

BGer 1B 589/2021 vom 19. November 2021

Bundesgericht, 2021-11-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1B_589_2021

FR: TF 1B 589/2021 du 19 novembre 2021

IT: TF 1B 589/2021 del 19 novembre 2021

Regeste

Sicherheitshaft | Strafprozess

Erwägungen

E. 1

Die Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass (vgl. Urteil 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 1).

E. 2

Die Prüfung des allgemeinen Haftgrunds des dringenden Tatverdachts (Art. 221 Abs. 1 Ingress StPO) entfällt, da der Beschwerdegegner rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 8 ½ Jahren verurteilt worden ist. Stattdessen bedarf es für die Anordnung von Sicherheitshaft nach Verbüssen der Freiheitsstrafe der hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass eine Massnahme angeordnet wird, welche die Sicherstellung des Beschwerdegegners erfordert (vgl. BGE 137 IV 333 E. 2.3.1 und Urteil 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.2 zur Sicherheitshaft im Nachverfahren betreffend die nachträgliche Verwahrung). Weiter ist nach Art. 221 StPO ein besonderer Haftgrund (Flucht-, Kollusions-, Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr) erforderlich.

E. 3.1

Nach einem erstinstanzlichen Freispruch ist Sicherheitshaft gemäss der bundesgerichtlichen Praxis im Licht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) grundsätzlich unzulässig. Wird der Beschuldigte freigesprochen, so sollte nach Auffassung des EGMR das Landesrecht über weniger einschneidende Massnahmen verfügen als die Haft, um trotz bestehender Fluchtgefahr die Anwesenheit des Beschuldigten im Berufungsverfahren sicherzustellen. Falls das Gericht eine gefährliche Person irrtümlich ("par erreur") freigesprochen habe und konkrete Anhaltspunkte dafür bestünden, dass sie während des Berufungsverfahrens eine andere Straftat begehen könnte, seien die Behörden indessen befugt, eine neue Haft gestützt auf den ersten Teil von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK anzuordnen. Gleich verhalte es sich in Bezug auf den zweiten Teil von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK (begründeter Anlass zu der Annahme, dass es notwendig ist, die Person an der Begehung einer Straftat zu hindern) bei unmittelbarer Gefahr der Begehung einer schweren, konkreten und bestimmten Straftat, welche das Leben, die körperliche Integrität oder in erheblicher Weise Güter ("biens") beeinträchtigen könne (zum Ganzen: Urteil 1B_45/2021 vom 2. März 2021 E. 3 mit Hinweisen; Urteil des EGMR I.S. gegen die Schweiz vom 6. Oktober 2020, Nr. 60202/15 §§ 46 ff.).

E. 3.2

Der Beschwerdegegner ist nicht freigesprochen worden, sondern wurde vielmehr rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 8 ½ Jahren verurteilt. Einzig über die von der Oberstaatsanwaltschaft geforderte Verwahrung wurde noch nicht rechtskräftig entschieden. Ob die Erwägung des Urteils I.S. gegen die Schweiz, wonach Sicherheitshaft nach einem erstinstanzlichen Freispruch grundsätzlich unzulässig ist, sich auf diese Konstellation unverändert übertragen lässt, ist fraglich. Zudem hat der EGMR nach dem Ausgeführten bei Wiederholungsgefahr, wie sie die Beschwerdeführerin hier geltend macht, die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK nicht ausgeschlossen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner seine Freiheitsstrafe mittlerweile vollständig verbüsst hat und deshalb nur eine in Aussicht stehende Verwahrung seine weitere Inhaftierung rechtfertigen könnte. Bei dieser Ausgangslage ist ein Abweichen von der Einschätzung der Vorinstanz nur möglich, wenn deren Urteil in diesem Punkt - im Rahmen der eingeschränkten hafrichterlichen Überprüfung - als klarerweise fehlerhaft erscheint und deshalb eine entsprechende Korrektur im Verfahren vor Bundesgericht mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (Urteile 1B_484/2021 vom 28. September 2021 E. 3.4; 1B_55/2020 vom 21. Februar 2020 E. 3.4; vgl. auch BGE 139 IV 270 E. 3.1 f.; je mit Hinweisen).

