
Materialien der «Fachgruppe Reform im Strafwesen»
Documents du «Groupe d'experts Réformes en matière pénale»

Band **12** Volume

Martino Mona/Jonas Weber
(Herausgeber/Éditeurs)

**Sackgasse Verwahrung?
Wege aus dem Dilemma**

**Internement: Dans l'impasse?
Pistes de réflexion pour en sortir**



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	9
<i>Prof. Dr. Jonas Weber, Universität Bern</i>	
Die Wiederaufnahme des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung – Gesetzliche Hürden und ihre Überwindung in der gerichtlichen Praxis	15
<i>Prof. Dr. Gunhild Godenzi, Universität Zürich</i>	
Verwahrungsvollzug in der Justizvollzugsanstalt Pöschwies – Was kennzeichnet verwahrte Straftäter?.....	57
<i>Andreas Naegeli, JVA Pöschwies</i>	
L'exécution de l'internement dans l'Etablissement pénitentiaire fermé de Curabilis.....	61
<i>Christophe Menu, Etablissement fermé Curabilis</i>	
Verwahrungsvollzug aus Sicht der Verwahrten – Vom Umgang mit andauernder (Un-)Sicherheit	71
<i>Dr. Irene Marti und PD Dr. Ueli Hostettler, Universität Bern</i>	
Begründung und Konsequenzen des Abstandsgebots in Deutschland.....	79
<i>Prof. Dr. Jörg Kinzig, Universität Tübingen</i>	
Die Umsetzung des Abstandsgebots am Beispiel der Justizvollzugsanstalt Rosdorf in Niedersachsen.....	95
<i>Regina Weichert-Pleuger, JVA Rosdorf (heute: JVA Sehde)</i>	
Herausforderung des Verwahrungsvollzugs an Personal und Soziale Arbeit – Soziale Arbeit im Verwahrungsvollzug kritisch betrachtet.....	107
<i>Roger Hofer, ZHAW Zürich</i>	

Wege aus der Verwahrung – Was ist die Realität? Was wäre möglich? 115
*Barbara Rohner, Schweizerisches Kompetenzzentrum für den
Justizvollzug (SKJL)*

Den Verwahrungsvollzug neu denken – Stand der Überlegungen im
Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweizer Kantone 121
*Benjamin F. Brägger/Tanja Zangger/Deborah Torriani,
Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweiz*

Die Wiederaufnahme des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung

Gesetzliche Hürden und ihre Überwindung in der gerichtlichen Praxis

GUNHILD GODENZI

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	16
II.	Der Konzeptwechsel im Gesetzgebungsverfahren.....	22
	A. Von einer «umfassenden Form» der nachträglichen Verwahrung... ..	24
	B. ...zu Art. 65 Abs. 2 StGB.....	27
III.	Das Novum im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB in der bundesgerichtlichen Praxis.....	30
	A. Erstbegutachtung im Strafvollzug und die Entdeckung «neuer Tatsachen»	34
	1. Die schwere dissoziale Persönlichkeitsstörung und ihre Diagnose.....	35
	2. Tatsachen versus Bewertungen	37
	3. Unerkennbarkeit der Tatsachen bei unterbliebener Begutachtung im Ausgangsverfahren	39
	B. Das Gutachten als «neues Beweismittel»	45
	1. Die Verschärfung des Rückfallrisikos in Anwendung neuer Analysemethoden.....	47
	2. Das Gutachten als «neues Beweismittel» bei abweichender Bewertung?	49
	3. Nachweis grober Fehler im alten Gutachten	51
	4. Muss der Verurteilte für ein fehlerhaftes Gerichtsgutachten büssen?	53
IV.	Fazit.....	54

I. Einleitung¹

Vischer Daniel (G, ZH): «Herr Bundesrat, [...] Bei der Befragung [...] entstand der Eindruck, diese Bestimmung könne auch dann zur Anwendung gelangen, wenn aufgrund eines neuen psychiatrischen Gutachtens eine neue Gefahr, zurückkonstruiert wird, bezogen auf das alte Gutachten oder auf die Ablehnung der Einholung eines Gutachtens durch das Gericht. Können Sie bestätigen, dass es [...] selbstverständlich nicht zulässig ist, dass das Ermessen des neuen Gutachters einfach gegenüber dem Ermessen des alten Gutachters den Vorrang erhält?»² Blocher Christoph, Bundesrat: «Ich schliesse diese Gefahr nicht aus, aber Sie müssen klar sehen: Entscheiden wird der Richter.»³

Dieser Wortwechsel fand im Jahre 2006 im Nationalrat statt, als über die Einführung der heutigen Regelung einer nachträglichen Anordnung der Verwahrung abzustimmen war, Art. 65 Abs. 2 StGB. Danach «kann das Gericht die Verwahrung nachträglich anordnen», wenn sich «bei einem Verurteilten während des Vollzuges der Freiheitsstrafe aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel [ergibt], dass die Voraussetzungen der Verwahrung gegeben sind und im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte. Zuständigkeit und Verfahren bestimmen sich nach den Regeln, die für die Wiederaufnahme gelten.»

Mit dieser verschachtelten Bestimmung besteht im materiellen Recht die prozessuale Möglichkeit, einen rechtskräftig abgeschlossenen Fall in engen Grenzen im Rahmen eines mehrstufigen Revisionsverfahrens (vgl. Art. 410 ff. StPO) insofern wiederaufzunehmen, als im Nachgang zur Verhängung einer blossen Freiheitsstrafe eine Verwahrung geprüft und allenfalls angeordnet werden kann. Diese «nachträgliche Verwahrung» nach Art. 65 Abs. 2 StGB sei, so wird es gemeinhin gesehen, eine «Revision zu Ungunsten des Verurteilten», und zwar eine solche aufgrund «neuer Tatsachen» oder «neuer Beweismittel».⁴

¹ Durch Fussnoten ergänzte, aktualisierte und teilweise modifizierte Schriftfassung des Vortrags «Wege in die Verwahrung» vom 6.9.2018, dessen Fokus auf der Wiederaufnahme des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung einer Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB gelegen hat. Das auf der Tagung präsentierte Fallbeispiel zum Phänomen der «Erstbegutachtung im Strafvollzug» und der Entdeckung «neuer Tatsachen» (Verfahren «Kadusic», vgl. BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2 sowie die Nachweise in Fn. 6, das in die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB i.V.m. Art. 65 Abs. 1 StGB mündete) wurde in diesem Beitrag aus aktuellem Anlass durch ein Fallbeispiel jüngeren Datums ersetzt, in dem die nachträgliche Anordnung der Verwahrung erfolgt ist (vgl. III.A.1).

² AB 2006 N 227.

³ AB 2006 N 227.

⁴ BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.1.; BGer, Urteil 6B_896/2014 v. 16.12.2015, E. 4.6; vgl. auch BGE 137 IV 59, 66 f.; BGE 144 IV 321, 330 ff.; BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.1 ff.; Bommer Felix, Nachträgliche Verwahrung

Der Anwendungsbereich des Instituts zielt dem Bundesgericht zufolge auf die Erfassung jener «seltenen Fälle, in denen die an sich zulässige Anordnung einer Verwahrung im Strafurteil unterblieben ist und sich der Verurteilte während der Haft als hochgefährlich erweist.»⁵ Für die Verwahrung selber gelten jedoch auch bei nachträglicher Anordnung dieselben materiellen Kriterien wie bei ihrer «primären Anordnung» sogleich mit der Verurteilung wegen des Verwahrungsdeliktens (vgl. Art. 64 Abs. 1 StGB). Denn auf den Stand vor dieser Verurteilung soll das Verfahren durch die Revisionsinstanz bei gewährter Wiederaufnahme zurückversetzt und im wiederaufgenommenen Verfahren «bloss» nachgeholt werden können, was damals «irrtümlich» unterblieben ist. Rechtsunsicherheiten, die nur schon durch die Weite und Wertungsoffenheit der Verwahrungsnorm provoziert werden, kumulieren sich nun seit über 12 Jahren mit erheblichen Unklarheiten zu den Voraussetzungen, unter denen eine Wiederaufnahme des Verfahrens aufgrund «neuer Tatsachen» oder «neuer Beweismittel» möglich sein soll.⁶ Veranschaulichen lässt sich dieses Phänomen an einem

als Revision zulasten des Verurteilten?, Zur Revisibilität von Prognoseentscheidungen, in: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 59 f.; Fingerhuth Thomas, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), ZK StPO, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 410 N 23; Gass Stephan, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), BSK StGB II, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 385 N 85 f.; Heer Marianne, Nachträgliche Verwahrung – ein gesetzgeberischer Irrläufer, AJP 2007, 1033; *dies.*, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), BSK StGB I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 65 N 79 ff.; *dies.*, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 410 N 43; Jositsch Daniel/Ege Gian/Schwarzenegger Christian, Strafrecht II, 9. Aufl., Zürich 2018, 259 f.; Kunz Karl-Ludwig/Stratenwerth Günter, Zum Bericht der Arbeitsgruppe «Verwahrung», ZStrR 2005, 11 ff.; Lehner Christian, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, Eine Auseinandersetzung mit Art. 65 Abs. 1 StGB, Luzern 2015, N 187 f.; Riklin Franz, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, Fragen des Übergangsrechts, AJP 2006, 1481 f.; Roth Robert, in: Roth Robert/Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire Romand CP I, Basel 2009, Art. 65 N 2; Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2017, N 1592; Stratenwerth Günter/Wohlens Wolfgang, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 65 N 2; Trechsel Stefan/Pauen Borer Barbara, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Bern 2017, Art. 65 N 5.

⁵ Vgl. BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.1 m.w.N.

⁶ Das Bundesgericht war mit Verfahren nach Art. 65 Abs. 2 StGB seit Inkrafttreten der Regelung am 1.1.2007 relativ selten befasst. Eine Recherche zum Suchbegriff «Art. 65 Abs. 2 StGB» in der Datenbank des Bundesgerichts fördert 21 Treffer (unpublizierte und amtlich publizierte Entscheide) zu Tage, darunter aber auch Entscheide betreffend die Anordnung oder Weiterführung von Sicherheitshaft und solche, die jeweils denselben Verwahrungskandidaten betrafen. Bis dato sind, soweit ersichtlich, lediglich zwei Fälle zu verzeichnen, in denen die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB erfolgt ist und das Bundesgericht die dagegen gerichtete Beschwerde abgewiesen hat. Sie sind in diesem Beitrag mit aufgegriffen (siehe dazu die

Fall, der unlängst in ein Leiturteil des Bundesgerichts mündete.⁷ Wir beginnen deshalb mit einer kurzen Rückblende:

Am 3. September 2005, dienstagnachmittags, feuerte ein 20-Jähriger in Rüti/ZH aus einem Zimmer im obersten Stock eines Reiheneinfamilienhauses mit einem Armeesturmgewehr 41 Mal auf die Fenster einer Liegenschaft 20

unter III.A.1 und III.B.3 präsentierten Verfahren), wobei hier selektiv ausschliesslich die Anforderungen an ein «Novum» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB näher betrachtet werden.

Vgl. zu Verfahren, in denen Gesuche nach Art. 65 Abs. 2 StGB auf «Erstgutachten» gestützt wurden, die während des Strafvollzugs eingeholt wurden: Verfahren BGE 137 IV 333 ff. (zur Frage der Zulässigkeit von Sicherheitshaft nach Gutheissung des Gesuchs um Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB mit Blick auf ein psychiatrisches Gutachten); Verfahren «Kadusic», das schliesslich in die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme mündete, siehe dazu die Entscheide AppGer BS, Urteil AGE DG.2010.17 v. 6.5.2011, BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012 (Voraussetzungen einer «Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB» bejaht, aber Verweigerung einer direkten Verwahrung ohne Durchführung eines Therapieversuchs), BGer, Urteil 6B_597/2012 v. 28.5.2013 (Abweisung der Beschwerde gegen die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB i.V.m. Art. 65 Abs. 1 StGB), EGMR, Urteil v. 9.1.2018, *Kadusic gegen Schweiz*, Beschwerde Nr. 43977/13 mit Anmerkung Ronc Pascal, fp 2018, 156 ff.; Verfahren «Herr X.», dazu unten III.A.1 und die Entscheide AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018 (nachträgliche Anordnung der Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB), BGer, Urteil 6B_157/2019 v. 11.3.2019 (Abweisung der Beschwerde gegen die nachträgliche Anordnung der Verwahrung); vgl. sodann das Verfahren BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019 zu einem Fall, in dem die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung kumulativ zu einer verhängten lebenslänglichen Freiheitsstrafe erfolgen sollte (Aufhebung des Anordnungsentscheids).

Vgl. zu Verfahren, in denen Gesuche nach Art. 65 Abs. 2 StGB auf «Gegengutachten» zum früheren Gerichtsgutachten gestützt wurden: Verfahren BGE 137 IV 59 = Praxis 100 (2011) Nr. 109, dazu unten III.B.1; Verfahren «Werner K.», dazu unten III.B.3 und die Entscheide OGer ZH, Beschluss SR120006 v. 26.7.2012 (Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens), BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012 (Voraussetzungen einer «Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB» bejaht), OGer ZH, Urteil SB130395 v. 16.7.2014 (nachträgliche Anordnung der Verwahrung), BGer, Urteil 6B_896/2014 v. 16.12.2015 (Abweisung der Beschwerde gegen die nachträgliche Anordnung der Verwahrung); Verfahren BGer, Urteil 1B_95/2017 v. 25.4.2017 (zur Rechtmässigkeit der angeordneten Sicherheitshaft); Verfahren BGer, Urteil 6B_1192/2016 v. 9.11.2017, E. 4 = Praxis 107 (2018) Nr. 99 (Revisionsgrund verneint), diese Erwägung nicht mit publiziert in BGE 143 IV 445 ff.; Verfahren BGer, Urteil 6B_986/2018 v. 22.11.2018, E. 2 (Abweisung der Beschwerde gegen das Nichteintreten auf ein Gesuch nach Art. 65 Abs. 2 StGB); Verfahren gegen den «Rüti-Schützen», dazu BGE 144 IV 321 ff. (Voraussetzungen einer «Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB» verneint) sowie dazu die weiteren Nachweise in Fn. 8.

⁷ BGE 144 IV 321 ff. = BGer, Urteil 6B_714/2018 v. 14.8.2018 mit kritischer Anmerkung Ronc Pascal/van der Stroom Sandra, Neues psychiatrisches Gutachten – Ein potenzieller Revisionsgrund im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB?, fp 2019, 228 ff.

Meter vis-à-vis, nachdem er gesehen hatte, dass sich darin Menschen aufhielten. Zwei Frauen wurden durch Projektil-Splitter verletzt, eine davon lebensgefährlich. Als Motiv soll der Täter angegeben haben, er habe möglichst lange hinter Gitter kommen wollen, um sich ein sorgenfreies Leben zu ermöglichen.

Im März 2007 sprach das Obergericht Zürich das Urteil in dieser Sache: 12 Jahre Freiheitsstrafe wegen mehrfachen versuchten Mordes – und Punkt.⁸ Bereits damals gab es im Richtergerium Diskussionen um eine von der Staatsanwaltschaft beantragte Verwahrung. Da der Verurteilte angesichts des psychiatrischen Gutachtens trotz einer schweren Persönlichkeitsstörung aber nicht als «hochgefährlich» einzustufen sei, rechtfertigte sich eine Verwahrung bei ihm als Ersttäter nicht. Die Staatsanwaltschaft zog das Urteil bis ans Bundesgericht, aber es hielt stand.⁹

Das Ende der Strafhaft fiel auf den 17. Dezember 2017.¹⁰ Vier Tage vor dem Entlassungstermin beantragte die Staatsanwaltschaft die nachträgliche Anordnung der Verwahrung, gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten aus dem Jahre 2015.¹¹ Die Verfahrensleitung am Obergericht Zürich befand, das reiche keinesfalls aus, nicht einmal für Sicherheitshaft. «Neue massgebliche Fakten»,

⁸ Vgl. BGE 134 IV 121 ff. = BGer, Urteil 6B_347/2007 v. 29.11.2007 zum ursprünglichen Sachurteil und zum Verzicht auf die von der Staatsanwaltschaft im Ausgangsverfahren beantragte Anordnung einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB sowie BGer, Urteil 6B_347/2007 v. 29.11.2007, E. 4 zum Verzicht auf die subsidiär beantragte Anordnung einer ambulanten Behandlung nach Art. 63 StGB im Ausgangsverfahren (diese Erwägung nicht mit publiziert in BGE 134 IV 121 ff.). Am 13.12.2017 reichte die Staatsanwaltschaft beim OGer ZH ein Gesuch um nachträgliche Anordnung der Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB ein und beantragte zugleich die Anordnung von Sicherheitshaft (Ende des Strafvollzugs am 17.12.2017). Mit Präsidialverfügung v. 15.12.2017 wurde das Haftanordnungsgesuch der Staatsanwaltschaft abgewiesen. Der Betroffene blieb nach Ablauf der Strafhaft auf Betreiben der Staatsanwaltschaft hin einstweilen weiterhin unter dem Titel einer «fürsorgerischen Unterbringung» in der Strafanstalt inhaftiert, bis das zuständige Zivilgericht intervenierte und die Entlassung auf den 11.1.2018 anordnete. Die von der Staatsanwaltschaft erhobene Beschwerde zum Bundesgericht v. 29.1.2018 gegen die Präsidialverfügung v. 15.12.2017 zur Verweigerung der Anordnung von Sicherheitshaft hat das Bundesgericht gutgeheissen (Haftprüfungsverfahren), vgl. im Einzelnen zu den Abläufen BGer, Urteil 1B_548/2017 v. 29.1.2018, D.-F. (Prozessgeschichte). Das OGer ZH bewilligte am 6.6.2018 die Wiederaufnahme des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB, vgl. OGer ZH, Beschluss SF170005 v. 6.6.2018 und dazu BGE 144 IV 321 = Urteil 6B_714/2018 v. 14.8.2018 (Verneinung der «Voraussetzungen einer Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB»). Das OGer ZH hat in der Folge den «Antrag der Staatsanwaltschaft auf nachträgliche Anordnung einer Verwahrung» abgewiesen und dem Gesuchsgegner eine Genugtuung von CHF 51'000 zugesprochen, vgl. OGer ZH, Beschluss SF180005 v. 19.11.2018.

⁹ Vgl. BGE 134 IV 121 ff.

¹⁰ Vgl. BGer, Urteil 1B_548/2017 v. 29.1.2018, E. (Prozessgeschichte).

