

BGer 6B_1076/2021 vom 28. Oktober 2021

Bundesgericht, 2021-10-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1076_2021

FR: TF 6B_1076/2021 du 28 octobre 2021

IT: TF 6B_1076/2021 del 28 ottobre 2021

Erwägungen

E. 1

Das Beschwerdeverfahren betreffend unverzügliche Entlassung aus der Sicherheitshaft wurde an die I. öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts zur Beurteilung weitergeleitet. Die I. öffentlichrechtliche Abteilung ist auf die Beschwerde mit Urteil 1B_513/2021 vom 23. September 2021 nicht eingetreten.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer macht die Verletzung des Konventionsrechts durch die Anordnung der nachträglichen Verwahrung gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB geltend. Eine nachträgliche Verwahrung, die nicht den revisionsrechtlichen Anforderungen im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB genüge, sei konventionswidrig. Der Eingriff müsse verhältnismässig sein (Art. 36 BV) und dürfe Art. 3 EMRK , Art. 7 UNO-Pakt II und Art. 10 Abs. 3 BV nicht verletzen. Verletzt seien die Art. 5 Ziff. 1 lit. a und lit. e EMRK . Bei ihm bestehe klar keine echte Geistesstörung. Die Gutachter seien sich über die Schwere der Störung uneinig. Er sei schuldigfähig, habe seine Strafe mehrfach verbüsst und sei lange in Sicherheitshaft gewesen. Verletzt sei der Grundsatz "ne bis in idem" des Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK. Auch bei der Umwandlung einer Massnahme in eine Verwahrung müsse der Kausalzusammenhang im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK gegeben sein. Er sei seit dem 4. Februar 2020 in Sicherheitshaft und befinde sich rechtswidrig im falschen Haftsetting. Bestehe keine geeignete Einrichtung, sei er zu entlassen (Art. 31 BV ; Art. 62c StGB).

Nach dem Anlassurteil bestehe keine schwere Straftat. Weder das Verschulden noch der Verstoss gegen die sexuelle, psychische und physische Integrität seien als schwer qualifiziert worden. Die Vorinstanz begründe nicht, dass die Gefahr einer schwerwiegenden Integritätsbeeinträchtigung bzw. Traumatisierung der Opfer klar zu bejahen sei. Sie spreche von "Eignung", es müsste jedoch eine schwere Beeinträchtigung stattgefunden haben. Auch der Gutachter habe sich nicht über die Schwere der zu erwartenden Delikte geäussert, sodass diese Voraussetzung zur Anordnung der Verwahrung fehle und damit die Art. 62c Abs. 4 StGB respektive Art. 64 Abs. 1 StGB verletzt würden. Eine Konnexität liege nicht vor. Die Anlassdelikte dürften nicht retrospektiv schwerer eingeordnet werden. Der Gutachter stufe die Gefahr für Hands-off-Delikte höher ein als Hands-on-Delikte. Im Beschluss würden die Gefahren für beide Deliktsarten gleichgeschaltet. Bei derartigen Verhältnismässigkeitsüberlegungen könne nicht von einem fairen Prozess ausgegangen werden.

E. 2.2.1

Wie die Vorinstanz zum Vollzugsverlauf feststellt, wurde der Beschwerdeführer per 16. Juni 2011 in ein Massnahmenzentrum eingewiesen, wo er sich zunächst nicht bereit zeigte,

an der Gruppentherapie für Sexualstraftäter teilzunehmen. Nachdem er sich auf therapeutische Prozesse eingelassen hatte, wurde er im Juni 2012 in die offene Abteilung versetzt. Per 1. April 2014 begann er nach zunehmender Vollzugslockerung eine externe Weiterbildung und trat eine Vollzeitstelle an. Per 10. Juni 2014 trat er für ein Arbeitsexternat ins Wohnheim über. Eine extern begonnene ambulante Behandlung wurde im April 2014 formalisiert weitergeführt. In der Folge sahen die BVD keinen positiven Massnahmenverlauf mehr. In ihrem Auftrag erstatteten Prof. Dr. med. C. _____ und Dr. med. D. _____ ein Gutachten am 30. Oktober 2015. Wegen mangelnder Mitarbeit war die Zusammenarbeit im Wohnheim nicht mehr möglich. Die BVD versetzten ihn am 5. Mai 2015 in Sicherheitshaft. Am 20. Mai 2015 trat er wieder ins Wohnheim ein. Die BVD setzten ihn mit Verfügung vom 17. Dezember 2015 in Sicherheitshaft und wiesen ihn per 19. Januar 2016 in die forensisch-psychiatrische Abteilung der Justizvollzugsanstalt (JVA) Pöschwies ein. Mit Verfügung vom 26. November 2018 wurde er in die JVA St. Johannsen eingewiesen, vorerst in die geschlossene und am 31. Mai 2019 in die offene Abteilung. Er beantragte mit Eingabe vom 19. Juni 2019 die Aufhebung der Massnahme. Dr. med. B. _____ wurde mit einer Begutachtung beauftragt. Mit Verfügung vom 4. Juli 2019 wurde der Beschwerdeführer in die offene Betreuungsabteilung eines Massnahmenzentrums eingewiesen, wo ihm Vollzugslockerungen gewährt wurden. Es folgte eine zunehmend schwierige Dynamik, die in seiner Zurverfügungstellung endete. Die BVD versetzte ihn mit Verfügung vom 12. November 2019 in Sicherheitshaft. Er flüchtete kurz vor seiner Überstellung, wurde gleichentags festgenommen und für den Vollzug der Sicherheitshaft ins Flughafengefängnis überstellt.