E. 4.1

Hat der Täter eine unter Art. 64 Abs. 1 StGB fallende Straftat verübt, so ordnet das Gericht gemäss lit. a dieser Bestimmung die Verwahrung an, wenn auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht. Sind die Voraussetzungen sowohl für eine Strafe als auch für eine Massnahme erfüllt, so ordnet das Gericht gemäss Art. 57 Abs. 1 StGB beide Sanktionen an. Der Vollzug der Freiheitsstrafe geht nach Art. 64 Abs. 2 Satz 1 StGB der Verwahrung voraus.

E. 4.2

Der Beschwerdegegner wurde 2014 wegen qualifizierter Vergewaltigung verurteilt und hat somit eine unter Art. 64 Abs. 1 StGB fallende Straftat begangen. Zudem hat er sich bereits zuvor mehrfach in schwerer Weise strafbar gemacht. Mit Urteil des Jugendgerichts des Bezirks Affoltern vom 5. Oktober 2000 wurde er wegen vorsätzlicher Tötung, Raub und Diebstahl in ein Erziehungsheim eingewiesen. Dieses Urteil wurde im Jahr 2010 aus dem Strafregister gelöscht. Ferner wurde er am 23. März 2006 wegen Raub (mehrfacher Versuch), Sachbeschädigung und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer Zuchthausstrafe von 2 ½ Jahren verurteilt. Diese Vorstrafe ist im Strafregister noch aufgeführt (zum Ganzen: Urteil 6B_281/2017 vom 16. Oktober 2017 E. 2.4.3).

E. 4.3

Das Obergericht legte dar, nach der bundesgerichtlichen Praxis dürfe gestützt auf Art. 369 Abs. 7 StGB ein aus dem Strafregister entferntes Urteil zwar bei der Realprognose des psychiatrischen Facharztes berücksichtigt werden, nicht jedoch bei der vom Gericht vorzunehmenden Legalprognose. Diese Praxis sei in Lehre und Rechtsprechung auf Kritik gestossen. Die Gerichte führe sie in ein Dilemma, wenn eine ungünstige gutachterliche Prognose vorliege, die sich zu einem wesentlichen Teil auf eine gemäss Gutachten konnex und relevante Vorstrafe stütze, die jedoch aus dem Strafregister bereits gelöscht worden sei und deshalb bei der Legalprognose nicht mehr berücksichtigt werden dürfe. Trotzdem halte das Bundesgericht an dieser Praxis fest. Dem aktuellsten psychiatrischen Gutachten,

demjenigen von Dr. D. _____, das sich auch eingehend und schlüssig mit den beiden zuvor erstellten Gutachten aus den Jahren 2012 (von Dr. B. _____) und 2018 (von med. pract. C. _____) auseinandergesetzt habe, sei zu entnehmen, dass in Übereinstimmung mit diesen beiden anderen Gutachten von einer hohen Rückfallgefahr für Gewalttaten auszugehen sei. Der Gutachter sei zudem zum klaren Ergebnis gekommen, dass sich die aus dem Strafregister entfernten Taten noch stark realprognostisch auswirken würden. Diese Taten müssten in Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Legalprognose aber ausgeblendet werden. Daraus folge unweigerlich, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit (ernsthafte Erwartung) für die Begehung weiterer Taten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB durch den Beschuldigten nicht bejaht werden könne, weshalb die Voraussetzungen für die Anordnung einer Verwahrung nicht gegeben seien.

