

Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Rahmen der Verfahrenswiederaufnahme nach rechtskräftiger Verurteilung

Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichts der Schweiz 6B_896/2014 vom 16. Dezember 2015 unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten

Von Prof. Dr. Grisca Merkel, Basel

I. Einleitung

Rückwirkende Anordnungen und nachträgliche Verlängerungen der Sicherungsverwahrung in Deutschland wurden vom EGMR wegen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK als völkerrechtswidrig beanstandet, weil sie keinen hinreichenden Zusammenhang mit dem Schuldurteil aufweisen.¹ In der Schweiz wurde mit Bundesgesetz vom 24. März 2006² eine andere rechtliche Möglichkeit geschaffen, befristete Freiheitsstrafen „flexibel“ zu gestalten.³ Eine potentiell unbefristete Sicherungsverwahrung für vermeintlich besonders gefährliche Straftäter soll danach im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens⁴ angeordnet werden können. Darauf gestützt, hat das Bundesgericht der Schweiz am 16. Dezember 2015 die Anordnung einer potentiell unbefristeten Sicherungsverwahrung nach 20-jährigem Haftvollzug für völkerrechtskonform befunden. Nach Einschätzung des Gerichts wird „die nachträgliche Verwahrung [...] Teil des ursprünglichen Urteils und steht damit in hinreichendem Zusammenhang mit der darin enthaltenen strafrechtlichen Verurteilung.“⁵

¹ Siehe Fn. 12, 15 und 16, dazu u.a. *Kinzig*, NStZ 2010, 233; *Laue*, JR 2010, 198; *Merkel*, GLJ 2010, 1046; *dies.*, GLJ 2011, 968; *Pollähne*, KJ 2010, 255; *Radtke*, NStZ 2010, 537; *Renzikowski*, ZIS 2011, 531; *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK, Bd. 10, 4. Aufl. 2012, Art. 5 EMRK Rn. 17a ff. und Anhang Art. 7 EMRK Rn. 25a.

² Bundesgesetz vom 24.3.2006, S. 3540, online unter: <https://www.admin.ch/opc/de/officialcompilation/2006/3539.pdf> (20.10.2016).

³ Kritisch *Bommer*, in Niggli/Hurtado/Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, 2007, S. 55 (57) m.w.N.

⁴ In der Schweiz gibt es bislang keine einheitliche Verwendung des Begriffs der Verfahrenswiederaufnahme. Während das SchwStGB darunter die Durchbrechung der Rechtskraft eines abgeschlossenen Strafverfahrens durch ein neues Verfahren versteht (vgl. Art. 385 SchwStGB), wird dies in der SchwStPO „Revision“ genannt (vgl. Art. 410 Abs. 1 SchwStPO). Daneben nennt die SchwStPO auch ein Wiederaufnahmeverfahren, das nach einem rechtskräftigen Einstellungsbescheid oder einer Nichtanhandnahme wegen offensichtlich fehlender materiell-rechtlicher oder prozessualer Voraussetzungen zulässig ist (vgl. Art. 11 Abs. 2, 323 SchwStPO). Um dieses soll es hier aber nicht gehen.

⁵ Bundesgericht (BGer), Urte. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 6.3, online unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/151216_6B_896-2014.html (20.10.2016). Die zugrunde liegenden Gutachten und unveröffentlichten Urteile wurden auszugsweise freund-

Das allein wäre Anlass genug für eine kritische Würdigung. Hinzu kommt jedoch, dass es zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Verurteilung vor über 20 Jahren weder eine explizite Regelung zur nachträglichen Anordnung der Verwahrung im Strafgesetzbuch der Schweiz (SchwStGB) gegeben hat noch die heutige bundesrechtliche Vorschrift zur Wiederaufnahme eines Verfahrens zu Lasten eines Verurteilten in der schweizerischen Strafprozessordnung (SchwStPO). Vor diesem Hintergrund erscheint die Beachtung internationaler Rechtsprinzipien wie des Rückwirkungs- und Doppelbestrafungsverbots, die sich sowohl im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, dort Art. 15 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 7) als auch in der EMRK (dort Art. 7 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7) finden, besonders zweifelhaft und entsprechend diskussionswürdig.

II. Völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz

Die Schweiz ist seit dem Jahr 1974 Vertragsstaat im Sinne des Art. 46 Abs. 1 EMRK und im Jahre 1992 auch dem UNO-Pakt II beigetreten. Nach Auffassung des Bundesgerichts der Schweiz gehen völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz dem Bundesrecht grundsätzlich vor und führen zur Unanwendbarkeit des Bundesrechts für den Fall eines Normenkonflikts, der sich nicht mittels Auslegung beheben lässt.⁶

Internationale Rechtsprinzipien wie das Rückwirkungsverbot und das Doppelbestrafungsverbot haben deshalb in der Schweiz Gültigkeit.⁷ Daneben hat die Schweiz das Rückwirkungsverbot mit Art. 2 Abs. 1 SchwStGB⁸ auch selbst implementiert. Das Doppelbestrafungsverbot findet Ausdruck in Art. 11 Abs. 1 SchwStPO⁹ und lässt sich daneben aus dem

licherweise vom Anwalt des Beschwerdeführers zur Verfügung gestellt.

⁶ Siehe Leitentscheide Bundesgericht (BGE) 125 II 417 E. 4d; BGE 139 I 16 E. 5.1 m.w.N. Dies könnte auch relevant werden mit Blick auf die von der Schweiz im Jahre 2008 eingeführte lebenslängliche Verwahrung (siehe Art. 123a BV und Art. 64 Abs. 1^{bis}, 64c SchwStGB), in deren Rahmen grundsätzlich keine Überprüfung der Fortdauer des Haftgrundes stattfinden soll.

⁷ Vgl. auch BGer, Urte. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 3 = http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/151216_6B_896-2014.html (20.10.2016).

⁸ Im Wortlaut: „Nach diesem Gesetze wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht.“

⁹ Im Wortlaut: „Wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, darf wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden.“

Schutz vor staatlicher Willkür gemäß Art. 9 der Schweizer Bundesverfassung (BV) ableiten. Eine Ausnahme sieht Art. 11 Abs. 2 SchwStPO für „die Wiederaufnahme eines eingestellten oder nicht anhand genommenen Verfahrens und die Revision“ vor.¹⁰

Schweizer Behörden und Gerichte sind nach Auffassung des Bundesgerichts ferner gehalten, eine Prüfung völkerrechtlicher Verträge in ihre Überlegungen einzubeziehen und dabei insbesondere die EMRK sowie deren Auslegung durch den EGMR zu beachten. Den Verträgen ist der Vorzug zu geben, soweit nationales Recht damit offensichtlich nicht im Einklang steht, unabhängig davon, ob über den Gegenstand bereits höchstrichterlich entschieden wurde.¹¹ Mit Blick auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren ist deshalb die Rechtsprechung des EGMR zu beachten.

Dem EGMR zufolge ist eine strafgleich vollzogene Sicherungsverwahrung mit einer Strafe gleichzusetzen, weshalb ihre Legitimation den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK genügen muss.¹² Der Freiheitsentzug muss danach auf gesetzlich vorgeschriebene Weise und rechtmäßig nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht erfolgen. Bereits in den 1980er Jahren hatte der EGMR diesbezüglich festgestellt, Freiheitsentzug und Schuldspruch müssten als ein „untrennbares Ganzes“ („inseparable whole“) erscheinen.¹³ Es genüge nicht, dass der Freiheitsentzug in einer rein zeitlich-kausalen Reihenfolge zur Verurteilung stehe.¹⁴

