Bundesgericht hat bezichnenderweise Entscheide der Vorinstanz unbeanstandet gelassen, mit denen zu *Ungutachten* des Betroffenen vom Gutachten abgewichen wurde oder ist über das Problem hinweggegangen. Vgl. die Auswertung der Bundessgerichtspraxis zu Persönlichkeitsstörungen bei BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 24 b.

⁶⁵ Vgl. die Mahnung bei BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 13.

⁶⁶ BGer 6B_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.4.; BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 13.

⁶⁷ Grundlegend und weiterführend dazu WOHLERS WOLFGANG, Straffjustiz und Sachverständigenbeweis, ZStR 2019, 431 ff. m.w.N.

⁶⁸ Vgl. auch BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 20 (Definition wird weitgehend der Psychiarie überlassen).

was ihm mit der Massnahme zugefügt wird.⁶⁹ Dies ist bis heute weder prinzipiell noch in den Einzelheiten hinreichend geklärt.⁷⁰

Das Bundesgericht und Teile der Lehre orientieren sich nach wie vor an einem Gedankenkontext, das im Kern aus dem 19. Jahrhundert stammt: Es sind dies die Zwecke der «Besserung» und «Sicherung».⁷¹ Allein schon die Tatsache, dass sich die Rede von einer «Besserung» des Täters bis heute gehalten hat, sollte zu denken geben. Denn sie bezieht sich allemal allein auf *das gesellschaftliche Interesse* an einer Veränderung der Persönlichkeit oder der Verhaltensmuster des Betroffenen. Was eine solche Veränderung für ihn selbst bedeutet, bleibt aussen vor.⁷² Diese Sichtweise pflanzt sich bei der stationären Massnahme (Art. 59 StGB) fort in einer Tendenz, den erzieherischen Eingriff neben der Komponente der Freiheitsentziehung und im Vergleich mit einer rein sichernden Verwahrung herunterzuspielen und in einer Auslegung, bei der das Problem der Fehleranfälligkeit von Diagnosen als Entscheidungspaarmer ausgeklammert wird.

Geradezu paradigmatisch dafür ist der Umgang der Gerichte mit einer Therapieverweigerung des Verurteilten.⁷³ Sein Widerstand wird – akzessorisch zur Sicht der forensischen Psychiatrie – als «Teil des Krankheitsbildes» eingeordnet,⁷⁴ ein erstes Therapieziel darin gesehen, Einsicht und Therapiewilligkeit zu schaffen.⁷⁵ Angeordnet wird die stationäre Massnahme selbst dann, wenn der Betroffene *weitere* Therapie kategorisch ablehnt, nach jahrelanger

Vorerfahrung mit «ambulanten» Behandlung im Strafvollzug, die als gescheitert eingestuft wird.⁷⁶

Basis für eine solche Rechtsprechung ist ein festes Vertrauen der Gerichte in die Zuverlässigkeit der ärztlichen Diagnose, sofern ein mangelfreies Gutachten vorliegt. Es ist aber notorisch, dass Gutachter bei der Diagnostik selbst dann zu konträren Ergebnissen gelangen, wenn ein jeder lege artis verfahren ist,⁷⁷ dass dem binären strafrechtlichen Modell «gestört/nicht gestört» in der Realität fließende Übergänge gegenüberstehen, und dass die Praxis der Begutachtung seit je her durch kriminalpolitische Motive beeinflusst ist.⁷⁸ Man kann gewiss sein, dass sich unter den Eingewiesenen auch Personen befinden, die sich geistig nicht nur kerngesund *fühlen*, sondern es wirklich *sind* – kein Wunder also, dass sie nicht therapiert werden wollen. Schon hier setzt das Problem der «Falsch-Positiven» ein, nicht erst bei der Rückfallprognose. Wird der Betroffene dann auch noch in eine geschlossene psychiatrische Klinik, im Volksmund die «Irrenanstalt», oder eine gesonderte Einrichtung des Massnahmenvollzugs eingewiesen (ausnahmsweise, muss man angesichts der Vollzugsrealität einräumen), so kann nur schon dieser Unterbringungsort maximale Stigmatisierung bedeuten⁷⁹ und für ihn persönlich ein Alptraum sein – von der Pflicht zur Therapiearbeit, die ihn ausserdem trifft,⁸⁰ hier ganz zu schweigen. Davor verschliesst auch der EGMR die Augen, soweit er für eine Rechtfertigung der Freiheitsentziehung über Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK selbst dann auf der Platzierung in einer psychiatrischen Anstalt besteht, wenn sich der «psychisch Kranke» nicht der Therapie im Gefängnis, wohl aber der Behandlung in einer derartigen Einrichtung beharrlich versperrt.⁸¹