E. 4.4

Die Oberstaatsanwaltschaft macht geltend, die vom Obergericht vorgenommene Legalprognose verletze Bundesrecht und sei jedenfalls mit Bezug auf den Anlasstaten vergleichbare Sexualdelikte (qualifizierte Vergewaltigung, sexuelle Nötigung) falsch. Aus dem Gutachten von 2021 könne nicht geschlossen werden, dass sich die aus dem Strafregister entfernten Straftaten für alle Deliktsformen gleich stark realprognostisch auswirkten. Der Gutachter unterscheide zwischen Eigentumsdelikten mit Gewaltanwendung, Sexualdelikten und schweren Gewaltdelikten mit Schädigung der körperlichen Integrität. Er subsumiere Sexualdelikte nicht unter den Begriff der schweren Gewaltdelikte. Die Aussage im Gutachten, wonach die Kenntnis der vorsätzlichen Tötung, des Raubs und des Diebstahls aus dem Jahr 1999 die Einschätzung einer hohen Rückfallgefahr für auch schwere Gewaltdelikte speise, beschränke sich auf diese Deliktsform. Zudem könne nicht ohne Weiteres und erst recht nicht unweigerlich davon ausgegangen werden, dass sich beim Ausblenden jener Vorstrafen die Rückfallgefahr reduziere. Sie würden vielmehr Faktoren darstellen, welche neben vielen anderen die Rückfallgefahr mitbegründeten. Hinsichtlich der hohen Rückfallgefahr für schwere Sexualdelikte und Raubtaten (vergleichbar mit den 2006 abgeurteilten) spielten die entfernten Straftaten aus dem Jahr 1999 höchstens eine untergeordnete Rolle. In dieser Hinsicht komme gemäss dem Gutachter vielmehr der dissozialen Persönlichkeitsstörung bei der Beurteilung der Rückfallgefahr die zentrale Bedeutung zu. Nachdem er zum Schluss gekommen sei, dass eine hohe Rückfallgefahr für gravierende Straftaten bestehe, aber keine Massnahme geeignet sei, diese zu beeinflussen, seien die Voraussetzungen für die Anordnung einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 StGB erfüllt.

E. 4.5

Der Beschwerdegegner ist in Bezug auf die Legalprognose der Auffassung der Vorinstanz. Er fügt zudem an, er habe bereits in seiner Berufungsbegründung aufgezeigt, dass sich die im Gutachten von Dr. D. _____ erfassten kriminalprognostischen Risikomerkmale in einem bedeutenden Ausmass aus den früheren, im jugendlichen Alter begangenen Delikten ergäben. In Bezug auf das Risiko erneuter Sexualstraftaten sei die gutachterliche Bewertung jedoch offensichtlich fehlerhaft. Beim sogenannten "Sex Offender Risk Appraisal Guide" (SORAG) falle er in eine signifikant tiefere Risikogruppe als im Gutachten angenommen.

E. 5.1

Das Obergericht ging nach dem Ausgeführten davon aus, dass es aufgrund der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 369 Abs. 7 StGB bzw. den Vorgaben in den

bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheiden vom 16. Oktober 2017 und vom 20. November 2020 nicht umhinkomme, die Voraussetzungen für eine Verwahrung zu verneinen. Ob es dies zu Recht tat oder ob das obergerichtliche Urteil in der Sache insoweit als klar fehlerhaft erscheint (siehe E 3.2 hiervor), ist im Folgenden zu untersuchen. Die Tragweite der Vorgaben in den bundesgerichtlichen Urteilen vom 16. Oktober 2017 und vom 20. November 2020 ist dabei von besonderer Bedeutung. Denn die Bindungswirkung bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheide verlangt, dass sowohl die Vorinstanz als auch das in der Folge allenfalls erneut mit der Sache befasste Bundesgericht die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wird, ihrer Entscheidung zugrunde legen. Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz (BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; 135 III 334 E. 2.1; Urteil 5A_582/2018 vom 1. Juli 2021 5.1; je mit Hinweisen).

