

Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 35 (2017)

Artikel: Immer strengere Anforderungen an psychiatrische Gutachten : einige Überlegungen aus richterlicher Sicht

Autor: Heer, Marianne

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051486>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 08.02.2025

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

Immer strengere Anforderungen an psychiatrische Gutachten, einige Überlegungen aus richterlicher Sicht

HEER MARIANNE*

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	106
Résumé	107
I. Einleitung.....	109
1. Grosser öffentlicher Druck auf die Justiz	109
2. Misstrauen von Gesetzgeber und Bevölkerung gegenüber der Justiz.....	110
II. Umgang mit psychiatrischen Gutachten	112
1. Begründungspflicht der sachverständigen Personen – Kontrollpflicht der Justiz.....	112
2. Flucht der Justiz in Prognoseinstrumente	113
III. Zu den Prognoseinstrumenten im Einzelnen.....	114
1. Grundsätzliche Bedenken gegenüber Prognoseinstrumenten...	114
2. Grenzen von Prognoseinstrumenten aus psychiatrischer Sicht	114
3. Einmischung des Bundesgerichts in die Methoden der Risikoanalyse.....	115
4. Verhältnis der Prognoseinstrumente zu strafprozessualen Grundsätzen.....	118
5. Weiter Ermessensspielraum bei der Punktevergabe.....	123
6. Transparenz in Bezug auf die Beurteilungsgrundlagen.....	124
IV. Insbesondere zur inhaltlichen Nachvollziehbarkeit der psychiatrischen Exploration.....	125
V. Die Begründung einer Persönlichkeitsstörung.....	127
1. Dominanz der Risikoanalyse bei den Voraussetzungen einer Massnahme	127
2. Diagnose der Persönlichkeitsstörung als Wertung, nicht als Tatsache.....	128
VI. Entscheidungsgrundlagen in Nachverfahren nach Rechtskraft des Strafurteils.....	129
1. Regelmässiges Fortschreiben vergangener Tatsachen.....	129

* Prof. Dr. iur. Marianne Heer, Kantonsrichterin Luzern

2.	Definitionsmacht der Vollzugsverantwortlichen und der sachverständigen Person über den Sachverhalt	130
VII.	Anforderungen an Justizorgane bei einer Beurteilung psychiatrischer Gutachten.....	132
1.	Allgemeines.....	132
2.	Detaillierte inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Prognoseergebnis.....	133
VIII.	Bemerkungen zur Person des Sachverständigen.....	134
1.	Facharzt oder Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie..	134
2.	Persönliche Ausführung des Auftrags	135
IX.	Schlussfolgerung.....	137

Zusammenfassung

Ein vor allem von Politikern zur eigenen Profilierung gefördertes übersteigertes Sicherheitsdenken, das in der politischen Diskussion stetig bewirtschaftet wird, ist zu einem beachtlichen Teil auf Straftäter fokussiert. Trotz eines sehr zufriedenstellenden Straf- und Massnahmenvollzugs wird mit einer Kultivierung einzelner Fälle von Rückfalltätern unter Mitwirkung der Medien der Eindruck vermittelt, die öffentliche Sicherheit sei in unserem Land in hohem Mass gefährdet. In diesem Zusammenhang werden hohe Erwartungen an die Justiz gestellt, die solche Probleme lösen soll.

Die Justiz sollte eigentlich vor einer entsprechenden Beeinflussung ihrer Entscheide gefeit sein, versteht sie sich doch in einem modernen Rechtsstaat im Einzelfall grundsätzlich als unabhängig. Strafrechtliche Massnahmen sind spezialpräventiv geprägt, dienen vornehmlich einer Verbesserung der Legalprognose oder der öffentlichen Sicherheit. Dass diese Grundsätze gelegentlich nicht im Vordergrund stehen, zeigen in jüngster Zeit Beispiele wie die angesichts der äusserst restriktiven Praxis zur Entlassung aus einer Verwahrung schwer verständliche Anordnung einer lebenslänglichen Verwahrung, die allerdings bisher vom Bundesgericht noch nie geschützt worden ist. Noch krasser und unter rechtlichen Gesichtspunkten sinnlos wirkt die unlängst höchstrichterlich abgesegnete gleichzeitige Anordnung einer lebenslänglichen Strafe und einer Verwahrung. Mit solcher symbolischer Rechtsprechung will man offensichtlich den Erwartungen der Öffentlichkeit gerecht werden. Unter dem Eindruck des erwähnten öffentlichen Drucks stellt die Justiz ihrerseits hohe Anforderungen an die Qualität ihrer Entscheidungsgrundlagen, in erster Linie an gutachterliche Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Risiko-

beurteilung. Die forensische Psychiatrie reagiert darauf mit immer verfeinerten Prognoseinstrumenten. Die unbestreitbare Professionalität solcher Verfahren und vor allem die hohe Anzahl von dabei diskutierten Faktoren führen leicht zu Autoritätsgläubigkeit und fördern die unkritische Meinung, künftige Gefährlichkeit eines Menschen lasse sich abschliessend und zuverlässig voraussehen. Forensische Psychiater verwahren sich andererseits gegen eine alleinige Verantwortung für Massnahmenentscheidungen und berufen sich auf eine Charakterisierung ihrer Feststellungen als blosser Empfehlungen. Ein Streit um die effektive Kompetenzverteilung blieb vor allem deshalb aus, weil sich in unserem Land glücklicherweise Haftpflichtansprüche wegen angeblich unrichtigen Prognoseentscheidungen gegenüber Justizorganen oder Psychiatern in Grenzen halten. Immerhin nimmt das Bundesgericht beide dieser Akteure im Verfahren um Massnahmenentscheidungen stark in die Pflicht. Psychiatrische Gutachten haben sich sowohl in Bezug auf die einzelnen Faktoren eines Prognoseinstruments wie auch in Anwendung einer klinischen Beurteilung der Gefährlichkeit durch eine besondere Begründungsdichte auszuweisen. Justizorgane können sich andererseits nicht mehr mit einer Überprüfung auf Plausibilität dieser Erkenntnisse begnügen, sondern haben sich damit vertieft auseinanderzusetzen. Für andere Voraussetzungen einer Massnahme wie die psychiatrische Diagnose oder die Frage der Verhältnismässigkeit von Massnahmen ist die fragliche Kompetenzverteilung relativ klar, wobei auch hier in den Details einige Differenzierungen angezeigt sind.

Résumé

En matière de sécurité publique, le débat politique se focalise souvent sur les criminels, parce que cela permet aux politiciens de se profiler auprès de leurs électeurs. Malgré le fait que notre système pénal fonctionne très bien, politiciens et médias utilisent souvent des cas particuliers (récidivistes) pour véhiculer l'idée que de graves menaces pèsent sur la sécurité publique en Suisse. Les citoyens ont alors de grandes attentes envers la justice, qui doit régler ces problèmes.

La justice devrait être immunisée contre une telle prise d'influence lorsqu'elle prend une décision dans un cas d'espèce, puisqu'elle se comprend, dans un Etat de droit moderne, comme étant indépendante. Les mesures pénales ont une fonction de prévention spéciale ou doivent avoir pour but d'améliorer le pronostic légal de la personne et de renforcer la

sécurité publique. Or, on constate que ce ne sont pas ces considérations qui prévalent aujourd'hui ; sinon comment expliquer le recours à l'internement à vie (sur lequel le Tribunal fédéral ne s'est d'ailleurs pas encore prononcé), lorsque l'on sait à quel point il est déjà difficile d'être libéré d'un internement ordinaire ? Encore plus incompréhensible est la pratique (validée par notre plus haute cour) de prononcer simultanément une peine privative de liberté à vie et un internement. De tels jugements n'ont de valeur que symbolique et n'ont pour but que d'apaiser l'opinion publique.

Mise sous pression par l'opinion publique, la justice pose de grandes exigences quant à la qualité des informations sur lesquelles elle base ses décisions, notamment les expertises psychiatriques ayant pour objet l'évaluation de la dangerosité d'une personne. La psychiatrie, de son côté, recourt à des instruments de mesure toujours plus fins. Le grand professionnalisme des experts et la prise en compte de facteurs toujours plus nombreux dans leurs évaluations créent toutefois le risque que les juges se fient aux experts de façon aveugle et donnent à leurs résultats un trop grand crédit. De leur côté, les psychiatres ne veulent pas être seuls responsables des décisions prises dans le cadre de l'exécution des mesures pénales, et présentent leurs rapports comme étant de simples recommandations à l'attention des juges. Jusqu'à maintenant, il n'y a heureusement pas eu de véritable dispute au sujet des responsabilités respectives des uns et des autres, parce que les actions en responsabilité civile envers des organes de la justice ou des psychiatres suite à une erreur de pronostic ont, heureusement, été limitées. Toutefois, le Tribunal fédéral mobilise fortement les deux corps de métiers lorsqu'il s'agit de prononcer une mesure pénale. Les experts psychiatres doivent se justifier quant à leur évaluation de facteurs pronostiques particuliers et quant aux critères diagnostiques de la dangerosité. Quant aux autorités judiciaires, elles ne peuvent plus se limiter à une évaluation de la plausibilité de l'expertise, mais doivent l'apprécier de façon approfondie. En ce qui concerne d'autres conditions d'application des mesures, comme le diagnostic psychiatrique ou la question de la proportionnalité de la mesure envisagée, la répartition des tâches est relativement claire, même si une différenciation est parfois nécessaire concernant des points de détail.

I. Einleitung

1. Grosser öffentlicher Druck auf die Justiz

Da Thema der diesjährigen Fachtagung der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie die jeweilige Wahrnehmung und gegenseitigen Erwartungen unter den verschiedenen Akteuren der Strafverfolgung ist, soll einleitend kurz die eigene Befindlichkeit der Justiz angesprochen werden, wie sie sich aus der Sicht einer Richterin beschreiben lässt. Was die Strafjustiz im Bereich der Sanktionen bzw. im Massnahmenrecht leisten soll und welche Erwartungen entsprechend von Dritten an die Justiz gestellt werden, diese Fragen gehören gemäss den Lehrplänen der rechtswissenschaftlichen Fakultäten zum Stoff, der Studierenden in den ersten Semestern vorgestellt wird. Im Mittelpunkt des Interesses steht neben der Frage nach einer psychischen Störung und dem Schweregrad einer Auffälligkeit die von einem Straftäter ausgehende Sozialgefährlichkeit. Der Gefährlichkeit ist über einen möglichst sachgerechten Massnahmenvollzug zu begegnen. Das mag auf den ersten Blick einfach erscheinen und hat auch seit Vereinheitlichung des Strafrechts in der schweizerischen Praxis während vieler Jahrzehnte nicht zu nennenswerten Problemen geführt. Verwahrungen gab es kaum und allenfalls höchstens von relativ kurzer Dauer. Man erinnere an den brisanten Fall des Daniel L., der mit 37 Messerstichen eine Prostituierte tötete. Es wurde um die Höhe der Strafe gerungen. 17 Jahre sah die Zürcher Justiz 1992 für den praktisch schuldunfähigen Täter vor; im Rahmen einer Neuurteilung nach Kassation des Urteils durch das Bundesgericht wurde eine Freiheitsstrafe von 16 Jahren verhängt. Der zuständige Staatsanwalt wies damals im Gespräch «off the records» darauf hin, er habe keine Verwahrung beantragt, weil der Straftäter sonst nach kurzer Zeit bereits wieder auf freiem Fuss gewesen wäre. Das kann heute kaum mehr jemand nachvollziehen.

