Felix Bommer

Abschied von nachträglichen stationären Massnahmen (Art. 65 StGB)?

Art. 65 StGB erlaubt die nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme (Abs. 1) oder einer Verwahrung (Abs. 2). Jene Bestimmung hat in der bundesgerichtlichen Praxis eine einschränkende Auslegung erfahren, diese ist vor kurzem vom EGMR zurückgestutzt worden, was Abs. 1 noch einmal weiter einschränkt: Das pure Nachschieben einer neuen Sanktion (stationäre therapeutische Massnahme im Fall von Abs. 1, Verwahrung im Fall von Abs. 2) lässt sich nicht (mehr) auf sie stützen, ohne dass auch der Tatpunkt und/oder der Schuldpunkt abgeändert würde. Im Ergebnis bleibt, nach heutigem Kenntnisstand, von beiden Bestimmungen nicht viel übrig.

I. Ausgangslage 100
II. Einwände gegen nachträgliche stationäre Massnahmen 100
1. Art. 65 Abs. 2 StGB unter dem Blickwinkel des Freiheitsentzugs (Art. 5 EMRK) 100
2. Art. 65 Abs. 2 StGB unter dem Blickwinkel von ne bis in idem (Art. 4 7. ZP-EMRK) 101
3. Art. 65 Abs. 2 StGB unter dem Blickwinkel des Rückwirkungsverbotes (Art. 7 EMRK) 101
4. Ergebnis 102
III. Bundesgerichtlicher Nachvollzug der Strassburger Praxis 103
IV. Zur Interpretation von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK 103
V. Verbleibende Spielräume 104
VI. Fazit 105

Zitiervorschlag:
FELIX BOMMER, Abschied von nachträglichen stationären Massnahmen (Art. 65 StGB)?, sui generis 2025, S. 99

Felix Bommer, Prof. Dr., Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Zürich (felix.bommer@ius.uzh.ch). Frau MLaw Rachel Gerny und Frau MLaw Jacqueline Walder danke ich herzlich für Literaturrecherche und Abschlussarbeiten.

DOI: https://doi.org/10.21257/sg.280

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Ausgangslage

1 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat im Herbst 2021, weitgehend unbemerkt von der Öffentlichkeit, ein für die Schweiz und ihr Strafgesetzbuch folgenreiches Urteil gefällt. Es ging um die Frage, ob sich die Regelung der nachträglichen Verwahrung (Art. 65 Abs. 2 StGB)[1] vor verschiedenen Bestimmungen der EMRK[2] halten lässt.[3] Die Vorgeschichte ist schnell erzählt: Der Beschwerdeführer war in den 90er-Jahren wegen Mordes, vorsätzlicher Tötung und anderer Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von 20 Jahren (Zuchthaus) verurteilt worden, unter bewusster Absehung von einer Verwahrung (damals Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB, «Geisteszustand»). Gegen Ende der (vollständigen) Strafverbüssung stellte die Oberstaatsanwaltschaft Zürich ein Gesuch um nachträgliche Anordnung der Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB (anhaltende psychische Störung von erheblicher Schwere). Nach einem Auf und Ab innerhalb der Zürcher Justiz bestätigte das Bundesgericht zunächst die Voraussetzungen der Revision[4] und mehr als sechs Jahre nach Gesuchseingang auch die zwischenzeitlich ergangene Anordnung der nachträglichen Verwahrung.[5] Dagegen stellte sich der vom Beschwerdeführer angerufene EGMR aus den nachfolgenden Gründen.

II. Einwände gegen nachträgliche stationäre Massnahmen

1. Art. 65 Abs. 2 StGB unter dem Blickwinkel des Freiheitsentzugs (Art. 5 EMRK)

2 a) Der Gerichtshof anerkannte zwar, dass unter dem Regelwerk der EMRK ein rechtskräftiges Urteil in Ausnahmefällen zu Lasten des Verurteilten abgeändert werden kann. Darin liegt ein (nicht ganz selbstverständliches)[6] Bekenntnis zur Wiederaufnahme zu Lasten des Verurteilten, aber eben nur als Ausnahme. Auch war nicht streitig, dass dem Beschwerdeführer seine Freiheit im innerstaatlichen Verfahren «auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise» entzogen wurde, wie es der Eingangssatz von Art. 5 Ziff. 1 EMRK verlangt. Die Crux lag in dem Zweck des Freiheitsentzugs: Der Gerichtshof deutet den in Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK verwendeten Begriff der «Verurteilung» (condamnation, conviction) umfassend und versteht darunter einzig eine gerichtliche Entscheidung im Strafpunkt *und* im Schuldpunkt. Nur wenn in dieser Entscheidung die Tat und die Schuld des Täters festgestellt und eine Sanktion gegen ihn verhängt wird, lässt sich der Freiheitsentzug auf lit. a stützen. Das ist gefestigte Praxis,[7] und es war klar, dass dies im inländischen Verfahren nicht geschehen ist: Weder ist der Schuldspruch verändert worden, noch hat der Ausspruch der (verbüssten) Freiheitsstrafe von 20 Jahren eine Änderung erfahren; die nachträgliche Verwahrung war stets als eine Revision nur der Gefährlichkeitsprognose, gestützt auf ein unechtes Novum, konzipiert.[8] Schon allein darauf hätte die Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK gestützt werden können. Der Gerichtshof ergänzt diese Überlegung jeweils um eine weitere, die sich von der eben genannten durch die Blickrichtung unterscheidet: Weil Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzuges davon abhängig macht, dass dieser «nach» Verurteilung durch ein zuständiges Gericht erfolgt, sieht er darin seit langem[9] das Erfordernis einer – wie er sie nennt – «kausalen Verknüpfung» (causal link) zwischen Urteil und Sanktion. Es geht dabei aber nicht einfach um eine zeitliche Abfolge von (zuerst) Urteil und (dann) Sanktion, sondern um deren innere Verbindung: Sie stellt die Vollstreckung eben dieses Urteils dar.[10] Daran fehlt es, wenn der präventive Freiheitsentzug, scil. die

