

Inhaltsverzeichnis

Vorwort..... VII

**Einleitung..... 1**

I. Das Strafparadigma der Gegenwart..... 1

II. Der Untersuchungsgegenstand vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Strafparadigmas..... 7

1. Die freiheitsentziehenden Massnahmen nach Art. 59 ff. und Art. 64 StGB ..... 7

2. Problemaufriss, Forschungsstand und Fragestellung ..... 9

2.1 Problemaufriss ..... 9

2.2 Fragestellung vor dem Hintergrund des Forschungsstandes ..... 13

3. Methodische Aspekte..... 17

III. Der Gang der Untersuchung..... 19

**Erster Teil: Wurzeln des strafrechtlichen Massnahmenrechts ..... 27**

I. Prävention als Steuerungskonzept im Strafrecht ..... 27

1. Prävention als konkurrenzlose Zielbestimmung des Strafrechts ..... 27

2. Die «kopernikanische Wende der Rechtswissenschaft»..... 29

3. Die Dominanz des präventiven Denkens in der schweizerischen Strafrechtswissenschaft..... 34

4. Die Erforschung der Kriminalitätsursachen ..... 36

II. Die List des Marburger Programms ..... 41

1. Ein einflussreiches kriminal- und wissenschaftspolitisches Leitbild..... 41

2. Der Streit der Präventionisten ..... 45

3. Die vermittelnde Position von Franz Von Liszt..... 48

4. Strafrecht und spezialpräventive Verbrechensbekämpfung ..... 51

III. Die weitreichende Erfindung der Zweispurigkeit..... 58

1. Diversifizierung statt Abschaffung des Schuldstrafrechts..... 58

2. Die zahnlose Kritik der Gegner der Zweckstrafe ..... 62

IV. Zusammenfassung und Fazit..... 66

**Zweiter Teil: Die freiheitsentziehenden Massnahmen und ihre gesetzlichen Vorläufer ..... 71**

I. Der Gedankengang..... 71

II. Gesetzliche Grundzüge und Bedeutung ..... 72

1. Dichotomie von Verwahrung und stationärer Massnahme..... 72

2. Grundzüge der Anordnungs- und Entlassungsvoraussetzungen..... 75

2.1 Die stationären Massnahmen nach Art. 59 ff. StGB ..... 75

2.2 Die Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB ..... 80

3. Die Bedeutung der freiheitsentziehenden Massnahmen im geltenden Recht... 84

III. Vorläufer und Entwicklungsschritte der heutigen	
gesetzlichen Konzeption.....	87
1. Die freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafgesetzbuch	
von 1942 .....	87
1.1 Hybrides Recht.....	88
1.2 Die Versorgung und Verwahrung von psychisch	
kranken Straftätern.....	91
1.3 Die Bekämpfung des Gewohnheitsverbrechertums.....	93
2. Die Revision von 1971.....	95
2.1 Das allmähliche Verschwinden des Gewohnheitsverbrechers .....	95
2.2 «Geisteszustand» statt «Zurechnungsfähigkeit» .....	98
3. Der lange Weg der Neukonzeption des Massnahmenrechts in der	
Revision von 2007 .....	102
3.1 Die Vorentwürfe von Hans Schultz.....	103
3.2 Die Haltung der Expertenkommission .....	106
3.2.1 Vom Gewohnheitsverbrecher zum hochgefährlichen	
Straftäter.....	106
3.2.2 Die psychisch kranken Straftäter.....	107
3.3 Kritik der Arbeitsgruppe der forensischen Psychiatrie der	
deutschsprachigen Schweiz .....	112
3.4 Die weiteren Gesetzgebungsarbeiten .....	113
3.4.1 Die stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB .....	113
3.4.2 Die Verwahrung nach Art. 64 StGB.....	118
3.4.3 Anhaltende Kritik am Verwahrungstatbestand.....	122
3.5 Zwischen Erprobung und Sicherung .....	123
3.5.1 Die Zurückweisung des Erprobungsgedankens.....	124
3.5.2 Die lebenslängliche Verwahrung .....	129
4. Zusammenfassung und Fazit.....	133
IV. Die andere Seite: Die Entwicklung der spezialpräventiven Schuldstrafe .....	139
1. Umfassende spezialpräventive Teilungstaktiken.....	139
2. Wesentliche Etappen der Milderung der Schuldstrafe .....	140
3. Prävention statt Vergeltung.....	143
4. Die bedingte Strafe als spezialpräventive Teilungstaktik.....	146
4.1 Die Rechtsnatur der bedingten Strafe.....	146
4.2 Die Bedeutung der bedingten Strafe.....	147
4.3 Der Anwendungsbereich und die Ausgestaltung	
der bedingten Strafe.....	149
4.3.1 Die bedingte Strafe in den Entwürfen von Stooss.....	150
4.3.2 Die bedingte Strafe im Strafgesetzbuch	
von 1942 und 1971.....	152
4.3.3 Die bedingte Strafe im Vorentwurf von Schultz und	
in den folgenden Gesetzgebungsarbeiten .....	154
4.3.4 Die Einführung der teilbedingten Strafe.....	157
4.3.5 Die Nachbesserungen von 2006.....	158
4.3.6 Die Nachbesserungen von 2018.....	159
4.3.7 Zusammenfassende Würdigung .....	162
V. Zusammenfassung und Gesamtfazit.....	164

