

BGE 144 IV 321

Bundesgericht (BGE), 2018-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_144 IV 321](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_144_IV_321)

FR: ATF 144 IV 321

IT: DTF 144 IV 321

Regeste

Regeste Art. 65 Abs. 2 StGB; Art. 410 ff. StPO; nachträgliche Verwahrung, neues Gutachten. Art. 65 Abs. 2 StGB verweist für die Zuständigkeit und das Verfahren bei der nachträglichen Anordnung einer Verwahrung nach dem Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 auf die Art. 410 ff. StPO. Das Revisionsverfahren ist nach den Regeln der StPO durchzuführen (E. 1.3 und 1.5; Klarstellung der Rechtsprechung). Der Entscheid des Berufungsgerichts über das Vorliegen von Revisionsgründen unter gleichzeitiger Rückweisung der Sache an die von ihm bezeichnete Behörde zur neuen Behandlung und Beurteilung gemäss Art. 413 Abs. 2 lit. a StPO ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 BGG (E. 2.3). Die nachträgliche Verwahrung in Durchbrechung der Rechtskraft des Strafurteils kann gestützt auf ein neues Gutachten nur sehr restriktiv angeordnet werden. 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 (E. 3.1). Bildete die Anordnung der Verwahrung bereits Gegenstand des ursprünglichen Strafverfahrens, kann ein neues Gutachten, welches lediglich von den Einschätzungen und Schlussfolgerungen des früheren Gutachtens abweicht, in aller Regel keinen Revisionsgrund begründen (E. 3.2).

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer beantragt, das eingereichte Rechtsmittel als Beschwerde in Strafsachen entgegenezunehmen, eventualiter als altrechtliche eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und subeventualiter als subsidiäre staatsrechtliche Beschwerde (Ziff. 1; oben Bst. C). Aus anwaltlicher Vorsicht werde eine altrechtliche kantonale Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag auf Sistierung bis zum bundesgerichtlichen Entscheid. Nach dem Zustellungsschreiben des Obergerichts an das Bundesgericht vom 18. Juli BGE 144 IV 321 S. 325 2018 ist bei der I. Strafkammer des Obergerichts eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hängig. Das Vorgehen ist durch die vorinstanzlichen Erwägungen bedingt.

E. 1.2

Die Vorinstanz nimmt an, Art. 65 Abs. 2 StGB sei anwendbar. Sie bezieht sich dazu auf BGE 134 IV 121 (oben Bst. A.b). Gemäss Art. 453 Abs. 1 StPO sei übergangsrechtlich für die Anwendbarkeit des alten oder neuen Prozessrechts das erstinstanzliche Entscheiddatum ausschlaggebend (BGE 137 IV 219 E. 1.1 S. 221). Daher müsse die aStPO/ZH und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG/ZH) zur Anwendung gelangen. Die Vorinstanz prüft die Sachfrage im Bewilligungsverfahren gestützt auf das als neues Beweismittel eingereichte psychiatrische Gutachten von Dr. med. B. vom 4. Mai 2015. Die darin belegten neuen Tatsachen seien geeignet, eine Verwahrung zu begründen. Sie habe die Sach- und

Beweislage nicht abschliessend zu klären. Die Vorinstanz kommt zum Ergebnis, da die Revisionsgründe gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB gegeben seien, sei das Revisionsgesuch gutzuheissen. Für die Revision zu Ungunsten des Betroffenen sehe § 448 aStPO/ZH eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft vor. Davon sei abzusehen und Art. 413 Abs. 2 StPO anzuwenden (Urteil 6B_41/2012 vom 28. Juni 2012 E. 1.1). Die Aktenlage erlaube keinen sofortigen Entscheid. Es werde noch eingehender abzuklären sein, ob und inwieweit die Voraussetzungen für eine Verwahrung erfüllt seien. Das Sachurteil sei von der I. Strafkammer des Obergerichts mit geschworenengerichtlicher Kompetenz und als erste Instanz gefällt worden. Diese Behörde sei mit Inkrafttreten der StPO abgeschafft worden. Daher sei die Sache gemäss Art. 31 ff. StPO an das örtlich zuständige Bezirksgericht zurückzuweisen.