1 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

2 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

3 Urteil des EGMR 38958/16 vom 2. November 2021 (W.A. gegen die Schweiz).

4 Urteil des Bundesgerichts 6B_404/2011 vom 2. März 2012.

5 Urteil des Bundesgerichts 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015 (dazu krit. GRISCHA MERKEL, Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Rahmen der Verfahrenswiederaufnahme nach rechtskräftiger Verurteilung, ZIS 2016, S. 788 ff.). Der Verfahrensgang ist im Revisionsurteil des Bundesgerichts (im Anschluss an das Urteil des EGMR) geschildert: Nicht weniger als neun gerichtliche Entscheidungen im Revisions- und im Sachverfahren waren nötig bis zum bundesgerichtlichen Urteil in der Sache (Urteil des Bundesgerichts 6F_5/2022 vom 2. März 2022, Sachverhalt A.b und A.c); Fortsetzung in BGE 150 IV 114.

6 Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat die Wiederaufnahme zu Lasten des Beschuldigten als verfassungswidrig eingestuft, vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 900/22 vom 31. Oktober 2023.

7 Seit Urteil des EGMR 7367/76 vom 6. November 1980 (Guzzardi gegen Italien), Ziff. 100; vgl. weiter Urteil des EGMR 7906/77 vom 24. Juni 1982 (Van Droogenbroeck gegen Belgien), Ziff. 35; Urteil des EGMR 11968/86 vom 28. März 1990 (B gegen Österreich), Ziff. 38; Urteil des EGMR 19359/04 vom 17. Dezember 2009 (M. gegen Deutschland), Ziff. 87; Urteil des EGMR 25119/09, 57715/09 und 57877/09 vom 18. September 2012 (James, Wells und Lee gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 189; Urteil des EGMR 42750/09 [GK] vom 21. Oktober 2013 (Del Río Prada gegen Spanien), Ziff. 123; Urteil des EGMR 5425/11 vom 4. Juni 2015 (Ruslan Yakovenko gegen Ukraine), Ziff. 49; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich 2020, N 403.

8 Die revisionsrechtliche Konzeption der nachträglichen Verwahrung war von Anfang an ein Missgriff des Gesetzgebers, näher FELIX BOMMER, Nachträgliche Verwahrung als Revision zu Lasten des Verurteilten?, in: Niggli/Hurtado Pozo/Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich et al. 2007, S. 55 ff., S. 63 und S. 67.

9 Vgl. nur Urteil des EGMR 9562/81 und 9818/82 vom 2. März 1987 (Monnell und Morris gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 40; Urteil des EGMR 9787/82 vom 17. Januar 1987 (Weeks gegen UK), Ziff. 42; Urteil des EGMR 9990/82 vom 18. Dezember 1986 (Bozano gegen Frankreich), Ziff. 53; Urteil des EGMR 7906/77 vom 24. Juni 1982 (Van Droogenbroeck gegen Belgien), Ziff. 35; Urteil des EGMR 11968/86 vom 28. März 1990 (B gegen Österreich), Ziff. 38.

10 CHRIS LEHNER, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, Diss. Luzern, Zürich 2015, N 284 f.; STEFAN TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005, S. 440 f.

nachträgliche Verwahrung, sich nicht auf ein Urteil stützen lässt, weil es ihn nicht anordnet (das ursprüngliche Strafurteil) und dasjenige, das ihn anordnet und auf das er sich stützt, keine Gültigkeit hat, weil es keine Verurteilung i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK darstellt.

3 b) Die EMRK ist freilich nicht blind mit Blick auf den Umstand, dass es tatsächlich sehr gefährliche Verurteilte mit einer schweren psychischen Störung gibt, deren Inhaftierung unter dem Aspekt des Schutzes der öffentlichen Sicherheit angebracht sein könnte (das gravierende Problem ihrer Identifizierung hier weggelassen). Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK wertet einen Freiheitsentzug auch bei «psychisch Kranken» unter bestimmten Voraussetzungen als rechtmässig. Im vorliegenden Fall hätte die Tatbestandsseite dieser Bestimmung vorgelegen: Der Inhaftierte litt unstreitig an einem «unsound mind», selbst wenn dieser Begriff enger gefasst sein sollte als derjenige der (anhaltenden) «psychischen Störung von erheblicher Schwere», er machte eine Unterbringung auch notwendig, und dass sie länger dauern würde als nötig, dafür bestanden keine Anhaltspunkte.[11] Aber ein psychisch Kranker gehört in eine – die Parallelität der Begriffe gebietet ihre Verwendung – Irrenanstalt, nicht in eine Strafanstalt, moderner: Wenn man jemandem die Freiheit entzieht, weil er infolge seiner psychischen Krankheit eine massive Gefahr für hohe und höchste Rechtsgüter Dritter (was präziser ist als die «öffentliche Sicherheit») darstellt, muss dies parallel gehen mit Bemühungen zur Eindämmung dieser Gefahr. Der EGMR stellt für diesen Fall spezifische Anforderungen an die Behandlung:[12] Sie muss in einem Spital, in einer psychiatrischen Klinik oder sonst in einer geeigneten Institution stattfinden.[13] Die Abstützung des Freiheitsentzuges auf lit. e kam deshalb nicht in Frage, weil der Beschwerdeführer nach Vollverbüssung seiner Freiheitsstrafe weiterhin (unter dem Titel der Sicherheitshaft) in der Justizvollzugsanstalt Pöschwies untergebracht war. Damit war die Sache eigentlich entschieden: Der ab diesem Datum erlittene Freiheitsentzug verstiess gegen Art. 5 Ziff. 1 EMRK.[14]

