

## 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\_1076/2021 vom 28.10.2021

### Regeste

#### **Nachträgliche Verwahrung nach Aufhebung einer stationären Massnahme gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB**

**Vorliegend hatte der Beschwerdeführer zwar Anlasstaten im unteren Spektrum denkbarer Straftaten gegen die sexuelle Integrität von Kindern begangen. Das Bundesgericht erachtete jedoch die nachträgliche Umwandlung in eine Verwahrung als rechters. Neben den Anlasstaten fallen vorliegend indessen prognostisch das Vorleben mit bereits mehrfachen einschlägigen Verurteilungen und insbesondere das Verhalten während der rund zehnjährigen Massnahmendauer, in der sämtliche therapeutischen Bemühungen mit zahlreichen Vollzugslockerungen und Institutionswechseln an seinem Widerstand gegen eine delikts- und störungszentrierte Therapie scheiterten, sehr wesentlich ins Gewicht. Der Beschwerdeführer steht heute mit den drei forensisch-psychiatrischen, tatkausalen Diagnosen der sexuellen Devianz, der Persönlichkeits- und der Abhängigkeitsproblematik unbehandelt mit der Qualifikation der Untherapierbarkeit da. Entscheidend wirkt sich aus, dass die sexuelle Devianz bzw. die pädophile Ansprechbarkeit die vorherrschende Ursache der Delinquenz darstellt. Eine fehlende Tataufarbeitung gilt allgemein als prognoserelevant. Ohne Tataufarbeitung und Einsicht ist eine Verhaltensänderung grundsätzlich nicht zu erwarten.**

Aus den Erwägungen:

E.2.3.3. Bei Art. 62c Abs. 4 StGB handelt es sich um die Substitution einer stationären Massnahme durch eine Verwahrung, d.h. um eine Anpassung der früheren Massnahme an eine spätere Entwicklung hinsichtlich des Geisteszustands des Täters oder neuer Behandlungserkenntnisse. Wird die stationäre Massnahme aufgrund von festgestellter Aussichtslosigkeit aufgehoben, kann der therapeutische Zweck nicht weiterverfolgt werden. Stattdessen tritt der Sicherungsgedanke stärker in den Vordergrund (BGE 145 IV 167 E. 1.8; zur Publikation bestimmtes Urteil 6B\_544/2021 vom 23. August 2021 E. 3.3.2).

(...)

E.2.5. Die Anordnung einer Massnahme impliziert spätere Anpassungen im Verlaufe des Vollzugs (BGE 145 IV 167 E. 1.8).

E.2.5.1. Die nachträgliche Verwahrung im Sinne von Art. 62c Abs. 4 StGB ist von der Variante gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB, d.h. der Substitution einer reinen Strafe durch eine Verwahrung (BGE 144 IV 321 E. 3.1), zu unterscheiden (Urteil 6B\_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 2.3).

**Entgegen dem Beschwerdeführer unterliegt die Massnahmenumwandlung gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB nicht den revisionsrechtlichen Regeln** (BGE 145 IV 167 E. 1.7). Neben einem Anlassdelikt im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB bedarf es der hohen Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls und der Untherapierbarkeit der betroffenen Person (MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 40 zu Art. 64 StGB).

Das erste Erfordernis einer Verwahrung ist eine Katalogtat (zur "Generalklausel" vgl. BGE 139 IV 57 E. 1.3.3), durch die der Täter die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte. Sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB) und sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) sind Katalogtaten. Das Gesetz verweist mit dem Kriterium der schweren Beeinträchtigung ausdrücklich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (BGE 139 IV 57 E. 1.3.3), dessen Beachtung Art. 56 Abs. 2 StGB im Massnahmenrecht ganz allgemein vorschreibt (Urteil 6B\_1000/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 3.3).