⁶⁹ Eingehend dazu STRATENWERTH GÜNTHER (Fn 35); DERS., Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender Massnahmen, in: AEBERSOLD PETER/ALBRECHT PETER/BOMMER FELIX/GLESS SABINE/PETH MARK/SCHUBARTH MARTIN/SEELMANN KURT/WOHLERS (Hrsg.), Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, Bern 2017, 507, 507; DERS., Die freiheitsentziehenden Massnahmen im bundesrätlichen Entwurf für die Revision des Allgemeinen Teils des StGB, ZStR 1999, 277 ff.; DERS., Neue Tendenzen im Massnahmenrecht: Vereinbarkeit mit rechtssetzlichen Grundsätzen?, AJP 2000, 1345 ff.; DERS. (Fn 36), 259 ff. N. 2, 29; siehe auch ALBRECHT PETER, Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Massnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten, Basel und Frankfurt a.M. 1981, 10 ff.; BSK StGB-HEER/HABERMAYER, (Fn 1), Vor Art. 56 N 7 ff. und dazu auch bereits eingehend in den Vorauslagen.

⁷⁰ Vgl. auch CONINX ANNA, Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafsens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht, recht 2016, 157, 172 f.

⁷¹ Vgl. BGE 124 IV 246 250 E. 3. b; BGE 141 IV 236 241 E. 3. 7; CR CP-QUELOZ/MUNYANKNDI (Fn 45), Art. 59 N 15; PK StGB-TRECHSEL/PAUEN BOKER (Fn 10), Vor Art. 56 N 1; STRATENWERTH GÜNTHER (Fn 36), 260 N 5; vgl. auch KILIAS MARTIN/KUHN

ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4. Auflage, Bern 2016, 270; deskriptiv dazu BSK StGB-HEER/HABERMAYER, (Fn 1), Art. 56 N 4, 7; STRATENWERTH GÜNTHER (Fn 36), 260 N 5; vgl. auch GMÜR MARIO, Missbrauchgefährde in Psychiatrie und Strafrecht (Fn 10).

⁷² Eingehend dazu BSK StGB-HEER/HABERMAYER, (Fn 1), Art. 56 N 4, 7.

⁷³ Vgl. BGE 6B_52/2010 vom 22. März 2010 E. 3. 3.

⁷⁴ BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 79 f. m.w.N.

⁷⁶ Vgl. z.B. BGE 6B_52/2010 vom 22. März 2010 E. 3. 3; 6B_338/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2; zur Primärnordnung trotz Therapieverweigerung z.B. BGE 6B_1287/2017 vom 18. Januar 2018 E. 1. 4.

⁷⁷ Vgl. z.B. den Fall Kadusic, BGE 6B_597/2012 vom 28. Mai 2013; EGMR Kadusic vs. Schweiz, Beschwerde Nr. 43977/13, Urteil vom 9. Januar 2018, wobei der Betroffene im Anschluss an das EGMR Urteil nochmals begutachtet, dann doch nicht mehr als psychisch gestört eingestuft und deshalb freigelassen wurde; EGMR H. vs. Deutschland, Beschwerde Nr. 4646/08 vom 24. November 2011 Ziff. 85, 89 ff.