11 Vgl. nur STEFAN HARRENDORF / STEFAN KÖNIG / LEA VOIGT, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Nomos Handkommentar EMRK, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 5 N 51 ff.

12 Vgl. Urteil des EGMR [GK] 10211/12 und 27505/14 vom 4. Dezember 2018 (Ilnseher gegen Deutschland), Ziff. 127; Urteil des EGMR [GK] 18052/11 vom 31. Januar 2019 (Rooman gegen Belgien), Ziff. 192; Urteil des EGMR [GK] 62819/17 und 63921/17 vom 1. Juni 2021 (Denis und Irvine gegen Belgien), Ziff. 135.

13 Urteil des EGMR 8225/78 vom 28. Mai 1985 (Ashingdane gegen das Vereinigte Königreich), Ziff. 44; Urteil des EGMR 43368/08 vom 27. Januar 2015 (Papillo gegen die Schweiz), Ziff. 42; ebenso nun Urteil des EGMR 40516/19 vom 9. April 2024 (Mehenni [Adda] gegen die Schweiz), Ziff. 27 ff.

14 Urteil des EGMR 38958/16 vom 2. November 2021 (W.A. gegen die Schweiz), Ziff. 46 f.; vgl. auch LUKAS STAFFLER / DIMITRIOS TSILIKIS / CAROLINE STEINER, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2021, forumpoenale 2022, S. 463 f. Zu den mühevollen finanziellen Folgen Urteil des Bundesgerichts 6F_5/2022 vom 2. März 2022, E. 2.3; BGE 150 IV 114.

2. Art. 65 Abs. 2 StGB unter dem Blickwinkel von ne bis in idem (Art. 4 7. ZP-EMRK)

4 Das Doppelbestrafungsverbot (Art. 4 Abs. 1 7. ZP-EMRK)[15] betrachtete der Gerichtshof ebenfalls als verletzt,[16] weil die Ausnahme von Abs. 2 nicht griff. Diese Wiederaufnahme des Verfahrens («reopening») setzt voraus, dass auf Grundlage der neuen oder neu bekannt gewordenen Tatsachen der «outcome of the case» beeinflusst, das gesamte frühere Urteil und Verfahren aufgehoben und die neue Anklage umfassend beurteilt wird. Dem alten Urteil bloss eine neue Sanktion hinzuzufügen, genügt diesen Anforderungen nicht. Die Revision muss sich vielmehr auf die Tat- und/oder die Schuldfrage beziehen, nicht anders als die oben (Rz. 2 f.) behandelte Verurteilung.[17] Insofern herrscht Parallelität: Eine «Wiederaufnahme» i.S.v. Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK muss auf die Aufhebung einer «Verurteilung» i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK gerichtet sein.

3. Art. 65 Abs. 2 StGB unter dem Blickwinkel des Rückwirkungsverbotes (Art. 7 EMRK)

5 Die spezifische Fallgestaltung warf zudem eine Frage der Rückwirkung auf,[18] wonach «keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden» darf (Art. 7 Ziff. 1 EMRK). Die Verurteilung des Beschwerdeführers erfolgte lange vor Inkrafttreten der Bestimmung von Art. 65 Abs. 2 StGB und der darin vorgesehenen Möglichkeit, eine Verwahrung auch nachträglich anzuordnen. Ziff. 2 Abs. 1 SchlB (Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002) sah jedoch vor, dass die neurechtlichen Bestimmungen über die Massnahmen auch auf Täter anwendbar sind, welche die Tat(en) zeitlich vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begangen hatten. Gegenüber dieser grosszügigen Neurechtsanwendung erfuhr die nachträgliche Anordnung der Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB eine Einschränkung: Sie sollte nur zulässig sein, wenn die Verwahrung auch gestützt auf Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 des alten Rechts möglich gewesen wäre (Ziff. 2 Abs. 1 lit. a SchlB). Das war sie freilich nie, weil im Strafgesetzbuch bis zur Revision 2007 keine *nachträgliche* Verwahrung vorgesehen war.[19] Deshalb ist man auf die Idee verfallen, im kantonalen Strafprozessrecht nach einer

15 Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22. November 1984 (7. ZP-EMRK; SR 0.101.07).

16 Erfasst sind strafrechtliche Sanktionen allgemein, nicht nur Strafen, vgl. die in Fn. 7 und Fn. 12 genannten Urteile des EGMR M. gegen Deutschland und Ilnseher gegen Deutschland.