E.2.5.2. **Nach dem Gesetz ist der Anwendungsbereich von Art. 64 Abs. 1 StGB eröffnet, wenn der Täter die "physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte". Es muss entgegen dem Rechtsstandpunkt des Beschwerdeführers keine schwere Beeinträchtigung auch tatsächlich stattgefunden haben (oben E. 2.1) oder eine Traumatisierung bereits festgestellt worden sein.** Wie die Vorinstanz festhält, war sein Vorgehen mit der Intention einer oralen Befriedigung auf ein Delikt gerichtet, welches zu einer schweren Integritätsbeeinträchtigung bzw. einer Traumatisierung der kindlichen Opfer führen kann (oben E. 2.2.3 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Orale Praktiken mit Kindern gelten als schwerwiegend (Urteil 6B\_715/2014 vom 27. Januar 2015 E. 8.5). Dem 9-jährigen Mädchen, das der Beschwerdeführer im öffentlichen Raum nötigte sich auszuziehen, griff er überdies tatsächlich zwischen die Beine an die Scheide (oben Sachverhalt A). **Der Beschwerdeführer macht appellatorisch geltend, die Vorinstanz begründe nicht, wie die Gefahr einer schwerwiegenden Integritätsbeeinträchtigung bzw. Traumatisierung der Opfer klar zu bejahen sei (oben E. 2.1). Diese Rechtsfrage ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu beurteilen** (Urteil 6B\_353/2016 vom 30. März 2017 E. 4.1.1: "se demander si, selon l'expérience générale de la vie, l'acte en question est propre à entraîner un traumatisme chez la victime"). **Soweit Feststellungen oder Schlüsse nicht auf der beweismässigen Würdigung von vorgebrachten Umständen oder konkreten Anhaltspunkten beruhen, sondern ausschliesslich aufgrund von Erfahrungssätzen getroffen wurden, die sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ableiten, und daher allgemein für gleich gelagerte Fälle Geltung beanspruchen, mithin die Funktion von Normen übernehmen, können sie vom Bundesgericht im Beschwerdeverfahren frei überprüft werden** (BGE 140 III 115 E. 2; Urteil 6B\_1157/2016 vom 28. März 2017 E. 4.2.2).

E.2.5.3. Ausgangspunkt bildet die Rechtstatsache, dass sexuelle Verfehlungen gegenüber Kindern prinzipiell zu den gravierenden Straftaten gehören (Urteil 6B\_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.3.1). Der Beschwerdeführer nötigte die beiden Mädchen in sexueller Absicht, indem er sich als Polizist und damit als Autoritätsperson auswies (vgl. das ihn betreffende Urteil 6B\_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2 auch zu früheren einschlägigen Delikten; BGE 131 IV 107 E. 2.4 zur psychischen Nötigung mittels struktureller Gewalt). Der Beschwerdeführer bagatellisiert sowohl die Anlasstaten wie die Konsequenzen seiner pädosexuellen Handlungen. Die als "plump"

behaupteten Vorgehensweisen (oben E. 2.2.3) sind geeignet, gravierende Folgen zu zeitigen. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, indem sie als Sachgericht die erforderliche Erheblichkeitsschwere durch die Anlassdelikte als erreicht und diese nach der allgemeinen Lebenserfahrung als geeignet beurteilt, auf Seiten der Opfer zu einer schweren Integritätsbeeinträchtigung bzw. Traumatisierung zu führen (Beschluss S. 42).

E.2.5.4. Nicht stichhaltig ist somit der Vorwurf, die Anlassdelikte dürften nicht retrospektiv schwerer eingeordnet werden. Eines der beiden Anlassdelikte war ein Hands-on-Delikt. Der Gutachter stufte zwar einerseits die Gefahr für Hands-off-Delikte als höher ein als Hands-on-Delikte, ging aber im Hinblick auf künftige Straftaten gerade auch von Hands-on-Delikten aus (oben E. 2.2.4). Zur Rückfallgefahr äussert sich die Vorinstanz ausführlich (Beschluss S. 32-43). Auf diese Erwägungen sowie auf das ihn betreffende Urteil 6B\_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.3 ist diesbezüglich zu verweisen. **An der Gefährlichkeit des uneinsichtigen und damit unbelehrbaren Beschwerdeführers hat sich angesichts der verweigerten deliktzentrierten und störungsorientierten Therapien und einer mittlerweile stark verfestigten ablehnenden Haltung nichts geändert.** Das Bundesgericht hat im Urteil 6B\_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.4.2 nicht ausgeschlossen, dass die Therapie, insbesondere unter dem Eindruck der allenfalls drohenden Verwahrung, vom Beschwerdeführer als letzte Chance erkannt werde und sich bei ihm die Behandlungswilligkeit auch hinsichtlich einer stationären Therapie noch einstellen könne. Davon kann aufgrund der zwischenzeitlichen Erfahrungen nicht mehr ausgegangen werden. **Hinzu kommt, dass bei der Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB für die gutachterliche Legalprognose nicht nur den neu zu beurteilenden Anlasstaten, sondern auch den Vorstrafen Rechnung zu tragen ist** (BGE 135 IV 87 E. 2.5; zur Publikation bestimmtes Urteil 6B\_544/2021 vom 23. August 2021 E. 3.6.1; HEER/HABERMEYER, a.a.O., N. 68 zu Art. 64 StGB). Schliesslich kommen sowohl stationäre wie ambulante therapeutische Massnahmen nach dem gutachterlichen Befund nicht mehr in Betracht. Die Vorinstanz bejaht die Bedingung der Unbehandelbarkeit (Urteil 6B\_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.8) unter diesen Umständen zu Recht.