Heute lässt sich eine zunehmende Psychiatisierung des Strafrechts beobachten. Therapeutische Massnahmen bzw. deren Verlängerung über die ordentliche Dauer von fünf Jahren hinaus werden faktisch immer häufiger in erster Linie für die Ermöglichung eines längeren Freiheitsentzugs instrumentalisiert. Vor dem Hintergrund der prekären Vollzugssituation unterscheidet sich der Massnahmenvollzug gelegentlich nur sehr ungenü-

gend vom Strafvollzug.¹ Immer häufiger stehen der Eingriff in die Freiheitsrechte eines Betroffenen nicht mehr in einem nachvollziehbaren Verhältnis zur Gefährlichkeit, die von ihm auszugehen scheint. Vor diesem Hintergrund stellt die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme trotz Behandlungsbedürftigkeit eines Betroffenen nicht selten eine Belastung für die Justizangehörigen dar, besonders im Bereich der mittleren Kriminalität². Ein an sich wünschenswerter und erfolgversprechender Versuch, einen Betroffenen mittels einer Therapie zu rechtsgetreuem Leben zu befähigen, kann faktisch einzig über einen unbestimmt langen und regelmässig auch nicht schuldangemessenen Weg unternommen werden. Gerichte sehen sich zunehmend mit entsprechenden Moraldilemmata konfrontiert.

2. **Misstrauen von Gesetzgeber und Bevölkerung gegenüber der Justiz**

Seit anfangs der 90er Jahre sehen sich die Entscheidungsträger bei der Anwendung des Massnahmenrechts vor völlig neue Herausforderungen gestellt. Es darf als bekannt vorausgesetzt werden, dass im Nachgang zu einzelnen spektakulären Rückfällen von Massnahmepatienten während des Urlaubs oder nach Beendigung des Massnahmenvollzugs einerseits, aber auch vor dem Hintergrund eines generellen, weltweit erkennbaren grossen Sicherheitsbewusstseins, die Diskussion um die Voraussetzungen von Massnahmen vermehrt oder heute sogar fast ausschliesslich durch das Thema «Sicherheit» geprägt ist. Dies führte zu einer starken Zunahme dieser Sanktion. Therapeutische Massnahmen dauern immer länger, wie es das Bundesamt für Statistik aufzeigt.³ Im Zusammenhang mit

¹ Zur Vollzugssituation beachte die aufschlussreichen Erkenntnisse in WEBER JONAS ET AL., Studie zur Anordnung und zum Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf den Vollzug in geschlossenen Institutionen vom 28. August 2015 im Auftrag der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF),

http://www.krim.unibe.ch/unibe/portal/fak_rechtwis/d_dep_krim/inst_krim/content/e62772/e62774, eingesehen am 29. Mai 2017.

² Im Bereich der wenig gravierenden Kriminalität lässt sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit die Anordnung einer stationären Massnahme zweifelsfrei nicht vertreten, was denn auch zu keinen Spannungsfeldern führt.

³ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/justizvollzug/unterbringung-vollzugaufenthalt.html#133147467>, eingesehen am 2. April 2017.

strafrechtlichen Massnahmen fallen in der heutigen Zeit Phänomene wie die mediale Hochstilisierung der Fälle einerseits und die vornehmlich der eigenen Profilierung dienende Kultivierung dieser Thematik auf dem politischen Parkett andererseits auf. Bemerkenswert ist der daraus resultierende Eindruck der Bevölkerung, mit einer akuten Bedrohungslage konfrontiert zu sein, was mit der fehlenden Bereitschaft, im Zusammenhang mit dem Straf- und Massnahmenvollzug irgendeine Risiken einzugehen, einhergeht. In einem solchen gedanklichen Umfeld objektiv arbeiten zu müssen, ist nicht nur äusserst schwierig. Durch diese Situation einer erkennbaren Nulltoleranz muss man als Richterin die Unabhängigkeit der Justiz, wie sie als tragende Säule eines Rechtsstaates unabdingbar ist, infrage stellen. Letztlich steht heute auch das gesamte Konzept des Massnahmenrechts auf dem Prüfstand. Es wird von der Justiz erwartet, dass künftige Gefährlichkeit eines Menschen mit Sicherheit erkannt oder ausgeschlossen werden kann, was schlechterdings nicht möglich ist.

Die Erkenntnisse von André Kuhn in seiner Studie «Die richtige Strafe gemäss Bevölkerung und Richter», die an der diesjährigen Tagung der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie vorgestellt wurden, sollten eigentlich beruhigen und den Glauben an das Vertrauen der Bevölkerung in die Richterinnen und Richter bestärken. Häufig nimmt man als Betroffene die Verhältnisse allerdings im Justizalltag etwas anders wahr. Man erinnere sich, mit welcher negativen, ja desavouierenden Haltung im Abstimmungskampf für die Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer» («Durchsetzungsinitiative», Abstimmung vom 28.02.2016) der Justiz entgegen getreten wurde und dies nicht nur in Kreisen von wenig gebildeten Bürgerinnen und Bürgern, wie man gemäss der Studie von André Kuhn vermuten müsste. Ein weiteres jüngeres Beispiel für eine negative Einstellung ist das Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber den psychiatrischen Sachverständigen und damit auch generell gegenüber der Justiz im Zusammenhang mit der Regelung der lebenslänglichen Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1^{bis} StGB. Zwei Sachverständige sind hier gefordert. Schliesslich sollen ganz allgemein politische Vorstösse im Bereich des Massnahmenrechts derzeit immer wieder dazu dienen, das Ermessen der Gerichte einzuschränken. Hält man sich die Gerichtspraxis vor Augen, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Justiz dieser grossen Erwartungshaltung und diesem enormen Druck leider immer weniger gewachsen ist. Dies zeigen beispielsweise

SIMMLER MONIKA, Sieben enttäuschte Hoffnungen? Zur statistischen Überprüfung der realen Folgen der AT-Revision, in: ZStrR, 2016, 73-99, 90 ff.

Urteile von Gerichten, die offensichtlich unter dem Druck der öffentlichen Meinung trotz grössten juristischen Bedenken eine lebenslängliche Verwahrung anordnen. Dies macht uns auch das Bundesgericht vor mit seiner symbolischen Rechtsprechung. Nicht anders bewerten kann man die Praxis, kumulativ eine lebenslängliche Strafe und eine Verwahrung anzuordnen.⁴ Dies erinnert an die Rechtsprechung in den USA, wo Freiheitsstrafen kumuliert werden und deren Dauer die Lebenserwartung eines Betroffenen weit übersteigt, was bei uns eigentlich immer auf Unverständnis stösst.

II. Umgang mit psychiatrischen Gutachten

1. Begründungspflicht der sachverständigen Personen – Kontrollpflicht der Justiz

Sämtliche Fragen betr. die Anordnung und Fortdauer von Massnahmen soll das Gericht gestützt auf die Erkenntnisse von Fachpersonen beantworten. Gutachten stellen im Strafprozess ein zentrales Hilfsmittel dar. An die Person des amtlichen Sachverständigen und den Inhalt des Gutachtens werden hohe formelle und inhaltliche Anforderungen gestellt. Die Strafprozessordnung enthält diesbezüglich in den Art. 182 ff. StPO strenge Vorgaben, die fraglichen zehn Bestimmungen gelangen vorbehaltlos zur Anwendung.

Aus juristischer Sicht erfordert das (Prognose-) Gutachten eine umfassende und in sich nachvollziehbare Darstellung des Erkenntnis- und Wertungsprozesses der sachverständigen Person. Dazu gehört namentlich die Angabe der herangezogenen und ausgewerteten Erkenntnismittel sowie der Untersuchungsmethode, deren Auswahl im pflichtgemässen Ermessen der sachverständigen Person liegt. Diese hat demnach im Gutachten umfassend darzulegen, wie und weshalb sie zu den gefundenen Ergebnissen gelangt.⁵ Das Gericht auf der anderen Seite hat das Gutachten nach fachwissenschaftlichen Kriterien zu verstehen und zu prüfen. Es muss das Gutachten selbständig beurteilen und darf die Prognoseentscheidung nicht der sachverständigen Person überlassen. Die richterliche Überprüfung bzw. Kontrolle des Gutachtens hat sich deshalb nicht nur auf

⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_513/2015 vom 4. Februar 2016.

⁵ Vgl. BGE 128 I 81, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 6B_304/2015 vom 14. September 2015, E. 2.4 und 2.5.

das ermittelte Prognoseergebnis als solches zu beziehen, sondern muss sich auf die Qualität der gesamten Prognosestellung inklusive der von der sachverständigen Person allenfalls verwendeten Prognoseinstrumente erstrecken.⁶ Das Gericht muss im Ergebnis eine eigenständige Beurteilung des Sachverständigenbeweises im Hinblick auf die Einbeziehung aller für die Begutachtung relevanten Umstände vornehmen, damit es gestützt darauf einen eigenverantwortlichen Entscheid in der Sache zur Gefährlichkeit treffen kann.⁷

2. Flucht der Justiz in Prognoseinstrumente

Die enormen Erwartungen an die Justiz haben in den letzten zweieinhalb Jahrzehnten das Bedürfnis der Justizorgane nach einer qualitativen Verbesserung ihrer Entscheidungsgrundlagen entstehen lassen. Das ist zweifellos richtig so und tat auch Not. Die forensisch-psychiatrische Wissenschaft entsprach diesem Bedürfnis, indem sie neue Methoden zur Eruiierung von Risiken bei einem Straftäter zur Verfügung stellte. Für eine Verhaltensprognose, die im Massnahmenrecht unter verschiedenen Aspekten von Interesse ist, verfügen wir inzwischen über zahllose und immer nuanciertere standardisierte Prognoseinstrumente. Es lässt sich eine eigentliche Flucht in solche Prognoseinstrumente feststellen. Operationalisierte Prognoseverfahren wie FOTRES, VRAG, SORAG, Static 2002, HCR-20 die Psychopathy-Checklist (PCL-R) und andere mehr fanden schnell Eingang in die Gerichtspraxis. Die PCL-R ist das in der Praxis am häufigsten angewandte Prognoseinstrument.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_772/2007 vom 9. April 2008 E. 4.3.

⁷ HEER MARIANNE, in: Niggli Marcel / Wiprächtiger Hans [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht, Band I, Art. 64 N 50, N. 53, N 64d sowie Art. 56 N 75; vgl. zu dieser Kompetenzaufteilung sehr illustrativ das Urteil des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 2.3.