17 Urteil des EGMR 38958/16 vom 2. November 2021 (W.A. gegen die Schweiz), Ziff. 70.

18 Dass das Rückwirkungsverbot im schweizerischen Strafrecht nicht nur für Strafen, sondern auch für die Verwahrung gilt, hat bereits BGE 134 IV 121 klargestellt. Zudem erfasst Art. 1 StGB, auf den sich das Rückwirkungsverbot ebenfalls zurückführen lässt, seit der grossen Revision des Allgemeinen Teils auch die Massnahmen.

19 Vgl. GÜNTER STRATENWERTH / FELIX BOMMER, Schweiz. Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 3. Aufl., Bern 2020, § 11 N 24.

Grundlage zu suchen, und dabei ist man auf die Revision gestossen, als welche Art. 65 Abs. 2 StGB ausgestaltet ist.[20]

6 Die Auseinandersetzung mit dieser Frage ist in beiden Instanzen verkürzt: Das Bundesgericht hatte eine gesetzliche Grundlage im alten Zürcher Strafprozess bejaht. Es musste sich dabei über die (rare) einschlägige kantonale Praxis hinwegsetzen, ohne dies überzeugend zu begründen.[21] Der Gerichtshof hatte die Frage verneint. Er geht jedoch mit keinem Wort auf den bundesgerichtlichen «Rettungsversuch» über die kantonalrechtliche Revision ein. Natürlich existierte Art. 65 Abs. 2 StGB, wie er schreibt, zum Zeitpunkt der Verurteilung (90er-Jahre) noch nicht. Aber zu entscheiden wäre gerade, ob nicht trotz der von der Schweiz in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage des kantonalen Revisionsrechts, ihr Bestand einmal vorausgesetzt, ein Verstoss gegen das Rückwirkungsverbot vorliegt. Die Frage läuft darauf hinaus, ob mit «altem Recht» das «alte Gesetz», also das bis Ende 2006 geltende StGB, gemeint oder die Rechtsordnung insgesamt angesprochen ist.

7 Stellt man auf ersteres ab und hält sich an den Wortlaut von Ziff. 2 Abs. 1 lit. a SchlB, ist die Antwort klar: «[G]estützt auf Artikel 42 oder 43 Ziffer 1 Absatz 2 des bisherigen Rechts» war eine *nachträgliche* Verwahrung, wie erwähnt, nicht zulässig. Die Frage des Bezugsobjekts des «alten» Rechts ist in der schweizerischen Literatur nicht diskutiert. Sie braucht hier indessen nicht entschieden zu werden, weil ein anderer Gesichtspunkt den Ausschlag gibt: Würde man auf die in den kantonalen Strafprozessordnungen enthaltenen Revisionsbestimmungen abstellen, hätte dies zwei kaum hinnehmbare Folgen: Zum einen würde das Bundesstrafrecht uneinheitlich angewendet. Denn knapp die Hälfte der Kantone beschränkte die Revision zu Lasten des Beschuldigten aufgrund von neuen Tatsachen oder Beweismitteln auf den Fall des Freispruchs oder schloss sie sogar ganz aus,[22] eine rückwirkende Anwendung von Art. 65 Abs. 2 StGB wäre nach ihrem Recht nicht möglich. Das würde bedeuten, dass die Bestimmung je nach Kanton, in dem sich die Ursprungstat ereignet hat, zur Anwendung käme oder nicht. Das verträgt sich nicht mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Bundesstrafrechts (Art. 123 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 BV[23]).[24] Zum andern würde, stellte man auf allfällig vorhanden gewesene Revisionsmöglichkeiten zu Lasten des Verurteilten ab, *ausser Kraft gesetztes* kantonales (Strafprozess-) Recht über die Anwendbarkeit von Bundesstrafrecht entscheiden; auch deshalb erscheint dieser Weg nicht gangbar.[25] Selbst wenn man also, was schon für sich zweifelhaft erscheint, eine belastende gesetzliche Revisionsregelung im alten (kantonalen) Zürcher Strafprozess bejahen würde, verstiesse deren rückwirkende Anwendung gegen Bundesrecht. Im Ergebnis hat der EGMR deshalb zu Recht eine verbotene Rückwirkung angenommen.[26]

4. Ergebnis

8 Als Ergebnis ist festzuhalten: Die Anordnung einer nachträglichen Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB ist unzulässig, sofern sich das nachträgliche Urteil, selbst wenn im Revisionsverfahren ergangen, darauf beschränkt. Diesfalls sind Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK sowie Art. 4 7. ZP-EMRK verletzt. Handelt es sich um ein Urteil, das vor Inkrafttreten von Art. 65 Abs. 2 StGB ergangen war, ist zudem Art. 7 Abs. 2 EMRK verletzt. Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage, welche Auswirkungen diese Rechtsprechung auf den praktisch bedeutsameren Abs. 1 von Art. 65 StGB haben würde.[27]

20 So bereits Urteil des Bundesgerichts 6B_597/2012 vom 28. Mai 2013 E. 4.6.

21 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015 E. 4.8. Der dort zitierte Entscheid des Zürcher Kassationsgerichtes ZR 86/1987 Nr. 9 vom 14. Oktober 1986 hatte es auf Grundlage von § 443 Ziff. 2 Variante 2 StPO-ZH (Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 1. Juli 1919 [StPO-ZH; LS 321]) abgelehnt, der Staatsanwaltschaft eine Revisionsmöglichkeit zuzugestehen, und zwar in dem Fall einer Verurteilung zu 18 Monaten Freiheitsstrafe mit bedingtem Vollzug, in dem sich nach Rechtskraft des Urteils herausgestellt hatte, dass die Voraussetzungen für den Strafaufschub in Tat und Wahrheit nicht vorgelegen hatten. Ohne Diskussion der Problematik der insofern gleich gelagerte BGE 137 IV 59 unpubl. E. 7.

