

# **BGer 6B\_1107/2021 vom 10. Februar 2022**

Bundesgericht, 2022-02-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1107\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1107_2021)

FR: TF 6B\_1107/2021 du 10 février 2022

IT: TF 6B\_1107/2021 del 10 febbraio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Anfechtbar ist der Entscheid der letzten kantonalen Instanz ( Art. 80 Abs. 1 BGG ). Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde bildet folglich allein der Beschluss des Obergerichts vom 9. Juli 2021. Soweit der Beschwerdeführer die Aufhebung des Beschlusses des Regionalgerichts vom 12. Februar 2020 beantragt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet die Verhältnismässigkeits-beurteilung der Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt der langen Dauer des bisherigen Freiheitsentzugs. Er verweist dabei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Beurteilung des Vorliegens relevanter schwerer Straftaten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzugs einer Bewertungsanpassung unterliege. Er wirft der Vorinstanz (implizit) eine unzureichende Berücksichtigung dieser Rechtsprechung vor und macht geltend, in Anbetracht des seit dem Jahr 1988 andauernden Vollzugs und des dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz deshalb zukommenden grossen Gewichts erweise sich seine Verwahrung im Ergebnis als unverhältnismässig.

### **E. 2.2**

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

Sowohl bei der Anordnung von Massnahmen wie auch bei den Folgeentscheidungen gilt das Gebot der Verhältnismässigkeit ( Art. 36 Abs. 2 und 3 BV ). Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlangt neben der Eignung der Massnahme und dem Fehlen milderer Massnahmen für die Erreichung des angestrebten Erfolgs, dass zwischen dem Eingriff und dem angestrebten Zweck eine vernünftige Relation besteht. Nach Art. 56 Abs. 2 StGB darf der mit einer Massnahme verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig sein. Die Sicherheitsbelange der Allgemeinheit und der Freiheitsanspruch des Verwahrten sind wechselseitige Korrektive, die im Einzelfall gegeneinander abzuwiegen sind ( BGE 142 IV 105 E. 5.4; 137 IV 201 E. 1.2; Urteil 6B\_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 4.6.3; je mit Hinweisen). Eine unverhältnismässige Massnahme darf nicht angeordnet oder weiter vollzogen werden. Die Verwahrung ist angesichts der Schwere ihres Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen "ultima ratio" und darf nicht angeordnet werden, wenn die bestehende Gefährlichkeit auf andere Weise behoben werden kann ( BGE 134 IV 121 E. 3.4.4; vgl. auch Urteil 6B\_1076/2021

vom 28. Oktober 2021 E. 2.6).

Wie dies bereits die Vorinstanz betont, ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung der Dauer des bereits erfolgten Freiheitsentzugs Rechnung zu tragen ( BGE 146 IV 49 E. 2.7.3; 145 IV 65 E. 2.6.1; 137 IV 201 E. 1.2; je mit Hinweisen). Bei langandauernder Unterbringung gewinnt der Freiheitsanspruch des Eingewiesenen zunehmend an Gewicht ( BGE 137 IV 201 E. 1.2; Urteile 6B\_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 4.6.3; 6B\_850/2020 vom 8. Oktober 2020 E. 2.3.5; je mit Hinweisen). In den vom Beschwerdeführer angerufenen bundesgerichtlichen Entscheiden wurde in Bezug auf den zeitlichen Aspekt ausgeführt, das Spannungsverhältnis zwischen dem Freiheitsanspruch des Massnahmeunterworfenen und dem Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit vor zu erwartenden erheblichen Rechtsgutverletzungen verlange nach einem vertretbaren Ausgleich. Je länger die Massnahme und damit der Freiheitsentzug für den Betroffenen dauere, desto strenger würden die Anforderungen an die Wahrung der Verhältnismässigkeit. Was im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB relevante schwere Straftaten seien, unterliege deshalb mit zunehmender Dauer des Freiheitsentzugs einer Bewertungsanpassung. Wohl könne sein, dass die künftig in Freiheit zu erwartenden Straftaten unverändert den Taten entsprächen, auf die sich die Gefahrenprognose bei der Massnahmeanordnung bezogen habe. Mit zunehmender Vollzugsdauer möchten diese Taten in ihrer Schwere aber nicht mehr ausreichen, um eine weitere Aufrechterhaltung der Massnahme zu rechtfertigen. Der Einfluss des gewichtiger werdenden Freiheitsanspruchs des Massnahmeunterworfenen stosse jedoch dort an die Grenzen, wo es nach Art und Mass der drohenden Gefahren für die Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit unvertretbar erscheine, den Massnahmeunterworfenen bedingt in die Freiheit zu entlassen bzw. die Massnahme aufzuheben (vgl. Urteile 6B\_746/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 1.4.2; 6B\_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.4).

