

Dokument	recht 2020 S. 24
Autor	Felix Bommer
Titel	Schwere psychische Störung und schwere systematische Folgen
Urteilsbesprechung	6B_933/2018
Seiten	24-31
Publikation	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Herausgeber	Felix Bommer, Martina Caroni, Nicolas F. Diebold, Susan Emmenegger, Wolfgang Ernst, Roland Frankhauser, Sabine Gless, Peter Jung, Alexandra Jungo, Peter V. Kunz, Bernhard Rüttsche, Daniela Thurnherr, Roger Zäch
Frühere Herausgeber	Peter Gauch, Daniel Girsberger, Christine Kaufmann, Thomas Sutter-Somm, Wolfgang Wiegand
ISSN	0253-9810
Verlag	Stämpfli Verlag AG

Felix Bommer, Zürich *

Schwere psychische Störung und schwere systematische Folgen

Kurze Anmerkungen zu BGer, 3.10.2019, [6B 933/2018](#) (zur Publikation vorgesehen)

Das BGer hat seine Praxis zum Begriff der schweren psychischen Störung in [Art. 59 StGB](#) geändert. Die beiden nachfolgenden Beiträge reflektieren diese Praxisänderung kritisch aus strafrechtlicher und aus psychiatrischer Sicht. Sie kommen je für sich zum Ergebnis, dass die neue Praxis in beiden Bereichen zu schweren Inkonsistenzen führt.

Wenn das Strafrecht sich Hilfe suchend an die Psychiatrie wendet, so tut es dies gemeinhin in zwei Bereichen. Der eine betrifft die Frage, ob die Schuld des Täters vermindert oder ausgeschlossen sei. Der andere fragt danach, ob die Geistes- und Seelenverfassung des Täters Anlass zu einer freiheitsentziehenden Massnahme gebe. In beiden Fällen knüpft der Beizug psychiatrischen Sachverständes traditionellerweise an einen diesem Sachverstand zugänglichen defizitären Zustand, an eine schwere psychische Störung. Der Gesetzgeber allerdings hat den Anknüpfungspunkt für solche Anfragen zur Schuldfähigkeit in Unkenntnis der Zusammenhänge anlässlich der Revision 2007 eliminiert; [Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB](#) bindet ausgeschlossene oder verminderte Schuldfähigkeit nicht (mehr) an eine schwere psychische Störung. Gleichwohl ist sie als ungeschriebenes Merkmal in die Bestimmungen hineinzulesen.¹ Im Massnahmerecht dagegen hat sich der Begriff halten können: bei der Anordnung und Fortführung einer entsprechenden stationären oder ambulanten Massnahme ([Art. 59 Abs. 1 und 4, Art. 63 Abs. 1 und 4 StGB](#)) sowie im Kontext des Massnahmenvollzugsplans ([Art. 90 Abs. 2 StGB](#)). Nun hat jedoch das BGer vor Kurzem die Bedeutung dieses Eingangsmerkmals relativiert,² und es bleibt zu prüfen, was davon übriggeblieben ist. Dazu soll zunächst der

* Meiner Kollegin Frau Prof. Dr. *Gunhild Godenzi* danke ich für kritische Hinweise.

1 Näher *Felix Bommer/Volker Dittmann*, in: *Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger* (Hrsg.), *Basler Komm. zum StGB*, 4. Aufl., Basel 2019, N 8 ff. zu Art. 19 (zit. BSK).

2 BGer, Urteil vom 3.10.2019, [6B 933/2018](#); bestätigt von BGer, Urteil vom 5.11.2019, [6B 828/2019](#). Kritisch zur Weite des Begriffs bereits vor dem bger. Revirement *Nicolas Queloz/Philippe Delacrausaz*. *Difficultés et limites de l'art. 59 CPS: traitement institutionnel des troubles mentaux*, in: *Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers* (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, Zürich/Basel/Genf 2017, 191 ff., 200.

Gang der Argumentation durchleuchtet werden; anschliessend geht es darum, einen Befund zu formulieren und ihn auf seine strafrechtlichen Konsequenzen hin zu befragen.

I. Gang der Argumentation

Zu entscheiden war, ob ein wegen Sexualdelikten zu einer neunjährigen Freiheitsstrafe Verurteilter mit einer vollzugsbegleitenden ambulanten Massnahme nach [Art. 63 StGB](#) («psychisch schwer gestört») belegt werden durfte. Dies hing davon ab, ob die gutachterlich festgestellten Befunde sich unter den Begriff der schweren psychischen Störung fassen liessen. Das BGer bejahte die Frage, obwohl unstrittig war, dass sich die Befunde, je für sich allein, nicht in die gängigen Diagnosesysteme wie ICD-10 oder DSM-5 einordnen liessen.

1. Der Beginn des Entscheides lässt seinen Endpunkt noch nicht erahnen: Er hebt zunächst hervor, dass «nicht jede geistige Anomalie im sehr weiten medizinischen Sinn» eine schwere psychische Störung i.S.v. [Art. 59 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1 StGB](#) darstellt (E. 3.5.2); eine solch zurückhaltend-defensive Fassung des Defekts entspricht gängiger Rechtsprechung und wäre insofern nicht der Rede wert. Hier wird bloss, routinierter Urteilsdarstellung folgend, ein Ausgangspunkt markiert, um nicht gleich mit der Türe ins Haus zu fallen. Eine Ahnung dessen, was nun kommt, liefert die fol-

recht 2020 S. 24, 25

gende Erwägung (E. 3.5.3). Der Begriff der schweren psychischen Störung soll nämlich nicht allein medizinischen Kriterien folgen, sondern «auch mit Blick auf den gesetzlichen Kontext festzulegen» sein: «Die Anlasstat muss gleichsam als Symptom des zu diskutierenden Zustandes erscheinen.» Das ist selbstverständlich richtig: Nur wenn die Tat als Ausdruck des Defekts erscheint, den die Massnahme beheben oder abmildern soll, kann sie angezeigt sein. Aber es hat nicht das Geringste mit der Frage des «gesetzlichen Kontextes» zu tun, was immer man darunter verstehen mag. Vielmehr ist es ein Grunderfordernis des Massnahmerechts, dass die Tat, auf welche die Massnahme folgt, einen inneren Zusammenhang mit dem Defekt aufweist, den sie kurieren soll. Das stellt eine *allgemeine* Voraussetzung jeder freiheitsentziehenden strafrechtlichen Massnahme dar.