E. 5.2

Wie das Bundesgericht in seiner ersten Rückweisungsentscheid vom 16. Oktober 2017 festhielt, dürfen nach Art. 369 Abs. 7 StGB dem Betroffenen aus dem Strafregister entfernte Verurteilungen durch das Gericht nicht mehr entgegen gehalten werden. Das Bundesgericht hatte sich in einem früheren, amtlich publizierten Entscheid bereits ausführlich mit dieser am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bestimmung auseinandergesetzt. Es war zum Schluss gelangt, dass nach Ablauf der grosszügig bemessenen Entfernungsfristen die Rehabilitierungs- und Resozialisierungsinteressen des Betroffenen von Gesetzes wegen schwerer zu gewichten sind als die öffentlichen Informations- und Strafbedürfnisse (BGE 135 IV 87 E. 2.4). Daraus folgt allerdings nicht, dass medizinische Sachverständige solche Verurteilungen nicht mehr berücksichtigen dürfen. Erfahren forensische Psychiater im Rahmen ihrer Exploration von inzwischen entfernten Vorstrafen oder sind ihnen solche aus früheren Behandlungen bekannt, so können sie diese bei ihrer Begutachtung nicht ausblenden, ohne ein kunstfehlerbehaftetes medizinisches Urteil abzugeben. Um eine Umgehung des gerichtlichen Verwertungsverbots gemäss Art. 369 Abs. 7 StGB zu verhindern, muss aus dem Gutachten jedoch hervorgehen, inwiefern die frühere (aus dem Strafregister entfernte) mit der neu zu beurteilenden Delinquenz im Zusammenhang steht (Konnexität) und wie stark sich die aus dem Strafregister entfernten Taten noch realprognostisch auswirken (Relevanz; zum Ganzen: Urteil 6B_281/2017 vom 16. Oktober 2017 E. 2.4.1 mit Hinweis auf eine noch nicht in Kraft stehende Gesetzesänderung).

E. 5.3

Der erwähnte Leitentscheid (BGE 135 IV 87) bezog sich auf die Unzulässigkeit der Berücksichtigung entfernter Vorstrafen bei der Strafzumessung und beim Entscheid über den Strafaufschub. Ihm folgend hielt das Bundesgericht in BGE 135 I 71 fest, dass Art. 369 StGB auch vom Haftrichter zu beachten sei und deshalb aus dem Strafregister entfernte Vorstrafen bei der Prüfung des strafprozessualen Haftgrunds der Wiederholungsgefahr grundsätzlich nicht zu berücksichtigen seien (a.a.O., E. 2.11). In den Urteilen 6B_796/2009 vom 25. Januar 2010 E. 2.4 und 6B_274/2010 vom 3. Mai 2010 E. 1.3 ff. bestätigte es diese Rechtsprechung in Bezug auf die bedingte Entlassung aus der Verwahrung und die Überprüfung einer altrechtlichen Verwahrung. In seiner weiteren, auf die beiden genannten Leitentscheide folgenden Rechtsprechung hielt das Bundesgericht an der Unterscheidung zwischen medizinischer Realprognose und juristischer Legalprognose fest, ohne allerdings zu fordern, dass das Gericht gutachterliche Schlüsse, die auf entfernten Vorstrafen beruhen, ausblendet bzw. unberücksichtigt lässt (Urteile 1B_88/2015 vom 7. April 2015 E. 2.2; 6B_229/2017 vom 20. April 2017 E. 3.4; 6B_240/2017 vom 6. Juni 2017 E. 1.5 f.). Weiter