Im Zuge rückwirkend verlängerter und rückwirkender nachträglich angeordneter Sicherungsverwahrung in Deutschland hat der EGMR außerdem klargestellt, dass wegen des strafgleichen Charakters nicht nur das Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK) für die Anordnung der Sicherungsverwahrung gilt,¹⁵ sondern auch eine nach Verurteilung eingeführte nachträgliche Anordnungsmöglichkeit dem Zusammenhang des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK nicht genügen kann: „[...] it is the judgment of a sentencing court finding a person guilty

of an offence which meets the requirements of a ‘conviction’ [...].“¹⁶

III. Rückwirkende Anordnungen der Sicherungsverwahrung und Wiederaufnahmeverfahren in Deutschland und der Schweiz

Die Kriminalstrafsysteme in Deutschland und der Schweiz sind insoweit gut vergleichbar, als beide ein sog. zweispuriges Strafsystem etabliert haben, das zwischen Straf- und Maßregelvollzug (in der Schweiz Massnahmenvollzug genannt) unterscheidet, wobei die Maßregeln ausschließlich präventiven und die Strafen daneben auch repressiven Charakter haben sollen. Gleichwohl bedeutete der Freiheitsentzug in der Maßregel der Sicherungsverwahrung in beiden Ländern insoweit eine verlängerte Freiheitsstrafe, als diese Maßregel weitgehend unter den Bedingungen der Strafhaft fortgesetzt wurde.

Seit der Kritik des EGMR an den Anordnungsgrundlagen der Sicherungsverwahrung in Deutschland gehen die Vollzugspraktiken der Länder allerdings auseinander. Während das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2011 explizit eingefordert hatte, die Sicherungsverwahrung nicht mehr wie eine Strafe auszugestalten, sondern den normalen Lebensverhältnissen weitestgehend anzupassen, um zu verdeutlichen, dass es sich *nicht* um eine Strafe handele,¹⁷ hatte der Schweizer Bundesrat mit Blick auf die EMRK¹⁸ bereits im Jahr 2005 die Sicherungsverwahrung ausdrücklich als Strafe qualifiziert.¹⁹ Bis heute wird die Sicherungsverwahrung in der Schweiz strafgleich ausgestaltet, weshalb sich das Land bei deren Anordnung an der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK durch den EGMR orientieren und dabei das Rückwirkungsverbot sowie das Doppelbestrafungsverbot beachten muss.

Während in Deutschland Maßnahmen grundsätzlich auch rückwirkend angeordnet werden dürfen (vgl. § 2 Abs. 6 StGB), bezieht sich der Grundsatz *nulla poena sine lege* in der Schweiz seit dem 1. Januar 2007 auf *alle* Sanktionen: „Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt“ (Art. 1 SchwStGB). Allerdings sieht Ziff. 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen zur Änderung des SchwStGB vom 13. Dezember 2002 davon abweichend noch vor, dass das Rückwirkungsverbot im Bereich des neuen Maßregelrechts

¹⁰ Zum Begriff der Revision vgl. Fn. 4. Ausweislich der Begründung des Schweizer Bundesrats vom 21.12.2005 steht dies „im Einklang mit dem übergeordneten Recht“, siehe Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005 (05.092), S. 1133, online unter:

<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/1085.pdf> (20.10.2016).

¹¹ BGE 125 II 417 E. 4d; 128 IV 201 E. 1.3.

¹² EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany), Rn. 77, 127.

¹³ EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39.

¹⁴ EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39; EGMR, Urt. v. 18.12.1986 – 9990/82 (Bozano v. France), Rn. 53; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks v. The United Kingdom), Rn. 53.

¹⁵ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany), Rn. 77, 127; siehe auch EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 17792/07 (Kallweit v. Germany); EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 20008/07 (Mautes v. Germany); EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 27360/04 und 42225/07 (Schummer v. Germany).

¹⁶ EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 6587/04 (Haidn v. Germany).

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 4.5.2012 – BvR 2365/09, Rn. 115 = BVerfGE 128, 326.

¹⁸ Der EGMR hatte bereits Mitte der 1990er Jahre entsprechende Vorgaben für die Strafqualität eines Freiheitsentzuges gemacht, siehe EGMR, Urt. v. 9.2.1995 – 17440/99 (Welch v. The United Kingdom), Rn. 27 ff.; EGMR, Urt. v. 8.6.1995 – 15917/89 (Jamil v. France), Rn. 30 f.