2. An diese Erwägung schliesst sich, ohne jeden Übergang, die These, der Begriff der schweren psychischen Störung sei «funktionaler» Natur; er richte sich nach dem Zweck der Massnahme. Damit wird eine eigenständige Bedeutung des Begriffs negiert; er wird zum Steigbügelhalter der Bemühungen um Reduktion der Rückfallgefahr. Wer das so selbstbewusst dekretiert, müsste es, auch als höchstes Gericht, begründen. Das geschieht nicht. Die Alternative, das Eingangsmerkmal der schweren psychischen Störung als eine rechtsstaatlich begründete Restriktion in dem Bestreben zu verstehen, den Verurteilten mit einer potenziell lebenslangen Sanktion zu belegen für Taten, die er noch gar nicht begangen hat, kommt nicht einmal zur Sprache. Stattdessen wird an dem Faden des Etiketts «funktional» weitergesponnen und das Pferd am Schwanz aufgezümt: Die schwere psychische Störung hat bloss noch die Funktion, «die Fälle rechtlich indizierter Therapiebedürftigkeit ab[z]udecken», und diese ihrerseits ergibt sich «aus der deliktischen Gefährdung».³ In anderen Worten und bis hierher: Wenn einem Täter hinreichende Gefährlichkeit attestiert ist, die sich therapieren lässt, dann gründet sie definitionsgemäss auf einer schweren psychischen Störung.

3. Auf der Grundlage dieser Begriffsbestimmung wäre jede strafrechtlich relevante Abweichung massnahmeöffnend, solange sie nur auf Gründen beruht, die gegensteuernder therapeutischer Einwirkung zugänglich sind. Dass damit das Tor zu weit geöffnet ist, sieht das BGer natürlich und tritt den geordneten Rückzug an: Verlangt ist die «Feststellung eines pathologischen Substrats» (E. 3.5.4), und eine psychische Störung soll i.d.R. dann vorliegen, wenn mit ihr auch in anderen Lebenswelten ein Autonomieverlust einhergeht, der die Fähigkeit zu eigenständiger Lebensführung stark einschränkt (a.a.O.). Dabei wird nicht verkannt, dass dieses Kriterium nach h.M. regelmässig erst im Rahmen der Frage zum Zuge kommt, ob es sich um eine «schwere» psychische Störung handle; weshalb dies nunmehr anders werden soll, bleibt unbegründet. – Die Reichweite dieses Schrittes in die Gegenrichtung, oder umgekehrt: Wie sehr der Begriff der (schweren) psychischen Störung *tatsächlich* funktionaler Natur sein soll, wird an diesem Punkt noch

³ Der Entscheid vernebelt diesen selbständigen Befund, wenn er ihn mit dem Hinweis verknüpft, dass der Einfluss der Störung auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht von Belang sei: Das wird auch kaum geltend gemacht (anders § 63 dStGB; vgl. allerdings *Gundhild Godenzi*, Die «schwere psychische Störung» –grundsätzliche Bemerkungen, in: *Marianne Heer/Elmar Habermeyer/Stephan Bernard* [Hrsg.], Die schwere psychische Störung als Voraussetzung von therapeutischen Massnahmen, Bern 2019, 3 ff., 22 f.), und das gilt seit der Revision 1971, bei welcher die Verknüpfung verminderter oder ausgeschlossener Schuldfähigkeit mit der Massnahmeanordnung aufgebrochen wurde (vgl. aArt. 14 und 15 [StGB](#); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 1. März 1965, BBl 1965 I 561 ff., 564).



nicht deutlich. Aber die – in mäandrierendem Duktus gefassten – Erwägungen bereiten den Boden für das, was kommt.

4. Die E. 3.5.5 bringt den Abschied vom bisher allgemein anerkannten Erfordernis, dass die psychische Störung in den Kategorien eines international anerkannten Klassifikationssystems zu erfassen sei (ICD-10 oder DSM-5). Die in den beiden Systemen codierten Befunde sind «nicht abschliessend»; vielmehr kann sich das Eingangsmerkmal auch «aus dem Zusammenwirken von zwei verschiedenen Befunden [ergeben], die aus legalprognostischer Sicht gemeinsam behandlungsbedürftig sind»; daraus entsteht dann «in der Gesamtsicht [...] eine Störung *sui generis*» (a.a.O.).⁴ Die Begründung für diese entschlossene Abwendung von bisher Gültigem ist ebenso kurz wie irreführend: Solche Systeme – eine Art gemeinsame Sprache – seien zur Verständigung über Krankheitsbilder geschaffen worden, nicht dazu, die juristische Entscheidung über den Bestand einer psychischen Störung anzuleiten; schon *dies* soll ausschliessen, sie zur Diagnose des Eingangsmerkmals von [Art. 59 StGB](#) heranzuziehen. Damit ist der Einwand zweckwidriger Verwendung der Diagnosekataloge erhoben.⁵ Er diskreditiert zunächst einmal, ohne nähere Begründung, eine etwa 20 Jahre lang ge-

recht 2020 S. 24, 26

übte Praxis;⁶ offenbar hat die Rechtsprechung der Vergangenheit den Begriff der schweren psychischen Störung⁷ *kategorial*, nicht einzelfallbezogen, falsch ausgelegt. Das wäre für sich allein zwar nicht ausgeschlossen: Eine Praxisänderung ist unter gegebenen Voraussetzungen noch immer die bessere Lösung als das Festhalten an einer nicht länger haltbaren Praxis. Aber eine solche «doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs, lesquels, sous l'angle de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne».⁸ Von alldem ist nicht die Rede: Das BGer *behauptet* diese Voraussetzungen nicht einmal; es übergeht sie schlicht mit Schweigen. Die nachfolgenden Überlegungen werden zeigen, dass sie auch in der Sache nicht vorgelegen hätten.