¹¹ Vgl. BGer, Urteil 1B_548/2017 v. 29.1.2018, E. 5.2.

die eine Revision begründen könnten, seien nicht ersichtlich.¹² Der Betroffene kam kurz auf freien Fuss,¹³ doch die erste öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts sorgte dafür, dass dieser Zustand nicht lange währte. Es sei angesichts des Gutachtens doch «hinreichend wahrscheinlich», dass das Obergericht die Verwahrung nachträglich anordnen werde. Die ärztliche Diagnose einer Persönlichkeitsstörung des Verurteilten habe sich – schon bezogen auf den damaligen Tat- und Urteilszeitpunkt – ausweislich des neuen Gutachtens verschoben in eine andere Unterkategorie, und auch die «Gefährlichkeitsprognose» habe sich dadurch verschärft. Das seien erhebliche «neue Tatsachen» im revisionsrechtlichen Sinne.¹⁴ Das Verfahren ging zurück «zur unverzüglichen Anordnung von Sicherheitshaft.»¹⁵

Rund fünf Monate später bewilligte das Obergericht Zürich die Wiederaufnahme des ursprünglichen Strafverfahrens.¹⁶ Auf die Beschwerde des Rütis schützen trat das Bundesgericht, nun die strafrechtliche Abteilung, überraschend ein.¹⁷ Es hielt dem Obergericht eine «offensichtliche Verkennung der bundesrechtlichen Revisionsvoraussetzungen» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB vor.¹⁸ Die «nachträgliche Verwahrung in Durchbrechung der Rechtskraft

¹² Vgl. BGer, Urteil 1B_548/2017 v. 29.1.2018, E. 6.1.

¹³ Vgl. BGer, Urteil 1B_548/2017 v. 29.1.2018, E. und F. (Prozessgeschichte).

¹⁴ Vgl. BGer, Urteil 1B_548/2017 v. 29.1.2018, E. 6.

¹⁵ Vgl. BGer, Urteil 1B_548/2017 v. 29.1.2018, E. 3.1 und E. 6.8; vgl. BGE 137 IV 333 ff. zur gesetzlichen Grundlage für die Anordnung und Weiterführung von «Sicherheitshaft» in Verfahren betreffend die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB; Joset Alain/Husmann Markus, Freiheitsentzug jenseits des Rechts – eine Kritik an der «vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft», fp 2016, 165 ff. zu Erscheinungsformen prozessualer Nachverfahren mit kritischer Analyse der gegenwärtigen Rechtslage zu der Frage, ob eine (ausreichende) gesetzliche Grundlage für die Anordnung von Haft im Rahmen des jeweiligen nachträglichen Verfahrens sowie im Rahmen eines Revisionsverfahrens nach Art. 410 ff. StPO besteht.

¹⁶ Vgl. OGer ZH, Beschluss SF170005 v. 6.6.2018.

¹⁷ Der Entscheid des Berufungsgerichts zur Anordnung der Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB gilt als selbständig eröffneter «Zwischenentscheid», gegen den die Strafrechtsbeschwerde zum Bundesgericht grundsätzlich nicht zulässig ist (vgl. Art. 93 Abs. 1 BGG), vgl. zu den Ausnahmen BGE 144 IV 321, 329, 331. Auf Beschwerde eines Verurteilten gegen die Bewilligung der Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 65 Abs. 2 StGB tritt das Bundesgericht deshalb in der Regel nicht ein, vgl. z.B. BGer, Urteil 6B_52/2011 v. 9.3.2011, E. 2: «Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass der vorliegende Zwischenentscheid beim Beschwerdeführer einen nicht wiedergutmachenden Nachteil bewirken könnte, zumal dieser ohne weiteres mit dem Endentscheid bzw. mit dem Entscheid in der Sache angefochten werden kann, der Beschwerdeführer also keiner Rechte verlustig geht und die bundesgerichtliche Überprüfung gewährleistet ist.»; ebenso im Hinblick auf Verfahren um Wiederaufnahme im Rahmen von Art. 65 Abs. 2 StGB auch bereits BGer, Urteil 6B_624/2009 v. 28.7.2009, E. 2; BGer, Urteil 6B_1062/2009 v. 3.11.2010, E. 1.

¹⁸ Vgl. BGE 144 IV 321, 330 f.

des Strafurteils gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB» könne gestützt auf ein neues Gutachten «nur sehr restriktiv» angeordnet werden.¹⁹ Sofern die Anordnung der Verwahrung bereits den Gegenstand des ursprünglichen Strafverfahrens gebildet habe, könne ein neues Gutachten, welches lediglich von den Einschätzungen und Schlussfolgerungen des früheren Gerichtsgutachtens abweiche, «in aller Regel» kein Revisionsgrund sein.²⁰ Der Betroffene wurde aus der Sicherheitshaft entlassen – acht Monate nach dem Ende der ordentlichen Strafhaft; und obwohl die Vollzugsbehörden, die Staatsanwaltschaft und die Gutachterin ihn für «hoch gefährlich» hielten.²¹

Das Hin und Her, dass es in diesem Fall im Umgang mit dem psychiatrischen Gutachten gegeben hat, verweist auf den Dreh- und Angelpunkt aller Verfahren zur nachträglichen Anordnung einer Verwahrung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB. Er liegt in der Frage, inwieweit ein Gutachten, das sich zum Rückfallrisiko des Betroffenen und zu den massgeblichen «Risikofaktoren» aktuell und für den Zeitpunkt der ursprünglichen Verurteilung äussert (vgl. Art. 56 Abs. 1 und 3 StGB), geeignet sein kann, eine Wiederaufnahme des ursprünglichen Verfahrens herbeizuführen. Der jüngste Leitentscheid des Bundesgerichts erweckt den Eindruck, die Hürden lägen enorm hoch. Aussen vor sind aber alle Differenzierungen geblieben, nach denen das Gutachten – als «neue Tatsache» oder «neues Beweismittel» – eben doch Durchschlagskraft entfalten und zum Türöffner für eine nachträgliche Anordnung der Verwahrung werden kann. Sie tragen bei zu einem Zustand der Verwirrung und Unsicherheit. Um diese Differenzierungen soll es in diesem Beitrag gehen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Vorliegen eines «Novums» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB, das den Weg in die nachträgliche Anordnung der Verwahrung eröffnet und ebnet, soll ins Licht gerückt und einer kritischen Betrachtung ausgesetzt werden.

In einem ersten Teil (II.) ist auf die bewegte Entstehungsgeschichte von Art. 65 Abs. 2 StGB zurückzukommen. In Erinnerung zu rufen sind die Spannungen zwischen der kriminalpolitischen Zielsetzung, sozialen Sicherungsinteressen zum Durchbruch zu verhelfen und dem gesetzlichen Korsett, in das dieses Anliegen durch die revisionsrechtliche Einkleidung dieser «nachträglichen Verwahrung» gedrängt worden ist. Mit ihm ist vorgegeben, dass auch Strafgefangene, die im Strafvollzug als hoch gefährlich «erkannt» werden, ohne «Nova»

¹⁹ BGE 144 IV 321, 330.

²⁰ Vgl. BGE 144 IV 321, 330 f. und dazu die Besprechung von Ronc/van der Stroom, (Fn. 7), fp 2019, 228 ff.

²¹ Vgl. zur Presseberichterstattung über das Haftanordnungsverfahren und das Verfahren zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung z.B. Luzerner Zeitung vom 20.2.2018, <https://www.luzernerzeitung.ch/schweiz/strafvollzug-trotz-rueckfallgefahr-psychisch-krank-amokschuetze-laeuft-zweieinhalb-wochen-lang-frei-herum-ld.81860>; NZZ vom 10.12.2018, <https://www.nzz.ch/zuerich/mann-der-in-rueti-mit-sturmgewehr-um-sich-schoss-wird-nicht-verwahrt-ld.1443257> (beide zuletzt besucht am 1.8.2019).

im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB nicht nachträglich verwahrt werden können. Bei dieser Ausgangslage ist von vornherein zu befürchten, dass Anforderungen an diese Nova «notfalls» tief angesetzt werden, um eine für unerlässlich erachtete nachträgliche Anordnung der Verwahrung zu ermöglichen. Der zweite Teil dieses Beitrags (III.) greift Fallbeispiele auf, die neuralgische Punkte der bundesgerichtlichen Praxis zu Tage treten lassen, als Aufhänger für eine Diskussion ausgewählter Streitfragen dienen und zugleich ein Gespür für die Wirkungsweise des angelegten rechtlichen Massstabs in der Verfahrenswirklichkeit vermitteln sollen. Ausser vor bleiben hier die vielschichtigen Fragen zur Konventionskonformität dieser «nachträglichen Verwahrung», insbesondere bei der rückwirkenden Anwendung der Regelung auf sog. «Altfälle». Zum einen wird der EGMR demnächst selber Gelegenheit erhalten, einige Streitpunkte zu klären; zum anderen ist der Meinungsstand dazu im Schrifttum weitgehend aufgearbeitet, darauf sei verwiesen.²²

II. Der Konzeptwechsel im Gesetzgebungsverfahren

Den Ausgangspunkt der heutigen Konzeption dieser «nachträglichen Verwahrung» als «Revision zu Ungunsten des Verurteilten» kann man beim Überraschungserfolg der Initianten des Volksbegehrens für eine lebenslängliche Verwahrung verorten.²³ Am 3. Mai 2000 reichte das Initiativkomitee der Bundeskanzlei 194'390 gültige Unterschriften ein, beinahe doppelt so viele wie es für das Zustandekommen der Initiative brauchte.²⁴ Das seit über 20 Jahren laufende Projekt

²² Vgl. ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 23; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 69 ff. mit den dortigen Nachweisen; Kunz/Stratenwerth (Fn. 4), ZStR 2005, 11 ff.; Riklin (Fn. 4), AJP 2006, 1477 ff.; HK-StGB Stratenwerth/Wohlers (Fn. 4), Art. 65 N 2; Trechsel Stefan, Nachträgliche Sicherungsverwahrung, in: Grafl Christian/Medigovic Ursula (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller, Wien 2004, 201 ff. (zum Verständnis der Praxis des EGMR, deren Tragweite dann aber bezogen auf eine indirekte nachträgliche Verwahrung über die Passerelle der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme zur Behandlung psychischer Störungen untersucht wird). Der Fall «Werner K.» (vgl. unten III.B.3.) ist beim EGMR hängig, vgl. dazu die Besprechung von Merkel Grischa, Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Rahmen der Verfahrenswiederaufnahme nach rechtskräftiger Verurteilung, ZIS 2016, 788 ff.

²³ Volksinitiative für eine «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter», siehe dazu die Dokumentation in Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Geschäft Nr. 01.025.

²⁴ Vgl. Verfügung der Schweizerischen Bundeskanzlei vom 13. Juni 2000, Zustandekommen der Volksinitiative für eine «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter», BBl 2000, 3336. Die erfolgreiche Unterschriftensammlung und spätere Annahme der Initiative wird im Schrifttum mitunter als «direkt-demokratische Antwort» auf den «Mord am Zollikerberg» interpretiert, so Brägger Benjamin F./Graf Marc, Gefährlichkeitsbeurteilung von psychisch kranken Straftätern, Jusletter 27. April 2015.

einer Reform des gesamten Sanktionenrechts²⁵ befand sich seit Dezember 1999 im Stadium der parlamentarischen Beratungen.²⁶ Mit dem Wirbel um den Zuspriech, den die Volksinitiative in Teilen der Bevölkerung erhalten hatte, ergab sich für einige Fachleute aus dem Strafvollzug die Gelegenheit, bei den Parlamentariern eine Klage über ein «ungelöstes praktisches Problem» zu deponieren, das auch de lege ferenda fortbestünde.²⁷ In den Strafanstalten befanden sich einzelne Insassen, die nach der vollständigen Verbüßung ihrer Freiheitsstrafe entlassen werden müssten, obwohl von ihnen schwere «Gewalt- oder Sexualdelikte» zu erwarten seien.²⁸ URBANIOK präziserte, man treffe im Strafvollzug immer wieder auf Fälle, in denen die «Gefährlichkeit des Täters» durch

²⁵ Vgl. Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999, 1979 ff. (zit. Botschaft 1998); siehe dazu die Dokumentation in Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Geschäft Nr. 98.038.

²⁶ Die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, die auf den 1.1.2007 in Kraft trat, erfolgte in zwei Etappen. Erst genehmigte das Parlament am 13.12.2002 die Gesetzesvorlage (BBl 2002, 8240 ff.; dazu die Botschaft 1998, 1979 ff. [Fn. 25]). Dann kam es vor Inkrafttreten dieser Gesetzesfassung zu ihrer «Nachbesserung» durch Parlamentsbeschluss über die Änderung des StGB betreffend Korrekturen am Sanktions- und Strafrecht vom 24.3.2006, BBl 2006, 3557 ff. und Botschaft vom 29. Juni 2005 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003, BBl 2005, 4689 ff. (zit. Botschaft 2005). Das Parlament revidierte also den revidierten StGB-AT, bevor dieser überhaupt in Kraft trat. Parallel zu diesen Nachbesserungen liefen die Arbeiten zur Umsetzung der Verwahrunginitiative an, die später in eine separate Vorlage ausgegliedert wurden, vgl. dazu Botschaft vom 23. November 2005 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 (Umsetzung von Art. 123a der Bundesverfassung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Täter), BBl 2006, 889 ff. (zit. Botschaft 2006). Diese Arbeiten betrafen die erste Revision des revidierten Strafgesetzbuches nach dem 1.1.2007, vgl. zu den Abläufen Riklin (Fn. 4), AJP 2006, 1471 f.; HK-StGB Stratenwerth/Wohlers (Fn. 4), Vor Art. 34 ff. N 1 ff.

²⁷ Vgl. AB 2005 S 1146 ff.

²⁸ Vgl. Botschaft 2005 (Fn. 26), 4713. Gemäss Angaben der NZZ vom 17.6.2011 Nr. 139, S. 158 («Die Gefahr, einen Gefährlichen wieder freizulassen») zum «Fall Werner K.» (vgl. unten III.B.3.), hatte im Jahr 2000 der damalige Leiter des Zürcher AJV, Andreas Werren, in einem vertraulichen Bericht an die Rechtskommission des Nationalrats darauf hingewiesen, dass der Verurteilte hoch «rückfallgefährdet» sei und auch bei weiteren Insassen trotz hohem Rückfallrisiko eine Entlassung nach dem Ende ihrer Freiheitsstrafe bevorstehe; diese Lücke gelte es zu schliessen. Vgl. auch die Berichterstattung aus der Sub-Kommission der Rechtskommission des Nationalrates von Vallander Dorle, Zwischen Täter- und Opferschutz oder: Das Dilemma des Gesetzgebers bei der Regelung der Verwahrung, in: Dittmann Volker/Kuhn André/Maag Renie/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Zwischen Mediation und Lebenslang, Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, Zürich 2002, 210; zur (mutmasslichen) Situation im Zürcher Justizvollzug Urbaniok Frank, Gibt es unbehandelbare Täter?, in: Dittmann Volker/Kuhn André/Maag Renie/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Zwischen Mediation und Lebenslang,

das Gericht nicht erkannt worden sei, mitunter auch bedingt durch mangelhafte, teils grob fehlerhafte Gutachten, auf die das Gericht abgestellt hatte.²⁹ Die Option einer freiheitsentziehenden Therapiemassnahme, die in der Gesetzesvorlage eingeplant war (vgl. Art. 65 Abs. 1 StGB), passe auf die anvisierte Zielgruppe nicht. Die Betroffenen hätten im Strafvollzug ihren Therapieunwillen unter Beweis gestellt oder es existierten keine adäquaten Therapiemöglichkeiten, jedenfalls fehle es an einer realistischen Behandlungsperspektive.³⁰ Zur Schliessung der Sicherheitslücke sei eine Lösung nötig, die in die laufende Revision noch einzubauen wäre: Eine Verwahrung solle an die Stelle der Entlassung treten; «sei es, dass auf der Grundlage neuer Erkenntnisse auch zu einem späteren Zeitpunkt eine Verwahrung angeordnet werden könnte oder, dass für solche Fälle eine erleichterte Revisionsmöglichkeit geschaffen werde.»³¹

Eine solche «Entlassung in die Verwahrung» hatte bis dahin nie auf der Reformagenda gestanden, obwohl Praktiker der Strafverfolgung, der Strafjustiz, des Straf- und Massnahmenvollzugs und Vertreter der Justiz- und Polizeidirektionen in jeder Phase des Gesetzgebungsverfahrens beteiligt waren.³² Trotzdem wurden die Forderungen vom Parlament nun bereitwillig aufgegriffen. Das Eingeständnis, dass es keine passende rechtliche Handhabe gab, Strafgefangene zu reinen Sicherungszwecken über den Entlassungstermin hinaus auf unbestimmte Zeit zu inhaftieren, die rechtskräftig verhängte «Zeitstrafe» also zu akzeptieren wäre, galt angesichts der Stimmung im Volk kriminalpolitisch plötzlich als unerträglich. Man sah Handlungsbedarf.³³ Im Eiltempo wurden Entwürfe für die Einbettung einer nachträglichen Verwahrung in das System der strafrechtlichen Massnahmen erarbeitet. Sie sollten im Verlaufe von vier Jahren allerdings substantielle Veränderungen erfahren.

A. Von einer «umfassenden Form» der nachträglichen Verwahrung...

ROTH legt offen, dass das EJPD bereits im November 2001 auf Ersuchen der Rechtskommission des Nationalrates eine – nirgends publizierte – Urfassung

Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, Zürich 2002, 164 f.; vgl. auch AB 2005 S 1143 (Votum Blocher); AB 2005 S 1146 ff.; Heer (Fn. 4), AJP 2007, 1033.

²⁹ Vgl. Urbaniok (Fn. 28), 164; zu Schwachstellen der Gutachten Möller Arnulf/Urbaniok Frank/Kiesewetter Martin, Forensisch-psychiatrische Gutachten zu den Voraussetzungen des Massnahmenvollzugs nach Art. 43 StGB, Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie 1999, 4 ff. (Auswertung von 51 Gutachten).

³⁰ Vgl. URBANIOK (Fn. 28), 164; siehe auch Möller/Urbaniok/Kiesewetter (Fn. 29), 4 ff.

³¹ Vgl. URBANIOK (Fn. 28), 164 f.

³² Vgl. Botschaft 2005 (Fn. 26), 4693 mit Fn. 3; AB 2006 N 220 (Votum Vischer).