E.2.6. Nach Gesetz und Rechtsprechung darf eine unverhältnismässige Massnahme nicht angeordnet und nicht vollzogen werden. Die Verwahrung darf angesichts der Schwere dieses Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen nicht angeordnet werden, wenn die bestehende Gefährlichkeit auf andere Weise behoben werden kann (BGE 134 IV 121 E. 3.4.4).

E.2.6.1. Die Verwahrung als rein sichernde Massnahme lässt sich nur als "ultima ratio" in restriktiver Anordnung rechtfertigen (Urteil 6B\_82/2021 vom 1. April 2021 E. 4.2.2, nicht publ. in: BGE 147 IV 218), sodass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in besonderem Masse Rechnung zu tragen ist (HEER, a.a.O., N. 40 zu Art. 62c StGB). Grundlage für die Anordnung dieser Massnahme ist überhaupt die Sozialgefährlichkeit des Täters, die sich bereits in der ursprünglichen Anlasstat manifestiert hatte und die - gerade auch angesichts der gescheiterten Therapiebemühungen - ernsthaft erwarten lässt, dass sie zu weiteren schweren Straftaten im Sinne von Art. 62c Abs. 4 StGB führen wird. **Die Anwendbarkeit von Art. 64 StGB beurteilt sich nach den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit; ist die Anordnung der Verwahrung primär nach dem Kriterium der Gefährlichkeit des Täters zu beurteilen, steht dessen künftige Gefährlichkeit und damit die Prognose im Zentrum der Beurteilung** (Urteil 6B\_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.2; HEER/HABERMEYER, a.a.O., N. 6 und 7 zu Art. 64 StGB).

Die Einschränkung von Grundrechten durch die Anordnung einer stationären Massnahme muss verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Das bedeutet, dass sie für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich sein und sich für

die betroffene Person in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweisen muss. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen. Die Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 140 I 2 E. 9.2.2). Das Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 36 BV wird in Art. 56 Abs. 2 StGB massnahmenrechtlich konkretisiert. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlangt, dass die Sicherheitsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen als wechselseitiges Korrektiv gesehen und im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden (BGE 142 IV 105 E. 5.4).

E.2.6.2. Die Verhältnismässigkeit bemisst sich nicht an der Dauer der im Anlassdelikt ausgesprochenen Freiheitsstrafe. Diese Dauer ist wohl zu berücksichtigen. Sie ist aber nicht ausschlaggebend, wenn die Gefährlichkeit des Täters einen Schweregrad erreicht, der die Verwahrung eines durch medizinische Massnahmen nicht erreichbaren Straftäters rechtfertigt (BGE 137 IV 201 E. 1.2). Der heute 42-jährige Beschwerdeführer hatte sich von Juni 2011 bis Februar 2020 in einer stationären therapeutischen Massnahme befunden, allerdings nicht permanent in einer geschlossenen Anstalt, sondern vielmehr grösstenteils in Wohngruppen. Er hatte stunden- und tageweise Freigang und war sogar im primären Arbeitsmarkt beschäftigt. Allerdings scheiterten diese therapeutischen Bemühungen mit Vollzugslockerungen allesamt am Beschwerdeführer. Er musste mit Verfügung vom 12. November 2019 in Sicherheitshaft versetzt werden. Seither konnte keine wirksame Behandlung mehr stattfinden. Seit mindestens dem 19. Juni 2019 verweigert er jegliche Zusammenarbeit mit allen in Frage kommenden behandelnden Personen; er hatte sich bereits früher einer intensiven psychotherapeutischen Beurteilung seiner Delinquenz weitestgehend entzogen (Beschluss S. 49).

E.2.6.3. Die Schwere des Eingriffs ist mit den Sicherheitsbedürfnissen der Allgemeinheit abzuwägen. Es sind folglich die Schwere und Wahrscheinlichkeit des angesichts der mentalen Verfassung des untherapierten Beschwerdeführers erwartbaren sexuellen Kindsmisbrauchs zu gewichten. Wenngleich innerhalb des Spektrums dieser möglichen Straftaten deutlich schwerere Verletzungen als durch die Anlasstaten denkbar sind, wie die Vorinstanz festhält, erweisen sich die zukünftig, wenn auch im Rahmen der Anlasstaten, prognostizierten sexuellen Straftaten - wobei die Entwicklung gutachterlich und ihr folgend vorinstanzlich progredient eingeschätzt wird - als genügend schwer, um eine Verwahrung zu rechtfertigen.

(...)

