

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Klaus Mathis im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 193

Kimena Brog

Sanktionierung von gefährlichen Tätern ohne Ende?

**Fallstricke bei der Entlassung unter
besonderer Berücksichtigung der
fürsorgerischen Unterbringung als
«Anschlusslösung»**

Schulthess § 2026

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLIX
Abkürzungsverzeichnis	LI
Einleitung	1
I. Problemaufriss und Gegenstand der Untersuchung.....	1
II. Forschungsstand und Ziel der Untersuchung	9
III. Gang der Untersuchung.....	12
1. Teil: Der lange Weg zurück in die Freiheit	15
I. Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes	15
II. Systeminhärente Anpassungsmöglichkeiten im Massnahmenrecht.....	17
A. Grundlagen des schuldüberschüssenden Sanktionensystems.....	17
1. Flexibilisierung der Schuldstrafe durch Zweispurigkeit.....	17
2. Dualistisch-vikariierender Vollzug	19
3. Das Konzept der Resozialisierung	21
B. Verlängerungsmöglichkeiten bei therapeutischen Massnahmen	23
1. Faktisch unlimitierte stationäre therapeutische Massnahme (Art. 59 StGB) ...	24
a. Der Basler Fall	26
b. Herr S., der Querulant	28
2. Verlängerung von ambulanten Massnahmen	30
C. Änderungs- bzw. Austauschmöglichkeiten bei Massnahmen.....	32
1. Wechsel innerhalb einer gleichartigen Massnahme	32
2. Austausch der Massnahmenart.....	34
a. Von der ambulanten zur stationären Massnahme	34
aa. Irrelevanter Strafreis.....	35
bb. Herr Z.: Deutlich schuldüberschüssender Freiheitsentzug.....	36
b. Wechsel in die Verwahrung	37
aa. Aufhebung der Massnahme.....	37
bb. Der Basler Fall zum Zweiten.....	39

cc. Herr L. und der «Rucksack» der Verwahrung	41
D. Fallstricke bei der Entlassung bei Massnahmen	42
1. Bedingte Entlassung ohne Grenzen	42
2. Herr M., der ewig bedingt Entlassene	44
3. Reaktionsmöglichkeiten bei Nichtbewährung: Herr P.	45
III. Problemkonstellationen und «Anschlusslösungen»	48
A. Bei Strafen	48
1. Verlängerung light	49
a. Bedingte Entlassung	49
b. Schuldüberschliessende Probezeit	51
c. Herr U.: Bedingte Entlassung ad absurdum	54
2. Die nachträgliche Änderung der Sanktionsart (Art. 65 StGB) als «Anschlusslösung»	55
3. Herr A., der Vollverbüsser	57
B. Bei Massnahmen: Herr X. und Herr Y.	58
C. Bei jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen: Der Fall Tobi B.	62
D. Ausserstrafrechtliche «Anschlusslösungen»: Die fürsorgerische Unterbringung ...	65
1. Fallkategorie 1: Fürsorgerische Unterbringung als Sicherungszuschlag	66
2. Fallkategorie 2: Fürsorgerische Unterbringung als milderes Mittel?	66
E. Vorschlag des Bundesrates: Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen	68
IV. Fazit	70
 2. Teil: Gefährlichkeitsbeurteilung und Sanktionsentscheidungen	
während des Vollzugs	73
I. Gedankengang	73
II. Gefährlichkeit als dynamische Grösse und die prozessualen Folgen	74
A. Gefährlichkeit statt Schuld	74
1. Begriff der Gefährlichkeit	75
2. Verhältnis zur psychischen Störung	77
a. Die schwere psychische Störung	78
b. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	81
c. Schwere psychische Störung vs. Gefährlichkeit	83
3. Fehlende Dichotomie	84
4. Stetige Beurteilung	85
5. Prognosestellung	87
B. Verfahrens- und Kompetenzteilung	88