³³ Vgl. Vallander (Fn. 28), 210 ff.

einer «nachträglichen Verwahrung» aufsetzte, die als Bestandteil eines Kompromissvorschlages für Verhandlungen mit den Initianten über einen Rückzug der Volksinitiative gedacht war.³⁴ Danach sollte die nachträgliche Anordnung der Verwahrung offenbar gegenüber jedem Verurteilten möglich sein, dem *zum Zeitpunkt der Entlassung* aus der (für das Verwahrungsdelikt) verhängten reinen Freiheitsstrafe ein erhebliches Rückfallrisiko zugeschrieben wird – ohne weitere Voraussetzungen.³⁵ Aus der Perspektive einer Kriminalpolitik, die eine Dominanz sozialer Sicherungsinteressen unterstellte und der es darum ging, die befürchtete Wiederholungstat zu verhindern, war eine solche Konzeption radikal – aber in sich vollkommen schlüssig. Denn bei dieser Prämisse konnte es auf die Gründe für eine Nicht-Anordnung der Verwahrung im ursprünglichen Urteil gar nicht ankommen; auch nicht darauf, ob eine qualifizierte Rückfallgefahr zuvor bestand, sondern allein auf die Bewertung des aktuellen Zustandes des Betroffenen. Inspirationsquellen für eine solche Regelung fand man im benachbarten Ausland bereits vor.³⁶ In Deutschland drängten einzelne Bundesländer seit 1997 auf die Einführung einer Bestimmung zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung in das Strafgesetzbuch, die in vergleichbarer Weise strukturiert gewesen wäre.³⁷ Als sich abzeichnete, dass diese Gesetzesinitiativen chancenlos waren, verlegten sich einige Bundesländer ab 2001

³⁴ Vgl. CR-CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 2 zu einem Bericht des EJPD mit einem Vorschlag zur Einführung einer nachträglichen Verwahrung im Rahmen eines Projekts «*interne fin de peine*» vom 2. November 2011; vgl. auch AB 2005 S 1148 f., Votum Blocher, wonach eine «umfassende Form der nachträglichen Verwahrung» verworfen worden sei. Die Verfasserin hat die Protokolle und Beilagen der Sitzungen der Rechtskommission des Nationalrates zum Geschäft Nr. 98.038, «StGB, MStG und Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht. Änderung» (Protokolle zu Sitzungen vom 3.1.2000-1.4.2003) eingesehen. Das Bundesamt für Justiz gab Auskunft, der Vorschlag des EJPD mit der «Urfassung» einer «echten nachträglichen Verwahrung» sei wahrscheinlich in diesen Unterlagen mit enthalten, was sich jedoch bei der Durchsicht nicht bestätigte. Weitere Recherchen in anderen Protokollen waren einstweilen nicht möglich, weil sich nicht ausreichend eingrenzen liess, welche Protokolle zu welchem der diversen Geschäfte zu Revisionen des StGB, die damals parallel liefen, sonst noch konkret in Betracht kommen.

³⁵ CR-CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 2; vgl. auch AB 2006 N 227.

³⁶ Vgl. Heer (Fn. 4), AJP 2007, 1033 ff.; Trechsel (Fn. 22), FS Burgstaller, 203.

³⁷ Die Initiative der Länder bezog sich auf die Einführung einer «Nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung» in einem § 66a D-StGB, der lauten sollte: «Ergibt sich während des Vollzugs der verhängten Freiheitsstrafe, dass der Täter für die Allgemeinheit im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB gefährlich ist, so kann das Gericht nachträglich die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn die sonstigen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. § 66 StGB gegeben sind», zitiert nach Rissing-van Saan Ruth/Peglau Jens, in: Lauffhütte Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan Ruth/Tiedemann Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Band 3, 12. Aufl., Berlin 2008, § 66b N 8; vgl. auch BVerfGE 109, 191 (= Urteil 2 BvR 834, 1588/02 v. 10.2.2004, E. 1.); Kinzig Jörg, Als Bundesrecht gescheitert – als Lan-

auf den Erlass von (rückwirkend anwendbaren) «Straftäterunterbringungs-gesetzen» (StrUBG) im Landesrecht, bis das Bundesverfassungsgericht ihnen im Februar 2004 die Gesetzgebungskompetenz dafür absprach.³⁸ Das Urteil wurde als Auftrag zur Schaffung der bundesweiten Bestimmung zur «nachträglichen Sicherungsverwahrung» verstanden, die im selben Jahr in ein insgesamt wucherndes System von Verwahrungsnormen integriert wurde. Sie war aber weder materiell-straftrechtlich noch prozessual wirklich vergleichbar mit der Lösung, die am Ende in der Schweiz herausgekommen ist.³⁹ Dass der deutsche Gesetzgeber bei seinen Aktivitäten potentielle Konflikte mit dem Konventionsrecht zumindest bereichsweise unterschätzt hatte, bewies der Reigen der Urteile des EGMR, der ab 2009 zur *rückwirkenden* Anwendung der verschärften oder neu eingeführten Bestimmungen einsetzte und die (vermeintliche) Neuordnung des Verwahrungsrechts provozierte.⁴⁰

desrecht zulässig?, NJW 2001, 1455 ff. mit Hinweisen; Trechsel (Fn. 22), FS Burgstaller, 203 mit Hinweisen; EGMR, Urteil v. 13.1.2011, *Haidn gegen Deutschland*, Beschwerde Nr. 6587/04 zur rückwirkenden Anwendung des StrUBG des Freistaates Bayern, wobei in jenem Fall schon eine primäre Verwahrung des Beschwerdeführers (mit dem ursprünglichen Sachurteil) rechtlich ausgeschlossen war.

³⁸ Vgl. BVerfGE 109, 191 ff. (= Urteil 2 BvR 834, 1588/02 v. 10.2.2004, E. I.) mit einer Zusammenstellung der Erscheinungsformen einer nachträglichen Anordnung einer Verwahrung im deutschen StGB ab 1933 und einer Übersicht zu den Straftäterunterbringungs-gesetzen der Bundesländer.

³⁹ Vgl. zu den Unterschieden zwischen der ursprünglichen Version einer nachträglichen Anordnung der Verwahrung nach § 66b D-StGB («Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung») und der schweizerischen Konzeption des Art. 65 Abs. 2 StGB Bommer (Fn. 4), 59 f. mit Fn. 15; Heer (Fn. 4), AJP 2007, 1033 ff., BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 66 ff. m.w.N.; vgl. zum Anordnungsverfahren (§ 275a D-StPO) und Paradoxien aus strafrechtsdogmatischer Sicht z.B. von Freier Friedrich Carl, Verfahrensidentität und Prozessgegenstand des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung, ZStW 2008, 273 ff. mit Hinweisen.

⁴⁰ Vgl. grundlegend EGMR, Urteil v. 17. 12. 2009, *M. gegen Deutschland*, Beschwerde Nr. 19359/04 und dazu z.B. Kinzig Jörg, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, NStZ 2010, 233 ff.; vgl. zur Entwicklung der Rechtslage in Deutschland Heer Marianne/Habermeyer Elmar, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), BSK StGB I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 64 N 1 ff. mit Hinweisen; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 66 ff. mit Hinweisen; aus dem deutschen Schrifttum z.B. Boetticher Axel, Zur nachhaltigen Reform der Sicherungsverwahrung, NK 2013, 149 ff. mit kritischen Bemerkungen. Eine aktuelle Übersicht zu den Entscheidungen des EGMR gegen Deutschland betreffend die Anordnung von Sicherungsverwahrung in Nachverfahren findet sich bei Lohse Kai/Jakobs Sebastian, in: Hannich Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, Art. 5 N 14 verbunden mit dem Hinweis, dass sich der EGMR durchweg mit Altfällen zu befassen hatte, in denen eine Rückwirkungsproblematik bestand; in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK sei offen, ob es der EGMR für Neufälle (ohne Rückwirkungsproblematik) als noch ausreichend bewerten würde, wenn sich die Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung der Verwahrung für den Betroffenen vorhersehbar aus den im Verurteilungszeitpunkt geltenden Gesetzen ergebe.

In der Schweiz hingegen versandete die Idee einer nachträglichen Verwahrung vorerst, nachdem die Verhandlungen mit den Initianten gescheitert waren. Die Urfassung des EJPD gelangte nicht einmal mehr in den Nationalrat. Schon in der Rechtskommission hatte sich nach Anhörung einiger Experten die Meinung durchgesetzt, dass sie mit dem Verfassungs- und Konventionsrecht aus diversen Gründen unvereinbar gewesen wäre.⁴¹ Geprüft und *verworfen* hatte die Rechtskommission des Nationalrates aber auch die Zulassung einer Verwahrung mithilfe des *Rechtsmittels der Revision*. Getragen war diese Haltung von der Überlegung, dass die «Gefährlichkeit des Täters» keine «Tatsache» im revisionsrechtlichen Sinne sei und die Setzung des Umschlagspunktes für die Anordnung einer Verwahrung durch die Strafjustiz je nach Zeitgeist und Zusammensetzung des Gerichts variiert. Würde eine Revision auch für Nicht-Tatsachen zugelassen, drohe dem Verurteilten eine beliebige Neubeurteilung.⁴² Als das Parlament am 13. Dezember 2002 die Gesetzesvorlage zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches verabschiedete, war eine nachträgliche Anordnung der Verwahrung kein Thema mehr.

B. ...zu Art. 65 Abs. 2 StGB

Nach der Annahme der Volksinitiative zur lebenslänglichen Verwahrung durch Volk und Stände im Jahre 2004 setzte die Kehrtwende ein. Die «Arbeitsgruppe Verwahrung», die vom EJPD den Auftrag zur gesetzlichen Umsetzung der Initiative erhalten hatte, stellte die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung trotz der ursprünglichen Ablehnung erneut zur Diskussion – betrachtete sie nun aber «der Sache nach» als eine «Revision zu Ungunsten» des Verurteilten.⁴³

⁴¹ Vgl. Botschaft 2005 (Fn. 26), 4714; Bommer (Fn. 4), 59 f.; CR-CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 2, Vallander (Fn. 28), 209 ff.

⁴² Vgl. Vallander (Fn. 28), 210 f.

⁴³ Bericht der «Arbeitsgruppe Verwahrung» zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 betreffend die Umsetzung von Artikel 123a BV über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter und einzelne nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht vom 15.7.2004 (zit. Bericht AG Verwahrung), 36; Vorentwurf der «Arbeitsgruppe Verwahrung» zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 betreffend die Umsetzung von Artikel 123a BV (lebenslängliche Verwahrung) und einzelne nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht vom 15.7.2004 (zit. Vorentwurf AG Verwahrung), 13. Vgl. dazu auch Botschaft 2005 (Fn. 26), 4714; Botschaft 2006 (Fn. 26), 914 f.; Kunz/Stratenwerth (Fn. 4), ZStrR 2005, 11 ff.; CR-CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 2. Diese Sichtweise wurde zu jener Zeit auch in Deutschland vertreten und war als Kritik gegenüber der deutschen Konzeption einer nachträglichen Sicherungsverwahrung gemeint, die der Dogmatik des Wiederaufnahmerechts zuwiderläuft, vgl. z.B. das Minderheitsvotum in BVerfG, Urteil 2 BvR 834/02 v. 10.2. 2004, Absatz Nr. 208; Baltzer Ulrich, Die Sicherung des gefährlichen Gewalttäters, Wiesbaden 2005, 265 ff.; Müller-Metz

Diese sei auch konventionsrechtlich grundsätzlich unter zwei Voraussetzungen zulässig: Es müsse *erstens* eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, welche die *nachträgliche Anordnung* ausdrücklich vorsehe; *zweites* bedürfe es «*neuer Tatsachen und Beweismittel, die belegen, dass die Voraussetzungen für die härtere Sanktion [...] schon im Zeitpunkt des ersten Urteils bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis hatte.*»⁴⁴ Der Regelungsvorschlag, mit dem die «Arbeitsgruppe Verwahrung» aufwartete,⁴⁵ sollte angeblich beide Komponenten «zum Ausdruck bringen»⁴⁶ – was genauer besehen allerdings nicht zutraf. Zwar war die Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung der Verwahrung nun für rechtskräftig verurteilte Strafgefangene reserviert, bei denen sich «während des Vollzuges der Freiheitsstrafe erweist», dass die Voraussetzungen der Verwahrung gegeben sind *und* auch im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben. Das Erfordernis «neuer Tatsachen oder Beweismittel» war jedoch nicht eigens erwähnt; und der Verweis auf die «Regeln, die für die Wiederaufnahme gelten», bezog sich ausschliesslich auf die «Zuständigkeit» des Gerichts, das den Anordnungsentscheid treffen sollte. Es bleibt ein Geheimnis der Arbeitsgruppe, ob ihr mit dieser Bestimmung überhaupt eine «rechte Revision» nach Massgabe der kantonalen Verfahrensvorschriften vorschwebte, die zu jener Zeit noch galten; oder ob die Revisionsinstanz schweizweit einheitlich auf denkbar raschem und einfachem Wege sofort selber für eine Verwahrung des Betroffenen sorgen sollte.

Seine heutige Gestalt erhielt Art. 65 Abs. 2 StGB mit dem Entwurf, den der Bundesrat im Jahre 2005 zusammen mit seiner «Nachbesserungs-Botschaft» vorlegte. Es hiess, der Wortlaut der Bestimmung sei «präzisiert» worden, um «noch deutlicher zu machen, dass die nachträgliche Verwahrung nur bei Vorliegen eines Revisionsgrundes angeordnet werden kann.»⁴⁷ Im Gegensatz zu

Reinhard, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein Irrweg der Kriminalpolitik, NJW 2003, 3173 ff.

⁴⁴ Vgl. Bericht AG Verwahrung (Fn. 43), 24 (Hervorhebung nur hier); siehe dazu insbesondere Kunz/Stratenwerth (Fn. 4), ZStR 2005, 11 ff.; Riklin (Fn. 4), AJP 2006, 1481 f.

⁴⁵ Vgl. Vorentwurf AG Verwahrung (Fn. 43), 13. Art. 65 Abs. 2 VE lautete: «*Erweist sich bei einem Verurteilten während des Vollzuges der Freiheitsstrafe, dass die Voraussetzungen der Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1 oder der lebenslänglichen Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1^{ter} gegeben sind und im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, so kann das Gericht diese Massnahmen nachträglich anordnen. Unter denselben Voraussetzungen kann das Gericht während des Vollzugs der Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1 die lebenslängliche Verwahrung nach Artikel 64 Absatz 1^{ter} anordnen. Die Zuständigkeit bestimmt sich nach den Regeln, die für die Wiederaufnahme gelten.*» Die Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung auch der lebenslänglichen Verwahrung wurde später fallen gelassen, vgl. zusammenfassend Botschaft 2006, (Fn. 26), 896.

⁴⁶ Vgl. Bericht AG Verwahrung (Fn. 43), 24.

⁴⁷ Botschaft 2005 (Fn. 26), 4714.

den Vorgaben, unter denen die «Arbeitsgruppe Verwahrung» eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Verurteilten für zulässig erklärt hatte, setzte der Bundesrat die Hürden indes höher an: Es bedürfe «neuer Tatsachen und Beweismittel», die belegen, «dass die Voraussetzungen für die härtere Sanktion schon im Zeitpunkt des ersten Urteils bestanden haben, *ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte.*»⁴⁸ Die Botschaft äussert sich weder zu den Hintergründen, die zu diesem Sinneswandel geführt haben, noch zur Auslegung der Passage – wir werden noch sehen, dass ihre Interpretation bis heute einige Schwierigkeiten bereitet.⁴⁹ Erweitert noch um die Vorgabe, auch das *Verfahren* nach den Regeln durchzuführen, die für die Wiederaufnahme gelten, entstand das komplexe Gesamtpaket zur nachträglichen Anordnung einer Verwahrung und ihrer prozessualen Umsetzung.⁵⁰

Die Räte erhoben den Entwurf des Bundesrates unverändert zum Gesetz, nach kontroverser Debatte.⁵¹ In ihr spiegelt sich die ambivalente Erwartungshaltung wider, die mit der gewählten Konstruktion verbunden war. Die einen betonten, die Hürden für eine nachträgliche Anordnung der Verwahrung seien derart hoch, das kaum jemals mit einer Anwendung zu rechnen sei;⁵² andere mahnten, es sei unerlässlich, die Allgemeinheit vor Tätern zu schützen, die sich im Strafvollzug als hoch gefährlich erweisen – obschon absehbar war, dass sich dieses Anliegen, für das «im Interesse der Sicherheit unseres Landes»⁵³ votiert wurde, nur bei der Entdeckung eines «Novums» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB verwirklichen lässt. Zu Szenarien, die in diesem Spannungsverhältnis Anlass zur einer Wiederaufnahme des Verfahrens geben sollten, erfährt man in den Materialien dann auch kaum etwas.⁵⁴

Verglichen mit dem Anwendungsfeld, das eine Revision zu Ungunsten des Verurteilten schweizweit gesehen bis dahin hatte, stellte die Inkraftsetzung von Art. 65 Abs. 2 StGB auf den 1. Januar 2007 einen markanten Umbruch in Aus-

⁴⁸ Botschaft 2005 (Fn. 26), 4714 (Hervorhebung nur hier).

⁴⁹ Vgl. Bommer (Fn. 4), 59 f. Die Begrenzung kommt der Ansicht von Trechsel Stefan/Summers Sarah J., Human rights in criminal proceedings, Oxford 2005, 401 entgegen, die bereits zur damaligen Zeit für den konventionsrechtlichen Wiederaufnahmevorbehalt nach Art. 4 Abs. 2 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK die Einschränkung hinzusetzten, «that only new facts which could not be known at the first trial can justify a retrial.»

⁵⁰ Die Verschmelzung des Revisionsgrundes mit der Anordnungsmöglichkeit provozierte einige Verwirrung, was von alledem bereits die Revisionsinstanz beurteilen und selber entscheiden solle, vgl. die Klarstellungen in OGer ZH, Beschluss SR120006 v. 26.7.2012, E. 2.2.

⁵¹ Vgl. insbesondere AB 2005 S 1146 ff.; AB 2006 N 148 ff.; AB 2006 N 516 f.

⁵² AB 2005 S 1147 ff.

⁵³ AB 2005 S 1149, Votum Blocher.