geht daraus hervor, dass der Miteinbezug von entfernten Vorstrafen bei der Täterpersönlichkeit kein Bundesrecht verletzt, sofern diese nicht alleiniges Kriterium für die genannten Persönlichkeitszüge sind (Urteil 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 2.2 mit Hinweis auf Urteil 6B_877/2014 vom 5. November 2015 E. 8.4 hinsichtlich des Bewusstseins des Täters betreffend sein Alkohol- und Gewaltproblem und Urteil 6B_875/2009 vom 22. März 2010 E. 2.4 hinsichtlich der Neigung zu sexuellen Handlungen mit Kindern). Als unzulässig erachtete das Bundesgericht dagegen die Berücksichtigung eines gleichartigen Tatvorgehens (Einfuhr von Drogen mittels eines Fahrzeugs, das ein Versteck aufweist) und die Prozessstrategie (gegenseitige Belastung durch einen Mitbeschuldigten) zu Lasten des Beschuldigten, weil sich diese Elemente ausschliesslich aus zwei nicht mehr im Strafregister eingetragenen Urteilen ergaben (Urteil 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 2.3). In einem kürzlich ergangenen und zur Publikation vorgesehenen Urteil erwog das Bundesgericht schliesslich, dass das Gericht sowohl bei der nachträglichen Verwahrung gestützt auf Art. 62c Abs. 4 StGB als auch bei der originären Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB für die entscheidende Frage nach der Legalprognose eine Gesamtbetrachtung vornehmen müsse. Die Kriminalitätsentwicklung, d.h. Beginn, Art und Häufigkeit des früheren strafbaren Verhaltens, sei ein entscheidendes Prognosekriterium. Lehre und Rechtsprechung würden daher anerkennen, dass bei der Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB für die Legalprognose nicht nur den neu zu beurteilenden Anlasstaten, sondern - unabhängig von der zwischenzeitlichen Löschung im Strafregister - auch allfälligen Vorstrafen Rechnung zu tragen sei (Urteil 6B_544/2021 vom 23. August 2021 E. 3.6.1, mit Hinweis auf BGE 135 IV 87 E. 2.5 und HEER/HABERMEYER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 68 zu Art. 64 StGB).

E. 5.4

Aus dieser Übersicht folgt, dass das Bundesgericht trotz vordergründig uneingeschränktem Festhalten an der Unterscheidung zwischen Real- und Legalprognose die Berücksichtigung von entfernten Vorstrafen als Prognosekriterium auch durch das Gericht zulässt. Bei der Frage, ob im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht, muss somit der Kriminalitätsentwicklung in einem umfassenden Sinn Rechnung getragen werden. Dies bedeutet, dass das Obergericht zu Unrecht davon ausging, dass es die im Jahr 1999 begangenen Delikte (vorsätzliche Tötung, Raub und Diebstahl) auszublenden hatte. Die Rückweisungsentscheide des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2017 und 25. November 2020 halten dies zwar so nicht fest. Sie enthalten jedoch auch kein Gebot, psychiatrische Einschätzungen des Gutachters aus der gerichtlichen Würdigung auszuschliessen, weil sie mit aus dem Strafregister entfernten Straftaten zusammenhängen. Die Würdigung des Gutachtens aus dem Jahr 2021 wird durch die Vorgaben in den Rückweisungsentscheiden mit anderen Worten nicht bereits vorweggenommen (s. E. 5.1 hiervor). Eine abschliessende Prüfung dieser Frage ist der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts im Rahmen des Beschwerdeverfahrens in der Sache vorbehalten. Für die Zwecke des Haftprüfungsverfahrens ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Bindungswirkung bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheide einer Auslegung von Art. 64 Abs. 1 und 369 Abs. 7 StGB im Sinne des erwähnten, zur Publikation bestimmten Urteils 6B_544/2021 vom 23. August 2021 nicht entgegensteht.

E. 5.5

Es bestehen somit konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Rahmen des hängigen Beschwerdeverfahrens zu einem anderen Schluss hinsichtlich der Legalprognose gelangen könnte. Da Gutachter D. _____ bei einer ganzheitlichen Betrachtung zum Ergebnis kam, Eigentumsdelikte unter Gewaltanwendung sowie Straftaten gegen die körperliche Integrität und gegen die sexuelle Selbstbestimmung seien mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, erscheint dieser Punkt zudem als zentral. Der angefochtene Haftentscheid ist deshalb aufzuheben und zur Prüfung der weiteren Haftvoraussetzungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Entgegen der Kritik des Beschwerdegegners sind diese jedenfalls nicht offensichtlich zu verneinen, weshalb es nicht Aufgabe des Bundesgerichts ist, darüber in erster Instanz zu befinden.

E. 6

Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft ist somit teilweise gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Der unterliegende Beschwerdegegner stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Da die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, kann ihm entsprochen werden (Art. 64 Abs. 1 BGG). Es sind deshalb keine Gerichtskosten zu erheben, und dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners ist eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.

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