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer befindet sich seit mehr als 33 Jahren im Straf- bzw. Massnahmevollzug. In Bezug auf die Beurteilung der Verhältnismässigkeit seiner Verwahrung sind teilweise andere Faktoren massgebend als bei der Anordnung sowie Verlängerung der vorangegangenen stationären therapeutischen Massnahme. Die für die Dauer der stationären Massnahme bedeutenden Faktoren der Erfolgsaussichten der Therapie und des langfristig erreichbaren Behandlungsziels fallen bei der Anordnung der Verwahrung weg. Es ist eine neue Abwägung der verbliebenen Interessen vorzunehmen. Dabei gilt es zu beachten, dass sich im Gegensatz zu den Zwecken einer Strafe oder therapeutischen Massnahme der Sicherungszweck einer Verwahrung im Lauf der Zeit bei im Übrigen gleichbleibenden Risikofaktoren nicht erschöpft. Einer Straftat, die für die Anordnung einer Verwahrung ausreichte, kann mithin nicht zu einem späteren Zeitpunkt allein wegen der Dauer des Freiheitsentzugs die Qualität einer relevanten Anlasstat im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB abgesprochen werden (vgl. Urteil 6B\_582/2017 vom 19. Juni 2018 E. 4.3.2 f.). Ist die Gefährlichkeit des Täters derart, dass sie im Fall einer Unbehandelbarkeit eine Verwahrung rechtfertigen könnte, ist das Kriterium der Dauer des Freiheitsentzugs von beschränkter Tragweite (Urteile 6B\_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 4.6.3; 6B\_1143/2018 vom 22. März 2019 E. 2.5.1 mit Verweis auf BGE 137 IV 201 E. 1.2). Gleichwohl hebt das Bundesgericht gegebenenfalls auch eine Verwahrung auf, wenn sie sich nicht als verhältnismässig erweist (Urteil 6B\_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 4.6.3 mit Hinweisen).

### E. 2.4.1

Der Beschwerdeführer wurde unter anderem wegen qualifizierter Brandstiftung, Versuchs zur Nötigung zu einer anderen unzüchtigen Handlung (nach heutiger Terminologie: versuchte sexuelle Nötigung) und wiederholter versuchter Unzucht mit Kindern (nach heutiger Terminologie: mehrfache versuchte sexuelle Handlungen mit Kindern) sowie wegen Mordes an einer Minderjährigen verurteilt. Laut den Feststellungen der erkennenden Gerichte zündete der Beschwerdeführer mitten in der Nacht ein landwirtschaftliches Heimwesen an, das in der Folge teilweise bis auf die Mauern niederbrannte. Er wusste dabei um den Aufenthalt von vier Personen im Bauernhaus, namentlich auch eine über 80-jährige Frau, welche durch das nächtliche Feuer im Schlaf überrascht wurden (vgl. angefochtener Entscheid E. II.9.3 S. 7 mit Verweis auf kantonale Akten Verfahren 5661 Bd. 4 pag. 1056 ff.). Der Beschwerdeführer unternahm daneben mehrere Versuche, unzüchtige bzw. sexuelle Handlungen einmal an einer jungen Frau und mehrfach an minderjährigen Mädchen vorzunehmen, indem er Erstere anfiel bzw. Zweitere ansprach, sie mit Geld oder Glace lockte oder an der Hand nahm (vgl. kantonale Akten Verfahren 5661 Bd. 4 pag. 1060 ff.). Den Mord beging er schliesslich an einem minderjährigen Mädchen, dessen Nähe er ebenfalls aus sexuellen Motiven suchte, und das er mittels Werfen einer Bocciakugel veranlasste, sich mit ihm in ein Maisfeld zu begeben. Als das Mädchen nach Hause gehen wollte, lief er ihm nach und brachte es mit Gewalt in die Mitte des Maisfeldes, wo er ihm die Kleider mindestens teilweise auszog, es strangulierte und ihm mit einem Stein ein- oder mehrmals auf den Kopf schlug, was zu dessen Tod führte. Die Gewalthandlungen erfolgten aus Angst vor moralischen und rechtlichen Vorwürfen wegen des Zusammenseins mit dem Mädchen und aufgrund einer durch dessen Weggehen hervorgerufenen Kränkung (vgl. kantonale Akten Verfahren 5745 Bd. 5 pag. 2162 f. und 2173 f.). Damit hat der Beschwerdeführer Delikte begangen, mit denen er die physische, psychische oder sexuelle Integrität der betroffenen Personen schwer bzw. schwerst beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und liegen unzweifelhaft mehrere Anlasstaten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB vor, wie dies ebenfalls die Vorinstanz festhält und der Beschwerdeführer nicht bestreitet (vgl. angefochtener Entscheid E. II.9.3 S. 7; zum Erfordernis der Anlasstat vgl. BGE 139 IV 57 E. 1.3; Urteile 6B\_82/2021 vom 1. April 2021 E. 4.2.2; 6B\_1035/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 1.3.2; 6B\_582/2017 vom 19. Juni 2018 E. 4.2.5; je mit Hinweisen).

