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

Band **12** Volume

Martino Mona/Jonas Weber
(Herausgeber/Editeurs)

Sackgasse Verwahrung? Wege aus dem Dilemma

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



Stämpfli Verlag

Vollzugslockerungen in der Verwahrung sind zwar gesetzlich vorgesehen, finden aber in der Praxis fast nur noch über eine Umwandlung in eine stationäre Behandlungsmassnahme oder im sehr hohen Alter eines Betroffenen statt – dies als Folge der derzeitigen Null-Risiko-Mentalität. Damit erweist sich die Verwahrung zunehmend als Sackgasse. Diese Entwicklung missachtet die Freiheitsrechte der Betroffenen und illustriert das Dilemma zwischen Sicherheitserwägungen und grundrechtsgebundener, liberaler Rechtsstaatlichkeit.

Um die Rechtmässigkeit der Verwahrung diskutieren zu können, ist es zentral, die Ausgestaltung des Verwahrungsvollzugs in der Schweiz zu kennen, wozu neben der Perspektive der Institutionen und der Professionellen auch das Erleben der Verwahrten selbst gehört. Eine interessante Vergleichsgrösse bildet dabei Deutschland, wo das Verfassungsgericht das Abstandsgebot, die Therapiegerichtetheit sowie die Freiheitsorientierung als Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit des Verwahrungsvollzugs statuiert hat.

Die grundrechtlich gebotenen und gesetzlich möglichen Vollzugslockerungen stehen in der Schweiz in Kontrast zu deren faktischen Umsetzung. Vollzugsöffnungen und eine reale Entlassungsperspektive sind jedoch Voraussetzung für deren Rechtmässigkeit.

Les allègements dans l'exécution de l'internement sont prévus par la loi, mais en pratique, cependant, ils ne se font presque que par la conversion à une mesure thérapeutiques institutionnelle ou ont lieu à un âge très avancé de la personne concernée – ceci est une conséquence du discours actuel de risque zéro. Ainsi, l'internement apparaît donc de plus en plus comme sans issue. Cette évolution ne tient pas compte des droits fondamentaux de la liberté des personnes concernées. Elle met également en lumière le dilemme entre les considérations de sécurité et l'État de droit libéral, lié par les droits fondamentaux.

Afin de pouvoir discuter de la légalité de l'internement, il est essentiel de connaître la structure de l'exécution de l'internement en Suisse, ce qui inclut le point de vue des institutions et des professionnels ainsi que l'expérience des détenus. Le cas de l'Allemagne offre constitue une comparaison intéressante: la Cour constitutionnelle a établi le «Abstandsgebot», l'orientation thérapeutique et l'orientation vers la liberté comme conditions préalables à la légalité de l'internement.

En Suisse, les allègements exigés par le droit fondamental et autorisés par la loi ne sont pas mis en oeuvre de façon effective. Cependant, les allègements et une réelle perspective de libération sont des conditions préalables à leur légalité.

Materialien der «Fachgruppe Reform im Strafwesen»

Documents du «Groupe d'experts Réformes en matière pénale»

Band / Volume 12

Sackgasse Verwahrung? Wege aus dem Dilemma

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

Herausgegeben von / Edité par
Martino Mona / Jonas Weber



Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-3466-8

Über unsere Online-Buchhandlung
www.staempflishop.com ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-3465-1

printed in
switzerland



Mitglieder der Fachgruppe Reform im Strafwesen

(Stand Frühjahr 2018)

Präsident

Prof. Dr. Martino Mona, Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie,
Universität Bern

Mitglieder

Stephan Bernard, Rechtsanwalt und Mediator, Zürich

Prof. Dr. Alberto Bondolfi, Zürich

Dr. Benjamin F. Brägger, Sekretär Strafvollzugskonkordat Nordwest- und
Innerschweiz, Böisingen