5. Selbst wenn zutrifft, dass die Diagnosesysteme ursprünglich zu anderen als forensischen Zwecken geschaffen worden sind,⁹ bedeutet dies allein noch nicht, dass sie nicht auch dazu Verwendung finden könnten. Der Schluss vom Ursprung auf den zulässigen Verwendungszweck ist ein Kurzschluss: Es fehlt der Gedankenschritt, ob diese Diagnosen von psychischen Störungen, und habe man sich auf sie ursprünglich nur der Verständigung halber festgelegt, nicht *auch* die Grundlage dafür sein könnten, nach zusätzlichen Erhebungen zu ihrer Schwere,¹⁰ Aussagen über die Rückfallgefahr erhältlich zu machen. Exakt dies legt das DSM-5 selbst nahe, wenn es davor warnt, die klinische Diagnose einer psychischen Störung *allein* bereits mit dem juristischen Eingangsmerkmal gleichzusetzen, sondern dafür zusätzliche «Informationen über die funktionellen Beeinträchtigungen einer Person» verlangt.¹¹ Es kann somit keine Rede davon sein, dass das Manual selbst von seiner forensischen Verwendung abrät,¹² vielmehr hält es bloss fest, dass ein psychiatrischer Befund für die Entsprechung mit dem juristischen zwar nötig ist, aber nicht hinreicht. Die Diskussion um den Begriff der psychischen Störung im DSM-5 ist mit dem Hinweis auf den anders gelagerten Entstehungskontext also nicht erledigt, sie wird indessen vom BGer nicht geführt.

⁴ In diesem letztgenannten Begriff liegt, nicht nur hier, die fachsprachliche Bemäntelung des Umstandes, dass das mit «*sui generis*» bezeichnete Merkmal dessen *allgemeine* Voraussetzungen gerade *nicht* erfüllt.

⁵ Und mit zwei Fehlzitate «belegt»: Die dort Genannten (*Heer/Habermeyer, Godenzi*) haben sich *für*, nicht gegen das Kategorienerfordernis ausgesprochen.

⁶ In [BGE 127 IV 1](#) wird, soweit ersichtlich, erstmals in einem amtlich publizierten höchstrichterlichen Entscheid aus dem Gebiet des Strafrechts auf das ICD-10-System Bezug genommen.

⁷ In der vorrevidierten Gesetzesfassung die Begriffe der Geisteskrankheit, des Schwachsinn und der schweren Störung des Bewusstseins.

⁸ [BGE 144 IV 265, 269 E. 2.2.](#)

⁹ In der Tat enthält das DSM-5 einen «Warnhinweis für den forensischen Gebrauch» (Diagnostisches und statistisches Manual psychischer Störungen DSM-5 der American Psychiatric Association, dt. Ausgabe, hrsg. von *Peter Falkai/Hans-Ulrich Wittchen*, Göttingen 2015, 33 f.), doch wird dieser sofort relativiert, dazu sogleich im Text.

¹⁰ *S. Marianne Heer*, Kriterien für eine Umschreibung der Schwere einer psychischen Störung gemäss [Art. 59 und Art. 63 StGB](#), in: *Heer/Habermeyer/Bernard* (Fn. 3), 25 ff., 31; *dies.*, Zum Bedürfnis nach Eindämmung strafrechtlicher Massnahmen, *contralegem* 2019/2, 61 ff., 70 f.

¹¹ Wie Fn. 9.

¹² Denselben Schluss legt der Passus im DSM-5 (a.a.O.) nahe, wonach bei bestimmungsgemäsem Gebrauch «die Diagnosen und die diagnosebezogenen Informationen juristische Beurteiler [...] bei ihren Entscheidungen unterstützen» können.

6. Nunmehr soll «eine solche Störung auch unabhängig von einem operationalisierten Diagnosesystem nach wissenschaftlichen Massstäben diagnostiziert werden» können (E. 3.5.5). Die Diagnosesysteme selbst beruhen fraglos auf solch wissenschaftlichen Massstäben, sie stellen sogar eine Ballung des einschlägigen Sachverständes dar.¹³ Aus diesem Grund fragt man sich, auf welche anderen wissenschaftlichen Massstäbe das BGER verweist, zumal selbst Verfechter forensischer Diagnoseinstrumente konzedieren, dass man «heute noch weit entfernt [ist] von einer Formalisierung» entsprechender Erkenntnisse.¹⁴ Kurz: Das BGER setzt die wissenschaftsgestützte Feststellung einer (schweren) psychischen Störung voraus, ohne zu sagen, auf welche Referenzsysteme sich die Praxis dabei stützen soll.

7. Was den Charakter der Störung betrifft, so verlangt das BGER bloss, dass sie «massgeblich auf delikt- und risikorelevanten persönlichkeitsnahen Risikofaktoren beruht, die einer risikovermindernden Therapie zugänglich sind» (E. 3.5.5 a.E.). Mehr als eine Nebelpetarde ist dies nicht: Persönlichkeitsferne Risikofaktoren sollen offenbar nicht genügen; wo verläuft die Grenze zwischen persönlichkeitsnah und persönlichkeitsfern? Wie soll entschieden werden, welche Risikofaktoren deliktrelevant sind und welche nicht? Muss man aus der Formulierung schliessen, dass es auch risikoirrelevante Risikofaktoren gibt, oder handelt es sich um eine unnötige Doppelung? All diese Fragen beantwortet der Entscheid nicht, und die forensische Psychiatrie verfügt weder über einen einheitlichen noch einen abschliessenden Katalog von «Risikofaktoren». Abgesehen davon rückt so abermals die funktionale Natur der schweren psychischen Störung in den Mittelpunkt, ohne dass hier erneut auf das pathologische Substrat hingewiesen würde. Zur Schwerebestimmung ist dieses nun freilich nicht mehr nutzbar, weil es bereits den Begriff der psychischen Störung charakterisiert und insofern «verbraucht» ist (vgl. oben I Ziff. 3). Deshalb bedarf es eines weiteren Kriteriums. Das BGER findet es