E. 2.2.2

Nach der vorinstanzlichen Referierung der aktuellen Gutachten bezeichnete Dr. med. B. _____ im Gutachten vom 24. Dezember 2019 die fehlende Auseinandersetzungsbereitschaft bzw. -fähigkeit als das zentrale Problem bei der Behandlung. Bemerkenswert sei das Ausmass der Nicht-Akzeptanz der pädophilen Affinität. Er leugne das Risiko erneuter Sexualhandlungen mit Kindern und verneine einen Behandlungsbedarf. Es habe Phasen einer bemerkenswerten Therapieeinlassung gegeben. Jetzt sei die Situation verfahren. Das Risiko künftiger Sexualdelikte stelle sich unverändert dar. Im Ergänzungsgutachten vom 7. Mai 2021 (oben Sachverhalt C) komme der Gutachter zu den weitgehend deckungsgleichen Schlüssen, nämlich der weiterhin fehlenden Massnahmenwilligkeit und Aussichtslosigkeit der Weiterbehandlung.

Die Gutachter Prof. Dr. med. C. _____ und Dr. med. D. _____ konstatierten im Gutachten vom 30. Oktober 2015 einen unbefriedigenden Verlauf der stationären Massnahme. Die Pädophilie sei nicht besprechbar. Besonders kritisch sei der wiederaufgenommene Substanzkonsum zu bewerten. Von 2011 bis 2014 habe keine nachhaltige delikt- oder störungsspezifische Therapie durchgeführt werden können. Er sei ähnlich rückfallgefährdet wie vor der Therapie.

Dr. med. E. _____ habe sich in seiner forensisch-psychiatrischen Stellungnahme vom 28. Juli 2016 auf eine von der Verteidigung getroffene Auswahl der Akten gestützt. Seiner Meinung nach sei die Legalprognose deutlich belastet. Es bestehe ein Risikopotential. Ein erneuter Suchtmittelkonsum sei äusserst kritisch zu sehen. Die Angabe, dass er keine pädosexuellen Delikte mehr begehen werde, zeuge von der noch zu wenig stattgefundenen Auseinandersetzung mit den Straftaten und einer nicht zu übersehenden Progredienz der Straftaten.

E. 2.2.3

Die Vorinstanz führt bezüglich der Anlassdelikte (oben Sachverhalt A) aus, sexuelle Delikte gegenüber Kindern gehörten prinzipiell zu den gravierenden Straftaten. Die Straftaten gemäss Art. 187 StGB könnten sehr verschieden sein. Nicht jeder Übergriff sei geeignet, Opfer schwer zu beeinträchtigen. Massgeblich sei, ob das konkrete Tatverhalten aufgrund seiner Eingriffsintensität nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sei, bei den Opfern eine schwerwiegende Integritätsbeeinträchtigung zu bewirken. Einzubeziehen seien auch längerfristige Folgen.

Aus dem Strafmass lasse sich nicht ableiten, die verübten Taten seien nicht erheblich. Der Beschwerdeführer sei perfide vorgegangen. Die Anlasstaten erfüllten die Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 1 StGB (Beschluss S. 14 f.). Der Beschwerdeführer wende ein, es sei nicht dem Zufall, sondern seiner plumpen Vorgehensweise und dem Umstand, dass er die Mädchen nicht an der Flucht gehindert habe, zu verdanken, dass sie flüchten konnten; er habe ihre psychische und sexuelle Integrität nicht "schwer" beeinträchtigt. Die Vorinstanz nimmt dagegen an, zwar seien die Straftaten eher im unteren Spektrum der denkbaren Fälle des Kindsmisbrauchs einzuordnen. Das bedeute nicht, dass die Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht wäre. Mit seiner Intention einer oralen Befriedigung sei sein Vorgehen auf ein Delikt gerichtet gewesen, welches zu einer schweren Integritätsbeeinträchtigung bzw. einer Traumatisierung der Opfer führen könne; sexuelle Handlungen mit Oralverkehr würden schwer wiegen (Beschluss S. 16). Die Eignung des Tatvorgehens, die Opfer nach der allgemeinen Lebenserfahrung in schwerwiegender Weise in ihrer Integrität zu beeinträchtigen, sei zu bejahen. Die Mädchen hätten bei der Videobefragung grosse Mühe bekundet, über das Erlebte zu sprechen, und hätten stark belastet gewirkt (Beschluss S. 18 f.).