¹⁹ Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21.3.2003 vom 29.6.2005, Bbl. 2005, S. 4716, online unter:

<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2005/4689.pdf> (20.10.2016); siehe auch BGE 134 IV 121 (128).

der Schweiz grundsätzlich nicht gelten soll. Eine Ausnahme gilt nach der Schlussbestimmung mit Blick auf die hier diskutierte nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung: Um eine Kollision mit Konventionsrecht zu vermeiden, soll sie nur dann auf Anlasstaten vor ihrem Inkrafttreten Anwendung finden, wenn bereits nach altem Recht (Art. 42 oder 43 Ziff. 1 Abs. 2 SchwStGB a.F.) eine Anordnung der Sicherungsverwahrung mit dem (ursprünglichen) Urteil möglich gewesen wäre.²⁰ Zeitgleich mit dieser Schlussbestimmung trat am 1. Januar 2007 die nachträgliche Sicherungsverwahrung gemäß Art. 65 Abs. 2 SchwStGB in Kraft:

„Ergibt sich bei einem Verurteilten während des Vollzuges der Freiheitsstrafe aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel, dass die Voraussetzungen der Verwahrung gegeben sind und im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht davon Kenntnis haben konnte, so kann das Gericht die Verwahrung nachträglich anordnen. Zuständigkeit und Verfahren bestimmen sich nach den Regeln, die für die Wiederaufnahme gelten.“

Als Wiederaufnahme zu Ungunsten des Verurteilten dient die nachträgliche Sicherungsverwahrung dem Bundesgericht zufolge zur Erfassung der „seltenen Fälle, in denen die an sich zulässige Anordnung einer Verwahrung im Strafurteil unterblieben ist und sich der Verurteilte während der Haft als hochgefährlich erweist“²¹ Insbesondere mit Blick auf eine Neuverurteilung nach vollständiger Verbüßung der Straftat wird allerdings kritisiert, dass die sich aus der Verurteilung ergebenden Ansprüche der Gesellschaft verwirkt seien.²² Generell liegt es auch näher, nach anderen sichernden Maßnahmen Ausschau zu halten, um auf diese Fälle angemessen reagieren zu können. In der Sache ist es schließlich irrelevant, ob die Gefährlichkeit zuvor bestand – entscheidend ist vielmehr, dass sie zum Zeitpunkt der Entlassung aus der Straftat besteht.²³

Die Anbindung der nachträglichen Sicherungsverwahrung an die zwar ungenutzt gebliebene, aber rechtlich prinzipiell zulässige Option der Anordnung der Verwahrung bereits mit dem Ursprungsurteil ist indes formal mit Blick auf den für Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit a EMRK erforderlichen Zusammenhang des Freiheitsentzuges mit dem Schuldurteil unter Umständen wesentlich: Indem darauf abgestellt wird, dass seinerzeit bereits eine entsprechende Verurteilung möglich gewesen

wäre (so die bestehende Gefährlichkeit denn hätte erkannt werden können), soll das im Wiederaufnahmeverfahren ausgesprochene Urteil an die Stelle des alten Urteils treten, ohne das Rückwirkungs- und das Doppelbestrafungsverbot zu verletzen. Ob dies ohne entsprechenden richterlichen Vorbehalt²⁴ einer Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urteil genügen kann, wird in der Lehre allerdings kritisch gesehen.²⁵

Zudem schweigen die Schlussbestimmungen dazu, ob nach altem Recht auch eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu Lasten des Verurteilten möglich gewesen sein muss. Erst Anfang des Jahres 2011 ist mit Art. 410 Abs. 1 lit. a SchwStPO eine für alle Kantone verbindliche Regelung in Kraft getreten, die es ermöglicht, die Wiederaufnahme eines mit rechtskräftigem Urteil abgeschlossenen Verfahrens zu betreiben, „wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, [...] eine wesentlich strengere Bestrafung der verurteilten Person [...] herbeizuführen.“

Bis dahin wurde der Strafprozess kantonale geregelt. Soweit die kantonalen Gesetze eine *reformatio in peius* im Wiederaufnahmeverfahren vorsahen,²⁶ setzten sie – abgesehen von strafbaren Einflussnahmen auf den Ausgang des Prozesses – zumeist einen rechtskräftigen Freispruch voraus. War daneben eine Verschlechterung nach einer rechtskräftigen Verurteilung möglich, musste in der Regel eine wesentlich strengere Bestrafung drohen.²⁷ Deshalb wurden die kantonalen Wiederaufnahmeverfahren mit der Möglichkeit der *reformatio in peius* jedenfalls de facto nicht zur nachträglichen Anordnung einer Sicherungsverwahrung betrieben. Während

²⁴ Auch der Vorbehalt einer Maßnahme im Urteil sichert allerdings nicht zwingend das Vorliegen des für Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK notwendigen Zusammenhangs, dazu Merkel, R&P 2011, 205 (211 f.); *dies.*, ZIS 2012, 226.