1.	Gerichtliche Zuständigkeit gemäss StGB.....	89
2.	Administrative Zuständigkeit und kantonales Verwaltungs- (gerichts)verfahren	91
III.	Entscheidungsgrundlagen und Bedeutung von ROS.....	94
A.	Grundlegendes zu ROS	96
1.	Grundlage: Risk-Need-Responsivity-Modell	97
2.	Umsetzung	98
B.	Weichenstellung: Gefährlichkeitstriage.....	99
1.	Fall-Screening-Tool (FaST).....	99
2.	«Bei Haftantritt gibt es einen Stempel».....	101
3.	Vorgehen bei erhöhtem Abklärungsbedarf	103
4.	Validität des FaST?.....	104
a.	Evaluationen.....	104
b.	Problematische Risikokommunikation und Bestätigungsfehler	109
c.	Bewertung	111
C.	Risikoabklärung (RA)	112
1.	Zu den verwendeten Prognoseinstrumenten.....	112
2.	Unzulänglichkeiten	115
3.	FOTRES im Besonderen.....	119
D.	Deterministische Berichtsfülle.....	122
1.	ROS-Berichte: Ausgangspunkt eines einseitigen Vollzugsnarrativs	122
2.	Therapieberichte	124
3.	Empfehlungen der Fachkommissionen	127
4.	(Verlaufs-)Gutachten	129
5.	Gesamtschau	135
E.	Wirksamkeit von ROS?	138
F.	Zwischenfazit	138
IV.	Fairness im Vollzug?	141
A.	Rechtsstellung der Gefangenen	141
1.	Mitwirkungsrechte	142
a.	Abklärungen und Berichte.....	143
b.	Empfehlungen der Fachkommission	146
c.	Sachverständigengutachten	148
2.	Verteidigungsfrage.....	150
B.	Vorgaben des übergeordneten Rechts.....	156
C.	Lösungsansätze zur Stärkung der prozessualen Stellung von Strafgefangenen und Massnahmenhäftlingen	159

1. Vorwirkung oder Ausdehnung von Art. 6 EMRK.....	159
2. Anwendung strafprozessualer Regeln.....	162
3. Folgerungen	163
V. Fazit	164
 3. Teil: Die fürsorgerische Unterbringung als ausserstrafrechtliche «Anschlusslösung»	 167
I. Gedankengang vor dem Hintergrund der vorangehenden Untersuchung	167
II. Grundlagen der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 426 ZGB).....	168
A. Definition und ratio	168
B. Entwicklungsgeschichte	170
1. Vor 1981	170
a. Vorläufer: Administrative Versorgung.....	170
b. Versorgungsgründe: Ursprünge und Ausweitung.....	171
c. Kritik und Umschwung	173
2. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 397a ff. aZGB....	175
3. Neues Erwachsenenschutzrecht 2013 und Überführung der FFE in die FU	178
C. Rechtsdogmatische Verortung und damit einhergehende Verfahrensfragen	179
D. Überblick über die Anordnungsvoraussetzungen	181
1. Schwächezustand	182
a. Allgemeines.....	182
b. Psychische Störung im Besonderen.....	183
2. Schutzbedürftigkeit i.S.v. Behandlungs- und Betreuungsbedürftigkeit.....	186
3. Verhältnismässigkeit: Selbst- und/oder Fremdgefährdung.....	187
4. Geeignete Einrichtung.....	190
E. Dauer und Anordnungscompetenz	191
1. Grundsatz: Unbefristete Unterbringung	191
2. Ausnahme: Befristete Unterbringung.....	192
3. Praxis und Relevanz.....	194
F. Freiheitsentzug im Lichte von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK.....	195
 III. Kriminalpolitische Dimension der fürsorgerischen Unterbringung.....	 196
A. Freiheitsentzug aus fürsorgerischen Gründen in den Diensten kriminalpräventiver Zwecke.....	197
B. Durchlässige Grenzen zwischen Selbst- und Fremdgefährdung.....	201
1. Selbstgefährdung im Erwachsenenschutzrecht	202