E. 2.2.4

Unter dem Gesichtspunkt der schweren psychischen Störung führt die Vorinstanz aus, der Gutachter Dr. med. B. _____ habe eine Pädophilie sowie eine Persönlichkeitspathologie, am ehesten eine narzisstische Persönlichkeitsstörung sowie ein Abhängigkeitssyndrom von psychotropen Substanzen (Polytoxikomanie), diagnostiziert, wobei momentan eine Tendenz zum Alkoholkonsum führend erscheine. Eine dissoziale Prägung sei unübersehbar. Es bestehe keine "Kernpädophilie"; es könne von einer pädophilen "Nebenströmung" gesprochen werden. Vergleichbar sei der Befund der Gutachter Prof. Dr. med. C. _____ und Dr. med. D. _____. Nach diesen reichten die progredienten pädosexuellen Verhaltensweisen der Jahre 1995 bis 2005 für die Diagnosestellung des Vorliegens des "nicht ausschliesslichen Typus einer Pädophilie" (Beschluss S. 21). Nach der Vorinstanz attestieren sämtliche Sachverständigen einhellig eine (kompensatorische) Pädophilie. Nach dem Gutachter Dr. med. B. _____ überschritten die Persönlichkeitsauffälligkeiten die Schwelle zur Persönlichkeitsstörung, deren Schwere zwar im denkbaren Spektrum nicht am äusseren Ende anzusiedeln, aber schon deutlich sei. Der Beschwerdeführer sei durch seine sexuelle Deviation wiederholt über einen längeren Zeitraum deliktisch auffällig geworden. Bei der Öffnung des Massnahmenvollzugs sei sein Leben aus dem Ruder gelaufen. Die Progredienz gehe von Hands-off-Delikten zu Hands-on-Delikten. Die Vorinstanz schliesst auf eine psychische Störung von erheblicher Schwere.

Betreffend Konnexität mit den Anlassdelikten folgert die Vorinstanz aus den gutachterlichen Darlegungen, dass letztlich ein Zusammenspiel dreier verschiedener Faktoren (sexuelle Devianz, Persönlichkeits- und Abhängigkeitsproblematik) als Auslöser

der Anlasstaten zu bezeichnen sei, wobei die sexuelle Devianz bzw. die pädophile Ansprechbarkeit die vorherrschende Ursache der Delinquenz darstelle. Nach dem Gutachter Dr. med. B. _____ würden umwelt- und situationsbezogene Faktoren entgegen dem Beschwerdeführer in den Hintergrund treten. Entsprechend bejaht die Vorinstanz die Konnexität.

Zum Erfordernis der (hohen) Rückfallgefahr stellt die Vorinstanz fest, im Ergebnis attestiere der Gutachter Dr. med. B. _____ dem Beschwerdeführer anhand der einschlägigen Prognoseinstrumente, die lediglich eine Orientierungshilfe darstellten, ein hohes Rückfallrisiko in Bezug auf Sexualdelikte an Kindern. Zu berücksichtigen sei, dass der Beschwerdeführer das Geschehen extrem bagatellisiere. Die fehlende Bereitschaft zur weiteren Kooperation mit den Behörden oder Massnahmenvollzugseinrichtungen belaste die Kriminalprognose massiv. Kurzfristig sei die Wahrscheinlichkeit erneuter Delikte nicht hoch, mittel- bis langfristig allerdings sehr hoch. Das Risiko liege bei über 50 %, sodass mehr für einen Rückfall als dagegen spreche. Könnten alle drei Problembereiche günstig beeinflusst sein, wäre die Rückfallwahrscheinlichkeit deutlich geringer (Beschluss S. 39). Diese Einschätzung sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Beschwerdeführer während vieler Jahre und bis heute eine deliktorientierte, auf die Kernproblematik der pädosexuellen Ansprechbarkeit fokussierte Therapie verweigert habe und diesbezüglich mittlerweile von einer stark verfestigten ablehnenden Haltung gegenüber therapeutischer Beeinflussung gesprochen werden müsse (Beschluss S. 41). Im Hinblick auf künftige Straftaten sei nicht nur von einer Gefahr für Hands-off-Delikte, sondern auch von einer solchen für Hands-on-Delikte auszugehen, und zwar hinsichtlich der zu erwartenden Eingriffsintensität im Bereich der bisher abgeurteilten Delikte, ohne Ausübung physischer Gewalt bzw. ohne körperliche Aggression, die entgegen dem Dafürhalten des Beschwerdeführers die erforderliche Erheblichkeitsschwere erreichten und nach der allgemeinen Lebenserfahrung klarerweise geeignet seien, auf Seiten der Opfer zu einer schweren Integritätsbeeinträchtigung bzw. Traumatisierung zu führen (Beschluss S. 42).

Das Erfordernis der Untherapierbarkeit bejaht die Vorinstanz als unstrittig erfüllt (Beschluss S. 46). Bereits die Gutachter Prof. Dr. med. C. _____ und Dr. med. D. _____ seien von einer fehlenden Massnahmenwilligkeit des Beschwerdeführers ausgegangen. Nach dem Gutachter Dr. med. B. _____ sei eine Behandelbarkeit als nicht gegeben zu beurteilen, was der Vollzugsverlauf sehr eindeutig bewiesen habe. Jegliche Therapieversuche seien gescheitert. Nach Jahren, wenn nicht sogar Jahrzehnten, in denen der Beschwerdeführer sich in der Rolle stilisiert habe, fehlbeurteilt und fehlverurteilt zu sein, bestünden nunmehr umso grössere (und wahrscheinlich unüberwindbare) Hürden, sich erneut auf einen konstruktiven Veränderungsprozess einzulassen. Er verstehe nicht, dass die Begehung solcher Delikte in pädophiler Manier eine intrapsychische Disposition (Devianz) benötige. An diesem Punkt habe er die Therapie jeweils abgebrochen. Er wolle sich nur auf eine Therapie einlassen, die seinen Vorstellungen entspreche. Damit bliebe seine pädophile Affinität unbearbeitet. Eine ambulante Massnahme sei kein gangbarer Weg.