III. Zu den Prognoseinstrumenten im Einzelnen

1. Grundsätzliche Bedenken gegenüber Prognoseinstrumenten

Es ist in diesem Zusammenhang für Justizangehörige angenehm, sich mit psychiatrischen Experten konfrontiert zu sehen, die von der Zuverlässigkeit solcher Methode überzeugt sind. Es ist für Justizangehörige insbesondere auch bequem, vermeintlich eindeutige Ergebnisse vorgestellt zu bekommen, ohne diese hinterfragen zu müssen. Diesem Bedürfnis kommt beispielsweise die PCL-R des kanadischen Psychologen Robert Hare entgegen. Die PCL-R ist als primäres Erkenntnismittel oder als Bestandteil anderer Prognoseinstrumente in der Praxis von sehr grosser Bedeutung. Zwanzig Merkmale werden mit maximal 2 Punkten bewertet. Im europäischen Raum wird ab einem Punktescore von 25 einem Exploranden eine «psychopathy», d.h. eine schwere Form einer Persönlichkeitsstörung, attestiert und damit auf grosse Schwierigkeiten bei einer Behandlung sowie insbesondere auf hohe Gefährlichkeit geschlossen.⁸ Die vielen Faktoren solcher Prognoseinstrumente – bei FOTRES sind es über 700 Items – lassen den Eindruck von Genauigkeit entstehen und lassen vergessen, dass sich künftiges menschliches Handeln letztlich nicht exakt voraussehen lässt und Risikoanalysen unter verschiedensten Aspekten grundsätzlicher Art immer mit Unsicherheiten behaftet sind. Das ist an Fachtagungen der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie schon mehrfach thematisiert worden.

2. Grenzen von Prognoseinstrumenten aus psychiatrischer Sicht

Psychiatrische Fachleute weisen auf die Grenzen der Aussagemöglichkeiten von standardisierten Prognoseinstrumenten hin und betonen dabei denn auch, dass in nahezu allen diesen Prognoseinstrumenten, unter anderem auch in der PCL-R, die statischen Risikovariablen ein Übergewicht haben. Eine entsprechende aktuarische Risikoeinschätzung könne

⁸ Vgl. etwa MOKROS ANDREAS, Prognoseinstrumente, insbesondere PCL-R, eine Erläuterung für Angehörige der Justiz, in: Heer Marianne et al. [Hrsg.], «Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts», Tagungsband des Forums Justiz und Psychiatrie, Bern 2017, 91.

einzig dazu dienen, einen Einzelnen einer Gruppe von Straftätern zuzuordnen. Darüber hinaus müssten indessen auch dynamische Aspekte der Entwicklung eines Betroffenen Berücksichtigung finden.⁹

3. Einmischung des Bundesgerichts in die Methoden der Risikoanalyse

a) Allgemeines

Die Einschätzung der in Zukunft zu erwartenden weiteren Kriminalität eines Straftäters wird in psychiatrischen Fachkreisen als höchst schwieriges Unterfangen charakterisiert. Eine Legal- oder Gefährlichkeitsprognose beinhaltet eine Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines individuellen Verhaltens in einem zeitlichen und situativen Kontext. Über die Höhe der Wahrscheinlichkeit von delinquenten Verhaltensweisen hinaus sollen gutachterliche Feststellungen auch spezifizierte Aussagen über die Art und Schwere möglicher künftiger Delikte umfassen.¹⁰ Dies soll insbesondere im Zusammenhang mit der Vorhersage von Gewalttaten eine grosse Herausforderung für die forensisch-psychiatrische Fachperson darstellen. Das Bundesgericht hat sich in langjähriger Praxis unter Berufung auf die Methodenfreiheit der sachverständigen Person lange davor gescheut einzugreifen und die Methoden der Begutachtung einer näheren Prüfung zu unterziehen.¹¹ Nach neuerer Beurteilung der Kompetenzverteilung zwischen juristischen Entscheidungsträgern und sachverständigen Personen ist es indessen geradezu Aufgabe der Justiz, sich in das forensisch-psychiatrische Fachgebiet der Begutachtung einzumischen. Abgesehen von der ihr obliegenden Würdigung des Gutachtens hat sie

⁹ LEYGRAF NORBERT, Die Begutachtung der Gefährlichkeitsprognose, in: Venzlaff/Foerster/Dressing/Habermeyer [Hrsg.], *Psychiatrische Begutachtung*, 6. Aufl., München 2015, 420 ; DAHLE KLAUS-PETER, Grundlagen und Methoden der Kriminalprognose in: Kröber Hans-Ludwig et al. [Hrsg.]: *Handbuch der Forensischen Psychiatrie* Bd. 3, Darmstadt 2006, 1, 32 ff.

¹⁰ Vgl. u.a. das Urteil des Bundesgerichts 6B_664/2013 vom 16. Dezember 2013, E. 2.6.3; HEER MARIANNE, (Fn 7), Art. 64 N 60, 65, 69 ff.

¹¹ Urteile des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 2.3 und 6B_304/2015 vom 14. September 2015.

allerdings noch nie in inhaltliche Aspekte der ihr fremden Fachdomäne eingegriffen.¹²

b) *Relativierung des Stellenwerts von Prognoseinstrumenten*

Das Bundesgericht hielt einer vorbehaltlosen Übernahme der Ergebnisse von solchen Prognoseinstrumenten bzw. der Schlussfolgerungen aus blossen Punktescores schon in einem Urteil aus dem Jahre 2007 in Bezug auf FOTRES eine kritische Haltung der Justiz entgegen. Unter Hinweis auf die forensisch-psychiatrische und juristische Literatur hob es zwar die Bedeutung solcher Prognosemethoden als Beurteilungshilfe hervor, um eine möglichst umfassende und damit auch treffsichere Prognosebeurteilungen im Einzelfall vornehmen zu können. Es sollte aber nicht angehen, die individuelle Gefährlichkeitsprognose alleine oder auch nur überwiegend anhand von formalisierten Prognoseinstrumenten zu beurteilen. Im Einklang mit der psychiatrischen Literatur fordert das Bundesgericht für eine individuelle Prognose über die Anwendung derartiger Instrumente hinaus zusätzlich eine differenzierte Einzelfallanalyse durch eine sachverständige Person.¹³ Jedes Instrument kann demnach nur ein Hilfsmittel sein, um die Fähigkeiten einer Prognosebeurteilung eines Untersuchers zu entwickeln, zu fördern und in die Form eines transparenten und nachvollziehbaren Entscheidungsgangs zu bringen. Es ist aber nicht in der Lage, die persönliche Beurteilungskompetenz des Untersuchers zu ersetzen.¹⁴ Das Bundesgericht hob hervor, die Qualität der Risikoeinschätzung hänge auch bei Anwendung von Prognoseinstrumenten letztlich in erster Linie von der Erfahrung und Kompetenz des Sachverständigen ab.¹⁵

An dieser Praxis hielt das Bundesgericht in der Folge fest, sie wurde Ende 2015 weiter verfeinert.¹⁶ Das Gericht berief sich in seiner jüngeren

¹² OBERHOLZER NIKLAUS, Die aktuelle Praxis des Bundesgerichts zu psychiatrischen Gutachten, in: Heer Marianne et al. [Hrsg.], «Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts», Tagungsband des Forums Justiz und Psychiatrie, Bern 2017, Ziff. IV., 56.

¹³ NEDOPIL NORBERT, Prognosen in der Forensischen Psychiatrie, Lengerich et al. 2005, 127.

¹⁴ So auch URBANIOK FRANK, FOTRES, 2. Aufl., Oberhofen am Thunersee 2007, 45.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_772/2007 vom 9. April 2008, E. 4.1. unter Hinweis auf Nedopil Norbert, Forensische Psychiatrie: Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht, 4. Aufl., Stuttgart 2012, 301; vgl. zum Ganzen eingehend HEER MARIANNE, (Fn 7), Art. 64 N 70-72.

¹⁶ Urteile des Bundesgerichts 6B_197/2010 vom 15. Juli 2010 und 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.3.

Rechtsprechung unter Hinweis auf die psychiatrische Literatur darauf, standardisierte Prognoseinstrumente beruhen auf einer Verallgemeinerung von empirischen Befunden. Sie können nach Auffassung des Gerichts deshalb für die Prognose zwar Anhaltspunkte über die Ausprägung eines strukturellen Grundrisikos eines Betroffenen liefern («Verortung des Einzelfalls im kriminologischen Erfahrungsraum»), sind indes für sich allein nicht geeignet, eine fundierte individuelle Gefährlichkeitsprognose tragfähig zu begründen.¹⁷

Gleich hatte schon der Deutsche Bundesgerichtshof mehrfach argumentiert. Im Zusammenhang mit den zur Anwendung gebrachten statistischen Beurteilungssystemen beanstandete dieser in einem konkreten Fall zum Beispiel, mit dieser Methode könne die sachverständige Person den beim Exploranden vorhandenen individuellen Risikofaktoren (intellektuelle Einschränkungen, «mögliche» hirnorganische Komponente, Alkoholmissbrauch) nicht Rechnung tragen.¹⁸ In einem anderen Beschluss hielt der Deutsche Bundesgerichtshof in Übereinstimmung mit dem Schweizer Bundesgericht fest, statistische Prognoseinstrumente würden zwar Anhaltspunkte über die Ausprägung eines strukturellen Grundrisikos liefern, seien indes nicht in der Lage eine fundierte Einzelbetrachtung zu ersetzen. Eine solche Einzelbetrachtung hätte sich im angesprochenen Fall nach Auffassung des Gerichts auch mit dem Umstand auseinandersetzen sollen, dass der Beschuldigte – jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen – trotz einer bereits seit fast 30 Jahren bestehenden Erkrankung erstmals mit einer in den Bereich der mittleren Kriminalität fallenden Straftat in Erscheinung getreten war.¹⁹ Das Bundesgericht lässt sich auch nicht von der Anwendung möglichst vieler oder mehrerer Instrumente beeindrucken und sieht darin keine Erhöhung der Sicherheit einer prognostischen Beurteilung. Es soll nicht darauf ankommen möglichst viele Verfahren anzuwenden, sondern diejenigen, welche für den Einzelfall am besten geeignet

¹⁷ Urteile des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.3 ff. und 6B_197/2010 vom 15. Juli 2010, E. 4.3; vgl. auch BOETTICHER ET AL., Zum richtigen Umgang mit Prognoseinstrumenten durch psychiatrische und psychologische Sachverständige und Gerichte, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht [NStZ], 29. Jahrgang 2009, 479 f.; NEDOPIL NORBERT, (Fn 15), 353 und 354; LEYGRAF NORBERT, (Fn 9), 414 ff., 420.

¹⁸ Urteil des deutschen BGH 3 StR 355/01 vom 6. Dezember 2007.