²⁵ Abl. Kunz u.a., Jusletter vom 13. Dezember 2004; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Rn. 21; Trechsel/Pauen Borer (Fn. 22), Art. 65 Rn. 5; Vallender, in: Dittmann (Hrsg.), Zwischen Mediation und Lebenslang, *Entre médiation et perpétuité*, Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung, Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, 2002, S. 201 (210); Bommer (Fn. 3), S. 58 ff.; differenzierend Riklin, AJP 2006, 1471 (1477 f.): vermutlich vereinbar mit höherrangigem Recht, aber nicht rückwirkend; ebenso wohl Heer (Fn. 22), Art. 65 Rn. 31; Hans-Jakob/Schmitt/Sollberger, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, S. 74: als Revisionsgrund propternova mit Blick auf das Doppelbestrafungsverbot unproblematisch; ebenso Scheidegger, in Breitenmoser/Ehrenzeller/Sassoli/Stoffel/Pfeifer (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law – Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat – Droits de l’homme, démocratie et Etat de droit, Liber amicorum Luzius Wildhaber, 2007, S. 733 (738).

²⁶ Überhaupt nicht vorgesehen war sie in Genf, siehe Bommer (Fn. 3), S. 61.

²⁷ Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13.12.2002 und des Militärstrafgesetzbuches in der Fassung vom 21.3.2003, S. 4715.

²⁰ Abweichend von den Schlussbestimmungen wurde die Geltung des Rückwirkungsverbots bereits im November 2007 vom Bundesgericht auf sämtliche Anordnungen der Sicherungsverwahrung ausgeweitet, siehe BGE 134 IV 121 (128); siehe auch BGE 137 IV 59 E. 6.

²¹ BGer, Urt. v. 2.3.2012 – 6B_404/2011 m.w.N., online unter: http://servat.unibe.ch/dfr/bger/120302_6B_404-2011.html (20.10.2016).

²² Siehe Heer, in Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 65 Rn. 49.; zustimmend Trechsel/Pauen Borer, in Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 65 Rn. 6; Bommer/Kaufmann, ZBJV 2015, 873 (884 f.); offengelassen von BGE 137 IV 59.

²³ Siehe auch Bommer (Fn. 3), S. 59 f.

Stratenwerth deshalb eine Verschlechterung gegenüber dem alten Recht geltend macht und folglich einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot konstatiert,²⁸ hält das Bundesgericht der Schweiz mit seinem Urteil vom 16. Dezember 2015 die Anordnung der potentiell unbefristeten Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren mit höherrangigem Recht, namentlich mit der EMRK, für vereinbar.²⁹

Für Deutschland ist diese Entscheidung unter konventionsrechtlichen Gesichtspunkten vor allem deshalb interessant, weil sich trotz der Entscheidungen des EGMR mehrere Bundesländer für eine Möglichkeit nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung ausgesprochen hatten, sofern der Verurteilte sich erst während des Vollzugs der Straftat als besonders gefährlich erweist. Entsprechende Anträge der Länder Hamburg und Bayern sowie des Saarlandes scheiterten seinerzeit wohl nur deshalb, weil man vom BVerfG enge zeitliche Vorgaben hinsichtlich der Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung bekommen hatte und deshalb davon absah, den Vermittlungsausschuss anzurufen.³⁰ Sollte die Vorschrift des Art. 65 Abs. 2 SchwStGB vom EGMR gebilligt werden, ist daher nicht auszuschließen, dass auch in Deutschland potentiell unbefristete Strafschärfungen – diesmal im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens – wieder diskutiert werden.