⁵⁴ So auch die Kritik von BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 93; vgl. aber unten III.A.

sicht. Nach einer Studie aus dem Jahr 2007, die sich auf erfolgreiche Revisionsgesuche auf eidgenössischer und kantonaler Ebene zwischen 1995 und 2004 erstreckte, wurden in dieser Zeitspanne 237 rechtskräftige Urteile aufgehoben.⁵⁵ Es ging überwiegend um Bagatelldelikte, 67,4% der Verfahren betrafen Strafbefehle.⁵⁶ In 97,5% aller Fälle – also «fast immer» – handelte es sich um eine Revision zu Gunsten des Verurteilten;⁵⁷ neue Tatsachen oder Beweismittel waren der wichtigste Revisionsgrund (83.8% aller Fälle).⁵⁸ Diese Relationen waren rechtlich vorgezeichnet durch die Ausgestaltung der belastenden Revision im damaligen *kantonalen Strafprozessrecht*. Wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel war eine Revision zu Ungunsten der abgeurteilten Person grossmehrheitlich nur bei einem vorgängigen rechtskräftigen Freispruch möglich, auch andere Restriktionen kamen vor.⁵⁹ Umgekehrt verpflichtete der bundesrechtliche Revisionsgrund im StGB (vgl. Art. 397 aStGB, heute noch Art. 385 StGB) die Kantone dazu, eine «Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten» zuzulassen, wenn «erhebliche Tatsachen oder Beweismittel» vorlagen, «die dem Gericht zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren.» Auf diesen Revisionsgrund und diese Konstellation einer Revision waren alle Urteile des Bundesgerichts bezogen, die sich bis 2007 mit der Nova-Qualität eines psychiatrischen Gutachtens befassten. Darauf wird zurückzukommen sein.

III. Das Novum im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB in der bundesgerichtlichen Praxis

Mit der Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts ab dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung im Jahre 2011 hat auch das «Rechtsmittel» der «Revision» eine umfassende Regelung erfahren (Art. 410 ff. StPO). Die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB gilt de lege lata nun als «Sonderfall»⁶⁰ oder «Spezialfall»⁶¹ einer Revision propter nova. Denn sie erfolgt materiell allein nach den Voraussetzungen dieser Be-

⁵⁵ Vgl. Killias/Martin/Gilliéron Gwladys/Dongois Nathalie, *Erreurs judiciaires en Suisse de 1995 à 2004*, Studie im Auftrag des Nationalfonds, Zürich 2007, 18.

⁵⁶ Vgl. Killias/Gilliéron/Dongois (Fn. 55), 64 ff.

⁵⁷ Vgl. Killias/Gilliéron/Dongois (Fn. 55), 18.

⁵⁸ Vgl. Killias/Gilliéron/Dongois (Fn. 55), 35 f.

⁵⁹ Vgl. dazu im Einzelnen Bommer (Fn. 4), 60 ff.; vgl. für eine Zusammenschau Botschaft 2005 (Fn. 26), 4715; Hauser Robert/Schweri Erhard/Hartmann Karl, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Aufl., Basel 2005, § 102 N 53.

⁶⁰ Schmid/Jositsch (Fn. 4), N 1592.

⁶¹ BSK-StGB II Gass (Fn. 4), Art. 385 N 86.

stimmung, prozessual kann sie aber nur im Wege eines mehrstufigen Revisionsverfahrens verwirklicht werden.⁶² Dessen Ausgestaltung und Struktur ergibt sich – anders als bei der «ordentlichen Revision» – erst aus einem ziemlich komplexen um im Einzelnen auch umstrittenen *Zusammenspiel* der in Art. 65 Abs. 2 StGB eigens aufgestellten Kautelen und den allgemeinen strafprozessualen Regeln zur Revision nach Art. 410 ff. StPO.⁶³ Es soll hier nicht darum gehen, dieses Verfahren in all seinen Schritten ausgehend vom Revisionsgesuch bis hin zum etwaigen Erlass eines revidierten Strafurteils nachzuzeichnen, sondern es soll in erster Linie an seine weitgehend konsentrierte Stossrichtung und Angriffsfläche erinnert werden. Konzipiert als Revision zu Ungunsten des Verurteilten aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel ist die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung trotz des absonderlichen Revisionsziels nämlich Grundprinzipien unterworfen, die auch sonst für eine Revision *propter nova* gelten. Sie setzen dem Rechtsmittel Grenzen. So wird eine Durchbrechung der Rechtskraft eines Urteils bei diesem Typus einer Revision im Interesse einer materiell-rechtlichen Urteilsrichtigkeit ausnahmsweise zugunsten der Verwirklichung der materiellen Wahrheit zugelassen.⁶⁴ Relevant sind deshalb nur Mängel in der «tatsächlichen Grundlage» des Urteils, nicht aber Fehler, die lediglich die darauf basierende Urteilsfindung betreffen.⁶⁵ Dementsprechend geht es bei beiden Revisionsgründen – den «neuen Tatsachen» und den «neuen Beweismitteln» – um eine Veränderung der tatsächlichen Grundlage des Urteils,⁶⁶ konkret um eine Hinzufügung oder Elimination

⁶² Vgl. Schmid/Jositsch (Fn. 4), N 1592; Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 4), 212; klar gestellt in BGE 144 IV 321, 327.

⁶³ Vgl. BGE 144 IV 321, 327; Schmid/Jositsch (Fn. 4), N 1592. Art. 65 Abs. 2 StGB provoziert diverse Abweichungen vom ordentlichen Revisionsverfahren, vgl. dazu BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 41 ff. sowie N 91 ff. zur Fragestellung und der begrenzten Kognition des Sachgerichts im wiederaufgenommenen Verfahren; von einer gefestigten Rechtsprechung dazu kann allerdings nicht die Rede sein. Vgl. auch Lehner (Fn. 4), N 425 ff. zu Besonderheiten bei der nachträglichen Anordnung einer stationären Behandlung nach Art. 65 Abs. 1 StGB, sofern diese im Zuge eines Revisionsverfahrens verwirklicht werden soll.

⁶⁴ Vgl. BGE 127 I 133, 137; Bommer (Fn. 4), 62; ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 1; BSK-StGB II Gass (Fn. 4), Art. 385 N 2; Lehner (Fn. 4), N 390; Schmid/Jositsch (Fn. 4), N 1591. Vgl. zu Erscheinungsformen des Fehlurteils und zur Präzisierung der zu abstrakten Umschreibung, dass die Revision der Verwirklichung «materieller Gerechtigkeit» dienen soll Trechsel Stefan, *Gerechtigkeit im Fehlurteil*, ZStrR 2000, 2 ff., allerdings ohne Berücksichtigung von Fehlern betreffend die Anordnung oder Nichtanordnung von strafrechtlichen Massnahmen.

⁶⁵ Vgl. BGE 122 IV 66, 67; BGE 127 I 133, 137; BGE 130 IV 72, 73; BGE 137 IV 59, 68; Lehner (Fn. 4), N 390; Schmid/Jositsch (Fn. 4), N 1591.

⁶⁶ Schmid/Jositsch (Fn. 4), N 1591; vgl. auch BGer, Urteil 6B_791/2014, E. 2.1; BGer, Urteil 6B_413/2016 v. 2.8.2016, E. 1.3; BSK-StGB II Gass (Fn. 4), Art. 385 N 2; ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 1, 61; aus dem älteren Schrifttum Eckert Adam-Claus, *Die Wiederaufnahme des Verfahrens im schweizerischen Strafprozessrecht*,

von Tatsachen;⁶⁷ nicht um deren blosser Bewertung und vor allem nicht um die rechtliche Beurteilung.⁶⁸

Die materiellen Voraussetzungen für eine Bewilligung der Wiederaufnahme des Verfahrens, die aus Art. 65 Abs. 2 StGB und den Grundprinzipien einer Revision *propter nova* hergeleitet werden, bilden gesamthaft gesehen das Nadelöhr, durch das die nachträgliche Anordnung der Verwahrung gefädelt werden muss. Die *Besonderheit* eines Verfahrens um Wiederaufnahme nach Art. 65 Abs. 2 StGB liegt in einer spezifischen Engführung der «Revisionsgründe»: Sie entsteht durch das Erfordernis einer «Nicht-Erkennbarkeit» des Novums, die nach der einschlägigen strafprozessualen Vorschrift bei der «ordentlichen» Revision wegen neuer Tatsachen oder neuer Beweismittel zu Ungunsten des Verurteilten nicht (explizit) vorgesehen ist (vgl. Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO).⁶⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die «Revision zu Ungunsten des Verurteilten im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB» kurz gefasst⁷⁰ an folgende Bedingungen geknüpft: Sie muss sich auf «Tatsachen» oder

Berlin 1974, 48, 50 ff.; Gerspach Dieter, Die Wiederaufnahme des Verfahrens im aargauischen Strafprozess, Zürich 1973, 34 ff., 84; Walder Hans, Die Wiederaufnahme des Verfahrens in Strafsachen nach Art. 397 StGB, insbesondere auf Grund eines neuen Gutachtens, in: Bucher Eugen/Saladin Peter (Hrsg.), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, 341 ff.

⁶⁷ Vgl. Gerspach (Fn. 66), 84.

⁶⁸ Vgl. ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 54; Schmid/Jositsch (Fn. 4), N 1591.

⁶⁹ Vgl. BGE 144 IV 321, 330 und dazu Ronc/van der Stroom (Fn. 7), fp 2019, 228 ff.

⁷⁰ Vgl. zu den Einzelerfordernissen grundlegend BGE 137 IV 59, 66 ff. = Praxis 100 (2011) Nr. 109 E. 5. Bei der Definition der «Neuheit» ist die Praxis des Bundesgerichts genauer besehen schwankend, vgl. BGE 137 IV 59, 66 ff. = Praxis 100 (2011) Nr. 109 E. 5.1.2: «Nach Art. 65 Abs. 2 StGB ist die Tatsache oder das Beweismittel nur neu, wenn der Richter davon keine Kenntnis haben konnte.»; BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.2.2: «Demgegenüber kommt die nachträgliche Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB – restriktiver – ausschliesslich in Betracht aufgrund von Tatsachen oder Beweismitteln, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte», gleichlautend BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.2.2. Vgl. aus neuerer Zeit BGE 144 IV 321, 330 f.: «Die Revision kommt ausschliesslich aufgrund von Tatsachen oder Beweismitteln in Betracht, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte»; BGer, Urteil 6B_986/2018 v. 22.11.2018, E. 2.1: «Le fait ou le moyen de preuve est nouveau seulement si le juge n'a pas pu objectivement en avoir connaissance.» und gleichlautend BGer, Urteil 6B_157/2019 v. 11.3.2019, E. 1.1; BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019, E. 2.1.5: «Une révision au sens de l'art. 65 al. 2 CP n'entre ainsi en considération que si les faits ou moyen de preuve invoqués, d'une part, existaient déjà au moment de la condamnation objet de la demande de révision et, d'autre part, ne pouvaient être connus du tribunal ayant prononcé la condamnation. La formule est ainsi plus restrictive que celle de l'art. 385 CP, respectivement de l'art. 410 CPP, qui n'exige qu'une absence de connaissance effective. L'art. 65 al. 2 CP suppose que le juge n'ait pas pu objectivement connaître le fait ou le moyen de preuve nouveau.»

«Beweismittel» stützen. Diese müssen revisionsrechtlich «neu» sein, durch Art. 65 Abs. 2 StGB aber verschärft zu der Anforderung, dass sie dem früheren Gericht zum Zeitpunkt der Verurteilung nicht bekannt waren *und* nicht bekannt sein *konnten*: «Le fait ou le moyen de preuve est nouveau seulement si le juge n'a pas pu objectivement en avoir connaissance.»⁷¹ Die «Tatsache» muss unstrittig bereits zum Zeitpunkt der ursprünglichen Verurteilung bestanden haben.⁷² Nachträglich eingetretene Umstände wie «Entwicklungen des Täters im Verlaufe des Strafvollzugs (beispielsweise Verweigerung der Therapie, Aggressivität sowie Drohungen mit künftigen Straftaten) können revisionsrechtlich nicht massgebend sein.»⁷³ Das «Beweismittel» wird grundsätzlich demselben Regime wie die Tatsache unterworfen und als Revisionsgrund ausgeschlossen, wenn es erst nach dem zu revidierenden Urteil neu entstanden ist – wobei aber ausgerechnet für den hier interessierenden Fall eines nach Rechtskraft der Verurteilung erstellten psychiatrischen Gutachtens diverse Differenzierungen zugelassen werden. Zusammengenommen soll nach der Diktion des Bundesgerichts eine Wiederaufnahme des Verfahrens zwecks nachträglicher Anordnung der Verwahrung aber im Allgemeinen «ausschliesslich aufgrund von Tatsachen oder Beweismitteln in Betracht [kommen], die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte.»⁷⁴ Unabdingbar ist sodann eine «Erheblichkeit» des Novums, die auf das Tatsachenfundament des angefochtenen Urteils bezogen ist: «les faits et les moyens de preuve nouveaux [...] doivent être propres à ébranler les constatations de fait sur lesquelles se fonde la condamnation et l'état de fait ainsi modifié doit rendre vraisemblable le prononcé d'un internement.»⁷⁵

Um den Erlasszeitpunkt herum wurde prophezeit, die Hürden einer belastenden Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB seien «nahezu unüberwindbar»,⁷⁶

⁷¹ BGer, Urteil 6B_986/2018 v. 22.11.2018, E. 2.1.

⁷² Vgl. BGer, Urteil 6B_1192/2016 v. 9.11.2017, E. 4; Heer (Fn. 4), AJP 2007, 1038 f.; Lehner (Fn. 4), N 403.

⁷³ BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.2.3; vgl. auch BGE 137 IV 59, 68; BGE 144 IV 321, 330; BGer, Urteil 6B_1192/2016 v. 9.11.2017, E. 4; OGer ZH, Beschluss SR120006 v. 26.7.2012, E. 2.2; Heer (Fn. 4), AJP 2007, 1038; differenzierend aber BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 N 43 («Eine Verschlechterung des psychischen Zustands der verurteilten Person nach Rechtskraft des Urteils ist zwar grundsätzlich als nachträgliche Entwicklung unbeachtlich. Allerdings kann diese Situation den Schluss zulassen, dass schon zum Zeitpunkt des früheren Urteils eine Geisteskrankheit vorlag, auf welche Frage im Revisionsverfahren einzutreten ist»); ebenso Lehner (Fn. 4), N 403 f.

⁷⁴ BGE 144 IV 321, 330 f.

⁷⁵ Vgl. BGE 137 IV 59, 66 f.; BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.2.3; BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.2.2; ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 61.

⁷⁶ Vgl. Bommer (Fn. 4), 62.

die Regelung werde wohl «toter Buchstabe» bleiben.⁷⁷ Dass sich die Dinge anders entwickelt haben, hat mit dem Verständnis revisionstauglicher «Nova» zu tun, das sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur nachträglichen Anordnung einer Verwahrung im Wege eines Revisionsverfahrens sukzessive etabliert hat. Operiert wird mit einem weit gefassten Tatsachenbegriff, der an Bewertungen des Gutachters zur Einschätzung der Persönlichkeit des Verurteilten und der Wiederholungsgefahr angeknüpft ist. Hinzu tritt die Übernahme einer revisionsfreundlichen Praxis zur Zulassung eines Gutachtens als «neues Beweismittel», die ursprünglich für eine Revision *zu Gunsten* des Verurteilten gedacht gewesen ist. Flankierend und zum Teil verbunden mit dieser Übertragungstechnik wird das Erfordernis der «Nicht-Erkennbarkeit» des Novums in der gerichtlichen Praxis im Einzelfalle derart bereitwillig bejaht, so dass es seine Limitierungsfunktion weitgehend verliert. Bezogen ist diese Rechtsprechung durchweg auf Verfahren, in denen gestützt auf psychiatrische «Erstgutachten», die erst im Verlaufe des Strafvollzugs eingeholt werden, oder gestützt auf «Gegengutachten» zu einem früheren Gerichtsgutachten dargetan wird, dass die Beurteilung der Rückfallgefahr durch das frühere Gericht aus gewissen Gründen «zu optimistisch» ausgefallen ist; regelmässig spielt dabei eine gegenüber dem Ausgangsverfahren abweichende Einschätzung des psychischen Zustandes des Verurteilten eine Rolle. Kritiker der Einführung einer Regelung zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung, die seinerzeit in der Phase des Gesetzgebungsprozesses eingewendet hatten, kaum ein forensischer Psychiater werde Jahre oder Jahrzehnte später zu der rückwärtsgerichteten «Risikokalkulation» imstande sein, die es für Verfahren nach Art. 65 Abs. 2 StGB braucht,⁷⁸ traf das Aufkommen solcher Gutachten wohl überraschend. Die Konstrukteure dieser «nachträglichen Verwahrung» hingegen hatten diesen Beitrag der forensischen Psychiatrie zur Beseitigung der Rechtskraft des Strafurteils und ihr Vordringen in die Bastion einer *belastenden* Revision notwendigerweise immer schon mit einkalkuliert. An Beispielen sollen nun also einige Fragen zum Anwendungsbereich dieser Revision und ihre Handhabung in der gerichtlichen Praxis diskutiert werden.

A. Erstbegutachtung im Strafvollzug und die Entdeckung «neuer Tatsachen»

Herausgegriffen wird hier ein Szenario, mit dem schon im Gesetzgebungsverfahren ein Bedürfnis für die Zulassung einer nachträglichen Anordnung der Verwahrung gegenüber «reinen Strafgefangenen» ausgewiesen werden sollte: Eine prognostisch ungünstige psychische Störung des Verurteilten tritt erst

⁷⁷ Vgl. Heer (Fn. 4), AJP 2007, 1040.

⁷⁸ AB 2005 S 1147 f.; AB 2006 N 147; AB 2006 N 225 f.

während des Strafvollzugs ans Tageslicht.⁷⁹ Zur Diskussion stand damals das Beispiel einer schizophrenen Paranoia, die nur schubweise zum Vorschein kommt; nichts hatte auf dieses Phänomen im ursprünglichen Verfahren hingewiesen, so dass es selbst vom damaligen Sachverständigen weder beurteilt noch gesehen werden konnte.⁸⁰ In der Verfahrenswirklichkeit hat die Entdeckung «psychischer Störungen» einen anderen Anwendungsbereich. Es geht vor allem um Fälle, in denen ein psychiatrisches Gutachten dem Betroffenen vermeintlich «überraschend» eine schwere Persönlichkeitsstörung und hieran anknüpfend eine hohe Rückfallgefahr bereits für den Tat- und Urteilszeitpunkt attestiert – nachdem sich das Gericht im Ausgangsverfahren trotz Verurteilung wegen eines Verwahrungsdeliktes ohne Einholung eines psychiatrischen Gutachtens in stillem Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft für die Verhängung einer reinen Freiheitsstrafe entschieden hatte.⁸¹

1. Die schwere dissoziale Persönlichkeitsstörung und ihre Diagnose

Das Appellationsgericht des Kantons Waadt verurteilte Herrn X. im Jahre 2011 wegen versuchter vorsätzlicher Tötung, Angriff und qualifizierten einfachen Körperverletzungsdelikten (mit Waffen und gefährlichen Gegenständen) zu einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren. Diverse Vorverurteilungen waren aktenkundig. In Spanien war Herr X. seit 1991 wegen Ausländerdelikten des Landes verwiesen, in Frankreich hatte es in den Jahren 1993-1996 fünf Freiheitsstrafen gegeben, primär wegen Diebstahls und Ausländerdelikten. In der Schweiz war Herr X. bereits im Jahr 2005 wegen Diebstahls, Sachbeschädigung und zudem

⁷⁹ Vgl. auch BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 96; dies. (Fn. 4), AJP 2007, 1037; zur *begünstigenden* Wiederaufnahme mit dem Beispiel einer nachträglichen Entdeckung von Epilepsie des Verurteilten Walder (Fn. 66), 346.