recht 2020 S. 24, 27

«in dem Ausmass, in welchem sich die Störung in der Tat spiegelt [...]. Die rechtlich geforderte Schwere ergibt sich [...] aus der Intensität des Zusammenhangs zwischen der [...] Störung und der Straftat» (E. 3.5.6). Je intensiver dieser Zusammenhang, desto eher vermag er dem Schwerekriterium zu genügen. Eine psychische Störung ist mithin dann schwer, wenn sie sich unmittelbar in der Tat widerspiegelt. Mit dem Wortlaut von [Art. 59 StGB](#) lässt sich dies nicht in Einklang bringen: «Schwer» ist danach der Ausprägungsgrad der psychischen Störung. Nach der neuen bger. Praxis hingegen wird «schwer» mit der Symptomtizität gleichgesetzt: dass die Tat «mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht». Dies jedoch ist ein *allgemeines* Erfordernis von [Art. 59 Abs. 1 lit. a StGB](#) (und der anderen therapeutischen Massnahmen). Es besteht unabhängig davon, ob die Störung als schwer zu bezeichnen ist. Mit andern Worten: Eine Störung ist nicht deshalb nicht schwer, weil sie *keinen* inneren Zusammenhang mit der Tat aufweist. Und umgekehrt sind problemlos Fälle vorstellbar, etwa bei einer Drohung, in denen die Störung unmittelbar auf die Tat durchschlägt, *ohne* dass sie eo ipso auch schwer sein müsste. Im Ergebnis hat das BGER das Erfordernis der Schwere eliminiert, indem dieses mit der unstrittig geforderten Konnexität zwischen Störung und Anlasstat gleichgesetzt wird.

II. Der neue Begriff der schweren psychischen Störung und seine Konsequenzen

1. Nunmehr gilt es zu systematisieren, was bislang erst punktuell festgestellt worden ist. Die Analyse des Entscheides hat gezeigt, dass er in wenig überzeugender Manier unter Auslassung relevanter Argumentationsschritte einen neuen Begriff der schweren psychischen Störung hervorgebracht hat, dessen Folgen derzeit noch nicht absehbar sind. Danach liegt eine schwere psychische Störung vor, wenn ein persönlichkeitsbedingter Risikozustand pathologischen Ausmasses einer risikovermindernden Therapie zugänglich ist. Mehr ist nicht verlangt; es ist allein die Kombination dieser beiden Gesichtspunkte, die dem Begriff der (schweren) psychischen Störung noch sein Gepräge gibt. Damit erfährt er eine fundamental veränderte Interpretation, weil er sich nicht mehr, von der Rechtsfolge abgekoppelt, an einem externen, in der Fachwelt akzeptierten Referenzsystem orientiert, sondern sich von vorhandenen oder fehlenden therapeutischen Einwirkungsmöglichkeiten abhängig macht. Auf diese Weise wird die Trennlinie zwischen psychisch schwer gestört und psychisch nicht schwer gestört von der Tatbestands- auf die Rechtsfolgenseite verschoben; sie verläuft nicht mehr entlang dem Begriff der schweren psychischen Störung als

¹³ Vgl. nur *Elmar Habermeyer/Andreas Mokros/Andreas Hill/Steffen Lau/Henning Hachtel/Marc Graf*, Möglichkeiten und Grenzen der Forensischen Psychiatrie, FP 2019, 290 ff., 291 f.

¹⁴ *Bernd Borchard/Juliane Gerth*, Alternative zur schweren psychischen Störung nach ICD oder DSM als Voraussetzung für die Anordnung therapeutischer Massnahmen bei Straftätern, in: *Heer/Habermeyer/Bernard* (Fn. 3), 59 ff., 75.

Eingangsmerkmal, sondern, gewissermassen aus der Rückschau definiert, entlang der Linie risikovermindernder und nicht risikovermindernder Interventionen. Diese ihrerseits ist hochgradig flüchtig. Soweit ersichtlich, fehlt ein allgemein konsentiertes Referenzsystem, das, vergleichbar dem ICD-10- oder DSM-5-Konzept, einigermassen verlässlich¹⁵ über die Behandelbarkeit entsprechender Defizite Auskunft geben könnte.

2. Man muss indessen aus methodischer Sicht noch einen Schritt weitergehen. Es stellt ein gängiges strafrechtliches Auslegungsprinzip dar, die Deutung eines (Merkmals des) Tatbestandes *auch* an Art und Höhe der Sanktionsdrohung auszurichten, die auf ihn folgt (sog. rechtsfolgenorientierte Auslegung).¹⁶ Das bedeutet im Normalfall, dass eine eingriffsintensive Sanktion ein entsprechend gewichtiges Tatbestandsmerkmal voraussetzt. Was das BGer im vorliegenden Urteil getan hat, ist das Gegenteil davon: Es hat das Vorliegen der Voraussetzung (psychische Störung) einer Sanktion, scil. ein Tatbestandsmerkmal, an die Existenz einer bestimmten, von diesem Merkmal unabhängigen Einwirkungsmöglichkeit geknüpft: ob dagegen eine risikovermindernde Therapie existiere (zu der sich das BGer nicht näher äussert). Die schwerwiegende Rechtsfolge «Massnemeanordnung» führt nicht zu entsprechend hohen Anforderungen an die psychische Störung, im Gegenteil: Weil die Rechtsfolge sein soll, manipuliert man deren Voraussetzung der schweren psychischen Störung. Das ist es, was sich hinter der Wendung versteckt, der Begriff der schweren psychischen Störung sei funktionaler Natur (E. 3.5.3). Auf diese Weise wird der eigenständige Gehalt des Eingangsmerkmals «schwere psychische Störung» gelehnet, nicht anders, als hätte der Gesetzgeber (wie irrtümlich bei [Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB](#)) es gestrichen.¹⁷ Im

recht 2020 S. 24, 28

Ergebnis ist damit eine Behandlung psychisch nicht gestörter Täter etabliert (auf welche Gruppe auch [Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB](#) ausgerichtet ist), die im Gesetzgebungsprozess nicht nur einmal, sondern zweimal explizit verworfen worden ist.¹⁸