Die Vorinstanz stellt sodann fest, der Beschwerdeführer leide gemäss dem aktuellsten psychiatrischen Gutachten von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2018 an einer schweren psychischen Störung und er sei behandlungsbedürftig. Er weise eine "schwere[...] Persönlichkeitsstörung, welche zuletzt von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ als dissoziale Persönlichkeitsstörung [...] mit deutlicher Psychopathy bezeichnet wurde," sowie eine Pädophilie auf. Diese psychischen Beeinträchtigungen stünden in teilweise intensivem Zusammenhang zu seinen Taten (vgl. angefochtener Entscheid E. II.10.11 ff. S. 11 ff. und die dortigen Aktenverweise, insbesondere Akten des Regionalgerichts pag. 350 ff.). Gestützt auf das erwähnte aktuellste Gutachten, das vorangegangene Gutachten von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 12. Dezember 2014 und den dokumentierten Therapieverlauf kommt die Vorinstanz weiter zum Schluss, der Beschwerdeführer sei heute austerapiert bzw. konstant untherapierbar (angefochtener Entscheid E. II.11 S. 15 ff.). Übereinstimmend mit der Schlussfolgerung von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ befindet die Vorinstanz ausserdem, die Legalprognose des Beschwerdeführers falle noch immer denkbar ungünstig aus und es bestünde im Fall der Freilassung ein sehr hohes Risiko eines Rückfalls in Form weiterer Sexual- und Gewaltdelikte, insbesondere gegenüber Minderjährigen. Zudem ergebe sich ein

erhöhtes Risiko für Brandstiftungen (angefochtener Entscheid E. II.12 S. 19 ff.). Bei dieser Würdigung geht die Vorinstanz auch auf das Alter und den langjährigen Freiheitsentzug des Beschwerdeführers ein. Sie verweist auf die Feststellung von Dr. med. B. \_\_\_\_\_, wonach das aktuelle und künftige Rückfallrisiko vor allem wegen einer infolge Alterseffekten eintretenden Abnahme von dissozialen Verhaltensbereitschaften und des zuvor ganz übermässig hohen sexuellen Triebs etwas weniger ungünstig zu beurteilen sei. Ebenso betont sie, laut Gutachter habe aus diesen Gründen eine allfällige Verbesserung des Rückfallrisikos aber lediglich von "extrem hoch" auf "sehr hoch" stattgefunden. Unter Hinweis auf diese Ausführungen des Gutachters und seine an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gemachte weitere Erklärung, weshalb er vom Beschwerdeführer angeführte andere Prognoseinstrumente nicht verwendet habe, verwirft die Vorinstanz den beschwerdeführerischen Einwand, das Alter und der lange Freiheitsentzug seien ungenügend in das Gutachten einbezogen worden (angefochtener Entscheid E. II.12.11 f. S. 26. f.). Diese Feststellungen und Ausführungen der Vorinstanz, welche sie unter ausführlicher und sorgfältiger Würdigung der einschlägigen Beweismittel trifft, überzeugen, werden vom Beschwerdeführer ebenfalls nicht in Abrede gestellt und sind der Beurteilung zugrunde zu legen.

#### **E. 2.4.2**

Es sind keine Gründe erkennbar, welche die Verwahrung des Beschwerdeführers als unverhältnismässig erscheinen liessen. Wenn die Vorinstanz unter Berücksichtigung der erwähnten Umstände die Verwahrung des Beschwerdeführers auch nach über 30 Jahren Freiheitsentzug als erforderlich und zumutbar erachtet und befindet, das öffentliche Sicherheitsinteresse überwiege das Interesse auf persönliche Freiheit des Beschwerdeführers (vgl. angefochtener Entscheid E. II.14.2 S. 30), ist dies nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer setzte mit dem von ihm gelegten Brand mehrere Bewohner eines Bauernhauses einer konkreten Gemeingefahr aus (vgl. kantonale Akten Verfahren 5661 Bd. 4 pag. 1059). Er beabsichtigte wiederholt, sexuelle Handlungen insbesondere an Kindern vorzunehmen und suchte laut der verbindlichen vorinstanzlichen Feststellung ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) selbst noch aus dem Vollzug Kontakt zu Minderjährigen. Mit dem Mord hat der Beschwerdeführer alsdann die physische Identität einer Minderjährigen in schwerstmöglicher Weise beeinträchtigt bzw. nachgerade ausgelöscht. Die zu erwartenden Rückfalldelikte erstrecken sich auf Straftaten vergleichbarer Schweregrade (vgl. Akten des Regionalgerichts pag. 398 f.). Zu Recht erwägt die Vorinstanz, dass es um den Schutz hochrangiger Rechtsgüter geht, nämlich die sexuelle Integrität und körperliche Unversehrtheit insbesondere minderjähriger Personen und das hochwertigste Rechtsgut überhaupt, das Leben. In Anbetracht der deliktrelevanten, schweren psychischen Störung des Beschwerdeführers, seiner heute vorliegenden konstanten Untherapierbarkeit und der sehr hohen Rückfallgefahr für weitere gravierende Sexual- und Gewaltdelikte, mithin des im Fall der Freiheit des Beschwerdeführers bestehenden hohen Risikos für schwerste Verletzungen hochrangiger Rechtsgüter, das im heutigen Zeitpunkt mit keinen Mitteln hinreichend reduziert werden kann, erweist sich der mit der Verwahrung einhergehende massive Eingriff in die Freiheitsrechte des Beschwerdeführers selbst unter Beachtung des vorausgegangenen langen Freiheitsanzugs nicht als unverhältnismässig.