Schliesslich prüft die Vorinstanz die Sachfrage unter dem Titel der Verhältnismässigkeit. Letztlich sei entscheidend, welche Gefährlichkeit mit Blick auf weitere Straftaten vom Beschwerdeführer ausgehe. Angesichts des Sicherungszwecks könne die Verwahrung nicht ins Verhältnis zur Dauer der ausgesprochenen Strafe gesetzt werden; insofern bestehe kein Übermassverbot. Der Argumentation des Beschwerdeführers, angesichts der (angeblich) im unteren Bereich anzusiedelnden Tatschwere der Anlasstaten komme eine Verwahrung nicht

in Frage, könne nicht gefolgt werden. Es müsse von einer hohen Rückfallgefahr auch für Hands-on-Delikte ausgegangen werden. Nach den gutachterlichen Einschätzungen sei nach Wegfall des strukturgebenden Settings mittel- bis langfristig mit einer stark ansteigenden Rückfallgefahr zu rechnen (Beschluss S. 52).

E. 2.3

Ist bei Aufhebung einer Massnahme, die aufgrund einer Straftat nach Art. 64 Abs. 1 StGB angeordnet wurde, ernsthaft zu erwarten, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht, so kann das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verwahrung anordnen (Art. 62c Abs. 4 StGB).

E. 2.3.1

Im Anlassurteil vom 11. Mai 2010 war eine stationäre therapeutische Massnahme (Art. 59 Abs. 1 StGB) angeordnet worden, die in der Folge um fünf Jahre verlängert wurde (Art. 59 Abs. 4 StGB ; oben Sachverhalt B). Die Massnahme wurde am 4. Februar 2020 wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben (Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB). Die Vorinstanz bestätigt die erstinstanzlich gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB angeordnete Verwahrung.

E. 2.3.2

Die stationäre Massnahme ist gemäss Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB aufzuheben, wenn deren Durch- oder Fortführung als aussichtslos erscheint. Die Massnahme muss sich definitiv als undurchführbar erweisen. Davon ist nur auszugehen, wenn sie nach Lage der Dinge keinen Erfolg verspricht (BGE 143 IV 445 E. 2.2; 141 IV 49 E. 2.3). Dies ist namentlich der Fall, wenn sich im Laufe des Vollzugs herausstellt, dass dadurch kein Erfolg im Sinne einer deutlichen Verminderung der Gefahr weiterer Straftaten über die Dauer von fünf Jahren erreicht werden kann (Urteile 6B_296/2021 vom 23. Juni 2021 E. 1.2.1; 6B_534/2020 vom 25. Juni 2020 E. 2.2). Wegen Aussichtslosigkeit ist eine Massnahme indes nur restriktiv aufzuheben (Urteil 6B_660/2019 vom 20. August 2019 E. 4.1). Für die Aufrechterhaltung der Massnahme muss die Erfolgsaussicht der Therapie sprechen, nicht das Sicherheitsinteresse (Urteil 6B_504/2020 vom 17. September 2020 E. 2.2).

E. 2.3.3

Bei Art. 62c Abs. 4 StGB handelt es sich um die Substitution einer stationären Massnahme durch eine Verwahrung, d.h. um eine Anpassung der früheren Massnahme an eine spätere Entwicklung hinsichtlich des Geisteszustands des Täters oder neuer Behandlungserkenntnisse. Wird die stationäre Massnahme aufgrund von festgestellter Aussichtslosigkeit aufgehoben, kann der therapeutische Zweck nicht weiterverfolgt werden. Stattdessen tritt der Sicherungsgedanke stärker in den Vordergrund (BGE 145 IV 167 E. 1.8; zur Publikation bestimmtes Urteil 6B_544/2021 vom 23. August 2021 E. 3.3.2).

E. 2.3.4

Das Gericht ordnet die Verwahrung an, wenn der Täter eine in Art. 64 Abs. 1 StGB ausdrücklich genannte Katalogtat oder eine im Sinne der Generalklausel andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und wenn aufgrund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB keinen Erfolg verspricht (

Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB). Die Anordnung einer Massnahme setzt nach Art. 56 Abs. 2 StGB voraus, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist. Das Bundesgericht hebt die Verwahrung auf, wenn kein genügend schweres Anlassdelikt vorliegt (Urteil 6B_1035/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 1.7).

E. 2.3.5

Das Gericht stützt sich beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme gemäss Art. 64 Abs. 1 auf eine sachverständige Begutachtung (Art. 56 Abs. 3 StGB). Es würdigt Gutachten grundsätzlich frei (Art. 10 Abs. 2 StGB), darf aber davon in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe abrücken (BGE 142 IV 49 E. 2.1.3; 141 IV 369 E. 6.1). Das bedeutet in der Praxis, dass das Gericht das Gutachten selbständig beurteilen muss und die Prognoseentscheidung nicht dem Sachverständigen überlassen darf. Das Gericht muss im Ergebnis eine eigenständige Beurteilung des Sachverständigenbeweises vornehmen, damit es gestützt darauf einen eigenverantwortlichen Entscheid zur Gefährlichkeit treffen kann (Urteile 6B_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.2; 6B_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 4.4.3). Bei der Beurteilung der Rückfallgefahr handelt es sich um Wahrscheinlichkeitsangaben; Gefährlichkeitsprognosen sind naturgemäss unsicher und schwierig (Urteil 6B_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 4.4.5).