E.2.6.5. Sexuelle Übergriffe bergen für jedes Kind in allen Fällen ernsthafte Risiken (PHILIPP MAIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N. 2 zu Art. 187 StGB). Die Folgen mögen trotz andauernd hohem Risikostatus durch individuelle Resilienzfaktoren gemildert sein. Solche negativen Folgen werden beim Opfer aber oft erst nach Jahren manifest (vgl. Urteil 6B\_1371/2020 vom 15. September 2021 E. 4.2 und E. 4.5 zweiter Abs. am Ende), können dann aber gravierende und lang anhaltende Wirkungen zeitigen; angesichts der Hochwertigkeit des Rechtsguts besteht aus generalpräventiven Gründen ein eminentes Interesse der Öffentlichkeit, dass sexueller Kindsmissbrauch nicht straflos bleibt (Urteil 6B\_215/2013 vom 27. Januar 2014 E. 2.5.2 ff., Anwendung von Art. 53 StGB verneint).

E.2.7. Zusammengefasst ergibt sich: Dem Beschwerdeführer ist einzuräumen, dass eine Verwahrung gestützt auf Art. 62c Abs. 4 StGB unter dem Gesichtspunkt der geforderten Erheblichkeitsschwelle angesichts der Anlasstaten *als solchen und für sich genommen* (oben Sachverhalt A) zweifelhaft erscheinen könnte (vgl. Urteil 6B\_746/2016 vom 8. Dezember 2016 betr. Art. 62c Abs. 4 StGB mit Verneinung der Rechtserheblichkeit). Neben diesen Anlasstaten

fallen indessen prognostisch das Vorleben mit bereits mehrfachen einschlägigen Verurteilungen (als verlässliches Prognosekriterium, HEER/HABERMEYER, a.a.O., N. 68 zu Art. 64 StGB; vgl. den Beschwerdeführer betreffendes Urteil 6B\_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2 zur Verlängerung der stationären Massnahme) und insbesondere das Verhalten während der rund zehnjährigen Massnahmendauer, in der sämtliche therapeutischen Bemühungen mit zahlreichen Vollzugslockerungen und Institutionswechseln an seinem Widerstand gegen eine delikts- und störungszentrierte Therapie scheiterten, sehr wesentlich ins Gewicht. Der Beschwerdeführer steht heute mit den drei forensisch-psychiatrischen, tatkausalen Diagnosen der sexuellen Devianz, der Persönlichkeits- und der Abhängigkeitsproblematik unbehandelt mit der Qualifikation der Untherapierbarkeit da. Entscheidend wirkt sich aus, dass die sexuelle Devianz bzw. die pädophile Ansprechbarkeit die vorherrschende Ursache der Delinquenz darstellt. Eine fehlende Tataufarbeitung gilt allgemein als prognoserelevant. Ohne Tataufarbeitung und Einsicht ist eine Verhaltensänderung grundsätzlich nicht zu erwarten (Urteil 6B\_715/2014 vom 27. Januar 2015 E. 8.5). Die Einsichtslosigkeit indiziert eine andauernde gefährliche Grundhaltung (Urteil 6B\_961/2009 vom 19. Januar 2010 E. 2.2.2).

Ob die zur Gefährlichkeit gutachterlich erarbeiteten Befundtatsachen oder Risiken als gefährlich im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB zu werten sind, ist normativer Natur und damit in die Beurteilungskompetenz des Gerichts gestellt, das die Risikoanalyse in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen hat (HEER/HABERMEYER, a.a.O., N. 64a, 67 zu Art. 64 StGB; Urteil 6B\_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.2). Auf der Grundlage dieser Gesamtwürdigung kann dem Rechtsstandpunkt des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden und ist eine bundesrechtswidrige vorinstanzliche Entscheidung zu verneinen. Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung (Art. 11 Abs. 1 BV). Das Kindeswohl geniesst Verfassungsrang und gilt als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinne (BGE 146 IV 267 E. 3.3.1 mit Hinweis auf die UNO-Kinderrechtskonvention [KRK; SR 0.107]). Der Schutz der Kinder und Heranwachsenden vor kriminellen Übergriffen und seelischer Kontamination durch das Verbrechen gehört zu den edelsten Aufgaben des Strafrechts (Urteil 6B\_1314/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.8). Nach dem Gutachter Dr. med. B. ist bei Wegfall des strukturierenden Settings nach wie vor von einer hohen Rückfallgefahr auszugehen (vgl. ceteris paribus Urteil 6B\_124/2021 vom 24. März 2021 E. 2 ff. betr. Art. 64a StGB, nicht publiziert in: BGE 147 I 259). Die negative Legalprognose steigt beim Beschwerdeführer langfristig stark und progredient an. Der Freiheitsanspruch des Beschwerdeführers hat, wie die Vorinstanz mit Recht schliesst, hinter das Anliegen der Verhinderung weiterer, das hochwertige Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern - d.h. aber auch der Gewährleistung ihrer ungestörten psychisch-emotionalen Entwicklung (oben E. 2.6.4) - beeinträchtigenden Straftaten zurückzutreten.