⁷⁸ BSK StGB-HEER (Fn 1), Vor Art. 56 N 25 m.w.N.; die Ausrichtung der Begutachtungspraxis an kriminalpolitischen Motiven ist kein neuzeitliches Phänomen, sondern ab dem 19. Jahrhundert nachgewiesen, dazu eindrücklich GRAMANN URS, Die «Reserveengel der Jurisprudenz», Psychiatrie und Strafrecht im Kontext der schweizerischen Strafrechtsreform 1890-1950, ZStR 2005, 208, 213 ff.

⁷⁹ Vgl. ASHWORTH ANDREW/ZEDNER LUCIA, Preventive Justice, Oxford 2014, 217.

⁸⁰ Vgl. BGE 6B_593/2012 E. 4. 3; ablehnend dazu BSK StGB-HEER (Fn 1), Vor Art. 56 N 12.

⁸¹ EGMR H. vs. Deutschland, Beschwerde Nr. 4646/08, Urteil vom 24. November 2011, Ziff. 85, 89 ff. mit abweichendem Sondervotum von Richter Zupančić; zu Pro- und Contra-Argumenten einer «Klinik im Gefängnis» und den nötigen Differenzierungen BSK StGB-HEER/HABERMAYER (Fn 1), Art. 59 N 111 ff.

A. Das «wohlverstandene» Interesse des Betroffenen als Richtschnur einer Auslegung

Nun war es einst GÜNTER STRATENWERTH, der zur Frage der Rechtfertigung freiheitsentziehender Massnahmen und speziell zum Behandlungskonzept eine Überlegung ins Spiel brachte, von der die Lehre bis heute zehrt. Danach kann allein das öffentliche Interesse an Deliktsverhütung niemals ausreihend sein, den Rechtsbrecher zwangsweise zu «bessern». Ein auf Persönlichkeitsveränderung abzielender Zwang sei vielmehr nur dort zulässig, wo er – zumindest auch – im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen liegt.⁸² Gefragt wird nach Defiziten oder Behinderungen des Betroffenen, die in seiner Persönlichkeit liegen und deren Beseitigung er um seiner selbst willen wünschen müsste (selbst wenn er dies faktisch nicht tut). Zulässig sollen danach nur solche Massnahmen sein, die darauf abzielen, «Verhaltenszwänge» aufzuheben und dem Betroffenen zu einem grösseren Mass an freier Selbstbestimmung zu verhelfen.⁸³

Als *Rechtfertigungsunterfangen* für strafrechtliche Therapiemassnahmen gedacht, ist dieses allerdings selber ziemlich problematisch. Es setzt sich über das faktische Interesse auch des urteils- und schuldfähigen Massnahmekandidaten hinweg, greift Selbstbestimmung in einem Bereich an, um sie in anderen Bereichen zu fördern. Diese Bedenken betreffen aber in erster Linie den Verzicht auf ein Zustimmungserfordernis und damit die Frage, wann man aus juristischer Sicht von einer «Therapierbarkeit» des Täters ausgehen darf. Als Richtschnur für eine Inhaltsbestimmung des Schwerekriteriums kann der Ansatz hingegen ohne weiteres herangezogen werden. Erhebliche Schwierigkeiten bereitet jedoch, wie sich sogleich zeigt, seine Überführung in eine sinnvolle Auslegung des Qualifikationsmerkmals.