¹⁹ Beschluss des deutschen BGH 3 StR 311/13 vom 1. Oktober 2013, Rz 9 unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 30. März 2010 - 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203, 204; Urteil vom 11. Mai 2010 - 1 StR 40/10, NStZ 2010, 504, 506; Beschluss vom 22. Juli 2010 - 3 StR 169/10, StraFo 2011, 62; Beschluss vom 24. April 2013 - 5 StR 83/13.

sind. Für die Auswahl der Instrumente soll entscheidend sein, was konkret prognostiziert werden soll und ob das einzelne Instrument hierfür in Bezug auf den zu beurteilenden Täter tauglich ist.²⁰

c) *Standardisierte Prognoseinstrumente gewährleisten keine individuelle Einzelfallanalyse – erforderlicher Inhalt von Gutachten*

Trotz der oben angeführten Bedenken wird standardisierten Prognoseinstrumenten in der juristischen Praxis die Bedeutung einer nicht unwesentlichen Arbeitshilfe zugestanden. Es sei nochmals hervorgehoben, dass sich ihnen allerdings ebenso wie auch den Basisraten nicht Aussagen für den Einzelfall entnehmen lassen. Eine Beachtung von Ergebnissen solcher Prognoseinstrumente hat sorgsam zu erfolgen, es ist Vorsicht angezeigt. Hohe Punktescores beeindrucken in der Praxis regelmässig und stehen einer objektiven Beurteilung eines Falles nicht selten im Weg. Es ist daher mit Nachdruck auf der erforderlichen Spezifizierung zu bestehen. Eine lege artis durchgeführte und vom Bundesgericht geforderte Gefährlichkeitsprognose beinhaltet differenzierte Angaben der sachverständigen Person zur Frage, ob bei einem Betroffenen in Zukunft mit welcher Art von Delinquenz mit welcher Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist. Hier vermögen standardisierte Prognoseinstrumente nicht zu genügen. Dies haben sich juristische Entscheidungsträger nicht nur für sich selbst immer wieder vor Augen zu führen, sondern dies haben sie auch den beauftragten sachverständigen Personen gegenüber durchzusetzen. Entsprechende genaue gutachterliche Feststellungen sind rechtsgenügend. Nur ein solcher Inhalt einer Risikoanalyse ist aussagekräftig genug, um tatsächlich als Entscheidungsgrundlage zu dienen.

4. Verhältnis der Prognoseinstrumente zu strafprozessualen Grundsätzen

Mögen sich forensische Psychiater auch auf eine zufriedenstellende Reliabilität und Validität solcher Instrumente berufen,²¹ für kritische Justizangehörige ungelöst sind indessen neben den angesprochenen

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.3 ff.

²¹ MOKROS ANDREAS (Fn 8), Ziff. I, 87 ff.

allgemeinen Bedenken verschiedene einzelne juristische Probleme. Hervorzuheben ist das Dilemma der Unvereinbarkeit entsprechender Methoden mit anerkannten strafprozessualen Grundsätzen. Die vielerorts auszumachende Autoritätsgläubigkeit der Justizorgane hindert die Auftraggeber von Gutachten zu bedenken, dass solche Prognoseinstrumente regelmässig nicht für den juristischen Gebrauch und die Fragestellungen der Justiz ausgearbeitet wurden. Strafprozessuales Denken und strafprozessuale Vorgaben sind der psychiatrischen Wissenschaft fremd. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung des Strafprozessrechts auch im Bereich der Begutachtung, die zunehmend zu einer strengen Beobachtung und Kontrolle der Arbeitsweise der sachverständigen Person führte, erstaunt es, dass diese Fragen bisher kaum thematisiert wurden. Eine Begutachtung hat sich innerhalb des Rahmens des Strafrechts und des Strafprozessrechts zu bewegen, wie Bundesrichter Oberholzer anlässlich eines Referats beim «Forum Justiz und Psychiatrie» richtig hervorhob. Pointiert führte er (offensichtlich in Anlehnung an einen Fussballmatch) aus, wer sich nicht an diese Regeln halte oder sich nicht daran halten wolle, der werde aus dem Spiel genommen.²²

a) *Unvereinbarkeit mit dem strafprozessualen Zweifelssatz*

Justizangehörige sind sich daran gewohnt, Entscheide auf rechtsgenügend erhärtete Tatsachen abzustützen. Eine unumstössliche Beweiswürdigungsregel zwingt als tragende Säule eines fairen Strafverfahrens dazu, Zweifel in Bezug auf den Sachverhalt zugunsten des Beschuldigten auszulegen (Art. 10 Abs. 3 StPO). Sachverständige Personen werden dagegen gemäss dem Manual von Robert Hare ausdrücklich zu einer anderen Denkweise angehalten. So lässt bei Justizangehörigen bereits die Tatsache Skepsis entstehen, dass bei einem wechselhaften oder unbeständigen Auftreten des Exploranden dessen Zustand massgebend ist, wie er durchschnittlich während seines Lebens zu beobachten ist.²³ In einem Strafurteil gilt im Gegensatz dazu der unumstössliche Grundsatz, dass von den Verhältnissen auszugehen ist, die zum Zeitpunkt des Urteils gegeben sind.

Bemerkenswert ist darüber hinaus die Anweisung, aus welchen Gründen es in Anwendung der PCL-R zur Vergabe von einem Punkt kommen

²² OBERHOLZER NIKLAUS, (Fn 12), Ziff. IV., 56.

²³ Manual von HARE ROBERT, Chapter 2, Administration on the PCL-R, Scoring.

soll. So ist dies gemäss ausdrücklicher Regelung im Manual von Robert Hare etwa dann der Fall, wenn ein Merkmal nicht vollumfänglich erfüllt ist und sich daher zwei Punkte nicht rechtfertigen lassen. Gleich vorzugehen ist, wenn ein Merkmal unter gewissen Aspekten gegeben ist, indessen zu viele Ausnahmen und Zweifel bestehen, um zwei Punkte begründen zu können. Schliesslich wird ein Punkt in Rechnung gestellt, wenn unsicher ist, ob ein Merkmal gegeben ist. Ausserdem führen Widersprüche zwischen den Erkenntnissen aus dem Untersuchungsgespräch und den Akten, die sich nicht klären lassen, zur Vergabe von einem und nicht von zwei Punkten. Der in Anwendung der PCL-R ermittelte Wert ist also nicht nur das Ergebnis des mittelstarken Vorhandenseins eines Kriteriums, sondern resultiert auch dann, wenn das Kriterium möglicherweise gar nicht vorliegt bzw. lediglich ein entsprechender Verdacht besteht.²⁴

Bei unsicherer Bewertung mehrerer Merkmale sollen einige mit der höheren, andere mit der niedrigeren Bewertung versehen werden. Schliesslich soll der Gesamt-Score hochgerechnet werden («pro-rating»), wenn einzelne (bis max. 5) Bewertungen ausfallen.²⁵ Für Justizangehörige befremdend wirkt überdies die Anweisung an sachverständige Personen im Interview-Leitfaden zur PCL-R, bei wenig glaubwürdigen Informationsquellen auf diejenigen abzustellen, welche am ehesten eine «psychopathy» zu begründen vermögen. Hier findet sich die Überlegung, Probanden würden erfahrungsgemäss das für eine Störung charakteristische Verhalten zu minimieren suchen.²⁶

Aus juristischer Sicht muss im Gegensatz dazu gewährleistet sein, dass die Ermittlung einer «psychopathy» gemäss der PCL-R bzw. die daraus interpretierte negative Legalprognose auf Tatsachen und nicht auf Vermutungen beruht. Wohl ist Gefährlichkeit als solche keine Tatsache, wie auch das Bundesgericht richtigerweise hervorhebt.²⁷ Gefährlichkeitsprognosen beschreiben Persönlichkeitsdispositionen und stellen stets

²⁴ HARE ROBERT, (Fn 23); vgl. auch RANDY K. OTTO & KEVIN S. DOUGLAS, eds. (2010) *Handbook of Violence Risk Assessment*. New York & Oxon : Routledge, Taylor & Francis Group; MÜLLER HENNING ERNST, »Oberflächlich charmant«, tendenziell gefährlich?, *Die Psychopathy Checklist Revised (PCL-R)*, NStZ 2011, 670.

²⁵ HARE ROBERT, (Fn 23).

²⁶ Beachte den Hinweis bei SCHNEIDER HENDRIK, *Die Kriminalprognose bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung. An den Grenzen der klinischen Kriminologie*, in: StV 2/2006, 99-104, 102.

²⁷ KUNZ KARL-LUDWIG/ STRATENWERTH GÜNTHER, *Zum Bericht der Arbeitsgruppe Verwahrung*, ZStrR 1/2005, 13 f.; HEER MARIANNE, (Fn 7), Art. 65 N 62 m.w.H.

Wahrscheinlichkeitsaussagen dar.²⁸ Als Bewertung unterliegen sie somit nicht dem Zweifelssatz.²⁹ Es liegt in der Natur der Sache, dass das Vorauszusagende wie bspw. eine künftige Gefährlichkeit, ein Rückfall oder Straffreiheit etc. nie zweifelsfrei feststehen kann. Eine hundertprozentige Wahrscheinlichkeit des künftigen Eintritts ungewisser Ereignisse ist per se nicht möglich.³⁰ Für die Tatsachengrundlage, auf welcher die Prognose und deren Wahrscheinlichkeitsaussagen basieren, also für den einer Bewertung zugrunde liegenden Sachverhalt, gilt der Zweifelssatz indessen uneingeschränkt.³¹

b) *Unzulässigkeit der Doppelverwertung von Tatsachen*

Nicht mit dem Strafprozessrecht vereinbar ist auch die bei Anwendung von standardisierten Prognoseinstrumenten verschiedentlich erkennbare mehrfache Verwertung des Sachverhalts. Es lassen sich sowohl eine inhaltliche Überschneidung innerhalb des Prognosemanuals eines Instruments durch Merkmale ähnlichen Inhalts wie auch zwischen den einzelnen Prognoseverfahren beobachten.³² So geben etwa bspw. bei der PCL-R von Hare «vier kurze ehe(ähn)liche Beziehungen» ebenso 2 Punkte wie damit meist notwendigerweise verbundene «viele sexuelle» Beziehungen, was zu einer Aufbauschung des relevanten Scores führt.³³ Bei näherer Betrachtungsweise gewinnt man auch etwa den Eindruck, dass sich verschiedene Merkmale letztlich unter dieselbe negative Eigenschaft eines Exploranden der «Oberflächlichkeit» subsumieren lassen. Zu

²⁸ HEER MARIANNE, (Fn 7), Art. 65 N 62 unter Hinweis auf LEYGRAF NORBERT, (Fn 9), 420.

²⁹ BGE 127 IV 1, 5 und 118 IV 108, 114, E. 2a am Schluss.

³⁰ Vgl. auch POLLÄHNE HELMUT, Prognostik, Strafrecht und Risiko, in: Irmgard Antonia Rode, Heinz Kammeier, Matthias Leipert [Hrsg.], Prognosen im Strafverfahren und bei der Vollstreckung, Münster 2004, 57; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_664/2013 vom 16. Dezember 2013, E. 2.6.3 m.w.H.

³¹ HEER MARIANNE, (Fn 7), Art. 56 N 21 und 64 sowie Art. 64 N 84; HELMUT POLLÄHNE (Fn 30), 58.

