

Rechtsstaatliche Überlegungen zu ROS aus Sicht der Richterin

6. September 2023

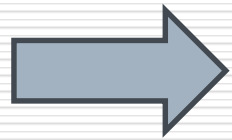
Prof. tit. Dr. iur. Marianne Heer
ehemal. zweitinstanzliche Strafrichterin, Luzern

Zunehmende Durchdringung des
Massnahmenrechts durch Grundrechte
und strafprozessuale Grundsätze

Anordnungen im Sanktionenvollzug
haben sich auf begründete **anfechtbare**
Verfügungen zu stützen.

-
- Allgemein feststellbare Zunahme eines Sicherheitsdenkens, nicht selten eines übersteigerten Sicherheitsdenkens.
 - Der **Fall** und das Risiko und nicht der Mensch stehen vermehrt im Zentrum der Überlegungen.
-

ROS-Abklärungen



zu wenig Transparenz von aussen

FaST erkennt Abklärungsbedarf, wenn empirisch gut validierte, statistische Risikofaktoren erfüllt sind.

Relevante Punkte:

- Wie viele Verurteilungen liegen insgesamt vor?
 - Wie viele Verurteilungen liegen insgesamt vor?
 - In welchen Deliktkategorien (Sexual-, Gewaltstraftat, Allgemeine Delinquenz) liegen Verurteilungen vor?
 - In welchem Alter wurde der Klient / die Klientin erstmalig straffällig?
 - Wie hoch ist die Basisrate (deliktspezifische Rückfallrate) der begangenen Delikte?
 - Liegt polymorphe Delinquenz vor?
 - Liegen Widerruf von bedingten Entlassungen oder Sanktionen vor?
-

Die eigentlichen Risikoabklärungen der AFA
bleiben für Aussenstehende im Dunkeln.

**Furcht vor einer Eigendynamik
innerhalb des geschlossenen
Systems, fehlende Kontrolle.**

Einzelne Probleme

- Stigmatisierung der betroffenen Person zu Beginn des Vollzugs.
 - Abänderbarkeit einer Einschätzung?
 - Was geschieht mit den Erwägungen im Strafurteil, wenn bereits ein paar Monate später neue Feststellungen getroffen werden? Wie ist mit Widersprüche zum psychiatrischen Gutachten umzugehen?
-

Hinter ROS steht das Bedürfnis einer
**Stärkung der Stellung der
Vollzugsbehörden.**

-
- Misstrauen gegenüber Vollzugseinrichtungen und vor allem TherapeutInnen
 - **Autonomieverlust im Umfeld der Institutionen bzw. der Therapie**
 - **Ist eine solche «Machtkonzentration» bei einer einzigen Behörde, die nicht unabhängig ist, rechtsstaatlich wünschenswert???**
-

Konsequenzen einer Stärkung der Vollzugsbehörde

- Verbesserung der Stellung der betroffenen Person
 - „fair trial“, **Annäherung an eine Waffengleichheit analog zum strafprozessualen Vorverfahren**
d.h. vermehrt Mitwirkungsrechte
durchgehend Rechtsvertreter im Vollzugsverfahren
-

-
- sehr hohe Anforderungen an Entscheidungsgrundlagen im Gerichtsverfahren, d.h. an Gutachten**
-

Anforderungen an die sachverständige Person

natürliche Personen

bspw. kein Auftrag an Kliniken

besondere Ausbildung

- Facharzt für forensische Psychiatrie und Psychotherapie der FMH, früher Zertifikat der SGFP.

Anforderungen an die sachverständige Person

Monopol von forensischen Psychiatern bei der psychiatrischen Begutachtung

BGE 140 IV 49; Urteile des Bundesgerichts vom 24. April 2014, 6B_850/2013 und vom 13. Februar 2014, 6B_459/2013

Kritik u.a.:

Elmar Habermeyer/Marc Graf/Thomas Noll/Frank Urbaniok, Psychologen als Gutachter im Strafverfahren, AJP 2016, 127 ff.