Luisella De Martini, Direttrice Ufficio di Patronato, Lugano

Alfredo Diez, Pfarrer und Gefängnisseelsorger, Winterthur

Thomas Freytag, Vorsteher Amt für Justizvollzug, Bern

Leena Hässig, Psychologin und Psychotherapeutin, Hinterkappelen

Roger Hofer, Dozent und Studienleiter ZHAW, Zürich

Dr. Thomas Manhart, Amtschef Amt für Justizvollzug, Zürich

Bettina Mez, Jugendanwältin, Zürich

Huldreich Schildknecht, Winterthur

Hans-Peter von Däniken, Direktor Paulus Akademie, Zürich

Dr. Joëlle Vuille, Chercheuse senior, Université de Lausanne

Prof. Dr. Jonas Weber, Professor für Strafrecht und Kriminologie, Universität
Bern

Mit freundlicher Unterstützung

- der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich
- der Katholischen Landeskirche im Kanton Zürich

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
<i>Barbara Rohner, Schweizerisches Kompetenzzentrum für den Justizvollzug (SKJL)</i>	
Den Verwahrungsvollzug neu denken – Stand der Überlegungen im Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweizer Kantone	121
<i>Benjamin F. Brägger/Tanja Zangger/Deborah Torriani, Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweiz</i>	

Vorwort

JONAS WEBER

Vollzugslockerungen in der Verwahrung sind zwar gesetzlich vorgesehen, finden aber in der Praxis fast nur noch über eine Umwandlung in eine stationäre Behandlungsmassnahme oder im sehr hohen Alter eines Betroffenen statt – dies als Folge der derzeitigen Null-Risiko-Mentalität. Damit erweist sich die Verwahrung zunehmend als Sackgasse. Diese Entwicklung missachtet die Freiheitsrechte der Betroffenen und illustriert das Dilemma zwischen Sicherheitserwägungen und grundrechtsgebundener, liberaler Rechtsstaatlichkeit.

Vor der Diskussion der Wege aus der Verwahrung tut eine kritische Auseinandersetzung mit der Begründung der Verwahrung als verschuldensunabhängiger Strafsanktion Not. Ist es überhaupt zulässig, gestützt auf eine unsichere Prognose einem Menschen auf unbestimmte Dauer die Freiheit zu entziehen, nachdem er die schuldadäquate Strafe für das tatsächlich begangene Delikt bereits verbüsst hat? Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei die nachträgliche Verwahrung, die nach Gesetzeswortlaut auch noch lange Zeit nach der rechtskräftigen Verurteilung wegen der Anlassstraftat erfolgen kann.

Um die Rechtmässigkeit der Verwahrung diskutieren zu können, ist es zentral, die Ausgestaltung des Verwahrungsvollzugs in der Schweiz zu kennen, wozu neben der Perspektive der Institutionen und der Professionellen auch das Erleben der Verwahrten selbst gehört. Eine interessante Vergleichsgrösse bildet dabei Deutschland, wo das Verfassungsgericht das Abstandsgebot, die Therapiegerichtetheit sowie die Freiheitsorientierung als Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit des Verwahrungsvollzugs statuiert hat.

Die grundrechtlich gebotenen und gesetzlich möglichen Vollzugslockerungen stehen in der Schweiz in Kontrast zu deren faktischen Umsetzung. Vollzugsöffnungen und eine reale Entlassungsperspektive sind jedoch Voraussetzung für deren Rechtmässigkeit.

In ihrem Beitrag geht **Gunhild Godenzi** auf eine besondere Art der Anordnung ein, indem Sie den Fokus auf die Wiederaufnahme des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung einer Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB legt. Mit dieser Bestimmung besteht im materiellen Recht die prozessuale Möglichkeit, einen rechtskräftig abgeschlossenen Fall in engen Grenzen im Rahmen eines mehrstufigen Revisionsverfahrens insofern wiederaufzunehmen, als im Nachgang zur Verhängung einer blossen Freiheitsstrafe eine Verwahrung geprüft und allenfalls angeordnet werden kann. Dabei kumulieren die Rechtsunsicherheiten, die durch die Weite und die Wertungsoffenheit der Verwahrungsnorm