22 Letzteres im Kanton Genf, m.w.H. bei BOMMER (Fn. 8), S. 61.

23 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

24 Soweit es freiheitsentziehende Massnahmen betrifft, sind und waren (seit Erlass des StGB) die Kantone nicht zu eigener Gesetzgebung befugt, vgl. Art. 123 Abs. 1 BV, Art. 335 StGB.

25 Vgl. FELIX BOMMER / ARIANE KAUFMANN, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2015, S. 885 f.

26 Der EGMR sieht zudem eine strengere Bestrafung in der Abfolge der beiden Sanktionen: Der zur Zeit der Verurteilung des Beschwerdeführers anwendbare Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB sah vor, dass bei Einweisung in eine Verwahrung der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben wurde (Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 aStGB). Erwies sich die Behandlung als aussichtslos, war es am Gericht, über den Vollzug der Reststrafe zu entscheiden (Art. 43 Ziff. 3 Abs. 1 aStGB). Im geltenden Recht ist die Reihenfolge umgekehrt: Zuerst wird die Freiheitsstrafe vollzogen, anschliessend (bei weiterhin bestehender Gefährlichkeit) die Verwahrung (Art. 64 Abs. 2 StGB). Daraus zieht der Gerichtshof den Schluss, dass der Betroffene unter geltendem Recht für einen längeren Zeitraum inhaftiert werden konnte und auch insofern eine strengere Bestrafung vorliege (Ziff. 58 f.; ähnlich concurring opinion of Judge Zünd, Ziff. 2). Doch liegt darin eine Fehldeutung: Bei schwindender Gefährlichkeit wurde der Verwahrte auch im alten Recht nicht einfach ohne Rücksicht auf die parallel ausgesprochene Freiheitsstrafe entlassen, sondern in der Regel erst nach Ablauf von zwei Dritteln der Strafe (zugebracht in der Verwahrung oder im auf sie folgenden Strafvollzug, vgl. GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Bern 1989, § 11 N 43), nicht anders als die heutige Regel von Art. 64 Abs. 3 StGB, wonach bei begründeter Erwartung der Bewährung nach demselben Zeitraum eine bedingte Entlassung möglich ist.

27 Vgl. RAFAEL STUDER, Anm. zu dem hier besprochenen Urteil des EGMR, forumpoenale 2022, S. 252.

III. Bundesgerichtlicher Nachvollzug der Strassburger Praxis

9 Es dauerte zwei Jahre, bis das Bundesgericht 2023 in BGE 150 IV 38 Gelegenheit bekam, die eben aufgeworfene Frage zu beantworten. Ausgangspunkt war ein Strafbefehl der Luzerner Justiz, der dem Beschuldigten eine bedingte Freiheitsstrafe von 150 Tagen auferlegte (einfache Körperverletzung [Art. 123 StGB]; offenbar Ausnahmefall nach Art. 41 StGB, Regelsanktion wäre eine Geldstrafe) und flankierende Massnahmen vorsah (Bewährungshilfe, therapeutische Behandlung). Weil diese missachtet wurden, kam es zum Vollzug der Freiheitsstrafe. Die von den Strafvollzugs- und -verfolgungsbehörden in der Folge anbegehrte Massnahme nach Art. 65 Abs. 1 StGB ordnete das Bezirksgericht Luzern an, unter Verhängung von Sicherheitshaft, die das Kantonsgericht bestätigte.[28] Die Zulässigkeit dieser Sicherheitshaft, die vom Bundesgericht zu beurteilen war, hing u.a. von einem materiellrechtlichen Kriterium ab, nämlich davon, ob «ernsthaft zu erwarten ist», dass gegen den Beschwerdeführer «der Vollzug einer freiheitsentziehenden Sanktion angeordnet wird» (Art. 364a Abs. 1 lit. a StPO[29]), scil. ob eine nachträgliche stationäre Massnahme nach Art. 65 Abs. 1 StGB zu erwarten war. Dies wiederum setzte voraus, dass eine solche nicht schon *aus Rechtsgründen* ausser Betracht fiel.

10 Hier nun kommt die referierte Praxis des EGMR ins Spiel: Der erwähnte Strafbefehl sollte nicht angetastet und an der Tatfrage (einfache Körperverletzung), an der Schuldfrage (voll erhaltene Schuldfähigkeit[30]) und an der ursprünglichen Sanktion nichts geändert werden, die Freiheitsstrafe blieb bei 150 Tagen. Darin liegt exakt die Konstellation, die der Gerichtshof im Urteil W.A. gegen die Schweiz[31] als Verstoss gegen Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK eingestuft und das auf diesen Freiheitsentzug abzielende Verfahren als Verstoss gegen Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK gewertet hatte. Der vom EGMR entschiedene Fall betraf zwar *Abs. 2* von Art. 65 StGB. Aber das Bundesgericht hält zu Recht fest, dass mit Blick auf die Anforderungen an die Revision kein Unterschied zwischen den beiden Absätzen von Art. 65 StGB besteht (E. 4.3.3): Sie lassen beide eine Revision[32] nur des Sanktionenpunktes zu, und eben dies verletzt die genannten Bestimmungen der EMRK und ihres 7. ZP. Anders formuliert: Die konventionsrechtlichen Revisionsvoraussetzungen sind strenger als diejenigen nach Art. 65 StGB, und sie lagen, wie gezeigt, nicht vor. Das hatte zur Folge, dass die Anordnung des Vollzugs einer freiheitsentziehenden Massnahme, in den Worten von Art. 364a Abs. 1 StPO, nicht «ernsthaft zu erwarten» war. Der Beschwerdeführer war deshalb freizulassen (E. 4.6).