Frischknecht/Eliane Schneider/Stefan Schmalbach, Welcher Psy-Experte darf's denn sein?, Jusletter, 21. Mai 2012

Persönliche Ausführung des Auftrags

- Weitergabe des Auftrags nur mit Zustimmung der Verfahrensleitung.
Möglichkeit der Ausführung durch einen Dritten unter Supervision des Beauftragten – **Transparenz erforderlich** (BGer, StrA, 8. April 2015, 6B_884/2014).
 - Zulässigkeit der Delegation von einzelnen Aufgaben an „Hilfspersonen“ für untergeordnete Aufgaben
Verantwortlichkeit ändert dadurch nicht.
-

Persönliche Ausführung des Auftrags - BGE 144 IV 176

Zulässiger Beizug von **Hilfspersonen**

- Qualifizierter Mitarbeiter: Aufarbeitung der Aktenlage und biografische Anamnese
 - Beauftragte Person: Befund und Beurteilung (E. 4.2.3, 4.5.1 und 4.6).
 - Psychologische und andere Fachpersonen als Hilfspersonen zugelassen (z.B. testpsychol. Unters.).
-

Persönliche Ausführung des Auftrags - BGE 144 IV 176

- Der Beizug von Hilfspersonen ist im Gutachten **transparent** zu machen. Aus dem Gutachten muss u.a. hervorgehen, wie die Hilfspersonen konkret eingesetzt wurden und wie der Sachverständige seine Gesamtverantwortung wahrnehmen konnte bzw. wahrgenommen hat (E. 4.2.4 und 4.5.2).
 - Für den blossen Beizug von **Hilfspersonen** bedarf es **keiner vorgängigen Ermächtigung** durch die Strafverfolgungsbehörde. Sind Dritte am Gutachtensprozess als Hilfspersonen unmittelbar beteiligt, ist es aber dennoch zu begrüssen, wenn der Gutachter der auftraggebenden Strafbehörde deren Name sowie Art und Umfang von deren Beizug vorab bekannt gibt (E. 4.5.2 und 4.6).
-

Strenge Ausstandsregeln, analog zu Gerichtsangehörigen, Art. 56 StPO



Achtung: Nach StPO ist sofortige Geltendmachung erforderlich.

Ein (früheres) Betreuungs- oder Therapieverhältnis schliesst eine Begutachtung aus.

Gutachterauftrag - Verfahrensschritte

- Ernennung der sachverständigen Person
- Formulierung der Fragen

Recht des Beschuldigten, allenfalls der Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung bzw. Stellungnahme.

BGer, StrA, 16. 2. 2009, 6B_937/2008, E. 2.1



**Kein Anspruch auf einen
bestimmten Gutachter.**

Art. 184 StPO

Die Auswahl und der Auftrag an die sachverständige Person sind **beschwerdefähige** Entscheide i.S. von Art.393 StPO.

Arten von Gerichtsverfahren nach Rechtskraft des Sachurteils

- Verlängerung von Massnahmen
zumeist nach Art. 59 Abs. 4 StGB, unbefristete therapeut. Massnahmen
- Umwandlung von Massnahmen, bspw. therapeut. Massnahme in Verwahrung

**Strafprozessordnung
massgebend**

**Nachverfahren nach Art.
363 ff. StPO**

- Fragen des laufenden Vollzugs, zumeist Lokerungen/Ausgang, Externate
- Aufhebung der Massnahmen, zumeist wegen Aussichtslosigkeit
- bedingte Entlassung

**Kantonales Verwaltungs-
(gerichts)verfahren**

Entscheidungsgrundlagen im Gerichtsverfahren

- primär: forensisch-psychiatrische Gutachten
- ergänzend: Therapieberichte

Nicht für das Gerichtsverfahren , sondern ausschließlich für den Sanktionen**vollzug** gedacht:

- Empfehlungen der Fachkommission
 - ROS-Berichte
-

ROS-Abklärungen basieren nur auf Akten.

Exploration der betroffenen Person bei der Begutachtung

- in der Regel mindestens zwei persönliche Explorationen

 - **Aktengutachten in Ausnahmefällen** (BGE 127 I 54):
 - eine Begutachtung wurde bereits in anderem Zusammenhang durchgeführt
 - das Thema des Gutachtens ist eingeschränkt
 - der Betroffene ist schwer erreichbar oder er entzieht sich der Untersuchung und
 - ein Aktengutachten ist für die sachverständige Person verantwortbar.
-

Art. 29 Abs. 1 und 2, Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 und 3 EMRK; **Art. 147 Abs. 1**, Art. 157 f., Art. 185 StPO

Keine Zulassung der Verteidigung zur psychiatrischen Exploration der beschuldigten Person.