3. Auch in der Sache ist die Reduktion des Eingangserfordernisses zu einer quantité négligeable nicht zu begründen. Sie dürfte zunächst zur Folge haben, dass das Spektrum massnahmetauglicher Fälle erheblich erweitert wird.¹⁹ Dafür spricht schon die der Botschaft entnommene Feststellung, dass «grundsätzlich die ganze Bandbreite der nach wissenschaftlichen Kriterien diagnostizierbaren, vom sog. Normalen abweichenden psychischen Phänomene zu einer therapeutischen Massnahme führen» können soll (E. 3.5.5). Aber selbst mit dem Vorbehalt «grundsätzlich», gegen eine solch nicht weiter belegte massnahmeneuphorische These steht schon das Gesetz: Es soll gerade *nicht* jegliche Abweichung von der durchschnittlichen psychischen Verfasstheit zu einer freiheitsentziehenden Massnahme führen können. Die Gegenposition übergeht den subsidiären Charakter von freiheitsentziehenden Massnahmen, den das Gesetz selbst festhält, wenn es sie an die Voraussetzung bindet, dass «eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen» (Art. 56 Abs. 1. lit. a [StGB](#)). Schuldunabhängige (therapeutische) Massnahmen²⁰ sind in einem *strukturell* auf Vergeltung ausgerichteten System, welches

¹⁵ Dabei wird nicht verkannt, dass auch solche Systeme dem Wandel der Zeit unterliegen, wie die bevorstehende Neuauflage des ICD-10-Systems zeigt (s. [BGE 143 V 418, 423 E. 4.1.2](#)). Aber für den Zeitraum ihrer Geltung bürgen sie doch immerhin für eine gewisse Stabilität; vgl. auch unten II 4.

¹⁶ Näher [BGE 117 IV 419, 425 E. 4.b; 116 IV 312, 315 f. E. 2.d.aa](#); für den Bereich der Strafzumessung [Matthias Härrli](#), Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, ZStrR 116 (1998) 212 ff.; [Hans Wiprächtiger/Stefan Keller](#) (Fn. 1), BSK, N 157 ff. zu Art. 47.

¹⁷ In diesem Kontext ist auf die unterschiedliche Wirkung einer Streichung hinzuweisen: Diejenige in [Art. 19 StGB](#), selbst wenn man sie für verfehlt hält (vgl. oben Fn. 1), würde sich *zugunsten* des Beschuldigten auswirken, weil dann ein Freispruch oder eine Strafmilderung in weiterem Umfang als *mit* diesem TB-Erfordernis angezeigt wäre. Schon unter diesem Gesichtspunkt ist die Eliminierung der schweren psychischen Störung im Schuldfähigkeitsrecht nicht mit derjenigen in [Art. 59 StGB](#) zu vergleichen, weil diese das Gegenteil bewirkt: den potenziell zeitlich unlimitierten Zugriff auf die Person des Beschuldigten.

¹⁸ Vgl. zum einen den im Parlament abgelehnten Vorschlag, Art. 59 Abs. 1–4 auch auf Täter anzuwenden, «die eine Tat nach Artikel 64 Absatz 1 begangen haben und besondere Persönlichkeitsmerkmale im Sinne von Artikel 64 Absatz 1^{bis} Buchstabe a aufweisen» (AmtlBull NR 2002, 1181 ff., 1184), zum andern den Verzicht des Bundesrates, (erneut) eine Behandlung von psychisch nicht gestörten Tätern vorzuschlagen (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 [Umsetzung von Artikel 123a der Bundesverfassung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter], BBl 2005, 889 ff., 914).

¹⁹ Vgl. [Elmar Habermeyer/Steffen Lau/Marc Graf/Henning Hachtel](#), Kritische Anmerkungen aus psychiatrisch-psychotherapeutischer Sicht zu den Bundesgerichtsurteilen [6B 933/2018](#) vom 03.10.2019 und [6B 828/2019](#) vom 5.11.2019, [recht 2020, 34](#); anders [Borchard/Gerth](#) (Fn. 14), 74.

²⁰ Dabei spielt keine Rolle, dass es im vorliegenden Fall um eine parallel zum Strafvollzug durchzuführende *ambulante* Massnahme geht, der Begriff der schweren psychischen Störung ist bei der stationären derselbe (E. 3.5.2 sowie BGer, Urteil vom 5.11.2019, [6B 828/2019](#)).



das [StGB](#) mit gutem Grund noch immer verkörpert,²¹ die Ausnahme und müssen es bleiben. Dem Strafgesetz ist die Frage der Gefährlichkeit eines Verurteilten an sich einerlei: Die Strafe blickt zurück und nicht nach vorne. Die Frage erneuter Straffälligkeit stellt sich bei Strafen jenseits der Dreijahresgrenze im Urteilszeitpunkt nicht und darunter nur mit Blick auf die Abmilderung der Schwere der Sanktion für die *begangene* Tat durch den bedingten Strafvollzug. Drohen vom Verurteilten weitere Straftaten, so wird der Strafaufschub, wo er angesichts der 2-Jahres-Grenze in Betracht käme, verweigert. Das bedeutet: Die Grundannahme des Sanktionensystems ist eine Art von «Ungefährlichkeitsvermutung»,²² sofern es unter spezialpräventiven Aspekten (bedingter Strafvollzug) darauf ankommt. Ist diese infolge einer schlechten Prognose widerlegt, ist die Normalreaktion auf solche Rückfallgefahr nicht die Anordnung einer freiheitsentziehenden Massnahme, sondern der Vollzug der Freiheitsstrafe,²³ sofern sie nicht, aufgrund ihres Masses, ohnehin zu vollziehen ist. Erst wenn selbst er mit Blick auf die Rückfallgefahr nicht zu genügen vermag, kommt, unter zusätzlichen Voraussetzungen, eine freiheitsentziehende Massnahme in Betracht ([Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB](#)).²⁴ Auch diese gesetzliche Ausnahmestellung der freiheitsentziehenden Massnahmen spricht gegen die Ausweitung des Anwendungsbereiches von [Art. 59 StGB](#).

