

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

Dritter Teil: Individualrechtliche Grundprobleme der freiheitsentziehenden Massnahmen	169
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 Punktewerte.....	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 Schulurteil.....	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

Vierter Teil: Freiheitsentziehende Massnahmen und grundlegende Beschuldigtenrechte	461
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 kontradiktiorischen Sachverständigenbegutachtung	532
3.2.3.1	Doppelbegutachtung	534
3.2.3.2	Stärkung der Rolle des Privatgutachters	535
3.2.3.3	Kontradiktiorische Parteigutachte nach Massgabe des adversatorischen Verfahrens	541
IV.	Zusammenfassung und Fazit	544
Fünfter Teil: Freiheitsentziehende Massnahmen als Problem der Verteilungsgerechtigkeit – Schuldstrafe als Alternative		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
Schlussbetrachtung		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