Das Verhör des Beschuldigten und die Beweisaussagen der Parteien erfüllen andere gesetzliche Funktionen als eine forensisch-psychiatrische Begutachtung.

BGer, I. ÖRA, Urteil vom 7. August 2020, 1B_527/2019

Rechtliches Gehör

BGer, 6B_915/2019, 10. Januar 2020

E. 1.1.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV garantiert das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden **Entscheidens zur Sache zu äussern, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern**, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen ([BGE 144 I 11](#) E. 5.3; [143 V 71](#) E. 4.1; [143 III 65](#) E. 3.2; [140 I 99](#) E. 3.4).

Rechtliches Gehör

BGer, 6B_915/2019, 10. Januar 2020

- Die effektive Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts setzt voraus, dass die Akten vollständig sind. Dem Recht auf Akteneinsicht steht im Strafverfahren daher als elementarer Grundsatz die Aktenführungs- und Dokumentationspflicht der Behörden gegenüber. Diese sind verpflichtet, alle verfahrensrelevanten Vorgänge schriftlich festzuhalten und die Akten vollständig und korrekt anzulegen und zu führen.
-

Rechtliches Gehör

BGer, 6B_915/2019, 10. Januar 2020

Dies bedeutet im Strafverfahren, dass die Beweismittel, soweit sie nicht unmittelbar an der gerichtlichen Hauptverhandlung erhoben werden, in den Untersuchungsakten vorhanden sein müssen und dass **aktenmässig belegt sein muss, wie sie produziert worden sind**, damit die beschuldigte Person **allfällige inhaltliche oder formelle Mängel rügen und gegebenenfalls Einwände gegen deren Verwertbarkeit erheben kann**. Dies ist Voraussetzung dafür, dass der Angeklagte seine Verteidigungsrechte überhaupt wahrnehmen kann.

Rechtliches Gehör

BGer, 6B_915/2019, 10. Januar 2020

Der **Dokumentationspflicht** kommt insofern Garantiefunktion zu. In der Strafprozessordnung werden die Grundsätze zur Aktenführungs- und Dokumentationspflicht nunmehr in Art. 100 StPO konkretisiert (BGE 129 I 85 E. 4.1; Urteile 6B_28/2018 vom 7. August 2018 E. 7.3; 6B_307/2012 vom 14. Februar 2013 E. 3.1, nicht publ. in BGE 139 IV 128; je mit Hinweisen).

Anforderungen an Therapieberichte

Grosser Stellenwert von Therapieberichten

- Erkennbare Tendenz des Bundesgerichts zur Aufwertung von Therapieberichten

Urteil des Bundesgerichts vom 3.2.2014, 6B_409/2012, E. 6.6

- Therapieberichte taugen aber nicht dazu, Gutachten zu widerlegen und sie zu ersetzen.

Urteile des Bundesgerichts vom 3. 10. 2013, 6B_227/2013 und vom 3.2.2014, 6B_409/2012, E. 4.3.

- Therapieberichte können Anlass für Ergänzungen des Gutachtens oder für ein Zweitgutachten geben.

- **Wesentliche Grundlage von Verlaufsgutachten.**
-

Therapieberichte

- Mangelnde Transparenz
 - Oft besteht Unklarheit über den effektiven Verfasser.
Häufig «copy paste».
 - Keine kontradiktorische Auseinandersetzung betr. den Inhalt möglich.
-

Anforderungen an Therapieberichte

- Forderung nach **standardisierten Verfahren**, mühsame Umsetzung
 - **Rechtliches Gehör** der betroffenen Person im Zusammenhang mit der Erstellung sehr **eingeschränkt.**
-

Therapieberichte – rechtliches Gehör

- Kein Anspruch auf Einvernahme des Therapeuten als Zeugen
- Der Einwand, schriftlichen Berichten komme nicht die gleiche Beweiskraft zu wie einer mündlichen Zeugeneinvernahme unter Strafandrohung, ist ungeeignet darzulegen, inwieweit das vorinstanzliche Beweisergebnis willkürlich sein soll

BGer, 6B_530/2012, 19. Dezember 2012, E. 4.3.2.

