

## Ausgewählte Urteile des Bundesgerichts zum Strafvollzugs- und Massnahmenrecht

zusammengestellt von Daniel Verasani, RA, LL.M., Fachbereichsleiter Sonderdienst im Amt für  
Justizvollzug des Kantons Aargau.

Die Auswahl der Urteile erfolgt durch den Autor. Sie werden in einer Regeste zusammengefasst  
mit Hinweisen zu einzelnen relevanten Erwägungen (mit eigenen Hervorhebungen).

Urteil 6B 698/2021 vom 01.10.2021

### Regeste

**Nachträgliche Anordnung einer Verwahrung gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB; Vorliegend konnten aus dem neuen Gutachten keine Revisionsgründe abgeleitet werden.**

Aus den Erwägungen:

E.4.3. Nach der Rechtsprechung kann die nachträgliche Verwahrung in Durchbrechung der Rechtskraft des Strafurteils gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB gestützt auf ein neues Gutachten nur sehr restriktiv angeordnet werden. **Die Revision kommt ausschliesslich aufgrund von Tatsachen oder Beweismitteln in Betracht, die zum Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte.** Es geht um Fakten, die für das Gericht objektiv unmöglich erkennbar waren. Diese Revision kann somit nur unter restriktiveren Bedingungen erfolgen, als dies bei der ordentlichen Revision nach den Art. 410 ff. StPO der Fall wäre (BGE 144 IV 321 E. 3.1 mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). Dabei betonte das Bundesgericht gestützt auf FELIX BOMMER (Nachträgliche Verwahrung als Revision zulasten des Verurteilten, Zur Revisibilität von Prognoseentscheidungen, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, S. 66), **die Revision setze eine "Unerkennbarkeit"** voraus. Dies sei nach dem Wortlaut des Gesetzes ("ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte") eindeutig, denn Art. 65 Abs. 2 StGB setze damit voraus, dass dem Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen der Verwahrung nicht bekannt sein konnte. Tatsachen oder Beweismittel, die dem urteilenden Gericht bereits zur Beurteilung vorlagen und deshalb Gegenstand der richterlichen Überlegungen waren, könnten aufgrund der Sperrwirkung von "ne bis in idem" nicht erneut eingebracht werden (BGE 142 IV 307 E. 2.3). Da die Bedingungen der nachträglichen Verwahrung schon zum Zeitpunkt des Strafurteils erfüllt sein müssen, lasse sich dieses nicht mit der Revision nachträglich der Entwicklung des Insassen während des Vollzugs anpassen (BGE 144 IV 321 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 137 IV 59 E. 5.1.3; 145 IV 383 E. 2.3 S. 399 zu Art. 65 Abs. 1 StGB).

(...)

E.4.5.1. Die Vorinstanz nimmt gestützt auf den Zweitgutachter an, das Erstgutachten sei mangelhaft, weil der Erstgutachter von unvollständigen Annahmen ausgegangen sei und die Unsicherheit seiner ("unsachgemäss optimistischen") Prognose nicht offengelegt habe. Das Zweitgutachten basiere auf überlegenen Methoden.

Es erscheint nach den vorinstanzlichen Feststellungen offenkundig, dass die vom Zweitgutachter angenommenen verwahrungs begründenden Tatsachen Thema des Strafverfahrens bildeten. Dass die Beurteilung des Erstgutachters zu "optimistisch" gewesen sei, ist eine Annahme, die auf die Einschätzung des Zweitgutachters gestützt wird, dessen Beurteilung allerdings auf vier "moderneren" Prognoseinstrumenten basiert, als sie dem Erstgutachter zur Verfügung standen (nämlich ODARA, FORTRES, PCL-R und VRAG-R). Allein diese Tatsache kann nicht schon entscheiden.

E.4.5.2. Nach der Rechtsprechung kann ein neues Gutachten nur Anlass zu einer Revision geben, wenn es festzustellen erlaubt, dass die dem ersten Urteil zugrunde gelegten Tatsachen falsch oder ungenau waren. Eine abweichende gutachterliche Einschätzung stellt nicht bereits einen Revisionsgrund dar. Das neue Gutachten muss mit ernsthaften Gründen ("des motifs sérieux") abweichen und klare Fehler aufzeigen, die geeignet sind, die Grundlagen des ersten Urteils zu erschüttern ("établir des erreurs claires de nature à ébranler le fondement du premier jugement"; BGE 137 IV 59 E. 5.1.2). Das neue Gutachten wird aber auch als ein neues Beweismittel betrachtet werden können, wenn es sich auf neue Erkenntnisse stützt oder eine andere Methode anwendet (BGE 137 IV 59 E. 5.1.2 mit Hinweisen).