IV. Zur Interpretation von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK

11 Eine rechtliche Einschätzung dieser Praxisentwicklung der nachträglichen Anordnung einer freiheitsentziehenden Massnahme hat an dem Punkt anzusetzen, an dem sie ihren Ausgang genommen hat, an der Entscheidung des EGMR i.S. Guzzardi gegen Italien.[33] Dort hatte der Gerichtshof drei Argumente für die restriktive Auslegung von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK angeführt (sie werden hier in der landläufigen Stufenfolge der Auslegungselemente wiedergeben): Der französische Wortlaut «condamnation» setze einen Schuldspruch voraus, der Begriff «conviction» für eine reine Sicherungsmassnahme widerspreche dem in diesem Bereich zu beachtenden Grundsatz restriktiver Auslegung, und ein Vergleich von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK mit Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 EMRK zeige, dass es keine «Verurteilung» ohne die Feststellung eines strafrechtlichen Gesetzesverstosses geben könne. Das erste, grammatikalische Element muss hier unbeurteilt bleiben, soweit es um den französischen Originalwortlaut geht. Das zweite stellt in der Sache nichts anderes dar als das erste, im Übrigen bleibt der Grundsatz restriktiver Auslegung «in this area» blosses Petitum, unerklärt und unbegründet.[34] Der Konnex mit den genannten anderen Bestimmungen der EMRK schliesslich entbehrt ebenfalls näherer Erläuterung: Warum führt der Vergleich zu diesem Befund? In solchen nur angedeuteten Zusammenhängen manifestiert sich eine generelle Begründungs-

28 Insofern erhebt sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit, und zwar sowohl mit Blick auf das Anlassdelikt wie mögliche Folgedelikte (vgl. die Verteidigerrüge in BGE 150 IV 38 E. 3 und 4.2). Zudem erscheint die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB im Verfahren nach Art. 65 Abs. 1 StGB bei einer ursprünglich mit bedingtem Vollzug (keine ungünstige Prognose!) ausgefällten Freiheitsstrafe, die überdies nur via Art. 41 StGB nicht als Geldstrafe ausgesprochen wurde, per se fraglich; das Bundesgericht hat diese Frage aufgeworfen, aber offen gelassen (vgl. E. 4.5; ablehnend MARIANNE HEER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 65 N 31). Weiter ist zu beachten, dass der Widerruf nicht infolge eines Rückfalls erfolgte, sondern wegen Renitenz gegen die Bewährungsauflagen.

29 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0).

30 Vgl. dazu die kritischen Bemerkungen des Bundesgerichts in BGE 150 IV 38 E. 4.4.

31 Vorne Rz. 2.

32 Nach anfänglichem Zögern (vgl. BGE 141 IV 396 E. 3.1; BGE 142 IV 307 E. 2.2; BGE 145 IV 65 E. 2.7.1; BGE 145 IV 167 E. 1.5) hat das Bundesgericht das Erfordernis der Revision auch für Abs. 1 von Art. 65 StGB für massgeblich erklärt: «(L)es conditions d'une mesure thérapeutique institutionnelle devaient déjà être remplies au moment du jugement initial» (BGE 145 IV 383 E. 2).

33 Urteil des EGMR 7367/76 vom 6. November 1980 (Guzzardi gegen Italien), Ziff. 100.

34 Vgl. Ziff. 98. Der Verweis auf das Urteil des EGMR 6301/73 vom 24. Oktober 1979 (Winterwerp gegen Niederlande), Ziff. 37 führt in der Sache nicht weiter, da dort auch nur festgehalten wird, die lit. a bis lit. e von Art. 5 Ziff. 1 EMRK stellten Ausnahmen vom Grundsatz dar, die eng auszulegen seien.

schwierigkeit eines Organs, das (fast) die gesamte binnenletztinstanzliche Menschenrechtspraxis in Europa zu beurteilen hat: die Balance zu halten zwischen der Vorgabe von menschenrechtlichen Leitlinien und deren argumentativer Verankerung im konkreten Fall. Jene müssen «fallklärend» ausfallen, diese hat Rücksicht zu nehmen auf Kontext und Rechtstradition.