E. 1.3

Art. 65 Abs. 2 StGB normiert einen bundesrechtlichen Revisionsgrund und verweist für die Zuständigkeit und das Verfahren auf die Regeln, die für die Wiederaufnahme gelten, und damit im Zeitpunkt der Inkraftsetzung auf das damalige kantonale Verfahrensrecht. Die StPO trat am 1. Januar 2011 in Kraft und war mithin bei Erlass von Art. 65 Abs. 2 StGB nicht in Kraft. Art. 65 Abs. 2 StGB wurde auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt (AS 2006 3544) und ist inzwischen nicht an die StPO angepasst worden; es werden weder die Revision im Sinne von Art. 410 ff. StPO noch die Art. 363-365 StPO in Art. 65 Abs. 2 StGB genannt (Urteil 1B_548/2017 vom BGE 144 IV 321 S. 326 29. Januar 2018 E. 1.1). Art. 65 Abs. 2 StGB verweist nicht auf Art. 385 StGB, der die Kantone verpflichtet, wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gericht zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten zu gestatten. Die StPO gestattet die Revision in melius vel peius (Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO ; Urteil 6B_41/2012 vom 28. Juni 2012 E. 1.1). Die Botschaft vom 29. Juni 2005 zur Änderung des Strafgesetzbuches [...] (BBl 2005 4689) bezeichnet die nachträgliche Verwahrung nach dem Wortlaut von Art. 65 Abs. 2 StGB als "Revision zu Ungunsten des Verurteilten" und betrachtet sie unter zwei Voraussetzungen als zulässig: Es sei erstens eine gesetzliche Grundlage notwendig, welche die nachträgliche Anordnung einer härteren Sanktion ausdrücklich vorsehe; und zweitens 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 haben konnte (Botschaft, a.a.O., S. 4714 zu Ziff. 2.2.3.1). Art. 65 Abs. 2 StGB bildet nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers die notwendige Grundlage für die nachträgliche Verwahrung. Verfahrensrechtlich verweist Art. 65 Abs. 2 letzter Satz StGB auf die Regeln, die für die Wiederaufnahme gelten und damit für die Zeit bis zum 31. Dezember 2010 auf die Revisionsbestimmungen in den kantonalen Prozessordnungen und für die Zeit nach Inkrafttreten der StPO in zeitgemässer Auslegung nach der ratio legis und dem heutigen Stand der Gesetzgebung hinsichtlich Zuständigkeit und Verfahren auf die Regeln von Art. 410 ff. StPO (Urteil 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015 E. 4.6, in: Pra 2016 Nr. 34 S. 302 sowie Urteil 6B_597/2012 vom 28. Mai 2013 E. 2.3.3; zu letzterem Urteil der Revisionsentscheid 6F_8/2018 vom 22. Mai 2018 zum Urteil der Dritten Kammer des EGMR Kadusic contre Suisse vom 9. Januar 2018, Nr. 43977/13).

E. 1.4

Die Vorinstanz stützt sich übergangsrechtlich auf Art. 453 Abs. 1 StPO (oben E. 1.2). Nach dieser Bestimmung werden die Rechtsmittel bei Entscheiden, die vor Inkrafttreten dieses

Gesetzes gefällt worden waren, nach dem bisherigen Recht, von den bisher zuständigen Behörden, beurteilt. Die Revision ist ein Rechtsmittel im Sinne dieser Bestimmung, was Probleme stellt, wenn eine Behörde nach Jahren nicht mehr existiert (Urteil 6B_41/2012 vom 28. Juni 2012 E. 1.1). BGE 144 IV 321 S. 327 Das zu beurteilende Revisionsverfahren wurde am 13. Dezember 2017 eingeleitet (oben Bst. B). Es handelt sich mithin nicht um ein Rechtsmittelverfahren im Sinne von Art. 453 StPO . Gemäss Art. 451 StPO werden selbstständige nachträgliche Entscheide des Gerichts nach Inkrafttreten dieses Gesetzes von der Strafbehörde gefällt, die nach diesem Gesetz für das erstinstanzliche Urteil zuständig gewesen wäre. Die Bestimmung regelt die Zuständigkeit für das Hauptverfahren im Sinne von Art. 414 Abs. 2 StPO , während für das Bewilligungsverfahren das Berufungsgericht zuständig ist (Art. 411 Abs. 1 und Art. 412 Abs. 1 StPO). Im Urteil 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.1 wies die I. öffentlich-rechtliche Abteilung im Rahmen dieses Revisionsverfahrens (oben Bst. B) darauf hin, das Verfahren bei selbstständigen nachträglichen Massnahmenentscheiden (insb. Art. 64 i.V.m. Art. 65 StGB) richte sich nach der StPO.