E. 2.4

Die Rügen einer mehrfachen Verletzung der EMRK sind nicht stichhaltig. Nach den forensischen Gutachten (oben E. 2.2.4) leidet der Beschwerdeführer unbestritten an einer echten psychischen Störung ("trouble mental réel"; "true mental disorder") gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK im Sinne der drei Winterwerp-Kriterien (Urteil des EGMR

Winterwerp gegen Niederlande vom 24. Oktober 1979, Verfahren 6301/73, § 39; Urteile 6B_1228/2020 vom 22. September 2021 E. 3.2.1 und 6B_976/2018 vom 18. Oktober 2018 E. 1.3 mit Hinweis auf das Urteil des EGMR

Kadusic gegen Schweiz vom 9. Januar 2018, Verfahren 43977/13). Die pädosexuelle Devianz ist direkt deliktkausal. Zugunsten des Beschwerdeführers wurde im Anlassurteil eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet. Diese ist nach den auf mehreren forensisch-psychiatrischen Gerichtsgutachten basierenden vorinstanzlichen Feststellungen offenkundig im Sinne von Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB gescheitert. Das Bezirksgericht ging im Anlassurteil zutreffend von einer schweren psychischen Störung im Sinne von Art. 59 Abs. 1 StGB aus. Das tatkausale Störungsbild besteht aktuell unbehandelt in dreifacher Weise weiter (sexuelle Devianz, Persönlichkeits- und Abhängigkeitsproblematik), wobei die sexuelle Devianz die vorherrschende Ursache der Delinquenz darstellt (oben E. 2.2.4).

Im Rahmen einer späteren Abänderung einer Massnahme ist Art. 5 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit) zu berücksichtigen. In materieller Hinsicht bedarf es insbesondere einer inhaltlichen Verknüpfung zwischen Verurteilung und Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK . Die spätere Sanktion muss vom ursprünglichen Zweck der Verurteilung inhaltlich noch getragen sein (BGE 136 IV 156 E. 3.3); in diesem Fall ist die Überprüfung im Anlassurteil "inkorporiert" (BGE 147 I 259 E. 1.3.3 mit Hinweis auf das Urteil des EGMR

De Wilde, Ooms und Versyp gegen Belgien vom 18. Juni 1971, Verfahren 2832/66;2835/66;2899/66, § 76). Dieser Kausalzusammenhang im Sinne von Art. 5 Ziff. 1

lit. a und lit. e EMRK ist zweifellos gegeben, sodass auf BGE 145 IV 167 E. 1.8 sowie die Urteile 6B_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 2.2, 2.3 und 6B_1155/2017 vom 1. Dezember 2017 E. 2.6.2, 2.7 verwiesen werden kann. Es lässt sich keine Verletzung des Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK annehmen (BGE 145 IV 167 E. 1.8). Es besteht eine "détention régulière d'un aliéné, au sens de l'article 5 par. 1 e" (Urteil des EGMR

Winterwerp , § 43). Die nachträgliche Verwahrung gestützt auf Art. 62c Abs. 4 StGB ist mit der EMRK vereinbar (TRECHSEL/PAUEN BORER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, N. 9 zu Art. 62c StGB).

Dass der Beschwerdeführer zwischenzeitlich wiederholt und aktuell in Sicherheitshaft versetzt werden musste, ist der Tatsache zuzuschreiben, dass bei Öffnungen des Massnahmenvollzugs sein Leben "aus dem Ruder lief" (oben E. 2.2.1, 2.2.4). Angesichts seiner beharrlichen Massnahmenverweigerung geht seine Rüge, er sei in Sicherheitshaft und befinde sich rechtswidrig im falschen Haftsetting offenkundig an der Sache vorbei. Die Massnahme scheiterte nicht am Fehlen einer geeigneten Einrichtung (oben E. 2.1), sondern vielmehr an seinem Widerstand (zur Sicherheitshaft ist auf das ihn betreffende bundesgerichtliche Urteil 1B_528/2020 vom 4. November 2020 zu verweisen).

E. 2.5

Die Anordnung einer Massnahme impliziert spätere Anpassungen im Verlaufe des Vollzugs (BGE 145 IV 167 E. 1.8).

E. 2.5.1

Die nachträgliche Verwahrung im Sinne von Art. 62c Abs. 4 StGB ist von der Variante gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB , d.h. der Substitution einer reinen Strafe durch eine Verwahrung (BGE 144 IV 321 E. 3.1), zu unterscheiden (Urteil 6B_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 2.3). Entgegen dem Beschwerdeführer unterliegt die Massnahmenumwandlung gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB nicht den revisionsrechtlichen Regeln (BGE 145 IV 167 E. 1.7). Neben einem Anlassdelikt im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB bedarf es der hohen Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls und der Untherapierbarkeit der betroffenen Person (MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 40 zu Art. 64 StGB).

Das erste Erfordernis einer Verwahrung ist eine Katalogtat (zur "Generalklausel" vgl. BGE 139 IV 57 E. 1.3.3), durch die der Täter die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte. Sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB) und sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) sind Katalogtaten. Das Gesetz verweist mit dem Kriterium der schweren Beeinträchtigung ausdrücklich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (BGE 139 IV 57 E. 1.3.3), dessen Beachtung Art. 56 Abs. 2 StGB im Massnahmenrecht ganz allgemein vorschreibt (Urteil 6B_1000/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 3.3).