12 Die enge Deutung von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK hat gleichwohl gute Gründe auf ihrer Seite. Der in der deutschen Übersetzung verwendete Begriff der «Verurteilung» enthält das Element «schuldhafter» Straftatbegehung, eben dasjenige des mit der Tatfeststellung verbundenen rechtlichen Tadels (der über die Strafe verstärkt wird). Zudem wird ein Beschuldigter zu einer stationären freiheitsentziehenden Massnahme nicht «verurteilt», sie wird vielmehr «angeordnet».[35] Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung weist in dieselbe Richtung: Im Verlauf der Vorarbeiten zu Art. 5 EMRK stand zur Diskussion, lit. a um einen Zusatz zu ergänzen, er hätte dann wie folgt gelautet, «s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent, *ou à titre de mesure de sûreté*».[36] Diese Variante zulässiger Haft in Gestalt einer sichernden Massnahme wurde indessen fallen gelassen.[37] Schliesslich erfolgt auch der Hinweis auf die grundlegenden Normen des Gesetzesvorbehaltes (Art. 7 Abs. 1 EMRK) und der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) nicht umsonst; das kann hier nur angedeutet werden (und bedürfte der Vertiefung): Einen Gesetzesvorbehalt vorzusehen, ergibt nur Sinn vor dem Hintergrund eines Verfahrens, das darauf gerichtet ist, ein «Gesetz» zu finden, welches das Verhalten des Beschuldigten in strafrechtlichen Kategorien erfassen könnte. Und jemanden als unschuldig zu bezeichnen, ergibt nur Sinn vor dem Hintergrund eines Verfahrens, dessen Anklage darauf gerichtet ist, dem Beschuldigten eine schuldhaft begangene Straftat nachzuweisen. So gesehen sind diese Bestimmungen zweifellos in ein Verfahren eingebunden, in dem es nicht nur um die Ausfällung einer (neuen) Sanktion geht, sondern, als deren allererste Voraussetzung, um die Feststellung eines schuldhaften Verstosses gegen ein Strafgesetz, der die Möglichkeit der Ausfällung einer Sanktion erst eröffnet. Die Deutung des Begriffs «Verurteilung» in Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK als Rechtsspruch, der sowohl den Schuldpunkt (inkl. die Tatfrage) wie auch den Strafpunkt umfasst, ist deshalb naheliegend, und damit auch, dass ein blosses Nachschieben einer (weiteren) Sanktion i.S.v. Art. 65 Abs. 1 oder 2 StGB, ohne dass an den Tat- oder Schuldpunkt gerührt würde, diese Anforderung verfehlt.

35 Vgl. die Wortwahl in Art. 56 Abs. 1, Art. 56a Abs. 1, Art. 57 Abs. 1, Art. 59 Abs. 1 und 60 Abs. 1, Art. 64 Abs. 1 StGB.

36 Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme vom 8. August 1956, DH (56) 10, S. 10.

37 Vgl. Conseil de l'Europe (Fn. 36), S. 13 Fn. 3, S. 15 f., S. 18 und S. 22 f.

V. Verbleibende Spielräume

13 Der Nachvollzug der Strassburger Praxis wirft die Frage auf, welche Bedeutung Art. 65 StGB noch zukommen kann. Auf einer abstrakten Ebene ist die Antwort schnell gegeben: Immer dann, wenn es darum geht, eine im ursprünglichen Verfahren noch nicht bekannte Tatsache (oder deren Bewiesenheit) in das Verfahren einzuführen, die Auswirkungen auf das Unrecht oder die Schuld des Betroffenen an der (vormals) angeklagten Tat hat, kann dies im Wege der Revision geschehen. Ein solches Revirement kann dann natürlich auch zu einer Änderung der Sanktion führen, etwa zur Anordnung einer stationären therapeutischen oder sichernden Massnahme. Steigt man eine Abstraktionsstufe tiefer und fragt sich, auf welche Konstellationen dies (mit einigermassen praktischer Relevanz) zutreffen könnte, wird guter Rat teu(r)er. Klar ist jedoch auch insofern noch, dass sich an zwei Punkten ansetzen lässt: Am Unrecht oder an der Schuld. Soweit es um jene Kategorie geht, kommt zunächst die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung in Betracht, weil nur *sie* anlasstatbestandliche Einschränkungen kennt (vgl. Art. 64 Abs. 1 im Unterschied zu Art. 59 Abs. 1 StGB). Das kann etwa der Fall sein, wenn bekannt wird, dass der Verurteilte vor der beurteilten eine zuvor unbekannte, potentiell verwahrungsbegründende Straftat begangen hat (Fall der retrospektiven Konkurrenz, Art. 49 Abs. 2 StGB), oder dass die Tat in Wirklichkeit eine solche war, die eine Verwahrung zulässig gemacht hätte (z.B. schwere statt nur einfacher Körperverletzung, Raub statt nur Diebstahl, Freiheitsberaubung statt nur Nötigung). Nachträglich bekannt gewordenes Unrecht kann jedoch auch Anlass zu Anordnung einer therapeutischen stationären Massnahme geben, dann freilich nicht in seiner tatbestandsspezifischen Form, sondern mit Blick darauf, dass sich (erst) aus ihm die Gefahr weiterer einschlägiger Straftaten ergibt.