³² MÜLLER HENNING ERNST, (Fn 24), 669; HENDRIK SCHNEIDER, (Fn 26), 102; TONDORF GÜNTER, Bedenken der Strafrechtswissenschaft gegen Prognosetafeln aus dem angelsächsischen Raum, in: Nahlah Saimeh [Hrsg.], Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Massregelvollzug als soziale Verpflichtung, Tagungsband der Eickelborner Fachtagung zu Fragen der Forensischen Psychiatrie, Bonn 2006, 366.

³³ Beachte den Hinweis darauf bei THOMAS ROOS und FRIEDMANN PFÄFFLIN, Risk Assessment im Massregelvollzug: Grenzen psychometrischer Gefährlichkeitsprognose im therapeutischen Umfeld, in: MschrKrim 2/2005, JG. 88, 1-9, 5.

denken ist etwa an die Item «trickreich sprachgewandter Blender mit oberflächlichem Charme» (1), «oberflächliche Gefühle» (7), «Fehlen von realistischen langfristigen Zielen» (13) und «viele kurzzeitige ehe(ähn)-liche Beziehungen» (17). Betrachten von aussen stellt sich überdies auch die Frage, worin der Unterschied zwischen dem Item «Mangel an Gewissensbissen oder Schuldbewusstsein» (6) oder «mangelnde Bereitschaft/Fähigkeit, Verantwortung für eigenes Handeln zu übernehmen» (16) besteht. Eine solche Mehrfachverwertung von Tatsachen ist bei der Justiz verpönt. Bei der Festlegung der Strafe etwa darf der gleiche Umstand dem Betroffenen nicht zweimal zur Last gelegt oder zu Gute gehalten werden. Qualifikations- und Privilegierungsgründe des Besonderen Teils des StGB, die zu einem veränderten Strafrahmen führen, dürfen nicht ein zweites Mal als Strafänderungsgründe berücksichtigt werden.³⁴ Eine doppelte Verwertung von Strafzumessungsfaktoren würde in der Gerichtspraxis zu einer Kassierung des Strafurteils führen.

Eine doppelte Verwertung des Sachverhalts ist auch in der Tatsache zu sehen, dass eine «psychopathy» gemäss PCL-R gemäss anderen Prognoseinstrumenten als belastender Faktor wirkt.³⁵ Beim HCR-20 ist dies zwar in der dritten Version nicht mehr der Fall. Dies gilt aber nach wie vor beispielsweise beim VRAG und beim SORAG. In diesem Zusammenhang ist auf das generelle Problem hinzuweisen, dass mit Hilfe dieser Instrumente eine einmal festgestellte hohe Rückfallgefahr dauerhaft fortgeschrieben wird. Es sei in Erinnerung gerufen, dass der delinquenten Vorgeschichte bei standardisierten Prognoseinstrumenten ein sehr hohes Gewicht beigemessen wird. Positive Behandlungseffekte spiegeln sich hier nur in geringem Mass wider.³⁶

c) *Das Recht des Betroffenen zu lügen im Spannungsfeld mit Merkmalen von Prognoseinstrumenten*

Problematisch erscheint auch, dass Items wie «pathologisches Lügen», «mangelnde Gewissensbisse und Schuldbewusstsein» sowie «mangelnde Bereitschaft und Fähigkeit, Verantwortung für eigenes Handeln zu übernehmen» einerseits bei der Anwendung von Prognoseinstrumenten eine

³⁴ Vgl. etwa HANS WIPRÄCHTIGER / STEFAN KELLER, in: Niggli / Wiprächtiger [Hrsg.] Basler Kommentar Strafrecht Band I, Art. 47 N 102; BGE 72 IV 114.

³⁵ LEYGRAF NORBERT, (Fn 9), 415. Zum Ganzen illustrativ auch die Beispiele bei TONDORF GÜNTER, (Fn 32), 366.

³⁶ LEYGRAF NORBERT, (Fn 9), 420.

gewichtige Bedeutung zukommt. Andererseits stehen sie aber im Widerspruch zum strafprozessualen Grundsatz, wonach ein Beschuldigter im Strafprozess grundsätzlich ohne Nachteile schweigen, bagatellisieren oder leugnen darf (vgl. Art. 113 Abs. 1 StPO).³⁷ Wie damit umgegangen werden soll ist auch in anderem Zusammenhang, insbesondere bei der Gestaltung des Massnahmenvollzugs, etwa bei der Bewertung des Erfolgs einer Massnahme und einer allfälligen Entlassungspraxis, nicht geklärt. Anders als dort liegt aber bei einer Erstbegutachtung in den meisten Fällen noch kein Urteil vor, was das Problem hier noch verschärft. In dieser Phase ist von der Unschuldsvermutung auszugehen. Bei Unklarheiten über den Sachverhalt wird mit Blick auf diesen strafprozessualen Grundsatz generell empfohlen, eine Begutachtung unter Annahme von Varianten vorzunehmen. Ein solches Vorgehen ist hier nicht möglich, weshalb mangelnde Kooperation des Betroffenen im Ergebnis dazu führt, dass entsprechende Prognoseinstrumente nicht zur Anwendung gelangen können und dürfen.

5. Weiter Ermessensspielraum bei der Punktevergabe

Ganz allgemein lohnt sich ein kritischer Blick auf die einzelnen Merkmale der üblichen Prognoseinstrumente. Wiederum am Beispiel des PCL-R von Hare soll aufgezeigt werden, dass viele Einschätzungen auf Wertungen der sachverständigen Person beruhen. Verschiedene Merkmalen werden im Zusammenhang mit dem Verb «wirken» genannt, das deutlich macht, dass der *persönliche Eindruck* des Untersuchers massgebend ist. Bei näherer Betrachtungsweise erwecken verschiedene Merkmale auch den Eindruck, Raum für ein Moralisieren zuzulassen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Items «trickreich sprachgewandter Blender mit oberflächlichem Charme» (1), «oberflächliche Gefühle» (7), «Fehlen von realistischen langfristigen Zielen» (13) und «viele kurzzeitige ehe(ähnliche) Beziehungen» (17). Hier können bei der Punktevergabe leicht die eigenen Wertvorstellungen der sachverständigen Person einfließen. Zweifelsfrei erheben weder die Jurisprudenz noch die forensische Psychiatrie den Anspruch, eine exakte Wissenschaft zu sein. Wichtig ist indessen, dass sich die Entscheidungsträger und sachverständigen Personen der aufgezeigten Problematik bewusst sind und durch

³⁷ Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO wird er vor der Einvernahme auf sein Recht hingewiesen, die Aussage und die Mitwirkung verweigern zu können.

grösstmögliche Transparenz ihre Bewertungen auch überprüfbar sowie nachvollziehbar erscheinen lassen.

6. Transparenz in Bezug auf die Beurteilungsgrundlagen

Eine Risikobeurteilung in Anwendung von standardisierten Prognoseinstrumenten ist unter juristischen Gesichtspunkten nur dann fachgerecht, wenn erkennbar ist, aufgrund welcher Informationsgrundlagen und Datenselektionen die sachverständige Person die Bewertung der Einzelmerkmale eines Instruments vornimmt. Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass die Merkmale der Prognoseinstrumente in ihrer Summe die Grundlage für die Angabe der Wahrscheinlichkeit bilden, mit der ein Rückfall eines Täters im Sinne eines Basisrisikos zu erwarten ist. Die einzelnen Merkmale eines Instruments, welche die sachverständige Person mit einer Punktvergabe zu bewerten hat, bilden die massgebende Tatsachengrundlage für die Prognoseentscheidung. Diese Tatsachengrundlage muss einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein.³⁸ Forensisch-psychiatrische Wissenschaftler halten dem zwar zu Recht entgegen, die gutachterliche Tätigkeit basiere hier auf einem Manual von Hare und sei ohne eine umfassende Schulung nicht pflichtgemäss durchführbar. Ob eine sachverständige Person indessen konkret diesen Anforderungen gerecht wird und ihnen auch nachlebt, was gemäss der Auffassung von Robert Hare durch die Justiz zu überprüfen ist,³⁹ lässt sich für aussenstehende Dritte allzu oft nicht nachvollziehen. Für Justizangehörige entspricht es einem Bedürfnis, allfällige Mängel an intersubjektiver Stabilität von Wertungen, Überschreitungen des Ermessens oder gar Parteilichkeit, seien sie bewusst oder unbewusst erfolgt, erkennen zu können und daraus Konsequenzen zu ziehen. Es muss regelmässig für Justizangehörige nachvollziehbar sein, wie die Punkte im Einzelnen vergeben werden.⁴⁰

Während psychiatrische sachverständige Personen ursprünglich in der Praxis den Inhalt des Fragebogens für Prognoseinstrumente als persönliches Arbeitsinstrument Dritten nicht zugänglich machen wollten, kam es

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2016, E. 3.4 unter Hinweis auf DÖBELE ANNE-LOUISE, Standardisierte Prognoseinstrumente zur Vorhersage des Rückfallrisikos von Straftätern, Diss. Hamburg 2014, 131 ff.

³⁹ Beachte den Hinweis von MOKROS, (Fn 8), 98.

⁴⁰ SCHNEIDER HENDRIK, (Fn 26), 102.

mit Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung zu einer anderen Praxis. Nach den Regeln der Strafprozessordnung müssen alle Unterlagen einer Beurteilung des Betroffenen einsehbar sein.⁴¹

Das Bundesgericht konkretisierte das Bedürfnis nach Transparenz im Zusammenhang mit Prognoseinstrumenten. Es ging dabei zu Recht bemerkenswert weit und verlangt nunmehr, es soll im Gutachten im Einzelnen dargelegt werden, von welcher Begriffsbestimmung die sachverständige Person bezüglich eines Merkmals ausgeht, an welchen Sachverhalt im zu beurteilenden Einzelfall diesbezüglich konkret angeknüpft wird und weshalb das zu beurteilende Item wie bewertet wird.⁴² Lediglich Gesamcores auszuweisen genügt somit nicht, dies wäre einer juristischen Nachvollziehbarkeit hinderlich. So ist zu erläutern, an welchen sachverhältnissen Tatsachen die sachverständige Person für die Bewertung der Einzelmerkmale eines Instruments (im konkreten Fall «pathologisches Lügen» oder «parasitärer Lebensstil») jeweils anknüpft und weshalb sie diese Merkmale wie beurteilt. Das mag einerseits als sehr weitgehend erscheinen. Andererseits muss, wie bereits mehrfach erwähnt, für Justizorgane Transparenz garantiert sein, um die rechtsgenügende Aussagekraft und damit den Beweiswert von Gutachten beurteilen zu können.

IV. Insbesondere zur inhaltlichen Nachvollziehbarkeit der psychiatrischen Exploration

Als RichterIn würde man sich von psychiatrischen Sachverständigen in Bezug auf die Grundlagen einer Begutachtung auch in anderen Bereichen mehr Transparenz wünschen. Die Exploration eines Betroffenen ist ein wichtiger Fundus für eine Beurteilung des Exploranden. Neben den Akten liefert diese grundlegende Fakten. Das Bundesgericht bezeichnet dieses Untersuchungsgespräch entsprechend als unabdingbar und fordert, dass es von der sachverständigen Person persönlich durchgeführt wird.⁴³ Diese richtige strenge Rechtsprechung steht allerdings überhaupt nicht im Einklang damit, dass man in der Praxis wenig weiss über die Exploration. Oft kann man den Gutachten nicht einmal entnehmen, an welchen

⁴¹ HEER MARIANNE, in: Niggli / Heer / Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, StPO/ISStPO, Art. 187 N 10.