4. Ein weiteres Problem ergibt sich aus dem Erfordernis hinreichender Bestimmtheit der Voraussetzungen von Sanktionsnormen. Das in [Art. 1 StGB](#) verankerte Legalitätsprinzip verlangt u.a., dass für den Bürger zumindest in groben Zügen vorhersehbar ist, welche Taten mit welchen Sanktionen belegt sind.²⁵ Dabei ist unbestritten, dass nicht maximale, sondern nur optimale Bestimmtheit verlangt werden kann.²⁶ Es ist über weite Strecken nicht das Gesetz, das die Entscheidung des

recht 2020 S. 24, 29

Einzelfalls determiniert, sondern die gerichtliche Auslegung der in unterschiedlichem Grad auslegungsbedürftigen Merkmale des einschlägigen Tatbestandes. Erst sie füllt das Merkmal mit Leben und verleiht ihm seine Bedeutung. Dass die Störung «schwer» sein muss, wird man deshalb unter dem Aspekt der *lex certa* nicht kritisieren können. Das Abstellen überhaupt auf eine (schwere) psychische Störung hingegen dürfte, für sich alleine gesehen, zumindest hart an der Grenze dessen liegen, was der einzelne an drohenden Sanktionen zu antizipieren vermag;²⁷ indessen führt an dieser Unschärfe kein Weg vorbei, solange der Begriff den Gegenstand des Defizits bezeichnen soll, auf dessen Abhilfe die Massnahme gerichtet ist, selbst wenn sich der Strafgesetzgeber damit an psychiatrische Befunde bindet.²⁸ Solche waren bis zu dem hier besprochenen Urteil aber immerhin insofern einigermaßen stabil, als sie sich auf wissenschaftlich konsenterte Systeme (ICD-10, DSM-5) stützen konnten; dass dabei im Einzelfall Deutungsspielräume zu füllen sind, steht dem nicht entgegen, sondern bestätigt bloss, dass die Psychiatrie genauso wenig wie die Jurisprudenz eine exakte Wissenschaft darstellt. Nun freilich hat sich die Praxis in einem entscheidenden Ausmass von dieser Bindung gelöst. Zwar ist – formal gesehen – der Anknüpfungstatbestand der schweren psychischen Störung geblieben. Aber er hat sich nun vollständig in die

²¹ Vgl. *Felix Bommer* (Fn. 1), BSK, N 69 vor Art. 19. Es ist kein Widerspruch, wenn das BGer, soweit dies heute noch gilt, festhält, dass das Strafrecht in erster Linie nicht der Vergeltung diene, sondern der Verbrechensverhütung (vgl. nur [BGE 134 IV 121, 128 E. 3.3.3](#) [m.w.H.]): Die abstrakte Festlegung von Strafzwecken ist von den gesetzlichen Voraussetzungen der Strafverhängung im Einzelfall zu unterscheiden.

²² Sie kann sich auf eine empirische Grundlage stützen: Erstmals Verurteilte weisen eine Rückfallrate (erneute Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens innert dreier Jahre nach Ersturteil) von (nur) rund 20% auf (2013), vgl. BfS, T 19.06.03.02.01.01.

²³ Dabei ist es nicht dessen Sinn, den Betroffenen manu militari von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten: Dieses Ziel liesse sich ohnehin nur mit Blick auf Straftaten ausserhalb der Gefängnismauern, aber nicht innerhalb der Anstalt erreichen. Vielmehr soll durch den Vollzug der Freiheitsstrafe «das soziale Verhalten des Gefangenen [gefördert werden], insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben» ([Art. 75 Abs. 1 StGB](#)).

²⁴ Das Verhältnis zwischen dem Primat der Strafe und dem dualistisch-vikariierenden System bliebe näher zu bestimmen: Wenn [Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB](#) die Anordnung einer freiheitsentziehenden Massnahme an die Voraussetzung knüpft, dass «eine Strafe *allein* nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen», so besagt dies in unbefangener Lesart, dass Strafe *und* Massnahme *zusammen* dazu in der Lage wären. Dieser Befund kollidiert freilich mit dem Grundprinzip des dualistisch-vikariierenden Systems, dass die Massnahme vorab vollzogen wird und im Erfolgsfall der Vollzug der Freiheitsstrafe unterbleibt ([Art. 57 Abs. 2, Art. 62b Abs. 3 StGB](#)).

²⁵ [BGE 138 IV 13, 20](#); BGer, Urteil vom 11.12.2012, [6B 771/2011, E. 2.4](#) (nicht publ. in [BGE 139 IV 62](#)).

²⁶ *Jürg-Beat Ackermann*, *Lex certa et lex stricta*, in: *Jörg Schmid* (Hrsg.), *Hommage für Peter Gauch*, Zürich 2016, 5 ff., 8 f.; *Emanuel Cohen*, *Im Zweifel für die Strafe?*, Diss. Zürich 2015, 105 ff.; *Hans Dubs*, *Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen*, ZSR 1974 II 223 ff., 225; *Peter Popp/Anne Berkemeier* (Fn. 1), BSK, N 46 zu Art. 1.

²⁷ Grosszügiger *Dubs* (Fn. 26), 230.

²⁸ Vgl. *Bommer/Dittmann* (Fn. 1), BSK, N 25 zu Art. 19.