<b>Dritter Teil: Individualrechtliche Grundprobleme der freiheitsentziehenden Massnahmen .....</b>	<b>169</b>
I. Gedankengang vor dem Hintergrund der vorangehenden Untersuchung .....	169
II. Zweispurigkeiten und Rechtfertigungsprogramm .....	173
1. Zweispurigkeit aus individualrechtlicher Perspektive.....	173
2. Die Antwort des EGMR: Die Engel-Doktrin .....	174
2.1 Anti-Subversion-Doctrine.....	174
2.2 M. vs. Germany und Folgeentscheide .....	178
2.3 Medizinisch-therapeutische Unterbringung zwecks Gefahrenabwehr ..	181
2.4 Weshalb die Engel-Doktrin zu kurz greift .....	190
3. Zweispurigkeit innerhalb der Zweispurigkeit .....	194
3.1 Problemstellung .....	194
3.2 Behandlung oder Sicherung?.....	195
3.3 Die Rechtfertigungsfigur des «wohlverstandenen Interesses» .....	199
3.4 Behandlung und Eingriffsschwere .....	202
3.5 Stationäre Massnahme als Freiheitsentzug.....	205
3.5.1 Freiheitsentzug mit Behandlung.....	205
3.5.2 Offene Vollzugsformen der stationären Massnahme als Freiheitsentzug nach Art. 5 EMRK? .....	207
3.6 Folgen für die Rechtfertigung der stationären Massnahme .....	209
3.7 Folgen für die Voraussetzungen der Anordnung von stationärer Massnahme und Verwahrung .....	213
4. Zusammenfassung und Fazit.....	216
III. Die schwere psychische Störung als Eingangsvoraussetzung .....	223
1. Psychische Störung als Rechtsbegriff .....	224
2. Die Suche nach dem rechtlichen Gehalt der schweren psychischen Störung.....	225
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	231
4. FOTRES als Fundament der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	236
5. Die Kritik der Strafrechtslehre .....	241
5.1 Problematische Gesetzesauslegung des Bundesgerichts.....	242
5.2 Das ausufernde Konzept des behandelbaren Risikozustandes.....	242
5.3 Folgeprobleme und Friktionen mit anderen Instituten.....	244
6. Die Kritik aus Kreisen der forensischen Psychiatrie .....	246
6.1 Richtungsstreit: Diagnose statt Gefährlichkeit.....	246
6.2 «Therapierbarkeit, ein irrelevanter Faktor».....	249
7. Würdigung und Fazit .....	251
7.1 Fehlende individualrechtliche Perspektive in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	251
7.2 Unzureichende Kritik von Seiten der forensischen Psychiater .....	254
7.3 Hemmung eines konsequenten Präventionsprinzips durch systemfremde Elemente? .....	257
IV. Die Kriminalprognose .....	261
1. Erkenntnisinteresse und Gedankengang.....	261
2. Grundprobleme der kriminalprognostischen Methodologie.....	262
2.1 Wunsch und Wirklichkeit .....	262