E. 1.5

Zusammenfassend ergibt sich: Art. 65 Abs. 2 StGB ist auch auf Täter anwendbar, die vor dem Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 2007 eine Straftat begangen haben oder verurteilt wurden (STEFAN HEIMGARTNER, in: StGB, JStG, Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 2 zu Art. 65 StGB). Die nachträgliche Verwahrung war bereits nach dem früheren Recht zulässig (BGE 123 IV 100 E. 3b S. 105 und E. 3c S. 106). Art. 65 Abs. 2 StGB bildet die bundesrechtliche Grundlage für die Anordnung der nachträglichen Verwahrung. Art. 65 Abs. 2 StGB verweist für die gerichtliche Zuständigkeit und das Verfahren nach dem Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 auf die Art. 410 ff. StPO . Das Revisionsverfahren ist nach den Regeln der StPO durchzuführen.

E. 1.6

Die Vorinstanz führt das Bewilligungsverfahren unter ergänzender Heranziehung der StPO und im Übrigen gestützt auf das frühere kantonale Recht durch (oben E. 1.2), welches sich ebenfalls in zwei Phasen gliedert (Urteil 6B_947/2017 vom 14. Februar 2018 E. 1.1 und 1.3; zu Art. 65 Abs. 2 StGB Urteil 6B_1186/2017 vom 22. Dezember 2017 E. 1.1). Die Vorinstanz bejaht einen Revisionsgrund, sieht aber die Aktenlage nicht als liquid und weist die Sache an das Bezirksgericht (Art. 414 Abs. 2 StPO). Eine Rückweisung an die Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 414 Abs. 1 StPO kam nicht in Betracht. Dass die Vorinstanz das Verfahren im Rahmen des kantonalen Rechts durchführte, führt nicht bereits zur Gutheissung der Beschwerde, da BGE 144 IV 321 S. 328 das kantonale Revisionsverfahren weitgehend dem Verfahren der StPO entspricht (Urteil 6B_947/2017 vom 14. Februar 2018 E. 1.1). Gemäss Art. 412 Abs. 1 StPO nimmt das Berufungsgericht in einem schriftlichen Verfahren (lediglich) eine vorläufige Prüfung des Revisionsgesuchs vor. Erachtet es die Revisionsgründe als gegeben, so weist es die Sache zur neuen Behandlung und Beurteilung zurück oder entscheidet selber, sofern es die Aktenlage erlaubt (Art. 413 Abs. 2 lit. a und b StPO). Unter dieser Voraussetzung ist die Sache weder zur Vervollständigung der Sachverhaltsabklärung und weiteren Beweiserhebung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urteil 6B_596/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2) noch die Vorinstanz anzuweisen, die Sache gestützt auf das Revisionsrecht nach Art. 410 ff. StPO (neu) zu behandeln. Auf diesen Antrag (oben Bst. C) ist nicht einzutreten. Diese bundesrechtlich konstituierte Rechtslage führt zu der weiteren Konsequenz, dass die

altrechtliche kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das (abgeschaffte) Kassationsgericht und damit heute an eine Abteilung des Obergerichts nicht mehr gegeben ist. Auf die Sistierungsfrage (oben E. 1.1) ist nicht einzutreten.