Nach GUNHILD GODENZI ist seit dem letztzitierten Satz von BGE 137 IV 59 E. 5.1.2 unsicher, ob eine Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB nur schon deshalb möglich sein soll, weil im neuen Gutachten in Anwendung neuer Analysemethoden ein erhöhtes Rückfallrisiko ausgewiesen werde (Die Wiederaufnahme des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung, Gesetzliche Hürden und ihre Überwindung in der gerichtlichen Praxis, in: Mona/Weber [Hrsg.], Sackgasse Verwahrung? Wege aus dem Dilemma, Materialien der "Fachgruppe Reform im Strafwesen", Band 12, 2021, S. 47, 48 mit Hinweis auf das Abstellen auf ein solches neues Gutachten in BGE 137 IV 59 E. 5.2). Die Autorin wendet im Grundsätzlichen ein, bei der Verwendung neuer Analysemethoden werde keine Tatsache in Frage gestellt, bewiesen oder widerlegt, denn das Tatsachenmaterial, auf das sich die Begutachtung abstütze, bleibe ja völlig unverändert. Die neue Einschätzung sei ebenfalls keine Tatsache im revisionsrechtlichen Sinne, sondern ein Wertungsakt des Gutachters. Es müssten "zugleich neue Tatsachen zu Tage treten" (a.a.O., S. 49 f.; vgl. ebenfalls HEER, a.a.O., N. 99 zu Art. 65 StGB).

Der Anwendungsbereich von Art. 65 Abs. 2 StGB zielt auf die seltenen Fälle, in denen die indizierte Verwahrung unterblieben ist und sich der Verurteilte während des Strafvollzugs als hochgefährlich erweist; nachträglich eingetretene Entwicklungen fallen hier ausser Betracht. (HEER, a.a.O., N. 64 zu Art. 65 StGB). Insbesondere fällt ein Novum ausser Betracht, wenn das Gericht davon "Kenntnis hätte haben können" (BGE 144 IV 321 E. 3.1 [oben E. 4.3]; HEER, a.a.O., N. 79 zu Art. 65 StGB).

E.4.5.3. Wie die Vorinstanz feststellt, sah sich das erstinstanzliche Gericht zur Frage an den Gutachter veranlasst, "ob ein solches Nachreifen nicht illusorisch bzw. seine Einschätzung nicht etwas sehr positiv sei" (Beschluss Ziff. 19.3.1). Weiter betont die Vorinstanz in Kursivschrift die mehrmalige Wortwahl des Erstgutachters, deren rein spekulatives Momentum dem sachkundigen Strafgericht doch nicht entgangen sein konnte (oben E. 4.4.3). Soweit die Vorinstanz daraus (mit dem Zweitgutachter) folgert, der Erstgutachter hätte die Strafbehörden darauf aufmerksam machen müssen, dass, wenn die prognostizierte Nachreifung nicht im von ihm erwarteten Ausmass stattfinde, die Rückfallprognose schlechter ausfallen und eine Verwahrung in Frage kommen würde, so stützt sie sich auf eine Argumentationslinie, die den damaligen Strafgerichten nahezu Inkompetenz unterstellt, wofür die Vorinstanz aber keine Belege vorbringt. Auch eine

derartige Inkompetenz würde aber grundsätzlich nicht zur Revision berechtigen (vgl. GODENZI, a.a.O., S. 40 f. mit Hinweis auf das Urteil des EGMR *Radchikov gegen Russland* vom 24. Mai 2007, Nr. 65582/01 [betr. Wiederaufnahme, § 42], § 50: "the risk of any mistake made by the prosecuting authority, or indeed a court, must be borne by the state and the errors must not be remedied at the expense of the individual concerned"). Den Strafbehörden konnte angesichts der diagnostizierten Befundtatsachen (geistig mangelhaft entwickelt im Sinne einer narzisstischen Persönlichkeitsstörung mit zusätzlichen querulatorischen und dissozialen Zügen, einsichtslos, kooperationsunwillig, unbehandelbar; oben E. 4.4.1) eine Nachreifung im Strafvollzug nicht anders denn als wenig überzeugende Mutmassung erscheinen. Diese wurde von der Erstinstanz als solche erkannt, wie die Nachfrage beim Erstgutachter nachweist.

Es lässt sich vielmehr folgern, dass die Strafgerichte beim mit 19 Jahren Zuchthaus und 15 Jahren Landesverweisung sanktionierten Beschwerdeführer zum Ergebnis kamen, von einer Verwahrung absehen zu können. Das Gericht würdigt die Beweise und damit auch die Gutachten (Art. 56 Abs. 3 StGB) frei im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StPO und der diesbezüglichen Rechtsprechung (BGE 141 IV 369 E. 6.1; Urteile 6B\_1403/2020 vom 5. Mai 2021 E. 1.4; 6B\_1067/2020 vom 5. Mai 2021 E. 1.2 und 1.7). Das bedeutet in der Praxis, dass das Gericht das Gutachten selbständig beurteilen muss und die Prognoseentscheidung nicht dem Sachverständigen überlassen darf. Das Gericht muss im Ergebnis eine eigenständige Beurteilung des Sachverständigenbeweises vornehmen, damit es darauf gestützt einen eigenverantwortlichen Entscheid zur Gefährlichkeit treffen kann (Urteil 6B\_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.1 f. und 6.7 mit Hinweisen). Die Verwahrung als rein sichernde Massnahme lässt sich nur als "ultima ratio" in restriktiver Anordnung rechtfertigen, sodass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in besonderem Masse Rechnung zu tragen war (Urteil 6B\_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.2 mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung gilt umso mehr im noch restriktiveren Rahmen von Art. 65 Abs. 2 StGB.