14 Die andere revisionsbegründende Kategorie von Urteilsdefiziten, soweit es um neue Tatsachen oder Beweismittel geht, ist diejenige auf Stufe der Schuld. Hier ist denkbar, dass an die ursprüngliche Feststellung voller Schuldfähigkeit diejenige verminderter oder ausgeschlossener tritt, oder dass von verminderter auf ausgeschlossene gewechselt wird, *und* dass sich daraus die Notwendigkeit einer stationären Massnahme ergibt. Das bedingt, dass solche Defizite nicht bereits zur Zeit des Ursprungsurteils im Raum standen, aber etwa, wie in dem BGE 150 IV 38 zugrundeliegenden Fall, dem Bedürfnis nach einem Strafbefehl zum Opfer fielen. Kurz gefasst: Art. 65 StGB ist in dem Masse nicht (mehr) anzuwenden, wie die Bestimmung ausschliesslich auf eine Urteilsergänzung in Gestalt einer freiheitsentziehenden stationären (therapeutischen *oder* sichernden) Massnahme abzielt, scil. eine Ergänzung des Strafpunktes, ohne den Schuldpunkt zu

tangieren.[38] Von der neuen Praxis erfasst sein dürfte auch Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO: Unter den «vor dem Entscheid eingetretene[n] Tatsachen, […], die geeignet sind, […] eine wesentlich […] strengere Bestrafung der verurteilten Person» herbeizuführen, sind nur solche zu verstehen, die auf Aufhebung des Schuldspruchs in seinem Tat- oder Schuldfundament gerichtet sind, aber wiederum nicht andere, denen es nur um eine Ergänzung des Strafpunktes zu tun ist.

15 Theoretisch kommt für die eben genannte Konstellation auch die umgekehrte Richtung in Frage: An die Stelle ausgeschlossener Schuldfähigkeit tritt verminderte oder volle, an die Stelle verminderter Schuldfähigkeit die volle. Doch handelt es sich dabei um eine untypische Fallgestaltung für die Anordnung stationärer Massnahmen, sie wird hier deshalb nicht weiterverfolgt. Schliesslich erlaubt Art. 65 Abs. 1 StGB auch den Wechsel von einer Verwahrung in eine therapeutische stationäre Massnahme. Welche Anforderungen man daran immer stellen will, von der geschilderten Revisionseinschränkung kann er nicht betroffen sein, weil es sich dabei um einen für den Verurteilten günstigen Transfer handelt,[39] der ebenso in Art. 64b Abs. 1 lit. b StGB vorgesehen ist.

VI. Fazit

16 Die geschilderte Entwicklung hat nicht nur Hand an Art. 65 StGB gelegt, sondern auch eine Klärung der Revisionsvoraussetzungen von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO gebracht. Für die Strafverfolgungsbehörden bedeutet dies, Hinweisen auf eine (schwere) psychische Störung vor dem Urteil nachzugehen, wenn sie sich ergeben; so bleibt eine Massnahme nach Art. 59 Abs. 1 StGB unter den Auspizien von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK grundsätzlich zulässig. Sie später nachzuschieben, ist in solchen Fällen nunmehr ausgeschlossen. Bei Schuldunfähigkeit ist dieser Weg versperrt; dann bleibt nur derjenige über den Freiheitsentzug bei psychisch Kranken i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK. Er ist u.U. sogar über eine Revision zu erreichen,[40] etwa wenn nach einer Verurteilung vorbestehende Anzeichen von Schuldunfähigkeit zutage treten, die für einen Freispruch sprechen. Gegen eine damit verbundene therapeutische stationäre Massnahme dürfte W.A. gegen die Schweiz nicht stehen, denn die nachträgliche Anordnung der Verwahrung war, mit Blick auf lit. e, nicht an ihrem Modus gescheitert, sondern daran, dass sie nicht in einer geeigneten Klinik vollzogen wurde.[41] Wenn dies Anlass geben würde, die notorische Knappheit an geeigneten Plätzen anzugehen,[42] hätte das Urteil jenseits von Art. 65 StGB eine konkrete Wirkung. Das ist auch deshalb dringend nötig, weil sonst, wie der Gerichtshof maliziös anmerkt,[43] am Firmament der EMRK bald einmal eine Verantwortlichkeit nach deren Art. 3 auftaucht. So weit sollte man es nicht kommen lassen.

38 Ähnlich GUNHILD GODENZI, in: Wohlers/Godenzi/Schlegel (Hrsg.), Handkommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Bern 2024, N 4a Art. 65.

39 BGE 145 IV 383 E. 2.3.

40 Grosszügiger wohl LEHNER (Fn. 10), N 292 ff.

41 Vgl. Urteil des EGMR 38958/16 vom 2. November 2021 (W.A. gegen die Schweiz), Ziff. 46.

42 Der von der Schweiz im Anschluss an das Urteil vorgelegte «Bilan d'action» vom 18. Juni 2024 (Res. W.A.-DH-DD[2024]705) lässt diesbezüglich wenig Gutes erahnen: «Le Gouvernement suisse estime que cette affaire ne requiert aucune autre mesure individuelle ou générale…» (S. 3).

43 Urteil des EGMR 38958/16 vom 2. November 2021 (W.A. gegen die Schweiz), Ziff. 38.

Abstract

L'art. 65 CP autorise le prononcé ultérieur d'une mesure thérapeutique institutionnelle (al. 1) ou d'internement (al. 2). Al. 1 a fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part du Tribunal fédéral, al. 2 a récemment été remise en question par la CourEDH, ce qui a restreint encore davantage l'application de l'al. 1. L'ajout ultérieur d'une nouvelle sanction (mesure thérapeutique institutionnelle dans le cas de l'al. 1, internement dans celui de l'al. 2) ne peut (plus) reposer sur cette disposition sans qu'un élément de fait et/ou de culpabilité soit également modifié. En l'état actuel des connaissances, la portée effective de ces deux normes est significativement réduite.