Im Wiederaufnahmeverfahren ist eine *reformatio in peius* in Deutschland derzeit allerdings nur möglich, wenn entweder das Verfahren durch bestimmte Delikte zu Gunsten des Verurteilten beeinflusst wurde, eine schuldhaft Verletzung von Amtspflichten der beteiligten Richter oder Schöffen stattgefunden hat oder der Freigesprochene außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hat (vgl. § 362 Nr. 1-4 StPO). Soweit nachträglich neue Tatsachen bekannt werden, die eine schwerere Strafe rechtfertigen würden, ist eine Verfahrenswiederaufnahme hingegen nicht zulässig. In den Jahren vor dem Ende des Nationalsozialismus war dies in Deutschland noch anders. *Frister* zufolge wurde damit seinerzeit der Grundsatz des Doppelbestrafungsverbots „nahezu vollständig außer Kraft gesetzt.“³¹ Art. 103 Abs. 3 GG garantiert nach seiner Ansicht heute, dass eine Verfahrenswiederaufnahme zu Lasten des Angeklagten aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel – abgesehen vom glaubwürdigen,

außergerichtlichen Geständnis – nicht mehr zulässig ist.³² Da Art. 103 Abs. 3 GG aber ähnlich abgefasst ist wie Art. 11 Abs. 1 SchwStPO und auch das Doppelbestrafungsverbot des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK die Möglichkeit einer Verfahrenswiederaufnahme zur Strafschärfung nicht ausschließt, erscheint der Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG dafür keineswegs als hinreichende Gewähr.³³

IV. Rechtliche Beurteilung der Wiederaufnahme eines Verfahrens zur Anordnung der Sicherungsverwahrung

Vom konkreten Fall des Bundesgerichts ausgehend,³⁴ sollen im Folgenden einige völkerrechtlich relevante und verallgemeinerbare Problempunkte mit Blick auf eine Anordnung der Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren aufgegriffen werden. Im Zentrum steht dabei die Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK, die den rechtmäßigen Freiheitsentzug nach einer Verurteilung regelt. Da die Sicherungsverwahrung gemäß Art. 65 Abs. 2 SchwStGB erst nachträglich im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens und nicht bereits mit dem ursprünglichen Schuldurteil ausgesprochen wird, könnte der von der EMRK vorausgesetzte Zusammenhang mit dem Schuldurteil fehlen. Davon kann nach der Rechtsprechung des EGMR zur Sicherungsverwahrung in Deutschland jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn mit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eine Straftat schwerer bestraft wird, als zum Zeitpunkt der Tat vom Gesetz vorgesehen und die Anordnung damit gegen das Verbot rückwirkender Bestrafung verstößt.

1. Das Rückwirkungsverbot nach Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 ICCPR

Das Schweizer Bundesgericht verneint einen solchen Verstoß, weil auch nach dem Recht zum Zeitpunkt der Verurteilung eine Anordnung der Verwahrung des Betroffenen möglich gewesen wäre und die Wiederaufnahme zu Lasten eines Verurteilten zudem in der kantonalen StPO geregelt gewesen sei.³⁵ Es sieht sich allerdings damit konfrontiert, dass die kantonale Rechtsprechung und die strafrechtliche Literatur diese Vorschrift seinerzeit so interpretiert hatten, dass sie nur

²⁸ *Stratenwerth* (Fn. 25), Rn. 22; siehe auch *Bommer/Kaufmann*, ZBJV 2015, 873 (885).

²⁹ BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 8; so bereits BGE 134 IV 121 (129). Der hier diskutierten Entscheidung ging außerdem ein Urteil des BGer vom 2. März 2012 voraus (BGer, Urt. v. 2.3.2012 – 6B_404/2011), in dem zunächst über die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeverfahrens entschieden wurde.

³⁰ Siehe dazu das Plenarprotokoll der 903. Sitzung des Bundesrats vom 23.11.2012, S. 499 (516 ff.), online unter: <http://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/2012/Plenarprotokoll903.pdf?blob=publicationFile&v=3> (20.10.2016).