Umstände, welche die Vorinstanz zu Unrecht ausser Acht gelassen hätte und die Interessenabwägung anders ausfallen lassen müssten, bringt der Beschwerdeführer nicht

vor und sind nicht erkennbar. Der Fall unterscheidet sich denn auch wesentlich von den seitens des Beschwerdeführers im Rahmen der von ihm angerufenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zitierten Urteilen, in denen jeweils von einer Verwahrung abgesehen wurde. Dort handelte es sich bei den Anlassdelikten und künftig zu erwartenden Straftaten nicht wie im zu beurteilenden Fall um gravierende Sexual- und Gewaltstraftaten, sondern um solche, welche "im unteren Bereich" des für eine Verwahrung erforderlichen Tatschweregrads nach Art. 64 Abs. 1 StGB anzusiedeln bzw. in diesem Rahmen als "mässig schwer" einzustufen waren. In diesen beiden Fällen bildete mithin nicht einzig der vorangegangene (längere) Freiheitsentzug, sondern die hinzutretende Tatsache der mässig schweren Anlass- und Rückfalldelikte den Grund, dass der Sicherheitsanspruch der Allgemeinheit den Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen insgesamt nicht aufzuwiegen vermochte und auf die Anordnung bzw. Weiterführung der Verwahrung zu verzichten war (vgl. Urteile 6B\_746/2016 vom 8. Dezember 2016 E. 1.4.3; 6B\_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.6). Im Fall 6B\_109/2013 erwies sich die Weiterführung der Verwahrung zusätzlich auch deshalb als unverhältnismässig, weil das weiterbestandene hohe Rückfallrisiko durch geeignete Vorkehrungen im Sinne von Art. 64a Abs. 1 StGB auf ein Mass reduziert werden konnte, welches die Verübung einer Straftat durch den inzwischen 76 Jahre alten Betroffenen nicht mehr als wahrscheinlich erscheinen liess (vgl. Urteil 6B\_109/2013 vom 19. Juli 2013 E. 4.4.7). Solches, d.h. ein Ersetzen der Verwahrung durch ein engmaschiges ambulantes Setting oder andere mildere Ersatzmassnahmen mit Rücksicht auf das Alter des Betroffenen, ist im zu beurteilenden Fall nicht möglich, nachdem der protektive Faktor des Alters, der durchaus bedeutsam sein kann (vgl. Urteil 6B\_424/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 3.7), sich beim Beschwerdeführer laut dem feststehenden Sachverhalt ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) derzeit nicht ausschlaggebend auswirkt (vgl. E. 2.4.1 oben).

## **E. 2.5**

Der Beschwerdeführer kann aus der von ihm angeführten langen bisherigen Vollzugsdauer bzw. dem der Verwahrung vorausgegangenem beträchtlichen Freiheitsentzug insgesamt nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Anordnung der Verwahrung verstösst nicht gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

## **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer rügt im Weiteren die Unvereinbarkeit seiner Verwahrung mit völkerrechtlichen Garantien. Er verweist zum einen auf Art. 5 Abs. 1 EMRK (rechtmässiger Freiheitsentzug) und das in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK (SR 0.101.07) normierte und ebenso in Art. 11 StPO statuierte Verbot der Doppelbestrafung ("ne bis in idem"), welche seiner Verwahrung entgegenstünden. Er macht geltend, die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung stelle eine Revision zu Ungunsten des Verurteilten dar und sei rechtswidrig. Ihm drohe durch die Verwahrung wegen der gleichen Anlasstat eine zweite Sanktion. Ohne neue Anlasstat sei eine Verwahrung nur ausnahmsweise in zwei Konstellationen möglich, nämlich wenn ein Revisionsgrund vorliege oder wenn die Verwahrung im Sachurteil bereits erwähnt und vorbehalten worden sei. Beides sei vorliegend nicht der Fall. Insbesondere sei in den Sachurteilen des Obergerichts und des Geschworenengerichts eine Verwahrung weder angeordnet noch vorbehalten worden.

## **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer wiederholt mit den betreffenden Rügen im Wesentlichen seine vorinstanzliche Argumentation, ohne auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz einzugehen (vgl. angefochtener Entscheid E. II.15 S. 31). Er unterlässt es im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BGG darzutun, weshalb die Ausführungen der Vorinstanz gegen Bundes- oder Konventions- bzw. Völkerrecht verstossen sollen. Eine Unvereinbarkeit mit entsprechenden Rechtssätzen ist, soweit die beschwerdeführerische Kritik den Begründungsanforderungen zu genügen vermöchte, denn auch nicht erkennbar, wie nachfolgend zu zeigen ist.