So müsste eine psychische Störung unter dem Topos des «wohlverstandenen Interesses des Betroffenen» am ehesten dann als schwer gelten, wenn der Betroffene unter ihr subjektiv (stark) leidet.⁸⁴ Man handelt sich bei einem solchen Massstab aber unerträgliche Beweisprobleme bei der Frage der Anordnung und Aufrechterhaltung der Massnahme ein und macht die juristische Schwelle von Zufälligkeiten abhängig. Ob sich ein Leidensdruck einstellt und wie gross er ist, wird nämlich auch davon abhängen, ob die Störung für das soziale Umfeld sichtbar geworden ist und wie es ggfs. darauf reagiert. Offen

ist auch, was mit der Massnahme und dem Betroffenen geschehen soll, falls die Behandlung zwar das subjektive Leiden – und damit das Qualifikationsmerkmal – beseitigt hat, nicht aber die Rückfallgefahr. Die Alternativen wären Freilassung, falls keine Reststrafe zum Vollzug mehr übrig ist, oder eine Verwahrung, sofern deren Voraussetzungen vorliegen. Die Quintessenz des Ganzen: Ein solches Konzept der schweren psychischen Störung ist alles andere als kohärent.

Damit rücken andere Möglichkeiten der Auslegung in den Vordergrund, die im Schrifttum auch bereits vorgeschlagen werden. Es könnten beispielsweise psychische Störungen als schwer eingestuft werden, wenn der Betroffene durch sie in seiner Lebensführung insgesamt (stark) eingeschränkt ist.⁸⁵ Denn auch dann ginge es nicht allein um eine «Behandlung von Rückfallgefahr», die im gesellschaftlichen Interesse erfolgt. Soweit dieser Gesichtspunkt bereits ein Bestandteil der Diagnose ist,⁸⁶ treten jedoch Überlappungen mit dieser auf, das Schwerekriterium büsst an eigenständiger Bedeutung ein. Und auf die Frage, «wie viel» an solcher Beeinträchtigung aus juristischer Sicht nötig wäre, bliebe nur die Antwort, das Bauchgefühl entscheiden zu lassen. Ein Institut, dessen zentrale Anordnungsvoraussetzung so definiert ist, kann beim Verantwortungsbewussten Rechtsanwender nicht auf Gegenliebe stossen. Auch müssten Strafjuristen bei dieser Deutung des Qualifikationsmerkmals zumindest Konsequenz beweisen und sich zu einer anderen Haltung in Bezug auf die Ziele und den Gegenstand der Behandlung durchringen. Sie dürften nie allein auf eine Beseitigung der Rückfallgefahr ausgerichtet sein, wie es derzeit gefordert wird.⁸⁷ Sondern es müsste immer darum gehen, dem Betroffenen ein Mehr an Selbstbestimmung auch in Bereichen zu ermöglichen, die nicht zu «Risikofaktoren» für neuerliche Delinquenz gehören (soweit sich solche überhaupt klar abgrenzen lassen). Andernfalls hat die Deutung des Eingangskriteriums keinen inneren Bezug zu dem, was hinterher im Vollzug der Massnahme passiert. Und das ist widersinnig.

⁸² Grundlegend dazu STRATENWERTH GÜNTER (Fn 69), Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender Massnahmen, 510 ff., 522; später auch DERS. (Fn 36), 261 ff. N 6, 27; siehe auch BSK StGB-HEER/HLBERMEYER (4. Aufl., Fn 1), Art. 56 N 32.

⁸³ STRATENWERTH GÜNTER (Fn 69), Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender Massnahmen, 523; DERS. (Fn 36), 271 N 29.

⁸⁴ STRATENWERTH GÜNTER (Fn 69), Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender Massnahmen, 523.

⁸⁵ Siehe oben III B.

⁸⁶ Vgl. die ICD-10 zur Kennzeichnung der Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen: «Solche Verhaltensmuster sind meistens stabil und beziehen sich auf vielfältige Bereiche des Verhaltens und der psychologischen Funktionen». Die Diagnose der dissozialen Persönlichkeitsstörung (F60.2) knüpft unter anderem an «keine Missachtung sozialer Verpflichtungen» und an «eine erhebliche Disziplinanz zwischen dem Verhalten und den herrschenden sozialen Normen» an.