provoziert werden, mit erheblichen Unklarheiten zu den Voraussetzungen, unter denen eine Wiederaufnahme des Verfahrens aufgrund «neuer Tatsachen» oder «neuer Beweismittel» möglich sein soll. In der Praxis hat sich der Umgang mit neuen psychiatrischen Gutachten, die während des Vollzugs der Freiheitsstrafe eingeholt werden, als Dreh- und Angelpunkt der Verfahren zur nachträglichen Anordnung einer Verwahrung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB erwiesen. Es geht um die Frage, inwieweit ein – meist gegen Ende der Strafverbüsung erstelltes – Gutachten, das sich zum Rückfallrisiko der betroffenen Person aktuell und für den Zeitpunkt der ursprünglichen Verurteilung äussert, geeignet sein kann, eine Wiederaufnahme des ursprünglichen Verfahrens herbeizuführen. Wann gilt ein Gutachten als «neue Tatsache» oder «neues Beweismittel»? Und wie ist mit Mängeln in einem amtlichen Gutachten aus dem ursprünglichen Verfahren umzugehen?

Andreas Naegeli gibt einen Überblick über die Menschen, die sich wegen einer Verwahrung nach Art. 64 StGB in der Justizvollzugsanstalt (JVA) Pöschwies im Verwahrungsvollzug befinden. Dabei geht er vom 31. Dezember 2017 als Stichtag aus und stellt fest, dass der durchschnittliche Verwahrte ein 56 Jahre alter Schweizer ist, der in seiner Kindheit mindestens einmal ausserhalb seiner Herkunftsfamilie platziert und als Minderjähriger misshandelt worden ist. Er verfügt über keine berufliche Ausbildung und war im Tatzeitpunkt arbeitslos. Als Anlass für eine Verwahrung stehen Straftaten gegen Leib und Leben im Vordergrund und im Tatzeitpunkt waren beim «Durchschnitts-Verwahrten» die Kriterien einer psychischen Störung erfüllt, wobei es sich häufig um eine Persönlichkeitsstörung handelte. Die Verwahrten verhalten sich im Vollzug weitestgehend unauffällig und geben kaum Anlass zu disziplinarischen Interventionen. Rund die Hälfte der Verwahrten in der JVA Pöschwies sind auf die besonderen Bedingungen des Spezialvollzugs – das ist eine separate Abteilung in der JVA Pöschwies – angewiesen. Beziehungen nach draussen können von den Verwahrten nur mit Mühe aufrechterhalten werden. Die Befunde zur Insassenpopulation der Verwahrten sind für den Referenten der Anlass, die konkrete Ausgestaltung des Verwahrungsvollzuges zu überdenken, um den besonderen Gegebenheiten Rechnung zu tragen.

In einem nächsten Beitrag stellt **Christophe Menu** die Institution «Curabilis» vor. Dabei handelt es sich um eine geschlossene Einrichtung, die Teil ist eines grösseren Justizvollzugsareals im Kanton Genf. Gleichzeitig befindet sich «Curabilis» in der Nähe der psychiatrischen Klinik Belle-Idée. Die Einrichtung ist 2014 eröffnet worden und ist die erste Justizvollzugsanstalt des lateinischen Konkordats, die sich ausschliesslich der psychiatrischen Behandlung von Straftätern widmet. Neben der Akutversorgung von Gefangenen aus anderen Anstalten ist sie für den Vollzug von stationären Massnahmen nach Art. 59 und 64 StGB zuständig. Die Mehrheit der Mitarbeitenden ist über die Universitäts-

kliniken von Genf angestellt, was die therapeutische Ausrichtung der Institution unterstreicht. Eine wichtige Voraussetzung für den Erfolg einer Institution wie «Curabilis» sieht der Referent darin, dass die Kriterien einer erfolgreichen Behandlung klar definiert werden, damit den Erwartungen der Gerichte und den einweisenden Behörden entsprochen werden kann. Ständig ändernde rechtliche Vorgaben erschweren es zuweilen, den mit einer stationären Massnahme einhergehenden Freiheitsentzug auf das unbedingt Notwendige zu beschränken.