### **E. 3.3**

Soweit sich der Beschwerdeführer in seiner Argumentation auf die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung bezieht, ist vorab anzumerken, dass die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung gestützt auf Art. 65 Abs. 2 StGB von der hier zur Diskussion stehenden Umwandlung einer stationären therapeutischen Massnahme in eine Verwahrung gemäss Art. 62c Abs. 4 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 StGB zu unterscheiden ist. Bei Ersterem geht es um die Korrektur eines fehlerhaften Urteils aufgrund neuer, für die Massnahmeanordnung massgeblicher Tatsachen oder Beweismittel nach den Regeln der Revision (vgl. BGE 144 IV 321 E. 1.3 mit Hinweisen). Zweiteres beinhaltet demgegenüber die Anpassung der Massnahme an eine spätere Entwicklung hinsichtlich des Geisteszustands des Täters oder neuer Behandlungserkenntnisse in einem Nachverfahren gemäss Art. 363 ff. StPO. An das Verfahren und die Voraussetzungen für die Anordnung einer nachträglichen Verwahrung und für die Massnahmeumwandlung werden insoweit zulässigerweise unterschiedliche Anforderungen gestellt (vgl. dazu BGE 145 IV 167 E. 1.7; zur Publikation bestimmtes Urteil 6B\_544/2021 vom 23. August 2021 E. 3.3.2; vgl. auch Urteil 6B\_1076/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 2.3.3 mit entsprechenden Hinweisen).

Die Vorinstanz hat im Übrigen unter Hinweis auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung korrekt dargelegt, dass die gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochene Verwahrung nicht gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK verstösst. Es kann an dieser Stelle vollumfänglich auf den bereits erwähnten und von der Vorinstanz auszugsweise wiedergegebenen BGE 145 IV 167 verwiesen werden. Darin wird nebst der Darlegung des Unterschieds zwischen der nachträglichen Anordnung einer Verwahrung und Umwandlung einer Massnahme aufgezeigt, dass bei der Umwandlung einer stationären therapeutischen Massnahme in eine Verwahrung gemäss Art. 62c Abs. 4 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 StGB in der Regel ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen dem ursprünglichen Strafurteil bzw. der darin angeordneten therapeutischen Massnahme und dem später angeordneten bzw. abgeänderten Freiheitsentzug - der Verwahrung - besteht, wie ihn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) fordert (vgl. Urteil des EGMR

Kadusic gegen die Schweiz vom 9. Januar 2018, Nr. 43977/13, § 50). Das Bundesgericht betonte in besagten Entscheid, die Anordnung einer Massnahme impliziere spätere Anpassungen im Verlauf des Vollzugs. Es begründete den Kausalzusammenhang damit, dass der mit der Verwahrung einhergehende Freiheitsentzug auf denselben Gründen beruhe und dasselbe Ziel verfolge wie bereits die mit dem ursprünglichen Strafurteil angeordnete Massnahme, nämlich die Verhinderung oder Verminderung künftiger Straftaten; der Zeitablauf vermöge dies bzw. die insofern bestehende Kausalität nicht in Frage zu stellen. Das Bundesgericht stellte daher klar, dass eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK im Fall der Umwandlung einer Massnahme in eine Verwahrung nicht vorliegt (zum Ganzen BGE 145 IV 167 E. 1.8; vgl. auch angefochtener Entscheid E. II.15.1 S. 31). Diese

Rechtsprechung hat das Bundesgericht wiederholt bestätigt (vgl. Urteile 6B\_1076/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 2.4; 6B\_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 2.3; 6B\_1223/2019 vom 27. März 2020 E. 3.3; je mit Hinweisen). Die betreffenden Erwägungen behalten auch unter Berücksichtigung des seither ergangenen Urteils des EGMR im Fall

W.A. gegen die Schweiz, in welchem der EGMR die Voraussetzung eines entsprechenden Kausalzusammenhangs erneut erwähnt, ihre Richtigkeit (vgl. Urteil des EGMR

W.A. gegen die Schweiz vom 2. November 2021, Nr. 38958/16, § 35, 41). Sie treffen ebenfalls auf den zu beurteilenden Fall zu. Mit den in den ursprünglichen Sachentscheiden der Vorinstanz und des früheren Geschworenengerichts angeordneten ambulanten und psychiatrisch-psychotherapeutischen Massnahmen gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB (die zwischenzeitlich in eine altrechtliche Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB und schliesslich in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 59 StGB umgewandelt worden waren) liegt der vom EGMR geforderte Kausalzusammenhang zwischen dem ursprünglichen Strafentscheid und der die ursprünglichen Massnahmen ersetzenden Verwahrung bzw. dem damit einhergehenden weiterdauernden Freiheitsentzug vor. Die im Anschluss an die Aufhebung der stationären therapeutischen Massnahme angeordnete Verwahrung verstösst daher nicht gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK.

#### **E. 3.4**

Nachdem der hinreichende Kausalzusammenhang zwischen dem ursprünglichen Strafentscheid und dem mit der Verwahrung einhergehenden Freiheitsentzug gegeben ist und kein Anwendungsfall von Art. 65 StGB vorliegt, fällt eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbots gemäss Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK ebenfalls ausser Betracht. Das Bundesgericht hat eine entsprechende Verletzung für den Fall einer Massnahmeumwandlung denn auch unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR im Fall

Kadusic ausdrücklich verneint (BGE 145 IV 167 E. 1.8; vgl. auch Urteil 6B\_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 2.3).