⁸⁷ Siehe oben III B.

B. Eingangskriterien der Schuldfähigkeitsbeurteilung als Bezugspunkt des Schwerkriteriums?

Zur Seite stellen möchte ich diesen Überlegungen abschliessend noch einen anderen Vorschlag, der bisher gar nicht populär ist: die Schwere der psychischen Störung im Massnahmenrecht «indirekt» zu definieren, über Defektzustände, die auch bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung beachtlich sind. Dann wäre die nötige Schwere der psychischen Störung eben doch an die Bedingung geknüpft, dass sie zumindest *gezeigt* war und ist, die Schuldfähigkeit des Täters aufzuheben oder zu beeinträchtigen.⁸⁸ Dadurch würden einheitliche Schwellen für eine forensisch relevante psychische Störung auf der Massnahmenspur und Gründen für eine eventuell ausgeschlossene oder verminderte Schuldfähigkeit auf der Strafspur festgesetzt; es geht also, kurz gesagt, um eine «Einheitslösung». Sie wird bisher rundheraus abgelehnt, doch geschieht dies unreflektiert, voreilig, weil sich durchaus Argumente dafür finden lassen, ihr mehr Beachtung zu schenken.

Dazu gilt es, sich zunächst zu vergegenwärtigen, worauf der vorbeugende Zugriff auf den «psychisch schwer gestörten Vollverantwortlichen» hinausläuft, der in der Schweiz seit 1971 gesetzlich vorgesehen⁸⁹ und vor Gericht auch Alltag ist.⁹⁰ Der Verurteilte wird einseitig als Person angesprochen, die fähig war, das Unrecht der Tat einzusehen und danach zu handeln wie jeder «gewöhnliche Kriminelle» auch. Andererseits wird derselben Person mit dem gleichen Urteil gesagt, dass sie nicht fähig ist, die Impulse ihrer psychischen Störung so zu kontrollieren, dass kein neues Unrecht geschieht. Im ausländischen Schrifttum wird dies als ein Gipfel der Widersprüchlichkeit eingestuft.⁹¹ Hierzulande wird der Konflikt mit der Behauptung weggewischt, Behandlungsbedürfnis und Verantwortlichkeit seinen im Prinzip voneinander

unabhängig.⁹² Aber so einfach liegt es nicht, weder in die eine noch in die andere Richtung.

Bezieht man alle «Stufen» der Schuldfähigkeitsbeurteilung und ihre ergebnisorientierte Handhabung in der Rechtsprechung mit ein, dann lässt sich die Kombination aus «bad & mad», voller Strafe und therapeutischer Massnahme logisch halten. Denn die festgestellte Störung kann sich auf das Tatverhalten auswirken, sie muss aber die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit zur Zeit der Tatbehandlung nicht zwingend beeinträchtigt haben. Selbst der schwer Geistes- kranke kann lichte Augenblicke erleben. Dies ändert aber nichts an dem Erklärungsnotstand, der dem Verurteilten gegenüber entsteht. Ihm müssten wir überzeugungskräftig sagen können, warum wir auf die zugestandene Fähigkeit zur Normbefolgung so wenig vertrauen, dass wir neben der Strafe auch noch zur Massnahme greifen. Eine («sehr») hohe Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls genügt als Erklärung nicht. Denn diese Wahrscheinlichkeit ist ja, auf eine grössere Zahl entsprechender Fälle hochgerechnet, geradezu darauf programmiert, nicht erforderliche Eingriffe in Grundrechte der Betroffenen zu bewirken.⁹³ Wir müssten also einen anderen Befund vorweisen, um dem Verurteilten den vorbeugenden Zugriff begrifflich zu machen. Und den gäbe es, wenn die «psychische Störung» eine Schwere erreicht, die einen Ausschluss oder eine Herabsetzung der Schuldfähigkeit bewirken kann. Denn in dem Falle ist auch prospektiv gesehen über kurz oder lang mit Aussetzern bei der Fähigkeit zur Normbefolgung und folglich auch mit weiteren Straftaten zu rechnen.