Irene Marti und **Ueli Hostettler** fokussieren auf den Verwahrungsvollzug aus Sicht der verwahrten Personen. Deren Leben bzw. Erleben ist geprägt von einer ereignisarmen Gegenwart, einer ungewissen Zukunft sowie der Perspektive auf einen Lebensabend und das Sterben in Gefangenschaft. Verwahrte müssen demnach neue Wege finden im Umgang mit Raum und Zeit. Ihr Alltag ist repetitiv und monoton. In der Schweiz gelten für sie die gleichen Haftbedingungen wie für Gefangene, die eine zeitlich befristete Freiheitsstrafe verbüssen. Es ist im schweizerischen Justizvollzug grundsätzlich gar nicht vorgesehen, dass Gefangene «für immer» bleiben. Deshalb fehlt es formell an Strukturen, die verwahrte Insass*innen auf ein Leben in permanenter, womöglich bis ans Lebensende dauernde Gefangenschaft vorbereiten, sie dabei unterstützen und begleiten. Aus Sicht der Verwahrten ist klar: Die Schweiz braucht neue Regelungen für ein menschenwürdiges Leben, aber auch für ein menschenwürdiges Lebensende im Justizvollzug.

Einen Blick nach Deutschland eröffnet zunächst der Beitrag von **Jörg Kinzig**, der die Begründung und die Konsequenzen des Abstandsgebots zum Inhalt hat. Im Abstandsgebot kommt die Forderung zum Ausdruck, dass eine Freiheitsentziehung, der eine schuldunabhängige Verwahrung als Massnahme zugrunde liegt, anders ausgestaltet werden muss, als diejenige, die aufgrund einer schuldgebundenen Freiheitsstrafe erfolgt. Das deutsche Bundesverfassungsgericht greift den «Abstand» zwischen der Freiheitsstrafe und der Sicherungsverwahrung ein erstes Mal in einem Urteil von 2004 auf. Wesentliche Änderungen in der Ausgestaltung des Verwahrungsvollzugs bleiben jedoch vorerst aus. Ein Verfassungsgerichtsurteil vom Mai 2011 verhilft dann aber dem Abstandsgebot zum Durchbruch, indem dessen normative Grundlagen eingehender begründet und die Folgerungen ausführlich und konkret erörtert werden. Zahlreiche Vorschriften über die Sicherungsverwahrung werden für verfassungswidrig erklärt. Bund und Länder werden dazu verpflichtet, ein normatives Regelungskonzept zur Umsetzung des Abstandsgebots zu schaffen. Auf Bundesebene erfolgte diese Umsetzung durch den neuen § 66c dStGB.

Danach widmet sich der Beitrag von **Regina Weichert-Pleuger** der Umsetzung des Abstandsgebots am Beispiel der Justizvollzugsanstalt Rosdorf in Niedersachsen. Vor dem Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom

Mai 2011 hat sich der Justizvollzug mit der inhaltlichen Planung des Verwahrungsvollzugs und insbesondere mit der Vorbereitung auf eine mögliche Entlassung sehr schwergetan. Zudem wurde die Teilnahme der Verwahrten an Behandlungsmassnahmen mit Blick auf die voraussichtliche noch lange Zeit der Inhaftierung immer wieder verschoben. Für Sicherungsverwahrte gab es infolgedessen kaum eine Entlassungsperspektive. Das Abstandsgebot hat dann eine deutliche Verbesserung für den Vollzug der Sicherheitsverwahrung gebracht. In Rosdorf ist auf dem Gelände der bestehenden JVA ein separates Gebäude für den Verwahrungsvollzug errichtet worden, mit 45 Einzelhaftplätzen in sechs Wohngruppen. Die Hafträume sind circa 23 Quadratmeter gross. Jede Wohngruppe verfügt über einen grossen Gemeinschaftsraum mit Küche und einen eigenen Aussenbereich. Die Verwahrten haben einen Rechtsanspruch auf mindestens eine Ausführung pro Monat. Es besteht eine umfangreiche Palette an Behandlungsmassnahmen.