#### **E. 3.5**

Aus dem vom Beschwerdeführer angeführten Umstand, dass in den Sachurteilen der Vorinstanz und des früheren Geschworenengerichts die Verwahrung nicht erwähnt und vorbehalten worden war, kann er ferner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, dass ein Verurteilter, gegen den wegen eines Delikts im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet wird, stets das Risiko der nachträglichen Umwandlung der Massnahme in eine Verwahrung gestützt auf Art. 62c Abs. 4 StGB trägt. Ein diesbezüglicher Hinweis oder Vorbehalt ist gesetzlich nicht vorgeschrieben und bildet nicht Voraussetzung für eine später gegebenenfalls vorzunehmende Umwandlung der Massnahme. Auch der Kausalzusammenhang zwischen der im Sachurteil angeordneten Massnahme und der im Nachverfahren anzuordnenden Verwahrung setzt solches nicht voraus (vgl. Urteil 6B\_381/2021 vom 17. Juni 2021 E. 2.3).

#### **E. 3.6**

Die gegen den Beschwerdeführer im Nachgang an die aufgehobene stationäre therapeutische Massnahme ausgesprochene Verwahrung verstösst weder gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK noch gegen Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK. Soweit auf die entsprechenden Rügen des Beschwerdeführers überhaupt einzutreten ist, erweisen sie sich

als unbegründet.

#### **E. 4.1**

Unter dem Titel der Unvereinbarkeit mit völkerrechtlichen Garantien rügt der Beschwerdeführer zum anderen einen Verstoß gegen die Voraussetzung des Vorliegens einer für den Verwahrungsvollzug geeigneten Einrichtung im Sinne von Art. 56 Abs. 5 i.V.m. Art. 64 Abs. 4 StGB. Er bringt vor, bei der Prüfung der besagten Anordnungsvoraussetzung seien nebst den gesetzlichen Anforderungen des Strafgesetzbuchs auch völkerrechtliche Vorgaben, namentlich das sogenannte Abstandsgebot, zu beachten. Für den Schweizer Verwahrungsvollzug existiere weder ein gesetzlich vorgeschriebenes spezifisches und dem Abstandsgebot entsprechendes Vollzugsregime noch eine gesetzliche Trennungsregel. Faktisch bedeute die Verwahrung regelmässig die Internierung für unbestimmte Zeit in einer Strafanstalt, die sich in keiner Art und Weise vom geschlossenen Vollzug einer Freiheitsstrafe unterscheide. Die Vorinstanz habe dies nicht berücksichtigt, sei insoweit ihrer Prüfungspflicht nicht hinreichend nachgekommen und habe ihre Begründungspflicht verletzt. Weil derzeit in der Schweiz keine Institution existiere, die dem Abstandsgebot hinreichend Rechnung trage, sei er mangels Vorliegens einer für den Verwahrungsvollzug geeigneten Einrichtung aus dem Massnahmenvollzug bedingt zu entlassen.

#### **E. 4.2.1**

Gemäss Art. 56 Abs. 5 StGB ordnet das Gericht eine Massnahme in der Regel nur an, wenn eine geeignete Einrichtung zur Verfügung steht, wobei die Bereitschaft einer geeigneten Institution, den Verurteilten aufzunehmen, nicht Voraussetzung für die Anordnung der Massnahme ist (Urteil 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 4.1 mit Hinweis). Die Verwahrung wird laut Art. 64 Abs. 4 StGB in einer Massnahmenvollzugseinrichtung oder in einer Strafanstalt im Sinne von Art. 76 Abs. 2 StGB vollzogen. Die öffentliche Sicherheit ist zu gewährleisten und der Verwahrte wird psychiatrisch betreut, wenn dies notwendig ist. Es obliegt dem Staat, d.h. im Fall der Schweiz an den Kantonen, in hinreichendem Umfang Plätze in geeigneten Einrichtungen bereitzustellen, damit die Betroffenen angemessen untergebracht werden können. Ist solches während längerer Zeit bzw. wegen eines seit Jahren bekannten strukturell bedingten Mangels an Einrichtungskapazitäten nicht möglich, verstösst die Inhaftierung in einer (ungeeigneten) Strafanstalt unter Umständen gegen Art. 5 EMRK (BGE 142 IV 105 E. 5.8.1; Urteil 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 5.1; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2.2**

Der EGMR qualifizierte die damalige deutsche Sicherungsverwahrung, welche sich unwesentlich vom Vollzug einer Freiheitsstrafe unterschied, als Strafe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK, welche mit den Prinzipien des Massnahmenvollzugs nicht vereinbar sei. In diesem Zusammenhang stellte er fest, dass der Vollzug der angeordneten Sicherungsverwahrung eine der besonderen Situation der Verwahrten Rechnung tragende Behandlung nicht vorsehe (vgl. Urteil des EGMR

M. gegen Deutschland vom 17. Dezember 2009, Nr. 19359/04, §§ 127 ff.).

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz erwägt hinsichtlich der (im vorinstanzlichen Verfahren bereits ähnlich vorgebrachten) Rüge der Verletzung des Abstandsgebots, Sinn und Zweck von Art. 56 Abs.