E. 2.1

Das Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht wird seit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) am 1. Januar 2007 ausschliesslich durch das BGG geregelt. Im Bereich des Strafrechts ist die Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 78 ff. BGG das zulässige Rechtsmittel. Insoweit sind die altrechtliche eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wie die frühere staatsrechtliche Beschwerde (oben E. 1.1) von vornherein nicht mehr gegeben.

E. 2.2

Die Beschwerde in Strafsachen ist gegen verfahrensabschliessende Endentscheide letzter kantonalen Instanzen (Art. 80 Abs. 1 i.V.m. Art. 90 BGG) und damit auch im Rahmen einer nachträglichen Verwahrung zulässig (vgl. Urteil 6B_404/2011 vom 2. März 2012 betreffend eine Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB, die im Kanton Zürich noch nach kantonalem Recht einschliesslich der kantonalen Rechtsmittel durchgeführt worden war; auf die diesbezügliche Beschwerde in Strafsachen gegen den Endentscheid des Obergerichts [und den Zwischenentscheid des Kassationsgerichts] trat das Bundesgericht ohne weiteres ein).

E. 2.3

Der vorinstanzliche Beschluss schliesst das Verfahren nicht ab, sondern weist die Sache im Gegenteil an die Erstinstanz (Bezirksgericht) BGE 144 IV 321 S. 329 zur Prüfung einer nachträglichen Verwahrung gemäss Art. 414 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 65 Abs. 2 StGB. Es handelt sich mithin um einen Zwischenentscheid. Ein Zwischenentscheid ist gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG mit Beschwerde in Strafsachen nur anfechtbar, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a), oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Der nicht wiedergutzumachende Nachteil gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG muss rechtlicher Natur sein, was voraussetzt, dass er sich auch mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt (BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382; BGE 141 IV 284 E. 2.2 S. 287). Dagegen reichen rein tatsächliche Nachteile wie die Verfahrensverlängerung oder -verteuerung nicht aus (BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382; BGE 133 IV 139 E. 4 S. 141). Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide bewirken in der Regel keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (BGE 133 IV 139 E. 4 S. 141). Eine Ausnahme von dieser Regel sieht die Rechtsprechung vor, wenn eine Behörde durch einen Rückweisungsentscheid gezwungen würde, einer von ihr als falsch erachteten Weisung Folge zu leisten (Urteil 6B_845/2015 vom 1. Februar 2016 E. 1.2.2, nicht publ. in: BGE 142 IV 70). In casu wird das Bezirksgericht nicht angewiesen, die Verwahrung gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB anzuordnen; die Vorinstanz weist die Sache (nur) "zur neuen Behandlung und Beurteilung zurück" (Art. 413 Abs. 2 lit. a StPO). Strafprozessuale Zwischenentscheide sind nur ausnahmsweise und restriktiv anfechtbar (BGE 133 IV 288 E. 3.2 S. 292). Dies gilt ebenso im Rahmen von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG (vgl. Urteil 6B_594/2018 vom 14. Juni 2018 E. 2). Sind die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG nicht gegeben, tritt das Bundesgericht auf Zwischenentscheide wie

den vorliegenden revisionsrechtlichen Bewilligungsentscheid in konstanter Rechtsprechung nicht ein (Urteile 6B_52/2011 vom 9. März 2011 und 6B_1186/2017 vom 22. Dezember 2017).

E. 3

Das zu beurteilende Verfahren wirft augenscheinlich die Frage auf, ob der vorinstanzliche Bewilligungsbeschluss nicht in offensichtlicher Verkennung der bundesrechtlichen Revisionsvoraussetzungen im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB ergangen ist. BGE 144 IV 321 S. 330