⁸⁰ AB 2005 1147 ff., Voten Schweiger, Berset und Blocher; siehe auch AB 2006 N 227, Votum Blocher («Denken Sie nur an all diese Depressionen usw., wo es Zeiten gibt, wo der Patient diese Erscheinungen nicht zeigt; das wurde auch alles dargelegt. Dann kann ein neues Gutachten – das sind dann neue Erkenntnisse – ergeben, dass das damals bereits vorhanden war und vom damaligen Psychiater weder beurteilt noch gesehen werden konnte; das wäre so ein Fall.»).

⁸¹ Vgl. BGE 137 IV 333, 336 (zur Frage der Zulässigkeit von Sicherheitshaft, über die aber nach Gutheissung des Gesuchs um Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB zu befinden war); BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.3; BGer, Urteil 6B_597/2012 v. 28.5.2013, E. 4; BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019, E. 2 (Aufhebung des Anordnungsentscheids). Zur Unzulässigkeit einer Revision *propter nova* in Fällen, in denen das ursprüngliche Urteil in einem abgekürzten Verfahren ergangen ist vgl. BGE 142 IV 307, 313 f.; BGE 143 IV 122 ff.; BGE 144 IV 121 ff.

noch wegen Raubes mit 6 Jahren «Zuchthaus» bestraft und für 15 Jahre des Landes verwiesen worden.⁸²

Im Strafvollzug kamen in den Jahren 2012-2015 zwei Geldstrafen hinzu, hauptsächlich wegen Körperverletzungs- und Ehrverletzungsdelikten.⁸³ Nach Drohungen gegen Mitgefangene wurde Herr X. zeitweise in die JVA Pöschwies verlegt. Therapieangebote lehnte er beharrlich ab. Auf entsprechende Empfehlung der Vollzugsbehörden hin sondierten die Gerichte die Option einer nachträglichen Anordnung der Verwahrung und veranlassten psychiatrische Begutachtungen. Der Sachverständige Dr. A. diagnostizierte im Jahr 2015 eine paranoide Schizophrenie. Er hatte allerdings einen «psychoanalytischen Ansatz» gewählt und hielt es für irrelevant, dass in der «Krankheits»- und Lebensgeschichte von Herrn X. keinerlei Wahnphänomene nachweisbar waren. Es wurde ein weiteres Gutachten eingeholt, angefertigt von Dr. B. im Jahre 2016, der nun in Verwendung des Diagnosemanuals ICD-10 abweichend vom Erstgutachter eine schwere dissoziale Persönlichkeitsstörung diagnostizierte, die Kriterien einer Schizophrenie jedoch nicht als erfüllt ansah.⁸⁴ Die Störung habe bereits seit der Jugendzeit von Herrn X. und damit auch in den Jahren 2011 und 2005 bestanden. Beide Experten schätzten das Rückfallrisiko bereits für den Zeitpunkt der ursprünglichen Verurteilung übereinstimmend als hoch ein.

Im Juli 2017 brachte die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach Art. 65 Abs. 2 StGB in Gang – Herr X. hatte seine Freiheitsstrafe aus dem Urteil von 2011 zu diesem Zeitpunkt bereits voll verbüsst und befand sich im Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe (Umwandlung nach Nichtbezahlung der Geldstrafen). Gut ein Jahr später, im November 2018, wurde Herr X. nachträglich verwahrt, das revidierte Urteil wurde vom Bundesgericht im März 2019 bestätigt.⁸⁵ Herr X. hatte im Beschwerdeverfahren gerügt, es liege kein «Novum» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB vor. Das Bundesgericht stützte indes die Ansicht der kantonalen Gerichte, die «Diagnose der schweren dissozialen Persönlichkeitsstörung» bzw. das Vorliegen dieser Störung sei eine «neue Tatsache». Sie sei damals schon vorhanden, dem Gericht nicht bekannt gewesen, stehe in Zusammenhang mit den begangenen Taten und sei als Risikofaktor für das Ausmass

⁸² BGer, Urteil 6B_157/2019 v. 11.03.2019 (Prozessgeschichte); AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018.

⁸³ AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018, A. 2.

⁸⁴ AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018, E. 4. Diagnostiziert wurde ausserdem ein «schädlicher Gebrauch» von Alkohol (F10.1), was im Verfahren um Wiederaufnahme nach Art. 65 Abs. 2 StGB und für die Annahme eines «Revisionsgrundes» aber wohl keine entscheidende Rolle gespielt hat.

⁸⁵ BGer, Urteil 6B_157/2019 v. 11.3.2019; AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018. Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung wurde gestützt auf Art. 65 Abs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB (qualifizierte Rückfallgefahr «auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände»).

der «Gefährlichkeit» von Herrn X. von Bedeutung.⁸⁶ Herr X. wehrte sich, die Gerichte hätten es seinerzeit nicht für angebracht gehalten, ein psychiatrisches Gutachten einzuholen, obwohl im Ausgangsverfahren sogar die Frage seiner Schuldfähigkeit erörtert worden sei. Das Bundesgericht parierte, Herr X. zeige nicht auf, was die Richter damals zur Einholung eines Gutachtens hätte veranlassen sollen. Und es könne von Strafgerichten auch nicht verlangt werden, systematisch – und ohne besondere Anzeichen – Gutachten einzuholen, sobald ein Verwahrdelikt abzuurteilen sei.⁸⁷

2. *Tatsachen versus Bewertungen*

Das Bundesgericht bindet, wie sich hier zeigt, den Begriff der «Tatsache» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB akzessorisch an Konzepte der forensischen Psychiatrie und ihre Methoden zur Einschätzung des Rückfallrisikos: «Par faits, on entend les circonstances susceptibles d'être prises en considération dans l'état de fait qui fonde le jugement. La dangerosité d'un condamné ne constitue pas un fait, mais une appréciation basée sur un certain nombre de facteurs de risque, lesquels peuvent être considérés comme des faits.»⁸⁸ In Verfahren nach Art. 65 Abs. 2 StGB steht als «Risikofaktor» die Diagnose einer psychischen Störung im Mittelpunkt. Sie wird als «Tatsache» im Sinne des Revisionsrechts betrachtet, die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung sowie den Ausprägungsgrad der Störung miteingeschlossen. Dies entspricht einem grosszügigen Verständnis von «Tatsachen», wie es seit langem und bis heute bei einer Revision zu *Gunsten* des Verurteilten auszumachen ist (vgl. Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO). Als Beispiel sei hier nur die «Diagnose einer selbstunsicheren und ängstlich vermeidenden Persönlichkeitsstörung» genannt, die dem Verurteilten aufgrund einer nachträglichen erstmaligen ärztlichen Untersuchung gestellt und im Revisionsverfahren bereitwillig als neue «Tatsache» qualifiziert wurde – aber oh-

⁸⁶ Vgl. BGer, Urteil 6B_157/2019 v. 11.3.2019, E. 1.2: «Or, le fait présenté comme nouveau – au sens de l'art. 65 al. 2 1ère phrase CP – par la cour cantonale n'est pas, contrairement à ce que soutient le recourant, sa dangerosité, mais bien l'existence d'un trouble de la personnalité dyssociale sévère. Il s'agit d'un élément de fait, constitutif d'un facteur de risque pertinent pour évaluer la dangerosité de l'intéressé»; AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018, E. 7.3.1: «L'expert avait diagnostiqué un trouble de la personnalité dyssociale sévère, qui était déjà présent à l'époque du jugement du 3 mars 2011 et qui était à mettre en lien avec les actes répréhensibles commis. Ce diagnostic était donc un fait nouveau et sérieux, dont le Tribunal correctionnel n'avait pas connaissance au moment où il avait rendu son jugement».

⁸⁷ BGer, Urteil 6B_157/2019 v. 11.03.2019, E. 1.2.

⁸⁸ BGE 137 IV 59, 66; vgl. auch BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 98; ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 56.

nehin nicht geeignet erschien, eine wesentlich mildere Bestrafung herbeizuführen und damit der Revision des Verurteilten zum Erfolg zu verhelfen.⁸⁹ Bei einer Revision zu *Gunsten* des Verurteilten ist gegen eine derart extensive Interpretation des «Tatsachenerfordernisses» nichts einzuwenden, jedenfalls wenn man es (etwas vereinfachend) aus einer individualrechtlich orientierten Perspektive und fokussiert auf die Interessen des Revisionsführers betrachtet. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten kann dessen Freiheitsrechte nicht verletzen; sie kommt ihm im Gegenteil sogar entgegen, wahrt seine Interessen, solange er selber das Revisionsbegehren stellt. Bei einer *belastenden* Revision ist die Ausgangslage jedoch eine völlig andere. Hier müsste das Tatsachenerfordernis die Schutz- und Filterfunktion behalten, die es im Revisionsrecht an sich unstreitig haben soll: Eine persönliche Würdigung, Meinungsäußerungen und Bewertungen können eine Revision nicht rechtfertigen,⁹⁰ sie sind als Türöffner für eine Wiederaufnahme des Verfahrens ausgeschlossen.

Bei psychiatrischen Diagnosen stellt sich nun aber besonders augenfällig das Problem einer Abgrenzung zwischen Tatsachen und Bewertung. Im Schrifttum wird für die Diagnose als solche die «Tatsachen-Qualität» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB mit bedenkenswerten Argumenten bezweifelt oder verneint.⁹¹ Der diagnostische Prozess ist komplex, je nach Untersucher können die Zuordnungen ein und desselben Störungsbildes schwanken. Selbst das Bundesgericht anerkennt in anderen Zusammenhängen den *Wertungsakt*, sofern etwa zur Struktur des Gutachtens verlangt wird, dass der Befund und die «diagnostische Bewertung» klar voneinander getrennt dargestellt werden.⁹² Jedenfalls der praktisch gewichtigste Fall einer psychischen Störung, die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung, kann schwerlich noch als revisionsrechtliche «Tatsache» betrachtet werden. Denn ob «eine grobe Abweichung von charakterlichen Eigenschaften von einer gedachten Idealnorm»⁹³ besteht, lässt sich nur wertend entscheiden.⁹⁴ Umso mehr noch gilt dies für Einschätzungen des Gutachters zum

⁸⁹ BGer, Urteil 6B_596/2017 v. 5.10.2017, E. 1.4; vgl. auch OGer BE Urteil SK 2013 198 v. 27.11.2013, E. 7 und E. 8 bei der begünstigenden Revision.

⁹⁰ BGE 137 IV 59, 66; BGE 144 IV 321, 331; BSK-StGB II Gass (Fn. 4), Art. 385 N 94; Lehner (Fn. 4), N 391.

⁹¹ Verneinend BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 45; Heer, (Fn. 4), AJP 2007, 1040; Lehner (Fn. 4), N 391, 400, 452; zweifelnd Bommer (Fn. 4), 62; mit Vorbehalten Ronc/van der Stroom, (Fn. 7), fp 2019, 229.

⁹² Siehe BGer, Urteil 6B_232/2011 v. 17.11.2011, E. 2.3.

⁹³ Graf Marc, Fremdanamnese, Die Sicht des forensisch-psychiatrischen Sachverständigen, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Forum Justiz und Psychiatrie, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bern 2016, 60.

⁹⁴ Ebenso schon BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 N 25; Lehner (Fn. 4), N 391.

Schweregrad der Störung, ohne dass sich das Bundesgericht bei diesem «Revisionsfall» unter dem heutigen Strafprozessrecht auf eine (vertiefende) Diskussion dieser Streitpunkte eingelassen hätte.⁹⁵ Revisionsrechtlich dürfte richtigerweise einzig an «neue Tatsachen» angeknüpft werden,⁹⁶ auf die sich die medizinischen Bewertungen abstützen. Diese Tatsachen müssten zudem bereits zum Zeitpunkt der Verurteilung bestanden haben, um prozessual relevant zu sein.⁹⁷ Welche Tatsachen im Verfahren gegen Herrn X. zusätzlich zu dem bereits im Ausgangsverfahren bekannten Tatsachenstoff denn hier ganz konkret noch hinzutreten sein könnten, die derart gewichtig erscheinen, dass nun entgegen der ursprünglichen Einschätzung eine Verwahrung angezeigt sein soll, lässt sich weder den Urteilsgründen des bundesgerichtlichen Entscheides noch dem Urteil der Vorinstanz entnehmen.

3. *Unerkennbarkeit der Tatsachen bei unterbliebener Begutachtung im Ausgangsverfahren*

Sind – in einem enger oder weiter verstandenen Sinne – wirklich einmal «Tatsachen» hervorgekommen, die dem früheren Gericht unbekannt gewesen sind, so wird nun das zusätzliche Erfordernis ihrer «Nicht-Erkennbarkeit» entscheidend. Eine Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB kommt nur in Betracht aufgrund von Tatsachen, «die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte».⁹⁸ Die prima facie uferlosen Möglichkeiten der Strafbehörden, nach Rechtskraft der Verurteilung noch prognostisch ungünstige Nova aus der gesamten Lebensgeschichte des Strafgefangenen «nachzuermitteln», um so eine Wiederaufnahme des Verfah-

⁹⁵ Vgl. BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 45. Im Fall von Herrn X. hat der Gutachter die «Schwere» der Störung weitgehend mit Kriterien begründet, die im Erstprozess längst bekannt gewesen sind, vgl. AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018, E. 7.3.3: «Monsieur X. présente une forme sévère de trouble de la personnalité de type dyssociale ainsi qu'une consommation d'alcool nocive pour la santé. L'expertisé a choisi une modalité d'existence depuis plusieurs années dans plusieurs pays européens dans lesquels il a fait preuve de marginalité sociale, faisant passer ses besoins immédiats au premier plan sans tenir compte des conséquences, avec des confrontations incessantes avec la loi et des incarcérations à répétition suite à des nombreux délits variés, ce qui est habituellement le cas des troubles de la personnalité dyssociale».

⁹⁶ Vgl. BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 45; Lehner (Fn. 4), N 391, 398.

⁹⁷ Vgl. BGer, Urteil 6B_1192/2016, E. 4; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 45; Lehner (Fn. 4), N 403.

⁹⁸ So ausdrücklich BGE 144 IV 321, 330; BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.2.2 (Hervorhebung G.G.); BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019, E. 2.1.5; siehe auch Bommer (Fn. 4), 65 f.; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 67; Ronc/van der Stroom (Fn. 7), fp 2019, 231 f.

rens in die Wege zu leiten, schrumpfen in diesem Revisionsverfahren zusammen auf die Beibringung von «Fakten», die «für das Gericht objektiv unmöglich erkennbar waren.»⁹⁹ Bei der «ordentlichen» belastenden Revision nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO ist diese Begrenzung nicht vorgesehen, jedenfalls nicht ausdrücklich,¹⁰⁰ bei der Festlegung des Anwendungsbereichs von Art. 65 Abs. 2 StGB ist sie hingegen von ganz zentraler Bedeutung: Das Kriterium der «Nichterkenbarkeit» des Novums soll hier sicherstellen, dass Nachlässigkeiten «des Gerichts» bei der Aufklärung und Feststellung entscheidender Tatsachen nicht zu Lasten des Verurteilten im Nachhinein korrigiert werden.¹⁰¹ Ein unsorgfältiges Vorgehen des früheren Gerichts hindert unstreitig die Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Ausgangsverfahrens.¹⁰²

Unklar und umstritten ist aber bis heute, ob es bei dieser Beschränkung der Wiederaufnahmemöglichkeit nun «wortlautgetreu» alleine auf die Perspektive «des Gerichts» ankommen kann und soll. Dem arbeitsteiligen Zusammenwirken der Strafbehörden im Vor- und Hauptverfahren würde dies wohl kaum gerecht, im Gegenteil. In einem Strafverfahrensmodell, das der Staatsanwaltschaft die Aufgabe zuweist, die Akten im Falle der Anklage möglichst schon «spruchreif» an das Gericht zu übermitteln, das Nachbesserungen der Anklage auf Wunsch des Gerichts zulässt und allen Parteien durch Beweisanträge und Rechtsmittel bereits im Ausgangsverfahren das Hinwirken auf ein materiell-rechtlich korrektes Urteil ermöglicht – in einem solchen Modell müssten auch Nachlässigkeiten der Staatsanwaltschaft, ja *der staatlichen Akteure überhaupt*, einer Wiederaufnahme und damit auch der nachträglichen Anordnung der Verwahrung entgegenstehen.¹⁰³ Treffend hat es der EGMR mit Blick auf eine weit

⁹⁹ BGE 144 IV 321, 330; BGE 137 IV 59, 66 (wenn der Richter «objektiv die neue Tatsache oder das neue Beweismittel nicht hat kennen können.»); BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 106; dies., (Fn. 4), AJP 2007, 1037; Ronc/van der Stroom, (Fn. 7), fp 2019, 232.

¹⁰⁰ Vgl. zu konventionsrechtlichen Schranken einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu Ungunsten des Verurteilten Schmoller Kurt, Ne bis in idem und die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, in: Hochmayr Gudrun (Hrsg.), «Ne bis in idem» in Europa, Baden-Baden 2015, 121; Swoboda Sabine, Das Recht der Wiederaufnahme in Europa, HRRS 2009, 190; Trechsel/Summers (Fn. 49), 401; EGMR, Urteil v. 29.7.2008, *Xheraj gegen Albanien*, Beschwerde Nr. 37959/02, §§ 58 ff.; zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 4 Abs. 2 des 7. ZP-EMRK insbesondere EGMR, Urteil v. 24.5.2007, *Radchikov gegen Russland*, Beschwerde Nr. 65582/01, §§ 50, 54 ff.

¹⁰¹ Vgl. Bommer (Fn. 4), 66; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 106; Ronc/van der Stroom, (Fn. 7), fp 2019, 231 f.; Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006, § 12 N 21.

¹⁰² BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 106; dies., (Fn. 4), AJP 2007, 1036 f.; Ronc/van der Stroom, (Fn. 7), fp 2019, 232.