5 StGB seien vorab darin zu erblicken, dass nicht Behandlungen angeordnet würden, welche nicht realisierbar seien bzw. für welche keine geeignete Institution zur Verfügung stehe. Art. 64 Abs. 4 StGB sehe explizit vor, dass die Verwahrung in einer Massnahmenvollzugseinrichtung oder einer Strafanstalt zu vollziehen sei, wovon es in der Schweiz zahlreiche gebe. Damit stehe eine geeignete Einrichtung im Sinne von Art. 56 Abs. 5 StGB zur Verfügung. Die Rüge der Verletzung des Abstandsgebots sei im Zusammenhang mit der Einweisungsverfügung des Vollzugsdiensts im Hinblick auf eine konkrete Einrichtung zu erheben und könne nur insoweit sinnvoll überprüft werden (angefochtener Entscheid E. II.13.2 S. 29).

#### **E. 4.4**

Es trifft zu, dass die Frage, ob den einschlägigen Vorgaben im Rahmen des Verwahrungsvollzugs hinreichend Rechnung getragen wird, nicht die materielle Voraussetzung der Anordnung der Massnahme betrifft, sondern die Ausgestaltung des (künftigen) Vollzugs, der nicht Gegenstand dieses Verfahrens bildet (vgl. Urteil 6B\_625/2012 vom 27. Juni 2013 E. 4.2.4). Gerichte sollen keine Vollzugsaufgaben übernehmen (Urteil 6B\_705/2015 vom 22. September 2015 E. 1.4.1 mit Verweis auf BGE 130 IV 49 E. 3.1). Indes haben sich die Gerichte kraft der Bestimmung von Art. 56 Abs. 5 StGB vor der Anordnung der Massnahme Rechenschaft jedenfalls darüber zu geben, ob eine Massnahme tatsächlich umsetzbar ist, mithin ob es überhaupt objektiv geeignete Institutionen gibt, die sie vollziehen können (vgl. Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes] und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 2073 Ziff. 213.412; HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 86 zu Art. 56 StGB ; vgl. auch Urteil 6B\_326/2020 vom 17. April 2020 E. 3.5 mit weiteren Hinweisen). Der Beschwerdeführer erhebt mit seiner Rüge, es existiere in der Schweiz generell kein das Abstandsgebot wahrendes und damit den konventions- bzw. völkerrechtlichen Vorgaben entsprechendes Vollzugsregime, nicht allein eine sich auf den Vollzug erstreckende Kritik; seine Rüge trifft vielmehr ebenso den Gehalt der Voraussetzung des Vorliegens einer geeigneten Einrichtung insoweit, als sie den Vorwurf eines grundsätzlich menschenrechtswidrigen Vollzugsregimes beinhaltet, bei dem nicht mehr von einer geeigneten Einrichtung im Sinne von Art. 56 Abs. 5 StGB gesprochen werden kann. Unter diesem Aspekt geht die Vorinstanz auf die vom Beschwerdeführer geäußerte Rüge nicht ein, sondern sie bejaht losgelöst davon das Erfordernis des Bestehens einer geeigneten Einrichtung pauschal unter Hinweis auf die in der Schweiz vorhandenen Vollzugseinrichtungen. Eine Rückweisung der Sache infolge unzureichender Begründung (vgl. Art. 112 Abs. 3 BGG ) ist bei der gegebenen Ausgangslage aus Opportunitätsgründen allerdings nicht angezeigt.

#### **E. 4.5**

In Bezug auf die Rüge des Beschwerdeführers bleibt Folgendes festzuhalten:

##### **E. 4.5.1**

Die laut Art. 64 Abs. 4 StGB sicherzustellende notwendige psychiatrische Betreuung verwahrter Personen beinhaltet diejenige Pflege und Betreuung, die nicht auf die Verbesserung der Legalprognose ausgerichtet ist, aber der seelischen Störung Rechnung trägt (BBl 1999 2098 Ziff. 213.451). Dies bedeutet, dass im Verwahrungsvollzug immer wieder auf die Frage der Therapierbarkeit des Verwahrten zurückzukommen ist und

Behandlungsversuche durchzuführen sind (vgl. HEER, a.a.O., N. 130 zu Art. 64 StGB ). Der Gesetzgeber sieht denn auch explizit die Möglichkeit der Aufhebung der Verwahrung zugunsten einer nachträglichen stationären therapeutischen Massnahme vor im Fall, dass Behandlungsfähigkeit besteht ( Art. 64b Abs. 1 lit. b StGB ). Das Bundesgericht hat wiederholt darauf hingewiesen, dass im Verwahrungsvollzug die Behandlungswilligkeit der betroffenen Person weiter zu fördern ist und Behandlungsversuche durchzuführen sind, wenn zu erwarten ist, dadurch lasse sich die Legalprognose massgeblich verbessern. Auch für die Verwahrung gilt als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips, dass die Dauer des Freiheitsentzugs auf das unbedingt nötige Mass zu beschränken und deshalb regelmässig zu prüfen ist, ob die vom Verwahrten ausgehende Gefahr für weitere schwere Straftaten nicht durch ein eingriffmilderes Mittel reduziert werden kann. Ziel ebenfalls des Verwahrungsvollzugs muss die Eröffnung einer realen Perspektive im Hinblick auf eine mögliche Entlassung und Wiedererlangung der Freiheit sein (vgl. Urteile 6B\_237/2019 vom 21. Mai 2019 E. 4.3 und 6B\_582/2017 vom 19. Juni 2018 E. 4.3.6; je mit Hinweis auf Urteil 6B\_896/2014 vom 16. Dezember 2015 E. 7.5; Urteil 6B\_685/2014 vom 25. September 2014 E. 3.4 mit Hinweis auf Urteil 6B\_497/2013 vom 13. März 2014 E. 4.4).