⁴² Urteil des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.5.

⁴³ HEER MARIANNE, (Fn 7), Art. 56 N 61a und b mit zahlreichen Hinweisen; BGE 115 II 129, 134f.; zur Ausnahme von Aktengutachten vgl. BGE 127 IV 54, 58.

entsprechenden Erkenntnissen schliesslich angeknüpft wird. Ein solches Gutachten genügt indessen den Anforderungen an eine korrekte Begründung nicht und ist zur Verbesserung zurückzuweisen. Leider allzu oft entzieht sich überdies der Kenntnis Dritter, d.h. sowohl des Gerichts wie auch der Verfahrensbeteiligten, was sich bei einer Exploration «im stillen Kämmerlein» abgespielt hat. Dem Verteidiger wird hier eine Teilnahme verwehrt. Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat zu diesem Problem bisher noch nicht Stellung genommen. Immerhin trat es aber unlängst umfassend auf eine entsprechende Rüge ein, behandelte diese aber mangels Rechtzeitigkeit schliesslich dann doch nicht.⁴⁴ Eine materielle Rechtsprechung zu dieser Frage findet sich auf der anderen Seite im Sozialversicherungsrecht, wo das Bundesgericht mehrfach explizit ein Recht auf anwaltliche Verbeiständung anlässlich einer medizinischen Begutachtung verneinte.⁴⁵ Die kantonalen Strafgerichte schützen bisher regelmässig die Praxis der sachverständigen Personen, hier ein Teilnahmerecht der Verteidigung, wie es gemäss Art. 147 StGB für alle Beweiserhebungen vorgesehen ist, zu verweigern.⁴⁶ Die Begründung, es sei darin keine eigentliche Beweiserhebung zu sehen, sondern es gehe einzig um entsprechende Vorbereitungshandlungen, überzeugt hier nicht und ist zu formalistisch. Ein gewisses Verständnis ist dagegen den Befürchtungen der Psychiater entgegenzubringen, die Abläufe würden durch die Beteiligung weiterer Personen, dann wohl aller Verfahrensbeteiligten, schwierig und die Exploration könnte zu einem kontradiktorischen Verfahren mutieren, was die Gewinnung psychiatrischer Erkenntnisse erschweren oder gar verunmöglichen könnte.⁴⁷ Bei dieser Sachlage ist aber zumindest ein Protokoll, in welchem der Inhalt der Exploration wiedergegeben wird, unabdingbar. Auch dieser Forderung kommen indessen die sachverständigen Personen zumeist nicht nach. Löblich ist hier die Praxis gewisser Experten, Aussagen des Betroffenen wenigstens bei deren Beurteilung im Gutachten umfassend wiederzugeben. Um den gefürchteten Aufwand für eine Protokollierung zu vermeiden, liesse sich ohne weiteres eine durchgehende audiovisuelle Aufnahme des Gesprächs mit

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_100/2017 vom 9. März 2017, E. 3.

⁴⁵ Vgl. etwa BGE 132 V 443, E. 3.

⁴⁶ So bspw. das Urteil des Zürcher Obergerichts, III. Strafkammer, UH110023 vom 11. Mai 2011.

⁴⁷ So auch etwa DONATSCH ANDREAS, in: Donatsch Andreas / Hansjakob Thomas / Lieber Viktor [Hrsg.], [Zürcher] Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 185 N 40.

dem Exploranden vornehmen, womit sich der genaue Inhalt von Angaben dann zumindest im Bestreitungsfall abrufen liesse. Bei Befragung von Opfern sexueller Übergriffe hat sich im Vorverfahren ein entsprechendes Vorgehen längst eingespielt. Auch die Befragungen von Beschuldigten oder Zeugen während einer Gerichtsverhandlung werden mittlerweile regelmässig auf Tonband aufgenommen. Eine entsprechende Praxis würde die Akzeptanz psychiatrischer Feststellungen erhöhen, was letztlich im Interesse aller Beteiligten ist.

V. Die Begründung einer Persönlichkeitsstörung

1. Dominanz der Risikoanalyse bei den Voraussetzungen einer Massnahme

Wohl ist die Risikoanalyse zumeist das von Juristinnen und Juristen am intensivsten diskutierte Problem einer psychiatrischen Begutachtung. Dies rührt nicht nur daher, dass die Beantwortung der entsprechenden Fragen einerseits inhaltlich mit grossen Schwierigkeiten verbunden ist und ihr überdies im Massnahmenrecht eine zentrale, nicht selten eine alles entscheidende Bedeutung zukommt. Folgerichtig wird darum hart gerungen. Dass diese Voraussetzung einer strafrechtlichen Massnahme besonders heftig diskutiert wird, ist andererseits auch durch deren normativen Charakter sowie durch den Streit zwischen Justiz und Psychiatrie darüber begründet, ob es sich hier um eine Tatsache und damit um eine von der Psychiatrie zu beantwortende Frage oder um eine Rechtsfrage handelt. Das letztgenannte Problem lässt sich dadurch auflösen, dass die Tatsachen, die schliesslich zum Ergebnis einer umfassenden Würdigung des Betroffenen führen, psychiatrischer Natur und von sachverständigen Personen zu eruieren sind, während die mit einer Gefährlichkeitsbeurteilung regelmässig verbundene Güterabwägung, bei welcher das Freiheitsinteresse des Betroffenen dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Sicherheit gegenüberzustellen ist, durch Justizangehörige vorzunehmen ist. Die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips, die mit einer Risikoanalyse häufig einher geht, obliegt regelmässig den juristischen Entscheidungsträgern.

2. Diagnose der Persönlichkeitsstörung als Wertung, nicht als Tatsache

Bei dieser Dominanz der Risikoanalyse geht gerne die Bedeutung der übrigen Voraussetzungen einer strafrechtlichen Massnahme vergessen. Therapeutische Massnahmen lassen sich nur durch eine psychiatrische Diagnose rechtfertigen. Es muss sich nach dem Willen des Gesetzgebers überdies um eine solche von besonderer Schwere handeln, was im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses heftig diskutiert worden und dem Wortlaut von Art. 59 StGB deutlich zu entnehmen ist. Diese Fragen sollten im Zusammenhang mit therapeutischen Massnahmen an erster Stelle einer Beurteilung stehen. Justizangehörige widmen diesen in der Praxis viel zu wenig Aufmerksamkeit und psychiatrische sachverständige Personen sind sich der juristischen Umschreibung des Begriffs der «psychischen Störung» und den entsprechenden Anforderungen sehr oft zu wenig bewusst. Diese Feststellungen werden unbestrittenermassen dem Fachbereich der Psychiatrie zugeordnet, in die sich Justizangehörige in materieller Hinsicht nicht einzumischen haben.⁴⁸ Das mag prima vista richtig erscheinen, ändert aber nichts am Erfordernis der Begründung und Nachvollziehbarkeit entsprechender psychiatrischer Feststellungen.

In diesem Zusammenhang ist auf die Besonderheiten einer Persönlichkeitsstörung hinzuweisen, die im Kontext mit Straftaten sehr oft in Erscheinung treten. Diese sind einerseits schwer zu diagnostizieren bzw. die sachverständigen Personen sehen sich hier vor grosse Herausforderungen gestellt.⁴⁹ Andererseits ist deren Diagnose mit Wertungen verbunden. Auch hier ist entsprechend Transparenz gefordert, wie dies im Zusammenhang mit den standardisierten Prognoseinstrumenten bereits dargelegt worden ist. Der konkrete persönliche Hintergrund einer sachverständigen Person kann hier in eine solche Bewertung einfließen,⁵⁰ was somit je nach der Person des Gutachters zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Dies ruft nach einer umsichtigen Begründung der Diagnose, die in allen Teilen nachvollzogen werden kann. Es gilt, eine solide Abgrenzung dieser Störung gegenüber juristisch nicht relevanten blossen Auffälligkeiten oder akzentuierten Persönlichkeitszügen vorzunehmen. In Erinnerung zu rufen sind hier die Eingangskriterien gemäss ICD-10. Deren materielle Behandlung im Einzelnen ist unabdingbar. Darüber hinaus ist in psychiat-

⁴⁸ So auch der Hinweis bei OBERHOLZER, (Fn 12), Ziff. IV, 56.

⁴⁹ NEDOPIL NORBERT, (Fn 15), 234.

⁵⁰ NEDOPIL NORBERT, (Fn 15), 234.

rischen Gutachten detailliert einzugehen auf die Kriterien für den Subtypus einer Persönlichkeitsstörung. Auf die gleichartigen Anforderungen im Zusammenhang mit der Anwendung der PCL-R wurde bereits oben eingegangen.⁵¹

VI. Entscheidungsgrundlagen in Nachverfahren nach Rechtskraft des Strafurteils

1. Regelmässiges Fortschreiben vergangener Tatsachen

Ein ungelöstes Problem stellen in der Praxis die Gutachten in gerichtlichen Nachverfahren nach Art. 363 ff. StPO dar. Die Grundlagen, auf welchen gutachterliche Erkenntnisse in Verfahren betr. Verlängerung von Massnahmen nach Art. 59 Abs. 4 StGB oder betr. einen Austausch von Massnahmen (Art. 62c Abs. 3, 4 und 6 StGB) basieren, fanden in der Literatur und Praxis bisher kaum besondere Beachtung. In verwaltungsrechtlichen Verfahren (d.h. bei Vollzugsentscheiden, insbes. Entscheiden betr. Vollzugsöffnungen oder eine Entlassung des Betroffenen) sind Gutachten zwar ausser im Zusammenhang mit Verwahrungsdelikten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB gesetzlich nicht vorgeschrieben (Art. 62d StGB), stützen indessen faktisch aber gerade in heiklen Fällen solche Entscheide. Dabei unterliegen Gutachten denselben juristischen Anforderungen wie bei einem Obligatorium von Gutachten.⁵² Regelmässig stellen sich auch hier dieselben Fragen.