2.2	Forschungsstand und Diskussion betreffend die Grenzen der Prognostizierbarkeit.....	264
2.2.1	Von der Kriminalprognose zum Risikomanagement?.....	264
2.2.2	Prognoseinstrumente zur Einschätzung der Rückfallwahrscheinlichkeit.....	268
2.2.3	«Im Einzelfall unzulänglich, aber unverzichtbar».....	269
2.2.4	Methodologische Probleme und Qualitätsprobleme der Kriminalprognostik.....	277
2.2.5	Das Problem der false positives.....	286
2.3	Kognitive Verzerrungen.....	296
2.3.1	Kahnemans Modell der zwei Denksysteme.....	297
2.3.2	Das Bedürfnis nach einer einfachen, kohärenten Geschichte..	299
2.3.3	Repräsentationsheuristik und logischer Fehler.....	301
2.3.4	Ankerung und Bestätigungsfehler.....	309
2.3.5	Rückschaufehler und Ergebnisfehler.....	311
2.3.6	Kompetenzillusion und fehlende Falsifikationsmöglichkeit ...	314
2.4	Zwischenfazit.....	316
3.	Zur Kriminalprognose nach Art. 59 und Art. 64 StGB.....	318
3.1	Übersicht über die gesetzlich vorgegebenen Elemente der Kriminalprognose.....	318
3.2	Zum schwierigen Zusammenhang zwischen psychischer Störung und Delinquenz.....	320
3.3	Der Fall des Herrn Z. ....	323
3.4	Bundesgerichtliche Vorgaben zur Kriminalprognose.....	331
3.4.1	Ausbildung des Sachverständigen.....	331
3.4.2	Methodenfreiheit, standardisierte Prognoseverfahren und clinical override.....	333
3.4.3	Begründungen statt Punktwerte.....	337
3.5	Rückfallrisiko und Wahrscheinlichkeitsformeln.....	339
3.6	Zwischenfazit.....	343
4.	Fallstudie zu Herrn G. ....	345
4.1	Prozessgeschichte.....	345
4.2	Deutungshoheit der forensischen Psychologie und Psychiatrie.....	349
4.3	Psychiatrisches Narrativ ohne gerichtliche Kontrolle.....	354
4.3.1	Begründungslücken bei der schweren psychischen Störung ...	354
4.3.2	Unkritischer Umgang der Juristen mit dem forensisch-psychiatrischen Narrativ.....	361
4.3.3	Sprachliche Ungereimtheiten mit rechtlichen Folgen.....	364
4.4	«Der Therapeut an deiner Seite».....	366
4.5	Risikoeinschätzung anhand standardisierter Prognoseinstrumente.....	370
4.5.1	Der PCL-R-Test des Herrn G. ....	374
4.5.2	Diskussion der forensisch-psychiatrischen Punktevergabe und ihre Begründung.....	380
4.6	Wahrscheinlichkeiten und Risikokommunikation.....	389
4.7	Zwischenfazit.....	391
5.	Zusammenfassung und Gesamtfazit.....	393
V.	Das unbestimmte Ende der Sanktion.....	397
1.	Durchlässigkeit und Wechselhaftigkeit.....	397
2.	Umwandlung versus nachträgliche Anordnung.....	405

3.	Entscheid über die Dauer der Massnahme .....	410
3.1	Hohe Hürden der Entlassung aus der Verwahrung und der stationären Massnahme .....	410
3.2	Die Zahnlosigkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit im Massnahmenkontext .....	416
3.3	Das Problem der Therapieverweigerung .....	421
4.	Die nachträgliche Anordnung von Massnahmen gemäss Art. 65 StGB .....	425
4.1	Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung .....	426
4.1.1	Gesetzliche Ausgangslage .....	426
4.1.2	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes .....	428
4.1.2.1	Restriktiv, aber Ausnahmen möglich .....	430
4.1.2.2	Verwahrung war kein Thema im Ausgangsverfahren .....	432
4.1.2.3	Neue Analysemethoden als neue Beweismittel .....	436
4.1.3	Die EGMR-Entscheidung W. A. vs. Switzerland .....	438
4.1.3.1	Fehlende Anknüpfung an das Schuldurteil .....	439
4.1.3.2	Verstoss gegen das Rückwirkungsverbot .....	443
4.2	Die nachträgliche Anordnung der stationären Massnahme .....	445
4.2.1	Gesetzliche Ausgangslage .....	445
4.2.2	Die EGMR-Entscheidung Kadusic vs. Switzerland .....	447
4.2.3	Die herrschende Meinung in der Strafrechtslehre .....	448
4.2.4	Die Haltung des Bundesgerichtes .....	449
4.3	Zusammenfassung und Würdigung .....	452
5.	Zusammenfassung und Fazit .....	455

<b>Vierter Teil: Freiheitsentziehende Massnahmen und grundlegende Beschuldigtenrechte .....</b>		<b>461</b>
I.	Erkenntnisinteresse und Gedankengang .....	461
II.	Kriminalprognose im Konflikt mit grundlegenden strafprozessualen Garantien .....	461
1.	Die vielfältige Verpflichtung zur Mitwirkung .....	461
2.	Kriminalprognose und Unschuldsvermutung .....	467
2.1	Psychiatrischer Befund vor Feststellung der Tatbegehung .....	467
2.2	Die Zweiteilung der Hauptverhandlung .....	472
2.3	Kriminalprognosen und die In-dubio-Regel .....	476
2.3.1	Zweifelssatz und Rechtsfragen .....	477
2.3.2	Zweifelssatz und gutachterliches Tatsachenfundament .....	478
III.	Der Sachverständigenbeweis und das Recht auf ein faires Verfahren .....	483
1.	Die gesetzliche Ausgangslage .....	483
2.	Die prozessdogmatische Konzeption des Sachverständigenbeweises .....	485
2.1	Freie Beweiswürdigung und das Paradox des Sachverständigenbeweises im inquisitorischen Verfahren .....	490
2.2	Beschuldigtenrechte und Sachverständigenbeweis im inquisitorischen Verfahren .....	494