#### **E. 4.5.2**

Eine strikte separate Unterbringung Verwahrter in einem spezifischen Vollzugsregime ist gesetzlich nicht vorgesehen und auch in der Vollzugspraxis (noch) kaum etabliert. Wie dies der Beschwerdeführer betont, sind Verwahrte bislang regelmässig mit Strafgefangenen in geschlossenen Strafanstalten untergebracht (vgl. BRÄGGER/ZANGGER, Freiheitsentzug in der Schweiz, Handbuch zu grundlegenden Fragen und aktuellen Herausforderungen, Bern 2020, Rz. 283 ff. mit Hinweis auf KÜNZLI/EUGSTER/SCHULTHEISS, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte [SKMR], Haftbedingungen in der Verwahrung, menschenrechtliche Standards und die Situation in der Schweiz, Bern 2016, S. 23). Nicht nur aber sieht Art. 64 Abs. 4 StGB , wie dargelegt, eine besondere, der Krankheit und der besonderen Situation der Verwahrung entsprechende Betreuung und Pflege verwahrter Personen vor, wodurch sich der Verwahrungsvollzug vom Strafvollzug unterscheidet. Auch zeigt sich, dass heute in verschiedenen Vollzugseinrichtungen gesonderte Abteilungen für ältere, gebrechliche oder langjährige Insassen existieren, in denen ein Grossteil der Verwahrten lebt. Jüngste Bemühungen im Vollzug zielen überdies auf das Angebot eines vom normalen Strafvollzug gänzlich separierten Verwahrungsvollzugs ab. Entsprechende Bemühungen wurden in der Praxis, wenn auch erst in einem Pilotprojekt (Fachkonzept "Verwahrungsvollzug plus" der Justizvollzugsanstalt Solothurn), bereits umgesetzt und sind insbesondere in Kreisen der Vollzugsbehörden dringend vorgesehen (vgl. KÜNZLI/EUGSTER/SCHULTHEISS, SKMR, Zusammenfassung der Studie zu Haftbedingungen in der Verwahrung, Bern 2016, S. 6; BRÄGGER/ ZANGGER, a.a.O., Rz. 307, 368 ff.). Vor diesem Hintergrund drängt sich im Zeitpunkt der Anordnung der Verwahrung des Beschwerdeführers nicht bereits die Annahme auf, es fehle an einer für einen konventions- bzw. völkerrechtskonformen Vollzug der Verwahrung objektiv tauglichen Einrichtung im Sinne von Art. 56 Abs. 5 StGB . Ein nachhaltiger strukturell bedingter Mangel hinsichtlich geeigneter Einrichtungskapazitäten, den der Beschwerdeführer sinngemäss moniert, ist in Anbetracht des Ausgeführten nicht auszumachen. Auch der EGMR hat im Übrigen in allgemeiner Hinsicht festgehalten, er habe in der Schweiz keinen derartigen Mangel bezüglich der Behandlung psychisch kranker Straftäter festgestellt (vgl. Urteil des EGMR

Papillo gegen die Schweiz vom 27. Januar 2015, Nr. 43368/08, § 46; Urteil 6B\_161/2021 vom 8. April 2021 E. 2.7.2). Zu beachten ist ausserdem, dass selbst im Fall einer bestimmten Zeitspanne, während derer eine geeignete Unterbringung mangels Verfügbarkeit tauglicher Einrichtungen nicht möglich wäre, grundsätzlich noch nicht sogleich ein Verstoß gegen Art. 5 EMRK vorliegen würde, sondern eine gewisse Wartezeit zugebilligt wird (vgl. BGE 142 IV 105 E. 5.8.1; Urteil 6B\_294/2020 vom 24. September 2020 E. 4.2; je mit Hinweis unter anderem auf das Urteil des EGMR im Fall Papillo §§ 43 ff.).

#### **E. 4.6**

Die Anordnung der Verwahrung des Beschwerdeführers erweist sich nach dem Gesagten auch unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses des Vorliegens einer geeigneten Einrichtung als bundes- und konventions- bzw. völkerrechtskonform. Die Einhaltung der menschenrechtlichen Vollzugsvorgaben im konkreten Einzelfall wird durch die Vollzugsbehörde sicherzustellen sein.

#### **E. 5**

Den Antrag um Haftentschädigung stellt der Beschwerdeführer als Folge seines die Anordnung der Verwahrung betreffenden Hauptantrags. Darauf ist nicht einzutreten.

#### **E. 6**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Er stellt indes ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, das gutzuheissen ist. Seine Bedürftigkeit ist ausgewiesen und seine Beschwerde ist nicht als aussichtslos zu bezeichnen ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ).

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