Zu diesem Massstab ist indes festzuhalten: Eine «klar definierte» Untergrenze der «Schwere» der psychischen Störung erhält man auf diese Weise selbstverständlich auch nicht. Die Unsicherheiten, die es vor allem bei der Eingrenzung von Defektzuständen gibt, die zu einer bloss verminderten Schuldfähigkeit führen können, schlagen zwangsläufig ins Massnahmenrecht durch. Aber dieser Ansatz hat immer noch für sich, dass er an Zuordnungstraditionen anknüpft, die es in der Gutachtenpraxis und der Rechtsprechung gibt. Und er tritt ausserdem exzessiver doppelter Sanktionierung entgegen: weil er sich gegen Versuche sperrt, möglichst hohe Schwellen für einen forensisch relevanten Defektzustand auf der Strafspur mit möglichst niedrigen auf der Massnahme-Spur zu kombinieren.

⁸⁸ Siehe oben III.B.

⁸⁹ Vgl. zu dieser Entwicklung und den kriminalpolitischen Motiven BSK StGB-HEBER/HABERMEYER (Fn 1), Art. 59 N 6 m.w.N.

⁹⁰ In einer Kohorte der Massnahmekandidaten, die in geschlossenen Strafanstalten bzw. Massnahmenrichtungen untergebracht sind, war bei 21.7% der Probanden (n=14) jedenfalls gemäss den psychiatrischen Gutachten von voller Schuldfähigkeit auszugehen, vgl. WEBER JONAS/SCHAUB JANN/BUMANN CORINNA/SACHER KEVIN, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strahanstalten und geschlossene Massnahmenvollzugsrichtungen, Studie zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), Bern August 2015, 38 (http://www.krim.unibe.ch/unibe/portal/fak_rechtwis/d_dep_krim/inst_krim/content/e627772/e627774/e627778/e558121/Weber-Schaub-Bumann-Sacher_Studie_Art-59_2016.05.31_get.pdf, besucht am 14.4.2019).

⁹¹ Vgl. je m.w.N. ASHWORTH ANDREW/ZEDNER LUCIA (Fn 79), 149, 164; GIERHAKKE KATRIN, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, Berlin 2013, 405 f.

⁹² Vgl. die These von STRATENWERTH GÜNTER, (Fn 36), 284 f. N 10.

⁹³ FRISCH WOLFGANG, Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 1990, 343, 372 zu Fehlerquoten der Rückfallprognose und der Erstreckung der Massnahmen auch auf solche Personen, bei denen unzutreffend ein Rückfall prognostiziert wird (falsche Positive).

VI. Schlusswort

Rechtsstaatliche Mindestanforderungen sind bei der Ausgestaltung der ambulanten und stationären Massnahmen an psychisch gestörten Tätern auf der Strecke geblieben. Das zentrale Eingangskriterium der schweren psychischen Störung hat von Beginn weg einen denkbar weiten Kreis um die potentiellen Massnahmekandidaten gezogen – und das Bundesgericht hat über 10 Jahre hinweg nichts offeriert, um diese Situation zu beheben. Ich gehe davon aus, dass auch in Zukunft wenig Bereitschaft besteht, daran etwas zu ändern. Schon unter dem formalen Aspekt der Bestimmtheit und der Gewährleistung einheitlicher Rechtsanwendung ist dies unerträglich.

Mangels operationalisierbarer materieller Kriterien wird dem Qualifikationsmerkmal der «schweren» psychischen Störung zudem in doppelter Hinsicht die Schutzfunktion genommen, die ihm zugedacht war: beim Entscheid über die Anordnung *und* demjenigen über die Aufrechterhaltung der Massnahme. Der Betroffene hat faktisch keine Chance, sich gegen die Einstufung seiner psychischen Störung als hinreichend schwer mit Rechtsmitteln zur Wehr zu setzen oder im Verlaufe der Massnahme ihr Herabsinken zur blossen «psychischen Störung» nachzuweisen, weil die Rechtsprechung ihm keinen Beurteilungsmassstab an die Hand gibt, auf den er pochen könnte.