Bei einer Durchsicht der umfangreichen Vollzugsakten lässt sich beobachten, wie oft frühere gutachterlich festgehaltene Erkenntnisse im weiteren Verlauf von nachfolgenden sachverständigen Personen immer wieder aufgenommen und fortgeschrieben werden. Vollzugsberichte und die regelmässigen Entscheide betr. Überprüfung einer Massnahme im Sinne von Art. 62d StGB charakterisieren sich häufig durch dieselben Inhalte, die oft wohl durch «copy & paste» zustande kommen. Dies wird in der Praxis zumeist hingenommen, was fragwürdig ist und nicht angeht. Auf die Problematik, dass im Verlauf des Vollzugs durch die Anwendung aktueller Prognoseinstrumente vergangenen Ereignissen ein grosser Stellenwert zukommt und damit die ursprüngliche Delinquenz immer wieder

⁵¹ Vgl. Ziff. II, 2.3.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 6B_229/2017 vom 20. April 2017, E. 3.1.

fortgeschrieben wird, wurde überdies bereits oben hingewiesen.⁵³ Eine nähere Betrachtung der verschiedenen Faktoren solcher Prognoseinstrumente lässt erkennen, dass hier eine Dominanz unveränderlicher, vergangener Fakten besteht, wie bereits erwähnt wurde. Dies wurde in der psychiatrischen Fachliteratur längst gesehen.⁵⁴ Die Items vieler moderner Prognoseinstrumente sind vorwiegend statisch, retrospektiv ausgerichtet. Dies impliziert im Kontext unterschiedlicher Begutachtungsszenarien eine stetige Wiederholung derselben biografischen Fakten. Der Betroffene wird damit stets auf frühere Verhaltensauffälligkeiten festgelegt. Die in der Praxis geläufigen Prognosemanuale erschöpfen sich in weiten Teilen in der Benennung belastender Merkmale, rückfallverhindernde biographische Veränderungen wie bspw. das Lebensalter oder veränderte Umstände im Verlauf des Lebens bleiben zu wenig beachtet. Insbesondere in gerichtlichen Nachverfahren (z.B. bei einer Verlängerung von stationären Massnahmen nach Art. 59 StGB oder einer Umwandlung von therapeutischen Massnahmen bis hin zu einer Verwahrung) lässt sich die Frage in den Raum stellen, ob hier solche Instrumente wie die PCL-R als Entscheidungsgrundlage überhaupt tauglich sind. Gerade in solchen Verfahren spielen die Therapieverläufe oder ganz generell die aktuellen Umstände eine zentrale Rolle. Soll ausschliesslich oder hauptsächlich auf aktuari-sche Prognoseinstrumente abgestellt werden können, haben sachverständige Personen darzutun, dass und inwiefern bei einer negativen Legalprognose das strukturelle Grundrisiko derart dominiert, dass andere Aspekte in den Hintergrund treten. Entsprechende Ausführungen finden sich in Gutachten kaum, gehören aber zur unabdingbaren Begründung einer auf aktuarische Prognoseinstrumente gestützten Risikobeurteilung.

2. Definitionsmacht der Vollzugsverantwortlichen und der sachverständigen Person über den Sachverhalt

Darüber hinaus ist bei nachträglichen Entscheiden noch ein weiteres Problem erkennbar: Die Generierung und Ergänzungen der relevanten Akten im Rahmen der Durchführung einer Massnahme erfolgen zu einem gewichtigen Teil gestützt auf Eindrücke und Berichte verschiedener Involvierter während des Vollzugs. Über die Frage, was diesen Personen bei Massnahmepatienten auffällt, entscheiden diese. Nicht erkennbar ist

⁵³ Vgl. oben Ziff. II.1.

⁵⁴ NEDOPIL NORBERT, (Fn 15), 353; vgl. auch oben Ziff. II.2.

insbesondere, vor welchem Hintergrund entsprechende Bewertungen des Verhaltens eines Insassen oder Massnahmenpatienten erfolgt. Die in den Akten aufgezeigte Lebenswirklichkeit stellt letztlich das Produkt einer Konstruktion dar. Gerade im Verlauf des Vollzugs sind sich die Entscheidungsträger des Vollzugs oft wohl viel zu wenig bewusst, dass sie letztlich abgesehen von Routinegeschäften regelmässig nur dann mit einem Betroffenen besonders befasst sind, wenn sich Schwierigkeiten oder Probleme ergeben. Deren Wahrnehmung ist somit einseitig geprägt. Am Beispiel der Merkmale der «Therapiemotivation» und des «Therapieerfolgs», welchen Kriterien gemäss den standardisierten Prognoseinstrumenten eine grosse Bedeutung zukommt, wird dies besonders deutlich. Entsprechende Beobachtungen werden im Massnahmenvollzug durch psychologische Dienste oder Sozialdienste der Institutionen gemacht. Sie werden ohne jegliche Transparenz in Gesprächskreisen solcher Vollzugsverantwortlicher thematisiert und in der Folge allenfalls in Berichten festgehalten.⁵⁵ Wenn sachverständige Personen im Rahmen ihrer Begutachtung also die Therapiemotivation oder den Therapieerfolg bzw. die Frage der Ablehnung weiterer Interventionen durch einen Massnahmenpatienten näher zu beleuchten haben, kommen sie nicht umhin, Anstalts- oder Therapieberichte in ihre Überlegungen einzubeziehen.⁵⁶ Das Bundesgericht stellt einerseits immer höhere Anforderungen an psychiatrische Gutachten. Dabei stehen regelmässig die Fachkompetenz der psychiatrisch sachverständigen Person und deren Unabhängigkeit unter besonderer Beobachtung. Dies ist richtig. Weiter wird gemäss ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung Berichten von Therapeuten grundsätzlich zufolge fehlender Unabhängigkeit der Verfasser regelmässig ein geringer Beweiswert zuerkannt.⁵⁷ Es mutet indessen eigenartig an, dass hier andererseits im Gegensatz zu jener strengen Praxis kaum je infrage gestellt wird, auf welchen Grundlagen psychiatrische Gutachten sowie Vollzugs- und nachträgliche Gerichtsentscheide basieren bzw. ob und inwiefern diese auf objektive Fakten, die durch kompetente Personen generiert wurden, beruhen. Entsprechende Rügen der Verteidigung werden, soweit sie zufolge fehlender Einsicht in die fraglichen Akten überhaupt erhoben werden können, zumeist ohne weitere Prüfung als unbeachtliche Parteibehauptungen abgetan, was wohl Aus-

⁵⁵ Vgl. diesen Sachverhalt etwa im Urteil des Bundesgerichts 6B_664/2013 vom 16. Dezember 2013, E. 2.6.3.

⁵⁶ Kritisch zu den Grundlagen dieses Items auch SCHNEIDER HENDRIK, (Fn 26), 102 f.

⁵⁷ HEER MARIANNE, (Fn 7), Art. 56 N 60a mit Hinweisen.

druck von Hilflosigkeit bei den Entscheidungsträgern ist. Die Integrität und Objektivität der Verfasser von Berichten im Verlauf des Vollzugs kann gar nie in Zweifel gezogen werden, weil die entsprechenden Hintergründe nicht durchleuchtet werden können. Ohnehin ist an dieser Stelle zu beklagen, dass die anwaltliche Verbeiständung eines Betroffenen im Rahmen des Vollzugs allzu oft nicht zugelassen bzw. eine unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird. Selbst mit vermeintlich weniger gewichtigen Vollzugsentscheiden werden aber oft Weichen gestellt, die den späteren Verlauf des Vollzugs entscheidend mitbestimmen und daher von grosser Tragweite sind. Will man den Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör ernst nehmen, ist möglichst ein Rechtsvertreter einzu beziehen.

VII. Anforderungen an Justizorgane bei einer Beurteilung psychiatrischer Gutachten

1. Allgemeines

Leider geben sich im Gerichtsalltag, wie bereits erwähnt, Justizorgane allzu oft leichthin mit gutachterlichen Erkenntnissen zufrieden. Die Erwartungen, gesicherte und nicht zu beanstandende Entscheidungsgrundlagen zu bekommen, werden schnell einmal als erfüllt erachtet. Gerichte haben indessen Gutachten im Rahmen ihrer freien richterlichen Beweiswürdigung darauf zu prüfen, ob sie entsprechende Erörterungen für überzeugend halten oder nicht und ob sie dementsprechend den Schlussfolgerungen der Experten folgen sollen. Dasselbe gilt für die Frage, ob ein Gutachten in sich schlüssig ist. In der Praxis finden sich allerdings Justizangehörige häufig mit den Ergebnissen in den Gutachten kritiklos ab. Sie werden dazu ermuntert durch die konstante bundesgerichtliche Praxis, wonach man sich an die Erkenntnisse von sachverständigen Personen grundsätzlich zu halten habe und nur aus triftigen Gründen davon abgewichen werden darf.⁵⁸ Verkannt wird dabei allerdings, dass bei zweifelhafter Schlüssigkeit in wesentlichen Punkten ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben sind. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot der Willkür verstossen und die

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 2.4.

Verwertbarkeit gutachterlicher Erkenntnisse hindern.⁵⁹ Die Anforderungen an Justizorgane sind also hier recht hoch. Sie müssen die Beurteilung der Qualität von Gutachten auf ein gewisses eigenes psychiatrisches Fachwissen abstützen können.

2. Detaillierte inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Prognoseergebnis

Im Zusammenhang mit Prognoseinstrumenten sind Justizorgane nach neuerer Praxis des Bundesgerichts schliesslich noch weit mehr gefordert. Das Bundesgericht verlangt ihnen eine detaillierte inhaltliche Auseinandersetzung mit den Gutachten ab in Bezug auf das Prognoseergebnis als solches sowie generell in Bezug auf die Qualität der gesamten Prognosestellung inklusive der vom Sachverständigen allenfalls verwendeten Prognoseinstrumente.⁶⁰ Zweifellos kann es indessen nicht darum gehen, eine eigene Einschätzung an die Stelle derjenigen des Experten zu stellen. Entsprechend lässt sich etwa eine eigenmächtige Veränderung des Bewertungsmaßstabs des Experten durch Gerichte nicht rechtfertigen.⁶¹ Soweit die Bewertung der Merkmale eines Prognoseinstruments unter Einhaltung der prozessualen Vorschriften vorgenommen worden ist, fällt diese Tätigkeit in das Ermessen eines Experten oder einer Expertin. Es kann nicht angehen, diese Merkmale im Einzelnen im Gerichtsverfahren zu diskutieren. Der Justiz kommt aber auch nach Auffassung von Hare die Rolle eines Korrektives zu. Es soll darüber gewacht werden, dass grundsätzliche Qualitätsstandards bei der Anwendung der PCL-R im forensischen Kontext eingehalten werden.⁶²

⁵⁹ Urteile des Bundesgerichts 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 2.4; 6B_304/2015 vom 14. September 2015 und 6B_232/2011 vom 17. November 2011; BGE 138 III 193, 198, E. 4.3.1, BGE 136 II 539, 547 f., E. 3.2, BGE 133 II 384, 391, E. 4.2.3 je mit Hinweisen.

⁶⁰ Urteile des Bundesgerichts 6B_424/2016 vom 4. Dezember 2015, E. 2.3 und 3.1 sowie 6B_772/2007 vom 9. April 2008 E. 4.3.

⁶¹ HABERMEYER ELMAR, *Verwahrte – wer trägt das Risiko?*, in: Benjamin F. Brügger et al. (Hrsg.), *Bedrohte oder bedrohende Sicherheit*, Tagungsband der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie, Band 30, Bern 2012, 200.

⁶² MOKROS ANDREAS, (Fn 8), 98.