Fänge der zur Begutachtung aufgerufenen Schule der Psychiatrie begeben, denn neben den Risikomerkmale entscheidet das – je nach Schule verschieden beurteilte – Vorliegen oder Fehlen therapeutischer Einwirkungsmöglichkeiten darüber, ob eine schwere psychische Störung vorliegt. Solche können und werden sich verändern, ohne dass zu einem gegebenen Zeitpunkt, wie es notwendig wäre, zumindest halbwegs feste Gewissheit über ihren Bestand vorhanden wäre, ganz zu schweigen von der Schwierigkeit, wer darüber verlässlich und verbindlich zu entscheiden hätte. Das ist keine Demarkationslinie mehr, von der sich sagen liesse, sie wahrte das Anliegen der Berechenbarkeit strafrechtlicher Entscheidungen in optima forma; vielmehr verzichtet sie ohne Not auf die Begrifflichkeit eines Eingangsmerkmals, das ehemals präziser gefasst war. Auch wenn das Bestimmtheitsgebot seinerseits unbestimmt ist:²⁹ So bestimmt, dass die vorliegende Deutung des Begriffs der psychischen Störung als zu unbestimmt erscheint, ist es allemal. Dass schliesslich das Abstellen auf die Existenz Erfolg versprechender Interventionen den Keim der Expansion entsprechender Massnahmenanordnungen in sich trägt, soweit die Entwicklung sich in Richtung verbesserter Therapieangebote bewegt, sei nur am Rande erwähnt.

5. Aus der bundesgerichtlichen Auslegung von [Art. 59 Abs. 1 StGB](#) entsteht weiter eine Friktion zu [Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB](#). Die dort genannte anhaltende oder lang dauernde psychische Störung von erheblicher Schwere, die in die Verwahrung führt, unterscheidet sich in der Sache trotz abweichendem Wortlaut nach bisheriger Praxis nicht von derjenigen in [Art. 59 StGB](#).³⁰ Nach gängiger Auffassung soll die Bestimmung, ohne Schonung formuliert, therapieresistente Insassen mit einer schweren psychischen Störung ruhigstellen und an der Begehung schwerer Straftaten extra muros hindern, ohne dass zwingend noch therapeutische Interventionen erfolgen würden. Übertragen auf unseren Fall, bedeutet dies, dass all diesen aufgrund eines *klassischen* Verwahrungstatbestandes versorgten Insassen bescheinigt werden müsste, dass sie *nicht* an einer schweren psychischen Störung (anhaltende oder lang dauernde psychischen Störung von erheblicher Schwere) leiden würden. Denn ihre Störung ist ja nicht behandelbar, sonst wären sie nicht in die Verwahrung gewiesen worden. Die nicht behandelbare schwere psychische Störung ist damit per se keine solche im Rechtssinn; ihre Diagnose könnte nicht mehr gestellt werden und [Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB](#) liefe leer. Schon diese Konsequenz, der die neue Rechtsprechung (ausser mit einer bislang nie erwogenen Differenzierung der beiden Störungen in [Art. 59 Abs. 1](#) und [Art. 64 Abs. 1 StGB](#)) nicht zu entgehen vermag, sollte zu einem Überdenken dieser Praxis führen.

6. Zu guter Letzt soll ein systematisches Problem zur Sprache kommen. Nunmehr können also Defizite, die einzeln das Niveau einer in einem anerkannten Diagnosesystem definierten Störung nicht erreichen würden, im Verbund trotzdem eine (schwere) psychische Störung i.S.v. [Art. 59 Abs. 1 StGB](#) darstellen. Das BGER wehrt sich zwar dagegen, dies als «Addition» zu verstehen und zieht den Begriff der «Wechselwirkung» vor (E. 3.5.6). Doch ist das ein Scheingefecht und bloss eine andere Umschreibung für den Umstand, dass sich zwei Defizite gegenseitig verstärken und erst in ihrer Summe das kritische Niveau der (schweren) psychischen Störung erreichen. Es bleibt aber die Frage, ob dieses (nenne man es «additives» oder nicht) Vorgehen nun auch für die schwere psychische Störung i.S.v. [Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB](#)

recht 2020 S. 24, 30

Geltung beanspruchen kann oder gar muss. Nach bisheriger Praxis wäre die Frage mit Ja zu beantworten: Die beiden Begriffe im Recht der Schuldfähigkeit und im Massnahmerecht sind bislang parallel interpretiert worden. Das lag nur schon deshalb nahe, weil der in [Art. 19 Abs. 3 StGB](#) verankerte Vorbehalt der Massnahmen nach [Art. 59 StGB](#) an die schwere psychische Störung anknüpft, wie sie [Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB](#) implizit zugrunde liegt. Es würde auch eigenartig anmuten, zwei identische Wortlaute mit verschiedenen Inhalten zu füllen. Doch scheint die neue Praxis genau dazu zu zwingen: Im Rahmen von [Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB](#) stellt die schwere psychische Störung den Grund für die ausgeschlossene oder verminderte Schuldfähigkeit dar. Wenn ein solcher Grund nur noch dann vorliegen würde, wenn der Defekt gegensteuernder therapeutischer Einwirkung zugänglich wäre, so würde man die Existenz eines Defekts von dessen Behandlungsfähigkeit abhängig machen. Anders formuliert: Ob ein Täter bei Begehung der Tat ganz oder teilweise ohne Schuld gehandelt hat, würde danach entschieden, ob die Psychiatrie Erfolg versprechende Gegenmittel kennt; wenn nicht, hätte die Schuldfähigkeit als voll erhalten zu gelten. Dabei sind zwei Zeitpunkte denkbar, auf die sich solche Gegenmittel beziehen lassen: Stellt man auf den Zeitpunkt *des Urteils* ab, was die Parallele zu [Art. 59 StGB](#) an sich nahelegen würde, ist der Kategorienfehler evident: Ob im Zeitpunkt x ein Datum, scil. die schwere psychische Störung, vorlag oder nicht, kann nicht von einem später eintretenden Ereignis, scil. der Bejahung einer Behandlungsmöglichkeit, abhängen. Aber selbst wenn dafür auf den Moment *der Tatbegehung* abgestellt würde: Der *Grund* für ausgeschlossene oder verminderte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit hat nichts mit der Frage zu tun, ob sich dieser Defekt kurieren lässt. So

²⁹ Ackermann (Fn. 26), 19; Bommer, [ZBJV 152 \(2016\) 264](#).