¹⁰³ Ebenso Bommer (Fn. 4), 66; tendenziell auch BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 107; dies., (Fn. 4), AJP 2007, 1037.

gefasste nationale Wiederaufnahmeregelung formuliert und in aller nur wünschenswerten Deutlichkeit klargestellt: «[...] *the mistakes or errors of the state authorities should serve to the benefit of the defendant. In other words, 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.*»¹⁰⁴

Dieser Leitlinie des EGMR ist bei der Auslegung der Anforderungen, die das hiesige Strafprozessrecht an eine belastende Revision stellt, Rechnung zu tragen. Man steht somit vor der Aufgabe, retrospektiv für das ursprüngliche Verfahren die Erkenntnismöglichkeiten der Strafbehörden zu rekonstruieren und festzusetzen, wie weit deren Aufklärungspflicht im konkreten Fall auch und gerade in Bezug auf die Persönlichkeit des Täters und seine gesamte Lebensgeschichte denn konkret reichte.¹⁰⁵ Das mag in einigen Konstellationen noch relativ leicht gelingen. Hat sich das Gericht zum Beispiel über Anzeichen für das Vorliegen von «verwahrungsbegründenden Tatsachen» sehenden Auges hinweggesetzt, indem es einen Antrag auf psychiatrische Begutachtung des Beschuldigten verworfen hat, so soll eine Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB generell ausscheiden.¹⁰⁶ Wenn es einen solchen Antrag jedoch nicht gegeben hat, wird die Beurteilung sehr viel diffuser. Es müssen allgemeine Grundsätze zur Begutachtungspflicht herangezogen werden, die erheblichen Spielraum für eine ergebnisorientierte Handhabung lassen. Richtlinien, wann von den Strafbehörden bei einem Verwahrungsdelikt ein psychiatrisches Gutachten eingeholt werden müsste, existieren nicht.¹⁰⁷ Bei der nachträglichen «Entdeckung» einer psychischen Störung sieht man sich deshalb auch dann wieder auf die Frage verwiesen, ob es bereits im Ausgangsverfahren *konkrete Anhaltspunkte*¹⁰⁸ für die jeweilige Störung gegeben hat,¹⁰⁹ nach denen es sich

¹⁰⁴ Siehe EGMR, Urteil v. 24.5.2007, *Radchikov gegen Russland*, Beschwerde Nr. 65582/01, § 50 zu Art. 6 Abs. 1 EMRK im Rahmen einer Gesamtwürdigung der konkret erfolgten Wiederaufnahme, die nach dem nationalen Recht praktisch keine Schranken kannte, siehe zudem §§ 54 ff. zum Wiederaufnahmevorbehalt nach Art. 4 Abs. 2 des 7. ZP-EMRK, für den diese Begrenzung ebenfalls gelte.

¹⁰⁵ Vgl. Bommer (Fn. 4), 66; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 106; dies., (Fn. 4), AJP 2007, 1036 f.; Ronc/van der Stroom, (Fn. 7), fp 2019, 232; BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019, E. 2.2.

¹⁰⁶ Vgl. Bommer (Fn. 4), 66; CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 38.

¹⁰⁷ BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 56 N 41.

¹⁰⁸ Vgl. BGer, Urteil 6B_186/2011 v. 10.6.2011, E. 2.5 zu geltend gemachten Zweifeln an der Schuldfähigkeit bei Kapitaldelikten.

¹⁰⁹ Vgl. BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019, E. 2.2 (psychische Störungen des Betroffenen waren bereits aus früheren Verfahren und früheren Gutachten bekannt; *Aufhebung* der nachträglichen Anordnung der Verwahrung, allerdings wird in jenem Fall ohnehin eine lebenslängliche Freiheitsstrafe vollzogen).

aufdrängte, in diese Richtung nähere Aufklärung zu betreiben und ein Gutachten zur Klärung der «Massnahmebedürftigkeit» nach Art. 59 ff. StGB einzuholen.¹¹⁰

Wird im Nachhinein eine schwere (dissoziale oder antisoziale) Persönlichkeitsstörung diagnostiziert, so tendiert das Bundesgericht aber dazu, das Erstgericht von einem Vorwurf der Pflichtverletzung zu entlasten. Abgestellt wurde in einem Verfahren zum Beispiel auf die Erklärung eines Sachverständigen, Menschen mit schweren Persönlichkeitsstörungen würden «für den Normalbetrachter oft unauffällig» wirken; «die Störung sei nur für Fachleute bei intensiver Auseinandersetzung mit dem Betroffenen erkennbar.»¹¹¹ Das Bundesgericht befand, unter diesen Umständen sei die Nicht-Einholung eines Gutachtens im Ausgangsverfahren keine Nachlässigkeit des Sachgerichts gewesen, die einer Wiederaufnahme des Verfahrens entgegenstünde.¹¹² Der hier präsentierte Fall von Herrn X. bestätigt diese Linie insofern, als dem Bundesgericht offenbar auch keinerlei Anzeichen ins Auge springen, die bereits nach dem Erkenntnisstand, den das Erstgericht im Ausgangsverfahren hatte, die Anordnung einer Begutachtung notwendig gemacht hätten. Die Vorinstanz hatte sich in ihrem Entscheid mit der durch Art. 65 Abs. 2 StGB an sich vorgegebenen Frage, warum Herr X. denn nicht schon im Ausgangsverfahren begutachtet wurde, soweit ersichtlich übrigens nicht einmal befasst.¹¹³ Als Faustregel kann man wohl festhalten: Bei einer nachträglich attestierten schweren Persönlichkeitsstörung steht die Nicht-Einholung eines Gutachtens im ursprünglichen Verfahren einer Revision nach Art. 65 Abs. 2 StGB bei diesem Massstab kaum jemals entgegen.

Von aussen gesehen kann man sich aber gerade in Fällen, in denen es um die nachträgliche «Entdeckung» einer «schweren Persönlichkeitsstörung» des Strafgefangenen geht, des Eindrucks nicht erwehren, dass die Revision hier entgegen ihrer gesetzlichen Konzeption sehr wohl zur Korrektur von Aufklärungsdefiziten im Ausgangsverfahren verkommt, die den Strafbehörden vorzuwerfen sind und zu Lasten des Verurteilten bereitwillig behoben werden. Denn immerhin definieren sich Persönlichkeitsstörungen nach den Diagnosemanuals, mit denen im Strafverfahren operiert werden soll, bis anhin durch Auffälligkeiten im Erleben, Verhalten und in den Denkmustern des Betroffenen, die

bis in die Adoleszenz zurück verfolgbar sein und sich in verschiedenen Lebensbereichen manifestieren müssen.¹¹⁴ Gerade *schwere* Formen einer anti- oder dissozialen Persönlichkeitsstörung können einem Gericht deshalb kaum völlig verborgen geblieben sein, sofern sie auch noch mit besonderer Gewalttätigkeit einhergehen.¹¹⁵ Nur wenn nach dem Vorleben des Täters und den Tatumständen keine Anhaltspunkte zu Tage lagen, die eine solche Störung vermuten liessen, könnte sich wirklich erst während des Strafvollzugs eine Seite der Persönlichkeit offenbart haben, die zuvor für das urteilende Gericht objektiv unmöglich erkennbar gewesen ist. Derartige Überraschungen kommen in der Realität aber wohl kaum jemals vor.¹¹⁶

Allerdings ergeben sich durch das Konzept der anti- und dissozialen Persönlichkeitsstörung mit seinen an Delinquenz orientierten Diagnosekriterien erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen hartnäckiger Kriminalität und sog. «psychopathologischen» Phänomenen¹¹⁷ sowie bei einer Zuordnung des Störungsbildes zu gesetzlichen Schwerekriterien (Art. 59 Abs. 1, 63 Abs. 1, 64 Abs. 1 lit. b StGB).¹¹⁸ Jedoch müssten diese Probleme ein Gericht doch umso eher dazu anhalten, einen Sachverständigen heranzuziehen und nicht autonom zu unterstellen, es sei – wie das Bundesgericht schon vor Jahrzehnten monierte – «nach den Erfahrungen des Lebens [...] anzunehmen, dass Pfister nach dem Vollzug der Strafe kein weiteres Tötungsdelikt mehr begehen werde.»¹¹⁹ Nebst

¹¹⁰ Vgl. BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.4; BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019, E. 2; dazu auch BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 56 N 41, Art. 65 N 106.

¹¹¹ Vgl. BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.4; AppGer BS, Urteil AGE DG.2010.17 v. 6.5.2011, E. 4.2.2.

¹¹² Vgl. BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.3; AppGer BS, Urteil AGE DG.2010.17 v. 6.5.2011, E. 4.2.2.

¹¹³ Vgl. AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018, E. 7.3.3; mit kritischer Nachfrage hingegen BGE 142 IV 315 für ein abgekürztes Verfahren und die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme.

¹¹⁴ Vgl. Sass Henning/Habermeyer Elmar, Psychopathie und antisoziale Persönlichkeitsstörungen im Spannungsfeld zwischen Pathologie und Dissozialität, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2018, 183.

¹¹⁵ Vgl. Merkel (Fn. 22), ZIS 2016, 788 ff., 793.

¹¹⁶ Vgl. AppGer VD, Urteil Nr. 398 v. 22.11.2018, E. 7.3.3; BGE 137 IV 333 mit Verweis auf die einschlägige Verurteilung wegen versuchten qualifizierten Raubes (Qualifikationsgrund der besonderen Gefährlichkeit) und Körperverletzung; BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.3 und AppGer BS, Urteil AGE DG.2010.17 v. 6.5.2011, E. 4.2.2 zur Wiederaufnahme des Verfahrens in der Sache Kadusic, das schliesslich in die Anordnung einer stationären Massnahme mündete. Die ursprüngliche Verurteilung betraf Taten in den Jahren 2003 und 2004 mit Verhängung einer Freiheitsstrafe von 8 Jahren, unter anderem wegen qualifizierten Raubes, Gefährdung des Lebens, Körperverletzung, Nötigung, Hehlerei und Betäubungsmitteldelikten. Seinen Vater hatte er mit einem Schlagstock geschlagen, seiner Mutter ein Brotmesser an den Hals gehalten, ihr Schnittverletzungen zugefügt und den Eltern mit dem Tode gedroht, falls sie die Polizei benachrichtigen würden. Die Taten fielen in die Probezeit nach einer Vorverurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe im Jahr 2011. Kadusic hatte als 18-jähriger diverse Raubüberfälle begangen und den Opfern noch ihre Adressen abgefordert, um sie von einer Anzeigeerstattung abzuhalten.

¹¹⁷ Vgl. BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 59 N 30c mit Hinweisen; Sass/Habermeyer (Fn. 114), Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2018, 183.

¹¹⁸ Vgl. zu verschiedenen Ansätzen bei der Graduierung der Störung aus forensisch-psychiatrischer Sicht BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 59 N 30c, 30g.

¹¹⁹ Vgl. BGE 101 IV 124, 128.

dem sind gerade (schwere) Persönlichkeitsstörungen sowohl in Begutachtungen als auch im Massnahmen- und Strafvollzug häufig. Der noch nicht sachverständig beratene Richter muss sich zu ihnen als Autodidakt die nötigen Grundkenntnisse verschaffen. Er soll nämlich die «psychopathologischen Anknüpfungstatsachen» von Amts wegen oder auf einen Beweisantrag hin zumindest soweit selbst erfassen, dass er jedenfalls einen Bedarf für eine vertiefende Sachaufklärung mit Sachverständigenhilfe erkennen oder ausschliessen kann. Ist er dazu entgegen den Erwartungen des Rechts faktisch nicht in der Lage, so darf daraus dem Verurteilten kein Nachteil erwachsen.

Schliesslich wäre noch zu bedenken, dass die Verwahrung heutzutage auch gegenüber einem psychisch unauffälligen Täter ausgesprochen werden kann, wenn sich das «Gesamtbild» so weit zu einer ungünstigen Prognose verdichtet, dass ernsthaft mit einem Rückfall zu rechnen ist (Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB). Die Entscheidung, ob eine Verwahrung anzuordnen ist, obliegt zwar dem Gericht. Eine sachverständige Begutachtung ist dabei aber unentbehrlich.¹²⁰ Implizit hat der Gesetzgeber den Richtern damit die Fähigkeit abgesprochen, die Faktoren, auf die sich ihre Prognoseentscheidung stützt, ohne Rückgriff auf eine Begutachtung selber hinreichend verlässlich aufklären und bewerten zu können. Diese Sichtweise müsste dann aber auch bei einer Nicht-Anordnung der Verwahrung und der Stellung einer «günstigen Prognose» trotz Verurteilung wegen eines Verwahrungsdelikttes eingenommen werden; bezogen auf die Prognosegrundlagen ist mit Fehleinschätzungen der Gerichte auch in dieser Konstellation gleichermassen zu rechnen, wenn auf die aufwändige Ausforschung der gesamten Lebensgeschichte und Persönlichkeit des Verurteilten durch den psychiatrischen Sachverständigen bewusst verzichtet wird.

Die Haltung des Bundesgerichts, es könne von Strafgerichten nicht verlangt werden, systematisch – und ohne besondere Anzeichen – psychiatrische Gutachten einzuholen, sobald ein Verwahrungsdelikt abzuurteilen sei, ist vor diesem Hintergrund bei der Prüfung eines Revisionsgrundes im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB kritisch zu hinterfragen.¹²¹ Die Praxis limitiert die Beweisaufnahme über den Täter selbst bei Verwahrungsdeliktten, die nicht eben als «sozialer Unfall» erscheinen, in «vernünftiger Selbstbeschränkung» ohne Richtlinien rein intuitiv, weil nicht jedes Verwahrungsdelikt den Aufwand und – bei Mitwirkungsverweigerung – die Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte des Untersuchten durch eine Begutachtung provozieren soll, oder aus sonstigen nicht offen gelegten Gründen.¹²² Es muss im Einzelfall abgewogen werden, wann überhaupt eine Massnahme in Betracht zu ziehen ist, der Ermessensspielraum

¹²⁰ Vgl. Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 4), 212.

¹²¹ Vgl. BGer, Urteil 6B_157/2019 v. 11.3.2019, E. 1.2.

¹²² Vgl. zur Frage der Erforderlichkeit eines Gutachtens im Hinblick auf die Klärung der Massnahmebedürftigkeit BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 56 N 41; BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 182 N 7 ff.; Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 4), 177 ff.

ist enorm weit und schwer kontrollierbar. Diese Unbestimmtheit der materiell-strafrechtlichen Materie sollte bei einer belastenden Revision aber nicht später dem Verurteilten zum Verhängnis werden, sondern die *Aufklärungspflicht zur Frage der Massnahmebedürftigkeit im Ausgangsverfahren* verschärfen. Fälle, in denen das Gericht im Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft trotz Verurteilung wegen eines Verwahrungsdelikttes von einer Begutachtung abgesehen hat, sollten formal aus dem Anwendungsbereich von Art. 65 Abs. 2 StGB exkludiert werden. Nur wenn «vorsorglich» – und sei es, um eben spätere Nachverfahren offen zu halten – eine psychiatrische Begutachtung mit den dazugehörigen Abklärungsbemühungen veranlasst wurde, lässt sich sagen und nicht bloss spekulieren, es sei «dem Gericht» bzw. den Strafbehörden «objektiv unmöglich» gewesen, die in einem späteren Gutachten noch neu zu Tage geförderten Tatsachen zu erkennen, obwohl diese zur Zeit des ersten Verfahrens bereits vorhanden waren. Damit kommt man dem Szenario nahe, das einst im Gesetzgebungsverfahren geschildert wurde.

B. Das Gutachten als «neues Beweismittel»

Soll ein neues Gutachten als «neues Beweismittel» zu «alten Tatsachen» – das heisst zu solchen, die bereits Gegenstand des früheren Verfahrens waren – für die Revision zugelassen werden, wenn es die Beweisführung eines früheren Gerichtsgutachtens angreift, das zur Grundlage des Urteils erhoben wurde?¹²³

Mit dieser Frage hat sich das Bundesgericht jahrzehntelang ausschliesslich im Kontext einer Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten befasst.¹²⁴ Für

¹²³ Vgl. zu dieser Fragestellung BGer, Urteil 6P.93/2004 und 6S.258/2004 v. 15.11.2004, E. 3.3 und E. 4 bei der begünstigenden Revision; Walder (Fn. 66), 356 bezogen auf die begünstigende Revision; ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 59; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 112 ff.; BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 StPO N 63, 73 ff.; dies., (Fn. 4), AJP 2007, 1037 ff.; Lehner (Fn. 4), N 393 ff.; Ronc/van der Stroom, (Fn. 7), fp 2019, 228 ff.; Schmid/Jositsch (Fn. 4), N 1595, wonach eine Wiederaufnahme z.B. möglich sei, wenn «das neue Beweismittel, auch ein Privatgutachten, die einem früheren Beweismittel zugrunde liegende Tatsachenfeststellung ernsthaft in Frage stellt»; vgl. zur Revisionstauglichkeit von Gutachten aus dem älteren Schrifttum und bezogen auf die begünstigende Wiederaufnahme Eckert (Fn. 66), 56 ff.; Gerspach (Fn. 66), 92 ff.; Walder (Fn. 66), 350 ff.