Obendrein unterwirft sich die Strafjustiz bei der Festlegung der Zielgruppe der Therapiemassnahmen allzu pragmatisch der Denkweise und den Entwicklungen in der forensischen Psychiatrie. «Juristische Begriffe» werden mit psychiatrischen Konzepten aufgefüllt, die nicht für den Kontext entwickelt wurden, in dem sie nun Verwendung finden und sich mit den normativen Strukturen des Rechtssystems reiben. Was dabei herauskommt, ist weder Fisch noch Vogel und raubt dadurch dem Strafrecht insgesamt seine Glaubwürdigkeit.

Kritik an diesem Zustand wird mit dem Hinweis auf die Komplexität der Materie und die Heterogenität erfassungsbedürftiger Einzelfälle erstickt, verbunden mit der Empfehlung, auf das Verantwortungsbewusstsein der Rechtsanwender zu vertrauen, dass diese innerhalb ihres extrem weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums schon zum rechten Ergebnis gelangen werden. Und dieses Argument ist auch umso wirkungsvoller, als man bei einem Widerspruch schnell in den Verdacht gerät, die persönliche Integrität der Richterinnen und Richter zu bezweifeln. Aber darum geht es nicht. Vielmehr drückt der Schuh auch heute noch an genau derselben Stelle wie vor über 50 Jahren: «Der Appell, auf die Unfehlbarkeit von Staatsorganen zu vertrauen, widerspricht [...] stets der rechtsstaatlichen Grundforderung nach rechtlichen Schranken und Garantien. Niemand ist vor Irrtümern gefeit.»⁹⁴

Kriterien für eine Umschreibung der Schwere einer psychischen Störung gemäss Art. 59 und Art. 63 StGB

MARIANNE HEER

Inhaltsverzeichnis

I.	Zur historischen Auslegung von Art. 59 und 63 StGB	25
II.	Umschreibung des Begriffs der psychischen Störung und deren Quantifizierung	28
	A. Abgrenzung der psychischen Störung von juristisch nicht relevanten akzentuierten Persönlichkeitszügen	28
	1. Bedürfnis nach gegenseitigem Verständnis unter Angehörigen der Psychiatrie und Justiz	28
	2. Diagnose i.S. der Diagnosemanuale ICD-10 oder DSM 5 als erster Schritt einer Beurteilung der psychischen Störung	29
	B. Zur Bestimmung der besonderen Schwere einer psychischen Störung als zweiter Schritt einer Beurteilung	31
	1. Allgemeines	31
	2. Nähere Umschreibung der Schwere einer psychischen Störung in der psychiatrischen Wissenschaft	32
	3. Zögerliche Einlassung der Schweizer Gerichte auf die Klärung dieser Frage	34
	4. Klare Kriterien für eine Verdeutlichung der besonderen Schwere einer psychischen Störung gemäss den deutschen «Mindeststandards für die Schulfähigkeitsbegutachtung» und deren Massgeblichkeit für die Schweiz	35
III.	Fazit	39

I. Zur historischen Auslegung von Art. 59 und 63 StGB¹

Die psychische Störung bzw. deren Umschreibung fand lange Zeit in Kreisen der Justiz kaum besondere Beachtung. Es erfolgte eine Orientierung in erster Linie an der Behandlungsbedürftigkeit der betroffenen Person. In Art. 43

⁹⁴ So bereits im Jahre 1966 STRATENWERTH GÜNTHER, (Fn 35), 337, 384.

¹ Dazu eingehend GÜNHILD GODENZI in diesem Tagungsband, 7-9.