2.	Fremdgefährdung im Erwachsenenschutzrecht.....	204
3.	Gesetzliche Inkohärenz.....	209
4.	Selbst- vs. Fremdgefährdung.....	211
C.	Selbstgefährdung wegen Fremdgefährdung.....	213
1.	Rechtfertigungstheoretisches Konstrukt.....	214
2.	Kritik.....	216
3.	Nachfolgende Entwicklungen der bundesgerichtlichen Praxis.....	217
a.	Bestätigung der Rechtsprechung	217
b.	Ausweitung auf das Erwachsenenstrafrecht	218
4.	Urteil EGMR i.S. Tobi B. vs. Switzerland	220
5.	Schlussfolgerungen	222
a.	Selbstgefährdung als ausschliesslicher Bezugspunkt	222
b.	Selbstgefährdung mit paralleler Fremdgefährdung	225
c.	Berücksichtigung der Fremdgefährdung?.....	226
D.	Zusammenfassung und Zwischenfazit.....	227
IV.	Individualrechtliche Probleme nach Beendigung der Sanktionierung	229
A.	Gedankengang.....	229
B.	Neuralgische Schnittstellen	233
1.	Schwächezustand psychische Störung	233
a.	Strafrechtliche vs. erwachsenenschutzrechtliche psychische Störung..	233
b.	Psychische Störung sui generis im erwachsenenschutzrechtlichen Kontext.....	234
c.	Psychiatrische Gutachten im Erwachsenenschutz	238
aa.	Allgemeines zur Sachverhaltsermittlung im Erwachsenenschutz.....	238
bb.	Begutachtungspflicht und Anforderungen an den Gutachter.....	239
cc.	Inhaltliche Anforderungen an das Gutachten	242
d.	Mitwirkungsrechte	243
e.	Erkenntnisse für «Anschlusslösungen»: Schlechterstellung?	245
aa.	Hürdenloser Übergang und identisches Beweisfundament.....	245
bb.	Verfahrensrechtliche Aspekte	247
2.	Gefährlichkeit und Fremdgefährdung	250
a.	Der fremdgefährliche Täter.....	250
b.	Prognosen hinsichtlich einer fürsorgerischen Unterbringung.....	251
aa.	Prognose der Selbstgefährdung	252
bb.	Prognose der Fremdgefährdung.....	254
cc.	Progrediente Verstärkung bestehender Unzulänglichkeiten	256
c.	Verteidigungsfrage	258
d.	Erkenntnisse für «Anschlusslösungen»: Fremdgefährdung überwinden.....	260
3.	Keine fürsorgerische Unterbringung, aber mildere Massnahmen?.....	262

a.	Ausgangslage	262
b.	Zuständigkeit der Kantone	264
c.	Anordnungsvoraussetzungen.....	265
d.	Massnahmenvielfalt.....	267
e.	Mildere Massnahmen als «Anschlusslösung» auf dem Prüfstand	269
f.	Erkenntnisse für «Anschlusslösungen»: Zwingende Selbstgefährdung	272
C.	Rechtslage nach der Anordnung	274
1.	Vollzug.....	274
a.	Geeignete Einrichtung bei psychischer Störung	275
b.	Fürsorgerische Unterbringung in einer Strafanstalt	276
c.	Vollzugsrechtliche Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung i.S. Tobi B. vs. Switzerland	280
2.	Entlassungsmodalitäten.....	282
a.	Entlassungskriterien	282
b.	Periodische Überprüfung gemäss Art. 431 ZGB	284
aa.	Zuständigkeit und Periodizität.....	284
bb.	Verfahren.....	285
cc.	Rechtsschutz.....	287
dd.	Strafrechtlicher Vergleich	287
c.	Stufenweise Entlassung und Entlassungskompetenz.....	289
3.	«Anschlusslösung» an die «Anschlusslösung»	291
a.	Vermeintliches Ende und Nachbetreuung	291
b.	Dauer und Beendigung	293
4.	Erkenntnisse für «Anschlusslösungen»	294
V.	Zusammenfassung und Fazit	296
4. Teil: Schlussbetrachtung.....	299	
I. Präventionsstaat	300	
A.	Das offene Ende von Massnahmen.....	300
B.	Entwaffnetes Verhältnismässigkeitsprinzip.....	302
C.	Strafrechtliche und ausserstrafrechtliche «Anschlusslösungen»	306
II. Gefährlichkeit und Vollzugsnarrativ	308	
A.	Das Sachurteil als Einfallstor.....	308
B.	Stärkung der Stellung der Inhaftierten	310
III. Indienstnahme der fürsorgerischen Unterbringung als «Anschlusslösung»	311	

A.	Kriminalpolitische Prägung	312
B.	Fehlende Konturen der Selbst- und Fremdgefährdung	313
C.	Hürdenlose Anordnung mit weitreichenden Auswirkungen	315
D.	Alternativen zu freiheitsentziehenden «Anschlusslösungen»	317
Sachregister		321