Roger Hofer geht in seinem Beitrag kritisch auf die Herausforderungen des Verwahrungsvollzugs an die Soziale Arbeit ein. Die Veränderung der gesellschaftlichen Werthaltung und die Vorstellung der Handhabbarkeit von Risiken hat Folgen für die Soziale Arbeit im Verwahrungsvollzug. Trotz des repressiven Kontextes des Verwahrungsvollzugs muss die Soziale Arbeit mit Verwahrten Soziale Arbeit bleiben. Sie muss ihre Grundaufgaben wie die Verbesserung der Lebenslage sowie der Chancen der Betroffenen wahrnehmen, soziale Gerechtigkeit anstreben und menschenrechtsorientiert handeln. Ansonsten würde Soziale Arbeit zu einem Etikettenschwindel. Die Soziale Arbeit im Verwahrungsvollzug hat sich auf die Belange und die Bedürfnisse der Verwahrten zu fokussieren sowie Partizipationsmöglichkeiten und geeignete Übungsfelder bereitzustellen, um individuelle Entwicklungsprozesse zu fördern und zu sichern. Gleichwohl muss ihre Ausrichtung den gesellschaftlichen Interessen und den organisatorischen Rahmenbedingungen angepasst sein.

Barbara Rohner zeigt auf, dass das schweizerische Recht für Verwahrte durchaus Wege zu mehr Freiheit bereithält. Es gibt die Umwandlung einer Verwahrung in eine stationäre therapeutische Massnahme, aber auch Lockerungen innerhalb des Verwahrungsvollzugs. Sämtliche Wege sind aber an strenge Voraussetzungen gekoppelt, um dem Charakter der Verwahrung als Sicherungsmassnahme ausreichend Rechnung zu tragen. Lockerungen fallen ausser Betracht, wenn mit ihnen ein konkretes Flucht- oder Rückfallrisiko verbunden ist. Wenn aber die betroffene Person die Voraussetzungen für eine Öffnungsstufe erfüllt, so hat sie ein Recht darauf, dass diese auch gewährt wird. Eine Verweigerung von Vollzugsöffnungen unter Hinweis auf eine bloss abstrakte Missbrauchsgefahr ist aus rechtsstaatlicher Sicht ungenügend begründet.

Im letzten Beitrag präsentieren **Benjamin Brägger, Tanja Zangger** und **Deborah Torriani** zunächst statistische Daten zu Vollzugsöffnungen im Verwahrungsvollzug in den Strafvollzugskonkordaten der Nordwest- und Innerschweiz sowie der Ostschweiz. Dabei zeigt sich etwa, dass bei rund 25 Prozent der circa 80 verwahrten Personen bereits Vollzugsöffnungen gewährt worden sind. Zudem kann den Daten entnommen werden, dass zwischen Oktober 2017 und Januar 2019 bei insgesamt 22 Personen nach Aufhebung einer Massnahme nach Art. 59 StGB die Anordnung einer Verwahrung geprüft wurde. In den letzten Jahren sind einige Urteile ergangen, welche die Entlassungsperspektive auch bei der Verwahrung betonen. Dies und die bestehenden statistischen Daten zum Verwahrungsvollzug waren die Gründe für das Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweiz, eine Arbeitsgruppe zum Thema Vollzugsplanung im Verwahrungsvollzug einzusetzen, die in der Zwischenzeit einen Entwurf für eine konkordatliche Richtlinie zum Verwahrungsvollzug ausgearbeitet und ein Diskussionspapier mit weiteren Themen verfasst hat, für die ihres Erachtens ein Regelungsbedarf besteht.

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/Wohlers 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