2.3	Das Problem der zweifelhaften und falschen Prämissen .....	498
2.3.1	Die zweifelhafte Unparteilichkeit des Experten .....	499
2.3.1.1	Die Wahl und Mandatierung des Sachverständigen durch die Behörden .....	499
2.3.1.2	Die Gefahr der Beeinflussung durch vorangehende Gutachten .....	502
2.3.2	Fehlende Objektivität und Verlässlichkeit von Kriminalprognosen.....	504
2.3.2.1	Grundlegende wissenschaftstheoretische Überlegungen .....	504
2.3.2.2	Der Fall des Herrn D. ....	513
2.3.2.3	Die forensisch-psychiatrische Diagnose und Prognose als etwas Argumentatives .....	520
3.	Die Notwendigkeit von <i>checks and balances</i> bei der forensisch- psychiatrischen Sachverständigenbegutachtung.....	523
3.1	Stärkung der Unparteilichkeit des amtlichen forensisch- psychiatrischen Sachverständigen .....	524
3.2	Adversatorische Elemente bei der forensisch-psychiatrischen Sachverständigenbegutachtung .....	525
3.2.1	Mitwirkungsrechte der Verteidigung .....	526
3.2.2	Recht auf Konfrontation mit dem amtlichen forensisch- psychiatrischen Sachverständigen .....	528
3.2.3	Modelle einer kontradiktorischen Sachverständigenbegutachtung .....	532
3.2.3.1	Doppelbegutachtung .....	534
3.2.3.2	Stärkung der Rolle des Privatgutachters.....	535
3.2.3.3	Kontradiktorische Parteigutachte nach Massgabe des adversatorischen Verfahrens .....	541
IV.	Zusammenfassung und Fazit .....	544
 <b>Fünfter Teil: Freiheitsentziehende Massnahmen als Problem der Verteilungsgerechtigkeit – Schuldstrafe als Alternative .....</b>		 551
I.	Erkenntnisinteresse und Gedankengang .....	551
II.	Der individualrechtliche Gehalt der In-dubio-Regel .....	552
III.	Utilitaristisches Nutzenkalkül und Gerechtigkeitsproblem .....	556
1.	Das «Sicherheitsventil».....	556
2.	Die Vorstellung von fremden Rechten .....	560
IV.	Überprüfung der freiheitsentziehenden Massnahmen nach Massgabe der Gerechtigkeit.....	563
1.	Die Notwendigkeit des Perspektivenwechsels .....	563
2.	Wesentliche Elemente der Methode.....	563
3.	Konkretisierung der Methode mit Blick auf das Massnahmenrecht .....	567

4. Überlegungen hinter dem Schleier des Nichtwissens.....	569
4.1 Anordnungsvoraussetzungen mit Blick auf die Schwere der freiheitsentziehenden Massnahme.....	569
4.2 Die Suche nach Alternativen: Primat der Schuldstrafe.....	574
4.3 Freiheitsentziehende Massnahmen nur für schuldunfähige Straftäter...	575
4.4 Präventiv orientierter Sanktionenvollzug.....	581
V. Vergeltende Schuldstrafe als Alternative zum Massnahmenregime.....	585
1. Die Verdrängung der Idee der gerechten Strafe .....	585
2. Nachhaltige Diffamierung des Vergeltungsgedankens .....	589
3. Bedeutung und Wert der vergeltenden Strafe .....	592
3.1 Gerechtigkeitsintuitionen und Vergeltung .....	592
3.2 Die limitierende Wirkung von Vergeltung auf die Sanktionierung.....	595
3.3 Vergeltung als friedensstiftender Ausgleich .....	599
4. Die Notwendigkeit einer Debatte über die gerechte Strafe .....	605
VI. Zusammenfassung und Fazit.....	613
<b>Schlussbetrachtung</b> .....	619
I. Kontextualisierung der Legitimitätsfrage.....	620
II. Vier fundamentale individualrechtliche Probleme .....	622
III. Recht auf ein faires Verfahren und Sachverständigenbeweis 2.0.....	632
IV. Die Legitimitätsfrage und eine mögliche Alternative.....	634
Abkürzungsverzeichnis.....	639
Literaturverzeichnis .....	643
Materialienverzeichnis.....	679
Unveröffentlichte Akten .....	683