E. 2.5.2

Nach dem Gesetz ist der Anwendungsbereich von Art. 64 Abs. 1 StGB eröffnet, wenn der Täter die "physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat oder

beeinträchtigen wollte" . Es muss entgegen dem Rechtsstandpunkt des Beschwerdeführers keine schwere Beeinträchtigung auch tatsächlich stattgefunden haben (oben E. 2.1) oder eine Traumatisierung bereits festgestellt worden sein. Wie die Vorinstanz festhält, war sein

Vorgehen mit der Intention einer oralen Befriedigung auf ein Delikt gerichtet, welches zu einer schweren Integritätsbeeinträchtigung bzw. einer Traumatisierung der kindlichen Opfer führen kann (oben E. 2.2.3 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Orale Praktiken mit Kindern gelten als schwerwiegend (Urteil 6B_715/2014 vom 27. Januar 2015 E. 8.5). Dem 9-jährigen Mädchen, das der Beschwerdeführer im öffentlichen Raum nötigte sich auszuziehen, griff er überdies tatsächlich zwischen die Beine an die Scheide (oben Sachverhalt A). Der Beschwerdeführer macht appellatorisch geltend, die Vorinstanz begründe nicht, wie die Gefahr einer schwerwiegenden Integritätsbeeinträchtigung bzw. Traumatisierung der Opfer klar zu bejahen sei (oben E. 2.1). Diese Rechtsfrage ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu beurteilen (Urteil 6B_353/2016 vom 30. März 2017 E. 4.1.1: "se demander si, selon l'expérience générale de la vie, l'acte en question est propre à entraîner un traumatisme chez la victime"). Soweit Feststellungen oder Schlüsse nicht auf der beweismässigen Würdigung von vorgebrachten Umständen oder konkreten Anhaltspunkten beruhen, sondern ausschliesslich aufgrund von Erfahrungssätzen getroffen wurden, die sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ableiten, und daher allgemein für gleich gelagerte Fälle Geltung beanspruchen, mithin die Funktion von Normen übernehmen, können sie vom Bundesgericht im Beschwerdeverfahren frei überprüft werden (BGE 140 III 115 E. 2; Urteil 6B_1157/2016 vom 28. März 2017 E. 4.2.2).

E. 2.5.3

Ausgangspunkt bildet die Rechtstatsache, dass sexuelle Verfehlungen gegenüber Kindern prinzipiell zu den gravierenden Straftaten gehören (Urteil 6B_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.3.1). Der Beschwerdeführer nötigte die beiden Mädchen in sexueller Absicht, indem er sich als Polizist und damit als Autoritätsperson auswies (vgl. das ihn betreffende Urteil 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2 auch zu früheren einschlägigen Delikten; BGE 131 IV 107 E. 2.4 zur psychischen Nötigung mittels struktureller Gewalt). Der Beschwerdeführer bagatellisiert sowohl die Anlasstaten wie die Konsequenzen seiner pädosexuellen Handlungen. Die als "plump" behaupteten Vorgehensweisen (oben E. 2.2.3) sind geeignet, gravierende Folgen zu zeitigen. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, indem sie als Sachgericht die erforderliche Erheblichkeitsschwere durch die Anlassdelikte als erreicht und diese nach der allgemeinen Lebenserfahrung als geeignet beurteilt, auf Seiten der Opfer zu einer schweren Integritätsbeeinträchtigung bzw. Traumatisierung zu führen (Beschluss S. 42).

E. 2.5.4

Nicht stichhaltig ist somit der Vorwurf, die Anlassdelikte dürften nicht retrospektiv schwerer eingeordnet werden. Eines der beiden Anlassdelikte war ein Hands-on-Delikt. Der Gutachter stufte zwar einerseits die Gefahr für Hands-off-Delikte als höher ein als Hands-on-Delikte, ging aber im Hinblick auf künftige Straftaten gerade auch von Hands-on-Delikten aus (oben E. 2.2.4). Zur Rückfallgefahr äussert sich die Vorinstanz ausführlich (Beschluss S. 32-43). Auf diese Erwägungen sowie auf das ihn betreffende Urteil 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.3 ist diesbezüglich zu verweisen. An der Gefährlichkeit des uneinsichtigen und damit unbelehrbaren Beschwerdeführers hat sich angesichts der verweigten deliktzentrierten und störungsorientierten Therapien und einer mittlerweile stark verfestigten ablehnenden Haltung nichts geändert. Das Bundesgericht hat im Urteil 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.4.2 nicht ausgeschlossen, dass die Therapie, insbesondere unter dem Eindruck der allenfalls drohenden Verwahrung, vom Beschwerdeführer als letzte Chance erkannt werde und sich bei ihm die

Behandlungswilligkeit auch hinsichtlich einer stationären Therapie noch einstellen könne. Davon kann aufgrund der zwischenzeitlichen Erfahrungen nicht mehr ausgegangen werden. Hinzu kommt, dass bei der Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB für die gutachterliche Legalprognose nicht nur den neu zu beurteilenden Anlasstaten, sondern auch den Vorstrafen Rechnung zu tragen ist (BGE 135 IV 87 E. 2.5; zur Publikation bestimmtes Urteil 6B_544/2021 vom 23. August 2021 E. 3.6.1; HEER/HABERMEYER, a.a.O., N. 68 zu Art. 64 StGB). Schliesslich kommen sowohl stationäre wie ambulante therapeutische Massnahmen nach dem gutachterlichen Befund nicht mehr in Betracht. Die Vorinstanz bejaht die Bedingung der Unbehandelbarkeit (Urteil 6B_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.8) unter diesen Umständen zu Recht.