ROS-Bericht - rechtliches Gehör

BGer, 6B_777/2016

E. 2.4.: Das Amt für Justizvollzug ordnete für die Dauer der Probezeit Bewährungshilfe an. Es stellte dazu unter anderem auf den ROS-Bericht vom 22. September 2015 ab. Der Beschwerdeführer erhielt **keine Kenntnis vom besagten Bericht** und deshalb auch keine Möglichkeit zur Stellungnahme. Damit **verletzte das Amt für Justizvollzug den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers in schwerer Weise**.

ROS-Bericht - Rechtliches Gehör

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 20. Juni 2016, zitiert in BGer, 6B_777/2016

Die Direktion der Justiz und des Innern bejahte eine **Gehörsverletzung, da das Amt für Justizvollzug dem Beschwerdeführer keine Gelegenheit eingeräumt habe, zum entscheidrelevanten ROS-Bericht Stellung zu nehmen.**

ROS-Bericht - Rechtliches Gehör

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 20. Juni 2016, zitiert in BGer, 6B_777/2016

Die **Gehörsverletzung könne geheilt werden**, wenn der Mangel in der Rechtsmittelinstanz kompensiert werde. Zudem müsse die obere Instanz die von der Gehörsverletzung betroffenen Aspekte mit derselben Kognition überprüfen können wie die Vorinstanz. Diese Voraussetzungen seien mit der Verfügung der Direktion der Justiz und des Innern erfüllt. Eine Rückweisung hätte einen formalistischen Leerlauf dargestellt und dem grundrechtlichen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist widersprochen (Entscheid S. 7).

ROS-Bericht - rechtliches Gehör

BGer, 6B_777/2016

E. 2.4.: Der Feststellung der Vorinstanz, die Verletzung des rechtlichen Gehörs sei im Rechtsmittelverfahren geheilt worden und die Direktion der Justiz und des Innern habe am 16. Februar 2016 zu Recht von einer Rückweisung abgesehen, kann nicht beigepflichtet werden.

ROS-Bericht - rechtliches Gehör

BGer, 6B_777/2016

Inwiefern eine Rückweisung ein blosser formalistischer Leerlauf dargestellt hätte, wird weder von den Vorinstanzen dargelegt, noch ist solches ersichtlich. Damit war eine Heilung der (schweren) Gehörsverletzung nicht möglich, und die Rüge der Gehörsverletzung ist begründet.

Umsetzung des rechtlichen Gehörs bei ROS?

Eröffnung und Diskussion der ROS-
Abklärung im Rahmen des Vollzugsplans

Vollzugsplan

Planungsinstrument, das der ständigen Überprüfung und Anpassung je nach den bei der betroffenen Person eingetretenen Veränderungen bedarf (BGE 128 I 225 E. 2.4.3 S. 231).

Aus dem individuellen Vollzugsplan lassen sich keine einklagbaren Rechte ableiten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für weitere Vollzugslockerungen nicht erfüllt sind.

SCHWEIZERISCHE EMPFEHLUNGEN des SKJV FÜR DIE BEWÄHRUNGSHILFE (Fassung vom 19. Februar 2023)

- 51. Die betreuten Personen haben jederzeit und im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben das **Recht zur Einsicht in das über sie geführte Dossier.**
-

ROS-Abklärungen stützen sich auf
standardisierte Prognoseinstrumente,
hauptsächlich auf **FOTRES**.

FOTRES

- sehr kritische Haltung ausserhalb der Schule um Frank Urbaniok
-

Kritik an FOTRES

- Tim Rätz, Understanding risk with FOTRES?, 11. September 2022
https://www.researchgate.net/publication/364218601_Understanding_risk_with_FOTRES

Das Ergebnis der Evaluierung von FOTRES ist unbefriedigend in Bezug auf alle Bewertungskriterien.