¹²⁴ Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung BSK Strafrecht II Gass, Art. 385 N 94; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 112 ff. mit Hinweisen; BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 StPO N 63, 73 ff. mit Hinweisen; kritisch zur ursprünglichen Haltung des Bundesgerichts, wonach ein Gutachten praktisch nur unter dem Revisionsgrund der «neuen Tatsache» für eine Revision in Betracht kam Eckert (Fn. 66), 56 ff.; Gerspach (Fn. 66), 98; Walder (Fn. 66), 350 ff., jeweils bezogen auf die begünstigende Revision; vgl. zur früheren Praxis z.B. BGE 73 IV 43; BGE 76 IV 36; BGE 78 IV 51; BGE 92 IV 178; BGE 101 IV 249.

diese Konstellation trat gegenüber einer ursprünglich sehr restriktiven Haltung ausgehend von einem Entscheid im Jahre 2004 eine gewisse Lockerung bei der Zulassung eines neuen Gutachtens als «neues Beweismittel» ein.¹²⁵ Seither ist anerkannt, dass ein (neues) Gutachten zu einer Revision führen kann, «wenn es neue Tatsachen nachweist oder darzutun vermag, dass die tatsächlichen Annahmen im früheren Urteil ungenau oder falsch waren.» Ein neues Gutachten, das lediglich eine von einem früheren Gutachten abweichende Meinung vertritt oder zu einer anderen Würdigung gelangt, stellt indessen nicht bereits einen Revisionsgrund dar. Es muss vielmehr «mit überlegenen Gründen» abweichen und «klare Fehler des früheren Gutachtens aufzeigen, die geeignet sind, die Beweisgrundlage des Urteils zu erschüttern.»¹²⁶ Ob dies der Fall ist, «hängt davon ab, welche Tatsachen direkt oder indirekt in Frage gestellt oder welche neuen Tatsachen bewiesen werden»; dies muss im Einzelfall geprüft werden.¹²⁷

Im Jahre 2010 hatte das Bundesgericht dann erstmals Gelegenheit, den Voraussetzungen einer «Revision zu Ungunsten des Verurteilten» nach Art. 65 Abs. 2 StGB und insbesondere dem Revisionsgrund des «neuen Beweismittels» Konturen zu verleihen. Konfrontiert mit «Prognosegutachten», die gegen ein früheres Gerichtsgutachten aufgeboten wurden, wurde die Praxis, die sich zur Revisionsstauglichkeit eines neuen Gutachtens als «neues Beweismittel» bei der Revision zu Gunsten des Verurteilten allmählich etablierte, in diese «Revision» transferiert.¹²⁸ Das neue Gutachten soll also spiegelbildlich auch zu einer *belastenden* Wiederaufnahme berechtigen, «wenn es festzustellen erlaubt, dass der im ersten Urteil angenommene Sachverhalt falsch oder ungenau war. Ein neues Gutachten, das zu einer unterschiedlichen Würdigung gelangt, stellt indessen nicht bereits einen Revisionsgrund dar. Es muss aus ernsthaften Gründen vom ersten Gutachten abweichen und derart klare Fehler feststellen, dass

¹²⁵ Vgl. BGer, Urteil 6P.93/2004 und 6S.258/2004 v. 15.11.2004, E.2-E.5. Der Revisionsführer hatte im Ausgangsverfahren eine Amnesie vorgetäuscht und wurde unter dem Titel einer stationären Massnahme in die geschlossene Psychiatrie eingesperrt. Er legte die Täuschung offen und rügte gestützt auf ein Privatgutachten im Revisionsverfahren Befundfehler der Sachverständigen. Das Gutachten schien geeignet, die «alte Tatsache» einer vorgetäuschten Amnesie zu beweisen, die das Gericht verworfen hatte. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung BGE 137 IV 59, 66 = Praxis 100 (2011) Nr. 109, E. 5.1.2; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 112 ff.

¹²⁶ Vgl. BGer, Urteil 6P.93/2004 und 6S.258/2004 v. 15.11.2004, E. 4; BGer, Urteil 6S.452/2004 v. 1.10.2005, E. 2.2; BGer, Urteil 6B_539/2008 v. 8.10.2008, E. 1.3; BGer, Urteil 6B_413/2016 v. 2.8.2016, E. 1.3 und 1.4.

¹²⁷ BGer, Urteil 6P.93/2004 und 6S.258/2004 v. 15.11.2004, E. 4; vollständig zitiert auch noch in BGer, Urteil 6S.452/2004 v. 1.10.2005, E. 2.2.

¹²⁸ Grundlegend BGE 137 IV 59, 66 = Praxis 100 (2011) Nr. 109, E. 5.1.2 mit Anmerkung Bommer Felix/Kaufmann Ariane, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2015, 873, 883.

das Fundament des ersten Urteils erschüttert wird [...]»¹²⁹ Beiläufig angefügt war zudem die Erklärung, ein Gutachten könne auch dann als neues Beweismittel betrachtet werden, «wenn es sich auf neue Erkenntnisse stützt oder eine andere Methode anwendet.»¹³⁰ Ausgeblendet blieb in diesem Leiturtel die in früheren Entscheiden zur begünstigenden Revision noch aufzufindende Klarstellung, dass für die Zulassung eines neuen Gutachtens als «neues Beweismittel» mit entscheidend ist, welche Tatsachen in Frage gestellt oder widerlegt werden. Hinzugetreten waren zudem die Aspekte der «neuen Erkenntnisse» und der «Anwendung einer anderen Methode», deren Berücksichtigung bei der begünstigenden Revision in erster Linie auf Feststellungen zum Tatgeschehen bezogen war.¹³¹ Seither ist unsicher, ob eine Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB nur schon deshalb möglich sein soll, weil im neuen Gutachten abweichend vom Gerichtsgutachten in Anwendung neuer Analysemethoden ein erhöhtes Rückfallrisiko ausgewiesen wird. Ausser vor geblieben ist in diesem Übertragungsvorgang zudem die Frage, wie sich der Nachweis «klarer Fehler des früheren Gutachtens», der dem Verurteilten bei der begünstigenden Revision einen Anspruch auf Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens vermitteln sollte, mit dem Erfordernis der Nichterkennbarkeit des Novums verträgt, das für Art. 65 Abs. 2 StGB spezifisch ist.

1. Die Verschärfung des Rückfallrisikos in Anwendung neuer Analysemethoden

Im Jahre 1998 wurde Herr X. wegen mehrfacher schwerer Körperverletzung und Vergewaltigung, begangen an den beiden Töchtern seiner damaligen Partnerin, zu einer Freiheitsstrafe von 11 ½ Jahren verurteilt. Der Entscheid war gestützt auf ein Gutachten ergangen, das die Diagnose einer «leichten depressiven Phase mit somatischen Symptomen, andere besondere Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen beim Erwachsenen mit perversen Zügen und undeut-

¹²⁹ Vgl. BGE 137 IV 59, 66 = Praxis 100 (2011) Nr. 109, E. 5.1.2; BGE 144 IV 321 ff.; BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E.2.2.2; BGer, Urteil 6B_1192/2016 v. 9.11.2017, E. 4; BGer, Urteil 6B_986/2018 v. 22.11.2018, E. 2.2.

¹³⁰ BGE 137 IV 59, 66 = Praxis 100 (2011) Nr. 109, E. 5.1.2 (Hervorhebungen nur hier); siehe auch BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.2; BGer, Urteil 6B_1192/2016 v. 9.11.2017, E. 4; BGer, Urteil 6B_986/2018 v. 22.11.2018, E. 2.2; BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019, E. 2; mit Einschränkungen auch CR-CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 41.

¹³¹ Vgl. für die begünstigende Revision die Beispiele bei Walder (Fn. 66), 356; aus neuerer Zeit KassGer ZH, Urteil AC110004 v. 22.7.2011, fp 2011 Nr. 46 zur Erschütterung gutachterlicher Tatsachenfeststellungen bei biologischen und medizinischen Fragen (HIV-Übertragung und Wirkungsweise des Virus; Nichtzulassung der Revision mangels Widerlegung des früheren Forschungsstandes).

lichen Störungen bei der sexuellen Präferenz» unterbreitet hatte. Zur Einschätzung der Rückfallgefahr war dem Gutachten zu entnehmen, dass Herr X. weder «die öffentliche Sicherheit gefährde noch das Risiko bestehe, dass er andere gefährde», eine Verwahrung sei «nicht nötig». ¹³²

Während der Strafhaft kam ans Licht, dass Herr X. auf seinem Computer rund 3500 Dateien mit harter Pornografie gesammelt hatte, darunter auch Collagen der beiden Mädchen. Verhängt wurde eine 10-monatige Freiheitsstrafe, verbunden mit einer ambulanten Behandlung (2007). Der Gutachter hatte die Diagnose «multiple Störungen der sexuellen Präferenz und eine narzisstische Persönlichkeitsstörung» gestellt, die ursprünglich als «erheblich» eingestufte Rückfallgefahr jedoch relativiert, nachdem Herr X. Therapiegespräche aufgenommen hatte. ¹³³ Die Direktorin der Strafanstalt von Orbe vermeldete 2008 inakzeptable gesellschaftliche Risiken bei einer Entlassung, therapeutische Möglichkeiten seien praktisch nicht vorhanden. ¹³⁴

Im Februar 2009 brachte die Staatsanwaltschaft ein Verfahren zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung in Gang, gestützt auf Gutachten aus den Jahren 2005 und 2009. Das Bundesgericht qualifizierte diese Gutachten als «neue Beweismittel» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB, weil mit ihnen unter Verwendung von Prognoseinstrumenten und «Analysemethoden», die zum Zeitpunkt der Verurteilung von 1998 noch nicht existierten, abweichend vom damaligen Gerichtsgutachten ein «mässiges bis hohes» Rückfallrisiko (50–75%) für gewisse Sexualdelikte ausgewiesen war. Den Gutachten sei zu entnehmen, dass die Faktoren, die bei der Beurteilung der Rückfallgefahr abgehandelt wurden, ¹³⁵ «mehrheitlich bereits im Zeitpunkt der Verurteilung von 1998 bestanden» hatten. ¹³⁶ Das attestierte Rückfallrisiko sei geeignet, die Anordnung einer Verwahrung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB herbeizuführen. ¹³⁷ Demzufolge habe das kantonale Gericht das Revisionsgesuch zu Recht gutgeheissen. ¹³⁸

¹³² BGE 137 IV 59, 68; vgl. zum Nichteintreten auf die Beschwerde gegen die Bewilligung der Wiederaufnahme BGer, Urteil 6B_624/2009 v. 28.7.2009.

¹³³ BGE 137 IV 59, 62.

¹³⁴ BGE 137 IV 59, 62.

¹³⁵ Vgl. BGE 137 IV 59, 68 zu den Risikofaktoren, die in die Risikoanalyse eingestellt wurden (z.B. extreme Schwere der Taten, Wiederholung während einer langen Zeitdauer, das Fehlen echter Schuldgefühle, vorbestehende Verurteilungen).

¹³⁶ BGE 137 IV 59, 68.

¹³⁷ BGE 137 IV 59, 63.

¹³⁸ BGE 137 IV 59, 68. Die Beschwerde des Verurteilten gegen die nachträgliche Anordnung der Verwahrung im wiederaufgenommenen Verfahren wurde dann aber gutgeheissen, vgl. BGE 137 IV 59, 68 ff.

2. Das Gutachten als «neues Beweismittel» bei abweichender Bewertung?

Einem Gutachten die Qualität eines «neuen Beweismittels» zuzusprechen, bloss weil es in Anwendung neuer «Analysemethoden» eine gegenüber dem alten Gutachten ungünstigere Einschätzung des Rückfallrisikos unterbreitet, erschüttert das Verständnis vom Wesen einer Revision und ihrer Korrekturfunktion. Zwar lässt sich bei einem solchen Gutachten noch sagen, es sei für das Gericht im früheren Verfahren «unerkennbar» gewesen, da erst die neue wissenschaftliche Methode die gewonnenen Erkenntnisse ermöglicht hat. ¹³⁹ Als neues «Beweismittel» dürfte das Gutachten aber nur dann betrachtet werden, wenn der Einsatz neuer Methoden auf die Hinzufügung oder Elimination einer Tatsache ausgerichtet ist ¹⁴⁰ und eine Veränderung des Tatsachenfundaments des Urteils bewirken kann. ¹⁴¹ Dies ergibt sich zum einen daraus, dass neue Beweismittel den neuen Tatsachen für die Möglichkeit der Revision nur deshalb gleichgestellt sind, weil sie dazu taugen können, «Tatsachen» nachzuweisen oder zu widerlegen – und zwar solche, die bereits Gegenstand des früheren Verfahrens waren. ¹⁴² Blosser Meinungsäusserungen und Bewertungen sind weder Tatsachen noch Beweismittel. Zum anderen muss das Gutachten eine Erheblichkeitsschwelle passieren, die an eine Erschütterung der *tatsächlichen* Grundlage des Urteils gebunden ist: «les faits et les moyens de preuve nouveaux [...] doivent être propres à ébranler les constatations de fait sur lesquelles se fonde la condamnation et l'état de fait ainsi modifié doit rendre vraisemblable le prononcé d'un internement.» ¹⁴³ Verwendet der Gutachter für seine Beurteilung der Rückfallwahrscheinlichkeit «neue Analysemethoden», so wird damit keine Tatsache in Frage gestellt, bewiesen oder widerlegt – das Tatsachenmaterial, auf das sich die Beurteilung abstützt, bleibt ja völlig unverändert. Und die jeweilige Einschätzung der Rückfallwahrscheinlichkeit, die mit dem neuen Gutachten vorgelegt wird und im alten Gutachten ausgewiesen wurde,

¹³⁹ Ronc/van der Stroom (Fn. 7), fp 2019, 229 ff. gehen davon aus, dass ein neues psychiatrische Gutachten stets aus einer «ex-ante-Perspektive» abzufassen sei, aber verbunden mit der Relativierung, dass es auch dann als neues Beweismittel qualifiziert werden könne, wenn neue Prognoseinstrumente verwendet werden, vgl. Ronc/van der Stroom (Fn. 7), fp 2019, 230 mit Fn. 34.

¹⁴⁰ Vgl. CR CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 41.

¹⁴¹ Vgl. BGer, Urteil 6P.93/2004 v. 15.11.2004, E. 4; Lehner (Fn. 4), N 395; CR CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 34; für die begünstigende Revision KassGer ZH, Urteil AC110004 v. 22.7.2011, fp 2011 Nr. 46.

¹⁴² Vgl. Bommer (Fn. 4), 62 f.; Hauser/Schweri/Hartmann (Fn. 59), § 102 N 18; ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 57; BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 N 50.

¹⁴³ BGE 137 IV 59, 66 f. (Hervorhebung nur hier); vgl. auch BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.2.2.; ebenso CR CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 34 f., 44; ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 57.

ist ebenfalls keine «Tatsache» im revisionsrechtlichen Sinne, die sich «beweisen» oder widerlegen liesse; einerlei, ob sie in einem kategorialen Format (sehr niedrig/niedrig/mässig/hoch/sehr hoch) oder prozentual kommuniziert wird.¹⁴⁴ Sie ist der Inbegriff einer individuellen Würdigung und Bewertung heterogener, mehr oder weniger wertungsöffener Risikofaktoren, die in Anwendung bestimmter Methoden und im Abgleich mit forensisch-psychiatrischem Faktenwissen auch erst als prognostisch relevant identifiziert werden mussten.¹⁴⁵ Die Gesamtbeurteilung dieser Elemente erfordert eine Bezugnahme auf die konkrete Situation der betroffenen Person.¹⁴⁶ Dieser Wertungsakt eines Gutachters verwandelt sich auch durch den Einsatz neuer Methoden im neuen Gutachten oder durch die Aufdeckung methodischer Schwachstellen im alten Gutachten nicht in eine «Tatsache», auf die sich ein neues «Beweismittel» beziehen müsste. Die Übertragung der Risikobeurteilung an einen Sachverständigen, die das Massnahmenrecht vorgibt, kann nicht zur Folge haben, dass sie bei einer belastenden Revision zu einem tauglichen Angriffsziel des Rechtsmittels wird, während sie, vom Gericht alleine vorgenommen, keine Wiederaufnahme rechtfertigen würde.¹⁴⁷

Präsentiert ein neues Gutachten also lediglich eine vom früheren Gerichtsgutachten abweichende Bewertung von «Risikofaktoren», ohne dass zugleich neue Tatsachen zu Tage treten oder – mittels der neuen Methode – alte Tatsachen in Frage gestellt oder widerlegt werden, so kann es keinen Revisionsgrund abgeben.¹⁴⁸ Immerhin ist das Argument «neue Analysemethoden» in Verfahren nach Art. 65 Abs. 2 StGB nach der bisherigen Rechtsprechung nie alleine ausschlaggebend für eine Bewilligung der Wiederaufnahme gewesen. Es traf zusammen mit der Zuschreibung einer anderen oder neuen Diagnose einer psychischen Störung, in die wohl möglich auch neue Befundtatsachen eingeflossen sind.¹⁴⁹ Die Lage bleibt für den Verurteilten aber prekär, weil jedenfalls die psychiatrische Diagnose als solche ebenfalls nur eine tatsächengestützte Bewertung des Gutachters ist und nicht als Anknüpfungspunkt für eine Revision herangezogen werden dürfte. Im Übrigen hat das Bundesgericht inzwischen

¹⁴⁴ Vgl. Bommer (Fn. 4), 62 f.; ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 23; BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 N 74; Lehner (Fn. 4), N 395.

¹⁴⁵ Vgl. Gmür Mario, Gefährlichkeitsprognose, AJP 2004, 1307, 1311 ff.; Müller Peter/Nepodil Norbert, Forensische Psychiatrie, 5. Aufl., Stuttgart 2017, 356.

¹⁴⁶ Vgl. Habermeyer Elmar/Mokros Andreas/Hill Andreas/Lau Steffen/Hachtel Henning/Graf Marc, Möglichkeiten und Grenzen der Forensischen Psychiatrie, fp 2019, 293 ff.; Lehner (Fn. 4), N 395; Müller Peter/Nepodil Norbert, Forensische Psychiatrie, 5. Aufl., Stuttgart 2017, 344 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Bommer (Fn. 4), 63, 67 f.; BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 N 74; Lehner (Fn. 4), N 395.

¹⁴⁸ Eingehend dazu Lehner (Fn. 4), N 395 ff.; vgl. auch CR CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 34, 41.

¹⁴⁹ BGE 137 IV 59; BGer, Urteil 6B_487/2011 v. 30.1.2012, E. 2.3; BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.5.1, 2.5.3.

auch mehrfach angedeutet, dass ein Gutachten bereits dann die Anerkennung als revisionstaugliches «neues Beweismittel» erhalten könnte, wenn der neue Experte bei seiner Risikoanalyse «neue Analysemethoden» respektive neue Prognoseinstrumente eingesetzt habe.¹⁵⁰ Einer beliebigen Neu Beurteilung sämtlicher Massnahmenentscheide, die – wie im Falle von Herrn X. – noch in den 90er Jahren nach den seinerzeit bekannten Methoden abgeurteilt wurden, stünde angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung der Prognoseforschung nichts mehr im Wege. Vielleicht war dies ein Zweckgedanke, der die Deutung des Revisionsgrundes des «neuen Beweismittels» bei der Revision zu Ungunsten des Verurteilten nach Art. 65 Abs. 2 StGB mit beeinflusst hat. Dieser Massstab löst aber Grenzen des Rechtsmittels auf und lässt die Rechtskraft von Strafurteilen auf den Status einer Sistierungsverfügung herabsinken.¹⁵¹

3. Nachweis grober Fehler im alten Gutachten

Das Geschworenengericht des Kantons Zürich verurteilte Werner K. im Frühjahr 1993 wegen Mordes, vorsätzlicher Tötung und weiterer Delikte zu 20 Jahren Zuchthaus.¹⁵² In der Presse war damals von einem der umfangreichsten Prozesse der letzten Jahrzehnte und von «ekelerregenden Taten» die Rede. Die Strafe galt als hoch, denn Herr K. hatte die Taten im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit begangen.¹⁵³ Der Sachverständige hatte Herrn K. wegen dessen Persönlichkeit unter Alkoholeinfluss als gefährlich eingestuft, allerdings auch betont, es sei bereits jedes der Tötungsdelikte für sich ein Hinweis auf die Gefährlichkeit von Herrn K.¹⁵⁴ Von der Anordnung einer Verwahrung sah das Gericht ab in dem Glauben, Herr K. könne nach den damaligen Gepflogenheiten im Verwahrungsvollzug nach spätestens fünf Jahren wieder auf freien Fuss gelangen. Eine lange Freiheitsstrafe erscheine daher besser geeignet, um die Allgemeinheit vor dem hoch gefährlichen Täter zu schützen. Vom forcierten Alkoholzug in der Strafhaft versprach sich das Gericht auch eine Eliminierung des Risikofaktors Alkohol, wobei der Gutachter deutlich gemacht

¹⁵⁰ Vgl. BGer, 6B_1192/2016, Urteil v. 9.11.2017, E. 4; BGer, Urteil 6B_1083/2018 v. 5.6.2019, E. 2.5.2. Siehe zu diesem Kriterium bei der Revision zu *Gunsten* des Verurteilten nach Art. 410 Abs. 1 lit. a BGer, Urteil 6B_658/2012 v. 2.5.2013, E. 1.4.2.