E. 2.6

Nach Gesetz und Rechtsprechung darf eine unverhältnismässige Massnahme nicht angeordnet und nicht vollzogen werden. Die Verwahrung darf angesichts der Schwere dieses Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen nicht angeordnet werden, wenn die bestehende Gefährlichkeit auf andere Weise behoben werden kann (BGE 134 IV 121 E. 3.4.4).

E. 2.6.1

Die Verwahrung als rein sichernde Massnahme lässt sich nur als "ultima ratio" in restriktiver Anordnung rechtfertigen (Urteil 6B_82/2021 vom 1. April 2021 E. 4.2.2, nicht publ. in: BGE 147 IV 218), sodass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in besonderem Masse Rechnung zu tragen ist (HEER, a.a.O., N. 40 zu Art. 62c StGB). Grundlage für die Anordnung dieser Massnahme ist überhaupt die Sozialgefährlichkeit des Täters, die sich bereits in der ursprünglichen Anlasstat manifestiert hatte und die - gerade auch angesichts der gescheiterten Therapiebemühungen - ernsthaft erwarten lässt, dass sie zu weiteren schweren Straftaten im Sinne von Art. 62c Abs. 4 StGB führen wird. Die Anwendbarkeit von Art. 64 StGB beurteilt sich nach den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit; ist die Anordnung der Verwahrung primär nach dem Kriterium der Gefährlichkeit des Täters zu beurteilen, steht dessen künftige Gefährlichkeit und damit die Prognose im Zentrum der Beurteilung (Urteil 6B_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.2; HEER/HABERMEYER, a.a.O., N. 6 und 7 zu Art. 64 StGB).

Die Einschränkung von Grundrechten durch die Anordnung einer stationären Massnahme muss verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Das bedeutet, dass sie für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich sein und sich für die betroffene Person in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweisen muss. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen. Die Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 140 I 2 E. 9.2.2). Das Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 36 BV wird in Art. 56 Abs. 2 StGB massnahmenrechtlich konkretisiert. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlangt, dass die Sicherheitsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Betroffenen als wechselseitiges Korrektiv gesehen und im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden (BGE 142 IV 105 E. 5.4).

E. 2.6.2

Die Verhältnismässigkeit bemisst sich nicht an der Dauer der im Anlassdelikt ausgesprochenen Freiheitsstrafe. Diese Dauer ist wohl zu berücksichtigen. Sie ist aber nicht

ausschlaggebend, wenn die Gefährlichkeit des Täters einen Schweregrad erreicht, der die Verwahrung eines durch medizinische Massnahmen nicht erreichbaren Straftäters rechtfertigt (BGE 137 IV 201 E. 1.2). Der heute 42-jährige Beschwerdeführer hatte sich von Juni 2011 bis Februar 2020 in einer stationären therapeutischen Massnahme befunden, allerdings nicht permanent in einer geschlossenen Anstalt, sondern vielmehr grösstenteils in Wohngruppen. Er hatte stunden- und tageweise Freigang und war sogar im primären Arbeitsmarkt beschäftigt. Allerdings scheiterten diese therapeutischen Bemühungen mit Vollzugslockerungen allesamt am Beschwerdeführer. Er musste mit Verfügung vom 12. November 2019 in Sicherheitshaft versetzt werden. Seither konnte keine wirksame Behandlung mehr stattfinden. Seit mindestens dem 19. Juni 2019 verweigert er jegliche Zusammenarbeit mit allen in Frage kommenden behandelnden Personen; er hatte sich bereits früher einer intensiven psychotherapeutischen Beurteilung seiner Delinquenz weitestgehend entzogen (Beschluss S. 49).

E. 2.6.3

Die Schwere des Eingriffs ist mit den Sicherheitsbedürfnissen der Allgemeinheit abzuwägen. Es sind folglich die Schwere und Wahrscheinlichkeit des angesichts der mentalen Verfassung des untherapierten Beschwerdeführers erwartbaren sexuellen Kindsmisbrauchs zu gewichten. Wenngleich innerhalb des Spektrums dieser möglichen Straftaten deutlich schwerere Verletzungen als durch die Anlasstaten denkbar sind, wie die Vorinstanz festhält, erweisen sich die zukünftig, wenn auch im Rahmen der Anlasstaten, prognostizierten sexuellen Straftaten - wobei die Entwicklung gutachterlich und ihr folgend vorinstanzlich progredient eingeschätzt wird - als genügend schwer, um eine Verwahrung zu rechtfertigen.

E. 2.6.4

Der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bedroht. Es handelt sich um ein Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB ; überdies liegt der Schuldspruch wegen sexueller Nötigung der beiden Kinder vor, ein Verbrechen, für das Art. 189 Abs. 1 StGB Freiheitsstrafe von zehn Jahren oder Geldstrafe androht. Art. 187 StGB schützt die Entwicklung von Minderjährigen und die Art. 189 ff. StGB schützen die sexuelle Freiheit (BGE 146 IV 153 E. 3.5.2). Das Rechtsgut der Gefährdung der sexuellen Entwicklung Unmündiger wiegt denn auch sehr hoch (BGE 143 IV 9 E. 3.1; Urteil 6B_215/2013 vom 27. Januar 2014 E. 2.5.2). Es geht in erster Linie darum, eine ungestörte psychisch-emotionale Entwicklung des Kindes zu gewährleisten (Urteil 6B_215/2013 vom 27. Januar 2014 E. 2.5.1).