VIII. Bemerkungen zur Person des Sachverständigen

Der bundesgerichtlichen Praxis ist als Fazit zu entnehmen, dass für die Qualität von Gutachten nicht primär die Methode garantieren soll, sondern die Person des Sachverständigen im Vordergrund steht, d.h. dessen fachliche Qualifikation und Erfahrung. Diesem Ansatz ist man in Zürich schon lange gefolgt, indem Einfluss auf die Anforderungen auf dem Weg der allgemeinen Zulassung von sachverständigen Personen genommen wird.⁶³ Auch im Kanton Luzern werden in Anlehnung an Lehre und höchstrichterliche Rechtsprechung die Anforderungen an sachverständige Personen generell abstrakt geregelt.⁶⁴

1. Facharzt oder Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie

Das Bundesgericht bekräftigte mehrfach seine Haltung, eine «sachverständige Person» im Sinne von Art. 20 und 56 Abs. 3 StGB müsse in aller Regel ein Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sein, Ausnahmen seien nur schwer vorstellbar. Sie müssten mit der fachlichen Ausgangslage gerechtfertigt werden und liessen sich nicht mit der Person des Sachverständigen begründen. Zugleich betonte das Bundesgericht aber auch, es sei angesichts der interdisziplinären Fragestellung zulässig und erstrebenswert, dass psychiatrische Gutachter einzelne Fragen einem Psychologen (oder Psychotherapeuten) stellen oder diesen mit (testpsychologischen) Untersuchungen beauftragen. An der Alleinverantwortung des beauftragten Psychiaters ändere dies indessen nichts.⁶⁵

Das Gericht knüpfte bei dieser Rechtsprechung an der Feststellung an, die Ausbildung der Rechtspsychologen sei nicht gesichert. Allerdings sei hier die Frage in den Raum gestellt, ob ein solcher genereller Ausschluss der Psychologen mit der Tatsache vereinbar ist, dass in der Praxis ein nicht unbeachtlicher Teil von psychiatrischen Gutachten fachlich ungenügend ist oder mit Blick auf den Mangel an qualifizierten Experten gar von

⁶³ Beachte die Zürcher Verordnung des Regierungsrates und des Obergerichts über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren vom 1./8. September 2010.

⁶⁴ Dazu die Weisung des Kantonsgerichts und der Oberstaatsanwaltschaft über psychiatrische und aussagepsychologische Gutachten im Strafverfahren vom 7. Mai 2014.

⁶⁵ BGE 140 IV 49, E. 2.7; Urteil des Bundesgerichts 6B_850/2013 vom 24. April 2014.

ungenügend ausgebildeten Psychiatern erstellt werden. Das Bundesgericht selbst hat sich zu den detaillierteren Anforderungen an die Ausbildung und Qualität psychiatrischer sachverständigen Personen bisher, soweit ersichtlich, noch nie konkret geäußert. Man begnügt sich mit den allgemein gehaltenen Erfordernissen der Erfahrung und Unabhängigkeit. Dass psychologisches Fachwissen grundsätzlich für die Beantwortung der relevanten Fragen des Massnahmenrechts tauglich ist, wird in der entsprechenden Literatur weitgehend anerkannt und auch vom Bundesgericht nicht bezweifelt. Bei der Risikoanalyse wird seit langer Zeit zugestanden, es handle sich um interdisziplinär zu beantwortende Fragen. Diese seien neben juristischer auch kriminologischer, soziologischer, und nicht zuletzt psychologischer Natur. Interessant wäre hier einmal die Beantwortung der Frage, ob denn die Wahl einer bestimmten Disziplin Einfluss auf den Inhalt der Gutachten hat bzw. ob der Beizug von Psychologinnen und Psychologen eine andere Betrachtungsweise der anstehenden Probleme mit sich bringen würde.

2. Persönliche Ausführung des Auftrags

Auch eine Delegation von Aufgaben der Begutachtung an nichtärztliche Fachpersonen schränkte das Bundesgericht stark ein.⁶⁶ Die ärztliche sachverständige Person sei zwar befugt, für die Beurteilung einzelner Aspekte weitere Fachpersonen beizuziehen. Er dürfe diese jedoch nicht mit der vollständigen Bearbeitung sowie Beantwortung der wesentlichen Gutachterfragen beauftragen und letztlich mit seiner Mitunterzeichnung des Gutachtens die Untersuchungsergebnisse lediglich übernehmen. Eine derartige formelle Übernahme der Verantwortung durch eine Mitunterzeichnung des Gutachtens genüge nicht. Nach dieser Rechtsprechung muss der Facharzt oder die Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie stets die Leitung und Organisation der Begutachtung innehaben. Soweit für Teile der Aufgabe andere Fachpersonen miteinbezogen werden, müssen diese Aufgaben klar umschriebenen werden. Weiter muss nach den Feststellungen des Bundesgerichts der beauftragte Facharzt oder die Fachärztin für die Befunderhebung, die Befundauswertung und die Befundbeurteilung die uneingeschränkte Verantwortung übernehmen können. Im konkreten Fall wurde beanstandet, dass die Exploration des Beschuldigten im Wesentlichen von einer Psychologin durchgeführt und

⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_884/2014 vom 8. April 2015.

für die psychologisch-diagnostische Zusatzuntersuchung eine weitere Psychologin beigezogen worden war. Die Funktion, welche die Psychologin bei der Untersuchung und Erstattung des Gutachtens hatte, ging aus dem Gutachten überdies nicht hervor.⁶⁷

Schliesslich unterstrich das Bundesgericht in einem weiteren Urteil, dass die Pflicht zur persönlichen Ausführung des Auftrags, wie sie in Art. 185 Abs.1 StPO festgehalten ist, sehr ernst zu nehmen ist. Im fraglichen Verfahren hatte die Verfahrensleitung einen ärztlichen Sachverständigen in seiner Eigenschaft als Leiter und Chefarzt eines kantonalen psychiatrisch-psychologischen Dienstes mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt, während er diesen Auftrag nicht in seiner amtlichen Stellung, sondern als Inhaber einer privaten Praxis für forensisch-psychiatrische Beratungen ausführte. Über einen solchen Wechsel hätte die Verfahrensleitung aufgeklärt werden müssen. Dies erscheint recht spitzfindig zu sein. Allerdings kam in diesem Fall noch hinzu, dass das Gutachten zu wesentlichen Teilen, wenn nicht gar überwiegend, durch eine vom Sachverständigen beigezogene Fachärztin für forensische Psychiatrie und Psychotherapie erstellt wurde, welche ihrerseits beim kantonalen psychiatrisch-psychologischen Dienst angestellt war. Die Exploration von insgesamt 11 Stunden erfolgte zur Hauptsache allein durch die beigezogene Fachperson, der vom Gericht beauftragte Sachverständige wirkte nur an zwei Gesprächen von 60 Minuten und 80 Minuten mit. Dass die fragliche Fachärztin gemäss ausdrücklicher Erklärung im Gutachten durchgehend unter supervisorischer Kontrolle des gesamtverantwortlichen Unterzeichners gestanden habe und das Gutachten in Zusammenarbeit mit ihr erstellt und gemeinsam unterzeichnet worden sei sowie der Hinweis, der beauftragte Sachverständige übernehme bei Aktenkenntnis und eigenständiger Urteilsbildung die Gesamtverantwortung, vermochten den Mangel einer persönlichen Ausführung des Auftrags nicht zu heilen.

Zulässig ist nach der Praxis des Bundesgerichts ein formloser Einsatz einer blossen Hilfsperson. Sobald indessen eine ernannte sachverständige Person eine Weitergabe der wesentlichen gutachterlichen Aufgaben an eine Drittperson vornimmt, ist eine vorgängige Ermächtigung durch den Auftraggeber einzuholen.⁶⁸

⁶⁷ Zum Ganzen beachte das Urteil des Bundesgerichts 6B_884/2014 vom 8. April 2015.

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_265/2015 vom 3. Dezember 2015.

IX. Schlussfolgerung

Es lässt sich in der Praxis beobachten, dass die Erwartungen der Justiz an die sachverständigen Personen sehr hoch sind. Im Gleichschritt mit einer Zunahme des Bedürfnisses nach öffentlicher Sicherheit werden auch die Anforderungen an psychiatrische Gutachten gesteigert. Die Justiz steht mittlerweile unter grossem Druck. Justizpannen wollte man sich noch nie gerne leisten, heute sind sie aber ein «no go». Bereits im Nachgang zu einem einzigen Rückfall eines Massnahmenpatienten im Rahmen von Vollzugslockerungen oder nach seiner Entlassung werden das Massnahmenrecht und der gesamte Massnahmenvollzug integral infrage gestellt, obwohl dieser Rechtsbereich grundsätzlich als sehr erfolgreich bezeichnet werden darf. In Zusammenhang mit dieser Situation wird gerne von einer Delegation von Verantwortung an die Psychiatrie gesprochen. Matthias Brunner hat schon vor längerer Zeit von «Richtern im weissen Kittel» gesprochen.⁶⁹ Sachverständige Personen ihrerseits wollen regelmässig diese Rolle nicht übernehmen und suchen sich von einer Verantwortung für Risikobeurteilungen mit dem Hinweis darauf zu entlasten, Gefährlichkeit sei eine Rechtsfrage. Sie wollen ihre Feststellungen überdies lediglich als Empfehlungen charakterisiert haben. Das Bundesgericht bezeichnet die Legalprognose, soweit es um die allgemeinen Voraussetzungen einer Massnahme gehe, als eine Tatfrage. Dies impliziert, dass sie beweismässig zu erstellen und im Rahmen einer Begutachtung von der sachverständigen Person zu beantworten ist, was auch die Übernahme der Verantwortung für solche Erkenntnisse durch diese Fachperson bedeutet.⁷⁰ Die angesprochene Rollen- oder Verantwortungsdiffusion bringt uns allerdings nicht weiter und ist letztlich rhetorischer Natur. Vielmehr ist eine gute Kommunikation zwischen allen Beteiligten – unter Einbezug der Verfahrensbeteiligten, d.h. der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung – sowie eine gemeinsame Erarbeitung eines Ergebnisses anzustreben. Letztlich müssen wir eingestehen, dass die immer grösser werdenden Ansprüche der Justiz an psychiatrische Gutachten

⁶⁹ Vgl. VERA BUELLER, Der Richter im weissen Kittel, in: Der Beobachter, undatiert; <https://www.beobachter.ch/burger-verwaltung/gutachten-richter-im-weissen-kittel>, eingesehen am 24. Mai 2017.

⁷⁰ Missverständlich die Aussage des Bundesgerichts im Urteil 6B_664/2013 vom 16. Dezember 2013, E. 2.4 unter Hinweis auf das Urteil 6B_368/2008 vom 4. September 2008 E. 3.3.3, es handle sich um eine Rechtsfrage. Das Gericht äussert diese Haltung im zweitgenannten Urteil im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit, für welchen Teilaspekt der Risikobeurteilung dies zutrifft.

letztlich ein Schattenboxen bedeuten. Wir können per definitionem nie sicher sein, wie sich ein Mensch in Zukunft unter welchen Bedingungen verhalten wird. Wichtig ist, dass sich Justiz und Psychiatrie nicht gegeneinander ausspielen lassen. Wir gehen gemeinsam den heiklen Weg, der immer wieder eine Gratwanderung darstellt. Ich wünsche uns allen in der Praxis dabei wieder etwas mehr Mut.