E. 3.1

Die Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB ist an vier Voraussetzungen geknüpft (dazu Urteil 6B_404/2011 vom 2. März 2012 E. 2.2 [dieser Bewilligungsentscheid und der entsprechende Sachentscheid Urteil 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015 sind vor dem EGMR angefochten und rechtshängig]; HEIMGARTNER, a.a.O., N. 8 zu Art. 65 StGB). Nach der Rechtsprechung kann die nachträgliche Verwahrung in Durchbrechung der Rechtskraft des Strafurteils gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB gestützt auf ein neues Gutachten nur sehr restriktiv angeordnet werden (Urteil 6B_1192/2016 vom 9. November 2017 E. 4 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 143 IV 445). 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. Es geht um Fakten, die für das Gericht objektiv unmöglich erkennbar waren (Urteil 6B_404/2011 vom 2. März 2012 E. 2.2.2 mit Hinweis auf BGE 137 IV 59 E. 5.1.2 S. 66 f. sowie MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 40 zu Art. 410 StPO , und FELIX BOMMER, Nachträgliche Verwahrung als Revision zulasten des Verurteilten, Zur Revisibilität von Prognoseentscheidungen, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, S. 66). Die Revision im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB kann bundesrechtlich normiert somit nur unter restriktiveren Bedingungen erfolgen, als dies bei der ordentlichen Revision nach den Art. 410 ff. StPO der Fall wäre (HEER, a.a.O.). Wie BOMMER (a.a.O., S. 65) nachweist, setzt die Revision eine "Unerkennbarkeit" voraus. Dies ist nach dem Wortlaut des Gesetzes (" ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte ") eindeutig, denn Art. 65 Abs. 2 StGB setzt damit voraus, dass dem Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen der Verwahrung nicht bekannt sein konnte. Wie der Autor ausführt, scheiden damit bereits sämtliche Fälle aus, in denen solche bekannt waren, vom Gericht aber nicht entsprechend gewürdigt worden sind, so bei der Ablehnung einer beantragten Verwahrung. Damit entfällt die Neuheit der Tatsache oder des Beweismittels. Nur wo verwahrungsbegründende Tatsachen kein Thema des ersten Verfahrens gebildet hatten, bleibt die Anwendung von Art. 65 Abs. 2 StGB denkbar, sofern diese Unterlassung nicht in die Verantwortung des Gerichts fällt (BOMMER, a.a.O., S. 66). In analoger Weise können im Rahmen von Art. 65 Abs. 1 StGB Tatsachen oder Beweismittel, die dem urteilenden Gericht bereits zur Beurteilung vorlagen und deshalb Gegenstand der richterlichen BGE 144 IV 321 S. 331 Überlegungen waren, aufgrund der Sperrwirkung von "ne bis in idem" nicht erneut eingebracht werden (BGE 142 IV 307 E. 2.3 S. 310). Da die Bedingungen der nachträglichen Verwahrung schon im Zeitpunkt des Strafurteils erfüllt sein müssen, lässt sich dieses nicht mit der Revision nachträglich der Entwicklung des Insassen während des Vollzugs anpassen (BGE 137 IV 59 E. 5.1.3 S. 68: "Le juge de la révision ne doit pas adapter un jugement entré en force à un autre état de fait [...]"). Die Frage schliesslich, ob aufgrund der damaligen verwahrungsrelevanten Tatsachen eine

Verwahrung anzuordnen gewesen wäre, betrifft die Rechtsanwendung und bildet keine Revisionsstatsache.

E. 3.2

In casu waren die verwahrungsbegründenden Tatsachen Thema des Strafverfahrens. Die Gerichte hatten die beantragte Verwahrung beurteilt und abgelehnt (oben Bst. A.a und A.b). Sämtliche Verwahrungsvoraussetzungen bildeten Gegenstand des Strafverfahrens. Ein neues Gutachten, welches nur eine andere Meinung vertritt, indem es bei der Evaluation der Psychopathie auf eine vom Gerichtsgutachten abweichende Diagnose oder Prognose schliesst ("conclut à une appréciation différente"), begründet keinen Revisionsgrund (Urteil 6B_1192/2016 vom 9. November 2017 E. 4). Die Revisionsvoraussetzungen sind nicht realisiert.

E. 3.3

Der vorinstanzliche Bewilligungs- und Rückweisungsbeschluss verletzt die bundesrechtlichen Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 2 StGB . Gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ist die Beschwerde gegen selbstständig eröffnete Zwischenentscheide zulässig, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Das ist hier der Fall. Der angefochtene Zwischenentscheid ist aufzuheben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.