E. 2.6.5

Sexuelle Übergriffe bergen für jedes Kind in allen Fällen ernsthafte Risiken (PHILIPP MAIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, N. 2 zu Art. 187 StGB). Die Folgen mögen trotz andauernd hohem Risikostatus durch individuelle Resilienzfaktoren gemildert sein. Solche negativen Folgen werden beim Opfer aber oft erst nach Jahren manifest (vgl. Urteil 6B_1371/2020 vom 15. September 2021 E. 4.2 und E. 4.5 zweiter Abs. am Ende), können dann aber gravierende und lang anhaltende Wirkungen zeitigen; angesichts der Hochwertigkeit des Rechtsguts besteht aus generalpräventiven Gründen ein eminentes Interesse der Öffentlichkeit, dass sexueller Kindsmisbrauch nicht straflos bleibt (Urteil 6B_215/2013 vom 27. Januar 2014 E. 2.5.2 ff., Anwendung von Art. 53 StGB

verneint).

E. 2.7

Zusammengefasst ergibt sich: Dem Beschwerdeführer ist einzuräumen, dass eine Verwahrung gestützt auf Art. 62c Abs. 4 StGB unter dem Gesichtspunkt der geforderten Erheblichkeitsschwelle angesichts der Anlasstaten

als solchen und für sich genommen (oben Sachverhalt A) zweifelhaft erscheinen könnte (vgl. Urteil 6B_746/2016 vom 8. Dezember 2016 betr. Art. 62c Abs. 4 StGB mit Verneinung der Rechtserheblichkeit). Neben diesen Anlasstaten fallen indessen prognostisch das Vorleben mit bereits mehrfachen einschlägigen Verurteilungen (als verlässliches Prognosekriterium, HEER/HABERMEYER, a.a.O., N. 68 zu Art. 64 StGB ; vgl. den Beschwerdeführer betreffendes Urteil 6B_493/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 2.5.2 zur Verlängerung der stationären Massnahme) und insbesondere das Verhalten während der rund zehnjährigen Massnahmendauer, in der sämtliche therapeutischen Bemühungen mit zahlreichen Vollzugslockerungen und Institutionswechseln an seinem Widerstand gegen eine delikts- und störungszentrierte Therapie scheiterten, sehr wesentlich ins Gewicht. Der Beschwerdeführer steht heute mit den

drei forensisch-psychiatrischen, tatkausalen Diagnosen der sexuellen Devianz, der Persönlichkeits- und der Abhängigkeitsproblematik unbehandelt mit der Qualifikation der Untherapierbarkeit da. Entscheidend wirkt sich aus, dass die sexuelle Devianz bzw. die pädophile Ansprechbarkeit die vorherrschende Ursache der Delinquenz darstellt. Eine fehlende Tataufarbeitung gilt allgemein als prognoserelevant. Ohne Tataufarbeitung und Einsicht ist eine Verhaltensänderung grundsätzlich nicht zu erwarten (Urteil 6B_715/2014 vom 27. Januar 2015 E. 8.5). Die Einsichtslosigkeit indiziert eine andauernde gefährliche Grundhaltung (Urteil 6B_961/2009 vom 19. Januar 2010 E. 2.2.2).

Ob die zur Gefährlichkeit gutachterlich erarbeiteten Befundtatsachen oder Risiken als gefährlich im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB zu werten sind, ist normativer Natur und damit in die Beurteilungskompetenz des Gerichts gestellt, das die Risikoanalyse in einer Gesamtwürdigung zu beurteilen hat (HEER/HABERMEYER, a.a.O., N. 64a, 67 zu Art. 64 StGB ; Urteil 6B_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 6.2). Auf der Grundlage dieser

Gesamtwürdigung kann dem Rechtsstandpunkt des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden und ist eine bundesrechtswidrige vorinstanzliche Entscheidung zu verneinen. Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung (Art. 11 Abs. 1 BV). Das Kindeswohl genießt Verfassungsrang und gilt als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinne (BGE 146 IV 267 E. 3.3.1 mit Hinweis auf die UNO-Kinderrechtskonvention [KRK; SR 0.107]). Der Schutz der Kinder und Heranwachsenden vor kriminellen Übergriffen und seelischer Kontamination durch das Verbrechen gehört zu den edelsten Aufgaben des Strafrechts (Urteil 6B_1314/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.8). Nach dem Gutachter Dr. med. B._____ ist bei Wegfall des strukturierenden Settings nach wie vor von einer hohen Rückfallgefahr auszugehen (vgl. ceteris paribus Urteil 6B_124/2021 vom 24. März 2021 E. 2 ff. betr. Art. 64a StGB , nicht publiziert in: BGE 147 I 259). Die negative Legalprognose steigt beim Beschwerdeführer langfristig stark und progredient an. Der Freiheitsanspruch des Beschwerdeführers hat, wie die Vorinstanz mit Recht schliesst, hinter das Anliegen der Verhinderung weiterer, das hochwertige Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern - d.h. aber auch der Gewährleistung ihrer ungestörten

psychisch-emotionalen Entwicklung (oben E. 2.6.4) - beeinträchtigenden Straftaten zurückzutreten.

E. 3

Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) ist gutzuheissen. Entsprechend sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 BGG) und der Anwalt des Beschwerdeführers aus der Bundesgerichtskasse angemessen zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG).

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