- Mangel an unabhängigen Studien über die empirische Genauigkeit von FOTRES.
 - FOTRES basiert nur unzureichend auf internationalen Standards.
 - Die Art des Instruments erschwert dessen Bewertung und/oder einen Vergleich mit anderen Instrumenten.
 - Die geschützte Natur von FOTRES verunmöglicht dessen Verständnis und angemessene Bewertung.
-

Kritik an FOTRES

- S. Vuille, Forensic risk assessment based on algorithms: A critique of FOTRES as an illustration. Master's thesis, University of Lausanne, University of Zürich, 2019, 228:

Gutachten müssen gemäss Bundesgericht **auf den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrung beruhen, was nicht gegeben sein kann, wenn Personen mit FOTRES beurteilt werden.**

Kritik an FOTRES

- Habermeyer/Mokros/Briken, „Die Relevanz eines kohärenten forensischen Beurteilungs- und Behandlungsprozesses“: Großer Wurf oder alter Wein in undichtem Schlauch?, FPPK 2020:
 - Kaum unabhängig beforscht
 - Unklarheit betreffs konzeptioneller und psychometrischer Eigenschaften des FOTRES (Rettenberger 2017)
 - Der Status der „risikorelevanten Persönlichkeitsmerkmale“ des FOTRES in Bezug auf einschlägige Persönlichkeitseigenschaften im Sinne wissenschaftlich akzeptierter Beschreibungssysteme ist daher völlig unklar.
-

Kritik an FOTRES

- Habermeyer/Mokros/Briken, „Die Relevanz eines kohärenten forensischen Beurteilungs-und Behandlungsprozesses“: Großer Wurf oder alter Wein in undichtem Schlauch?, FPPK 2020:
 - FOTRES entfernt sich hinsichtlich der darin definierten Risikoeigenschaften von den entsprechenden diagnostischen Standards des DSM bzw. der ICD10/ICD-11 bzw. ersetzt sie durch eigene Begrifflichkeiten.
 - Etablierung eines eigenen Denksystems. Dabei wird eine Deutungshoheit bzw. Überlegenheit ohne einen wissenschaftlichen Nachweis suggeriert.
-

Kritik an FOTRES

- Vgl. auch Jürgen Müller/Norbert Nedopil, Forensische Psychiatrie, Stuttgart 2017, 360:

FOTRES wird als Glaubensbekenntnis bezeichnet.

FOTRES

- Es geht nicht an, dass die Justiz ihre Entscheide, die für Menschen von existenzieller Bedeutung sind, auf wissenschaftlich nicht überprüfbare Methoden abstützt.
 - Ausgerechnet im sensibelsten Bereiche der psychiatrisch-psychotherapeutischen Arbeit auf allgemein anerkannte, diagnostische Vorgaben zu verzichten, wird von den zitierten Autoren als problematisch, sogar «**ethisch fragwürdig**» bezeichnet.
 - Die Kritik von Elmar Habermeyer und seinen Koautoren bestätigend, **lehnen forensischen Kliniken den Gebrauch von FOTRES grossmehrheitlich ab.**
-

Faktische Bedeutung von ROS im Gerichtsverfahren

- Im Verwaltungsgerichtsverfahren:
Bestandteil der Vollzugsakten
 - Im Verfahren nach Art. 363 ff. StPO:
keine Relevanz
-

Faktische Bedeutung von ROS im Verwaltungsgerichtsverfahren

- freie richterliche Beweiswürdigung
 - Beachte dabei: ROS-Bericht hält beim Zustandekommen einer rechtlichen Prüfung nicht durchwegs stand.
-

Insbesondere die Verlaufsgutachten - Fragenkatalog Ziff. 2 c:

- Wie schätzen Sie die behördliche Vollzugsplanung unter Einbezug von allfällig vorliegenden **ROS**-Dokumenten ein?
 - Stimmt Ihre Einschätzung betreffend Behandlungsbedarf und Vollzugsverlauf mit der Vollzugsplanung und dem Vollzugsplan überein?
-

Insbesondere die Verlaufsgutachten

Fragenkatalog für forensisch-psychiatrische
Verlaufsgutachten im Rahmen des
Sanktionenvollzugs im Auftrag der
Vollzugsbehörden vom 21. Oktober 2021

Strafvollzugskonkordat NW-I

Trotz der Arbeit in einem Spannungsfeld
sollen **rechtsstaatliche Grundsätze**
niemals ausser Acht gelassen werden!

**Herzlichen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!**