³⁰ Vgl. nur Marianne Heer/Elmar Habermeyer (Fn. 1), BSK, N 41 zu Art. 64; Günter Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, AT II, 2. Aufl., Bern 2006, § 12 N 13.



wird man sich an den Gedanken zu gewöhnen haben, dass wir es nunmehr mit zwei formal identischen, sachlich aber unterschiedlichen Begriffen der schweren psychischen Störung im [StGB](#) zu tun haben.

III. Bilanz

Der derzeitige Stand der Praxis zur psychischen Störung i.S.v. [Art. 59 StGB](#) lässt sich wie folgt zusammenfassen: «Das BGer verabschiedet sich von der Diagnosenotwendigkeit in Begriffen eines anerkannten Klassifikationssystems: Eine schwere psychische Störung kann auch dann vorliegen, wenn es sie nicht als solche zu erfassen vermag.» Formal betrachtet hat das BGer eine Praxis aufgegeben, ohne dass diese von juristischer Seite unter Druck gestanden hätte; solcher Druck kam aus der psychiatrischen Ecke, allerdings auch insofern, soweit dies juristischer Einschätzung zugänglich ist, nur von einer Minderheit der Profession.³¹ Dies allein ist natürlich noch kein valables Argument gegen die Praxisänderung: Die h.L. kann sich irren, und sie kann revisionsbedürftige Rechtslagen übersehen, gerade im Grenzbereich zu psychiatrischen Fragestellungen, wo juristischer Sachverstand früher oder später an die Grenzen mitteilungsfähiger psychiatrisch-psychologischer Befunde stösst. Immerhin aber dürfte es eine Praxisänderung erleichtern, wenn sie argumentativ in der Wissenschaft, die nicht wie die Praxis unter zeitlichem und Entscheidungsdruck steht, vorbereitet ist. Daran hat es im vorliegenden Fall gefehlt. Die systematischen Implikationen der nun vorliegenden Änderung waren nicht aufgearbeitet.

Entscheidend für die Ablehnung der neuen Praxis sind indessen die Argumente in der Sache; sie zeigen, dass weder die konkrete Fragestellung überzeugend entschieden noch deren Auswirkungen hinreichend bedacht worden sind: Die Ausweitung der Indikation für eine freiheitsentziehende Massnahme beraubt das Erfordernis der schweren psychischen Störung seines eigenständigen Gehalts, missachtet den Ausnahmecharakter freiheitsentziehender Massnahmen, hält vor den Anforderungen einer lex certa nicht stand und führt zu Verwerfungen innerhalb des Strafrechtssystems: Die vom Verwahrungstatbestand nach [Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB](#) vorausgesetzte unbehandelbare schwere psychische Störung kann es denklöglich nicht mehr geben, und diejenige im Kontext ausgeschlossener oder verminderter Schuldfähigkeit ([Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB](#)) kann nicht von künftigen oder aktuellen Behandlungsmöglichkeiten abhängen, sodass das Strafgesetzbuch nunmehr zwei verschiedene Begriffe der schweren psychischen Störung enthält.

Die Frage bleibt, wie sich ein Ausweg aus diesem Malaise, das niemand ernsthaft wollen kann, finden liesse. Eine Türe hat das BGer selbst, und das zu Recht, versperrt: dass die nun dekretierten Voraussetzungen allein für die zur Diskussion stehende *ambulante* Massnahme nach [Art. 63 StGB](#) gelten würden (E. 3.5.2). Das wäre nur schon vor dem Hintergrund wenig überzeugend, dass diese in eine stationäre Massnahme umgewandelt werden könnte, und der Folgeentscheid³² betrifft den Fall einer stationären Massnahme. Es würde auch wenig nützen, an die Psychiatrie zu appellieren, von dieser «additiven psychischen Störung» kei-

recht 2020 S. 24, 31

nen Gebrauch zu machen. Das läuft bei dem Teil, auf dessen Gedankengut sie zurückgeht, ohnehin leer, und die das Gutachten anfordernden Strafbehörden werden danach fragen. Hier muss ansetzen, wer nicht auf die unrealistische Option bauen will, das BGer würde bei nächster Gelegenheit seine Entscheidung korrigieren. Es bleibt einzig die Hoffnung auf eine eingeschränkte praktische Bedeutung der «additiven Variante». Das BGer selbst vertritt die Ansicht, dass «die Störung zunächst soweit möglich anhand einer anerkannten Klassifikation zu erfassen» sei (E. 3.5.5). Jenseits dessen werden sich Strafverfolgungsbehörden und Gerichte angesichts der beschriebenen Verwerfungen sehr gut zu überlegen haben, ob sie das Tor zur Massnahme von [Art. 59 StGB](#) so weit aufstossen wollen, wie es das BGer nunmehr erlaubt. Gezwungen dazu sind sie nicht.³³ Ob das mehr als ein frommer Wunsch ist, steht freilich auf einem anderen Blatt. Zu begrüssen wäre es.

³¹ Vgl. *Heer/Habermeyer* (Fn. 1), BSK, N 19, 39 zu Art. 59; *Habermeyer/Lau/Graf/Hachtel* (Fn. 19), 33 f.

³² BGer, Urteil vom 5.11.2019, [6B 828/2019](#).

³³ Vgl. *Niklaus Schmid/Daniel Jositsch*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2017, N 135; *Wolfgang Wohlers*, in: *Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung ([StPO](#)), 2. Aufl., Zürich 2014, N 12 zu Art. 4.