¹⁵¹ Kritisch auch BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 N 74 mit Fn. 241.

¹⁵² Vgl. OGer ZH, Beschluss SR120006 v. 26.7.2012 (Revisionsentscheid); BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012 (zum Revisionsentscheid); OGer ZH, Urteil SB130395 v. 16.7.2014 (Anordnungsentscheid); BGer, Urteil 6B_896/2014 v. 16.12.2015 (Anordnungsentscheid bestätigt).

¹⁵³ Vgl. Tages-Anzeiger vom 7.1.2014, «Erste nachträgliche Verwahrung im Kanton Zürich», <https://www.tagesanzeiger.ch/czuerich/Erste-nachtraegliche-Verwahrung-im-Kanton-Zuerich/story/31262876> (zuletzt besucht am 2.8.2019); NZZ vom 17.6.2011 Nr. 139, S. 15.

¹⁵⁴ Vgl. auch Merkel (Fn. 22), ZIS 2016, 793.

hatte, dass die Rückfallgefahr dadurch wohl zu mindern, nicht aber zu bannen sei.¹⁵⁵ Das Ende der Straftat fiel auf den 8. Oktober 2010. Herr K. kam in Sicherheitshaft, die Oberstaatsanwaltschaft Zürich hatte im Herbst 2009 ein Gesuch um nachträgliche Anordnung der Verwahrung gestellt.

Der Antrag wurde von den kantonalen Gerichten nach diversen divergierenden Entscheiden abgelehnt, das Bundesgericht gab dem Verfahren im Jahre 2012 die entscheidende Wende. Ein neues Gutachten von 2009 wurde – neben dem Rekurs auf die Verwendung neuer Analysemethoden¹⁵⁶ – auch deswegen zum revidierungsfähigen «neuen Beweismittel» erklärt, weil grobe Fehler im Erstgutachten nachgewiesen seien. Obschon der frühere Sachverständige seine diagnostische und forensische Einschätzung zentral auf «Alkoholabhängigkeit» und «Alkoholintoleranz» gestützt habe, hätten im Gutachten für die Diagnosestellung wesentliche Informationen gefehlt. Der damalige Gutachter habe auf ein Aktenstudium weitgehend verzichtet, es versäumt, nach Hinweisen auf eine Alkoholabhängigkeit (Filmrisse, Entzugssymptome, morgendliches Zittern etc.) zu forschen, das Alkoholkonsumverhalten von Herrn K. nicht mit objektiven Befunden in den Akten abgeglichen, es unterlassen bei der Exploration von Auskunftspersonen das Alkoholkonsumverhalten von Herrn K. zu erfragen. Die verfügbaren Informationen würden explizit gegen die vom Erstgutachter gestellte Diagnose sprechen. Ausgehend von den mit dem neuen Gutachten unterbreiteten Befunden und Diagnosen sei nun eine vom Alkoholkonsum unabhängige, permanente ausserordentlich hohe Gefährlichkeit von Herrn K. für Gewaltverbrechen erstellt. Diese Umstände seien dem Geschworenengericht seinerzeit nicht bekannt gewesen und sie «konnten ihm auch nicht bekannt sein».¹⁵⁷ Die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung sei bei Zugrundelegung des veränderten Sachverhalts wahrscheinlich. Sie wurde später auch tatsächlich angeordnet, die dagegen gerichtete Beschwerde vom Bundesgericht abgewiesen (2015). Der Fall ist beim EGMR hängig.¹⁵⁸

¹⁵⁵ BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.4.2.

¹⁵⁶ BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.5.2: «Das neue Gutachten beruht damit zumindest zum Teil („Dittmann-Katalog“) auf wissenschaftlichen Grundlagen, die im Zeitpunkt der ursprünglichen Gutachtenerstellung und des Ersturteils noch nicht existierten. Dem neuen Gutachten kommt mithin auch unter diesem Gesichtspunkt die Qualität eines revidierungsrechtlichen Novums zu [...]».

¹⁵⁷ BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012, E. 2.5.3.

¹⁵⁸ Angefochten wurden der Bewilligungsentscheid zur Wiederaufnahme des Verfahrens (BGer, Urteil 6B_404/2011 v. 2.3.2012) und der entsprechende Sachentscheid zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung (BGer, Urteil 6B_896/2014 v. 16.12.2015).

4. Muss der Verurteilte für ein fehlerhaftes Gerichtsgutachten büssen?

Massstäbe zum Revisionsgrund «neues Beweismittel», die ursprünglich zur Revision zu *Gunsten* im Hinblick auf die Zulassung weiterer Gutachten entwickelt wurden, können nicht ohne Weiteres auf die Revision zu *Ungunsten* nach Art. 65 Abs. 2 StGB übertragen werden. Hier gilt das Prinzip, dass für vermeidbare Fehler, die dem Gericht – oder der Staatsanwaltschaft – im ersten Verfahrensgang unterlaufen sind, nicht später der Verurteilte büssen soll.¹⁵⁹ Ein unsorgfältiges Vorgehen schliesst die Wiederaufnahme aus. Diese Schranke muss auch beim Revisionsgrund des «neuen Beweismittels» erhalten bleiben. Sofern das ursprüngliche Urteil auf einem mangelhaften Gutachten¹⁶⁰ beruht und im Nachhinein ein neues Gutachten als «neues Beweismittel» für eine Revision nach Art. 65 Abs. 2 StGB angerufen wird, ist deshalb stets zu fragen, ob mit Blick auf das «neue Beweismittel» und die Fehler, die es zu Tage fördert, dessen Notwendigkeit nicht bereits im Ausgangsverfahren erkennbar gewesen ist.¹⁶¹ Bei der Würdigung von Sachverständigengutachten sind die Anforderungen an die Gerichte über die Jahrzehnte hinweg zwar sukzessive gestiegen. Es ist aber – bei der Beanstandung von Mängeln am früheren Gerichtsgutachten – immer miteinzubeziehen, dass ein Gericht die Ausführungen eines Sachverständigen nicht unbesehen übernehmen darf. Es hat diese im Rahmen seiner Möglichkeiten kritisch zu überprüfen und allenfalls eine weitere Expertise einzuholen (vgl. Art. 189 StPO). Das Abstellen auf ein nicht schlüssiges Gutachten bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen.¹⁶² Zwar sind die Mängel, auf die nach den Vorstellungen des Bundesgerichts theoretisch zu achten wäre, für nicht sachverständige Juristen mehr oder weniger schwierig festzustellen, die Erwartungen an eine Aufdeckung von Fehlern und Schwachstellen teilweise realitätsfern.¹⁶³ Das Gericht wie auch die Staatsanwaltschaft müssen aber Mängel erkennen können, mindestens wenn und soweit diese evident, also

¹⁵⁹ Vgl. Bommer (Fn. 4), 66.

¹⁶⁰ BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 114 spricht für dieses Verfahren gar vom «Sonderfall eines absolut untauglichen Gutachtens».

¹⁶¹ Vgl. Bommer (Fn. 4), 66.

¹⁶² Vgl. für psychiatrische Gutachten im Massnahmenrecht unlängst BGE 142 IV 49, 53; BGer, Urteil 6B_424/2015 v. 4.12.2015, E. 2.3; siehe auch BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 182 N 7; generell BGE 118 Ia 144 ff.; BGE 128 I 81 ff.; BGer, Urteil 6B_835/2017 v. 22.3.2018, E. 4.2.4 und 4.5.1 f.; BGer, Urteil 6B_265/2015 v. 3.12.2015, E. 4.1.2; BGer, Urteil 6B_884/2014 v. 8.4.2015, E. 3.3.

¹⁶³ Vgl. Donatsch Andreas, Das Sachverständigengutachten im Strafprozess, fp 2019, 135 ff.; Wohlers Wolfgang, Strafjustiz und Sachverständige, ZStrR 2018, 445 f.

derart offensichtlich sind, dass sie auch ohne spezielles Fachwissen ausmachen sind.¹⁶⁴ In diese Kategorie fallen etwa auch fehlende Angaben zu den Anknüpfungs- und/oder Befundtatsachen, klare Widersprüche zu den Strafakten und deren Nichtberücksichtigung.¹⁶⁵ Lässt sich nachträglich durch eine Zweitbegutachtung eindeutig feststellen, dass das frühere Gutachten grob mangelhaft war, so liegt es nahe, dass sich Zweifel auch schon im ursprünglichen Verfahren hätten auf tun und dort hätten aufgeklärt werden müssen – sei es durch Beweisanträge oder die Einlegung von Rechtsmitteln seitens der Staatsanwaltschaft, sei es durch das Gericht selbst bei sorgfaltsgemässer Ausübung seiner Kontrollpflichten.¹⁶⁶ Das Wiederaufnahmeverfahren darf nicht dazu dienen, solche Defizite des ersten Verfahrens später zu Lasten des Verurteilten zu beheben. Die Delegation von Aufgaben an einen Sachverständigen durch das Gericht kann nicht dazu führen, dass dessen Fehler eine Revision ermöglichen, eigenhändige Fehler des Gerichts hingegen diese Revision ausschliessen. Nachlässigkeiten des Sachverständigen sind der staatlichen Verantwortungssphäre zuzurechnen. Der Topos «grober Fehler» des früheren Sachverständigen, der dazu dienen soll, weiteren Gutachten unter dem Revisionsgrund «neues Beweismittel» zum Durchbruch zu verhelfen, kollidiert also mit dem Merkmal der Unerkennbarkeit, das bei Art. 65 Abs. 2 StGB eingebaut ist. Er hat in dieser Revision keinen Platz.

IV. Fazit

Mit Art. 65 Abs. 2 StGB ist das Vertrauen des Verurteilten, im Ausgangsverfahren nicht als verwahrungsbedürftig gegolten zu haben, dem abstrakt-generellen Vorbehalt einer belastenden «Revision» unterstellt. Eine Engführung der Revisionsgründe sollte der Idee nach gewährleisten, dass die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung nur in seltenen Fällen in Betracht käme und den Betroffenen einen Rest an «Rechtssicherheit» erhalten. Die Anforderungen

¹⁶⁴ BGE 128 I 81 ff. (grob mangelhafte aussagepsychologische Begutachtung); BGer, Urteil 6B_884/2014 v. 8.4.2015, E. 3.3; BGer, Urteil 6B_265/2015 v. 3.12.2015, E. 4.1.2; BGer, Urteil 6B_835/2017 v. 22.3.2018, E. 4.2.4 und 4.5.1 f.; zur erforderlichen Bestimmtheit von Verweisen auf Aktenstellen vgl. KassGer ZH SJZ 2011, 421; Wohlers (Fn. 163), 445 f.

¹⁶⁵ Vgl. bezogen auf aussagepsychologische Gutachten BGE 128 I 81 ff.; eingehend zu relevanten Mängeln und der Frage, inwieweit sie von nicht sachverständigen Juristen entdeckt werden können, Wohlers (Fn. 163), 446 ff.

¹⁶⁶ Vgl. auch BGer, Urteil 6B_73/2014 v. 17.7.2014, E. 3.1; BGer, Urteil 6B_596/2017 v. 5.10.2017, E. 5 («Einwände gegen die Beweiswürdigung hätten indes im ordentlichen Verfahren erhoben werden müssen.»); CR-CP I Roth (Fn. 4), Art. 65 N 38; BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 StPO N 73 (Die Revision diene nicht zur Nachholung verpasster Beweisanträge).

sollten tatbestandlich klar umrissen sein und dafür sorgen, dass nur wenige Personen überhaupt in ein Revisionsverfahren geraten können. Denn nur schon dieses stellt eine erhebliche Belastung dar. Der äusseren Form nach eng gefasst, haben die Revisionsgründe der «neuen Tatsachen» oder «neuen Beweismittel» im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB unter der positiv-rechtlichen Oberfläche jedoch ein Eigenleben, das sich anpassen lässt an Sicherheitsbedürfnisse im jeweiligen Einzelfall und schwer fassbar ist. Mahnungen, eine Revision zu Ungunsten des rechtskräftig Verurteilten nur in «krassen Fällen»¹⁶⁷ und mit «grosser Zurückhaltung» zuzulassen,¹⁶⁸ kontrastieren mit dem Phänomen, dass Tendenzen zu einer sukzessiven Ausweitung der Revision, die ursprünglich der Wahrung von Persönlichkeits- und Freiheitsrechten eines Verurteilten dienen sollten, weitgehend unreflektiert in diese belastende Revision hineindiffundiert sind.

Beim Revisionsgrund der «neuen Tatsache» steht die Diagnose einer schweren Persönlichkeitsstörung als Anknüpfungspunkt für eine Revision im Vordergrund. Es wird behauptet, die Störung sei eben erst nachträglich während des Vollzugs der Freiheitsstrafe zu Tage getreten. In dieser Hinsicht gleicht die Suche nach erheblichen neuen Tatsachen aber der Jagd auf ein Phantom. Weil es kaum jemals der Realität entspricht, dass diese Störung sich erst im späteren Strafvollzug zeigt und vorher überhaupt nicht sichtbar gewesen ist. Der Revisionsgrund des «neuen Beweismittels» führt zurück zu der Frage, mit der dieser Beitrag eröffnet wurde: Erhält das Ermessen des neuen Gutachters «einfach» gegenüber dem Ermessen des alten Gutachters den Vorrang? Ganz so liegt es nicht. Sofern aber die Risikokalkulation unter Verwendung «neuer Analysemethoden» erstellt werden kann, eröffnen sich Möglichkeiten einer Wiederaufnahme des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung, ohne dass absehbar ist, wo diese anfangen und vor allem, wo sie enden sollten. Das zweite Standbein des Revisionsgrundes – der Nachweis grober Fehler im früheren Gutachten – befindet sich in dem Bereich, für den im Gesetzgebungsverfahren einst das Bedürfnis nach einer Revision vermeldet wurde,¹⁶⁹ den es aber gar nicht geben dürfte: Klare Mängel des amtlichen Gutachtens, die von den Strafbehörden bereits im Ausgangsverfahren hätten behoben werden können, hindern eine spätere Wiederaufnahme.

Mit diesen Begrenzungen verkleinert sich der Anwendungsbereich dieser nachträglichen Verwahrung auf der theoretischen Ebene spürbar. Praktisch und aus der Perspektive der Verurteilten ist und bleibt sie jedoch ein Instrument, dessen Einsatzbereich unberechenbar ist und als latente Androhung einer jederzeitigen Umwandlung zeitlich befristeter Einschliessung in lebenslängliche

¹⁶⁷ Vgl. ZK-StPO Fingerhuth (Fn. 4), Art. 410 N 52.

¹⁶⁸ Vgl. BSK-StPO Heer (Fn. 4), Art. 410 N 5; BSK-StGB I Heer (Fn. 4), Art. 65 N 39.

¹⁶⁹ Vgl. II.

Haft im Raume steht. De lege ferenda wird sich diese Problematik für gewisse Täterkollektive, die derzeit der nachträglichen Anordnung einer Verwahrung unterstehen, aber vielleicht bald erledigt haben und «Rechtssicherheit» schon über das Ausgangsverfahren wieder vollauf hergestellt sein – weil nämlich bereits der nächste kriminalpolitische Vorstoss zu einer Verschärfung der Verwahrung hängig ist, wonach Gerichte *zwingend* die Verwahrung anzuordnen haben bei einem *Rückfall* nach einer Verurteilung wegen Mordes, vorsätzlicher Tötung, schwerer Körperverletzung oder Vergewaltigung.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Vgl. die Dokumentation in Curia Vista – Geschäftsdatenbank, Geschäft Nr. 13.463, Parlamentarische Initiative, Natalie Rickli (Verwahrung bei rückfälligen Tätern) v. 27.9.2013. Die beiden Rechtskommissionen haben diesem Vorstoss Folge gegeben. Für die Beratung im Nationalrat erfolgte eine Fristverlängerung bis zur Sommersession 2021.

Verwahrungsvollzug in der Justizvollzugsanstalt Pöschwies

Was kennzeichnet verwahrte Straftäter?

ANDREAS NAEGELI

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	57
II.	Eigenschaften der Verwahrten.....	58
	A. Demographie.....	58
	B. Einweisungsdelikte.....	58
	C. Psychische Störungen.....	58
	D. Vollzugsmodalitäten und Verhalten.....	59
III.	Diskussion.....	60

I. Einleitung

Die Verwahrung ist eine freiheitsentziehende Sanktion, die den strafrechtlichen Massnahmen zugeordnet wird. Als rein sichernde Massnahme bezweckt die Verwahrung allein das Ziel, die Gesellschaft vor weiteren schwerwiegenden Straftaten zu schützen. Der Umgang mit verwahrten Straftätern ist aus rechtsstaatlicher und ethischer Sicht eine grosse Herausforderung für die Gesellschaft.

Die Justizvollzugsanstalt (JVA) Pöschwies liegt in Regensdorf, im Kanton Zürich. Sie ist eine geschlossene Justizvollzugsanstalt mit 397 Plätzen und zeichnet sich durch differenzierte Vollzugsangebote (Rücksicht nehmend auf Alter, Gesundheit, Integration, Sicherheit, etc.) und gut ausgebaute Spezialdienste (Sozialarbeit, med. Versorgung, Psychotherapie [PPD], Bildung, Seelsorge) aus. In der JVA Pöschwies werden viele lange Strafen und Massnahmen (ambulant [Art. 63 StGB] und stationär [Art. 59 StGB]) vollzogen. Dazu werden auch Verwahrungen (Art. 64 StGB) vollzogen.

Was sind das für Menschen, die in der JVA Pöschwies unter dem Rechtstitel der Verwahrung untergebracht sind?