E.4.5.4. Der Erstgutachter legte seinen Befund sowie das für die Kinder und vor allem die Tochter spezifische Rückfallrisiko bezüglich Leib und Leben differenziert und nachvollziehbar dar. In diesem Zusammenhang legte er ebenfalls seine Annahme einer *autonomen* Nachreifung - denn er erachtete eine therapeutische Massnahme als nicht indiziert (Beschluss Ziff. 19.2.3) - ausweislich der von der Vorinstanz betonten diesbezüglichen Wortwahl für ein Strafgericht hinsichtlich der Legalprognose erkennbar als spekulative Annahme offen. Damit waren dem Gericht die Risikofaktoren erkennbar und auch bekannt. Es erweist sich als schlichte Verengung des für die Strafgerichte erkennbaren Sachverhalts, diesen Umstand als revisionsbegründenden, fachlich-gutachterlichen Fehler im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB zu qualifizieren (oben E. 4.4.3) - dass der Erstgutachter das Gericht nicht noch ausdrücklich auf Konsequenzen einer sich möglicherweise nicht realisierenden Erwartung ( *ich hoffe aber, ich habe das Gefühl, ich traue ihm zu*) aufmerksam machte, dass sich dies nämlich negativ auf die Legalprognose auswirken könnte. Dies war evident.

E.4.6. Ob eine Verwahrung anzuordnen war, blieb als Rechtsfrage den Strafgerichten überantwortet. Insofern in der Nichtanordnung der Verwahrung ein Fehlurteil zu erkennen sein sollte, ist diese Entscheidung nicht einer fachfehlerhaften Begutachtung zuzuschreiben.

E.5.

Beschwerdegegenstand bilden die Rückweisung *primär* zur Prüfung der Sache nach Massgabe von Art. 65 Abs. 2 StGB und *eventualiter* zur Prüfung einer stationären Massnahme gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB (scil. Das Gericht ordnet die Verwahrung an, wenn "die Anordnung einer

Massnahme nach Artikel 59 StGB keinen Erfolg verspricht"). Die Anordnung einer nachträglichen stationären Massnahme ist nach dem Wortlaut (Art. 1 StGB) von Art. 65 Abs. 2 StGB im diesbezüglichen Verfahren nicht vorgesehen und lässt sich nicht auf Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB stützen, welche die Verwahrung betrifft. Vielmehr enthält Art. 65 Abs. 1 StGB die massgebenden Bestimmungen zur Anordnung einer nachträglichen stationären Massnahme. Danach ist das Gericht zur Anordnung einer nachträglichen stationären Massnahme zuständig, das die Strafe ausgesprochen hat. Es stellt sich die Frage, ob für Art. 65 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 2 StGB dasselbe Verfahren anwendbar ist, nachdem nur die letztgenannte Bestimmung auf die Regeln der Wiederaufnahme verweist, während Art. 65 Abs. 1 StGB das Gericht, das die Strafe ausgesprochen hat, für zuständig erklärt (wobei nach MARIANNE HEER die Bestimmungen von Art. 65 Abs. 1 und Abs. 2 StGB theoretisch denselben prozessualen Anforderungen unterstehen müssten [in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 11 zu Art. 65 StGB]). Die Vorinstanz setzt sich mit der Frage, welche Bestimmungen und welches Verfahren auf die Anordnung einer nachträglichen stationären Massnahme gelten, in ihrem Beschluss nicht auseinander. Sie stellt bloss fest, der Erstgutachter habe eine therapeutische Massnahme als nicht indiziert erachtet (Beschluss Ziff. 19.2.3). **Selbst in dieser gegebenenfalls nach Art. 65 Abs. 1 StGB zu prüfenden Eventualität, die von der Vorinstanz im Beschluss nicht thematisiert wurde, gelten jedenfalls hinsichtlich der "neuen Tatsache oder des neuen Beweismittels" grundsätzlich die Voraussetzungen wie für die nachträgliche Verwahrung (BGE 145 IV 383 E. 2.3 S. 399 zu Art. 65 Abs. 1 StGB).** Dabei kann offen bleiben, ob die Vorinstanz im Revisionsverfahren eine stationäre nachträgliche Massnahme thematisieren durfte. Da die Voraussetzungen einer neuen Tatsache oder eines neuen Beweismittels jedenfalls nicht erfüllt sind (vgl. oben E. 4.3 bis E. 4.5), weder hinsichtlich einer Verwahrung noch hinsichtlich einer stationären Massnahme, erweist sich der vorinstanzliche Beschluss auch vor diesem Hintergrund als bundesrechtswidrig und ist aufzuheben.