³¹ *Frister*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK, Bd. 7, 4. Aufl. 2014, § 362 Rn. 2.

³² *Frister* (Fn. 31), § 362 Rn. 3; anders *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 76. Lfg., Stand: Dezember 2015, § 103 Rn. 262 f.

³³ Auch das BVerfG versteht Art. 103 Abs. 3 GG nicht als Garantie bestehender Grenzen: „Zwar nimmt Art. 103 Abs. 3 GG auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltende prozeßrechtliche Lage Bezug. Dies bedeutet indessen nicht, [...] daß für neu auftauchende Gesichtspunkte, die sich der Prozeßrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch nicht gestellt hatten, eine verfassungsrechtliche Festlegung getroffen worden wäre“ (BVerfGE 56, 22 [34]). Von § 363 Abs. 1 SchwStPO werden entsprechende Änderungen ebenfalls nicht ausgeschlossen.

³⁴ Siehe BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 6.3.

³⁵ BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 6.3.

auf Freigesprochene Anwendung fand.³⁶ Der hier einschlägige § 443 Nr. 2 der StPO a.F. des Kantons Zürich sah die Wiederaufnahme im Falle eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nämlich vor, „wenn der Freigesprochene vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis abgelegt hat, oder wenn Tatsachen oder Beweismittel entdeckt worden sind, welche für sich allein zu einer Verurteilung des Angeschuldigten hinreichen würden.“³⁷

Eine Anwendung beider Alternativen ausschließlich auf Freigesprochene hält das Bundesgericht indes für eine unberechtigte Besserstellung von bereits Verurteilten gegenüber Freigesprochenen.³⁸ Dagegen spricht aber nicht nur, dass sich „Fairnesserwägungen“ auch im Prozessrecht prinzipiell nicht dazu eignen, belastende Analogien zu begründen, wenn diese sich unmittelbar materiell-rechtlich niederschlagen,³⁹ sondern auch, dass der Wortlaut der Züricher StPO jedenfalls insoweit eindeutig ist, als die neuen Tatsachen oder Beweise „für sich allein“ eine Verurteilung des Angeschuldigten wahrscheinlich machen müssen. Nur wenn man an diesem Erfordernis festhält, erreicht man sachlich eine Gleichstellung von bereits Verurteilten und Freigesprochenen. Mit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung wird demgegenüber eine bloße – wenn auch gravierende – Verschärfung der Sanktion betrieben,⁴⁰ die den Tatvorwurf gänzlich unberührt lässt. Der Ansatz des Bundesgerichts läuft deshalb nicht auf eine Gleich-, sondern auf eine Schlechterstellung bereits Verurteilter gegenüber Freigesprochenen hinaus und begründet damit nicht die vom Wortlaut des Gesetzes abweichende Auslegung.

Mit Blick auf das kantonale Schweizer Prozessrecht ist ferner zu berücksichtigen, dass mögliche Strafschärfungen im Rahmen der Verfahrenswiederaufnahme bis zur Einführung der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung im Jahr 2007 jedenfalls de facto nicht für Anordnungen der Sicherungsverwahrung dienten. Zwar erscheint es zunächst⁴¹ folgerichtig, die sich nach der neuen SchwStPO bietende Wiederaufnahmemöglichkeit im Rahmen von Strafschärfungen auf strafgleiche Maßnahmen zu erstrecken; allerdings konnte das Wiederaufnahmeverfahren nach der Züricher StPO nur betrieben werden, „solange das Verbrechen oder Vergehen nicht verjährt ist“ (siehe § 444 der Züricher

StPO⁴²). Es bezog sich im Umkehrschluss also ausdrücklich nicht auf strafgleiche Maßnahmen, weil diese nicht der Verjähung unterliegen. Eine andere Interpretation führte wiederum unmittelbar zu materiell-rechtlichen Nachteilen für den Verurteilten, so dass wegen der fehlenden Vorhersehbarkeit des Strafmaßes der Bestimmtheitsgrundsatz verletzt würde.

Folglich ist auch im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens die nachträgliche Anordnung einer strafgleichen Sicherungsverwahrung jedenfalls rückwirkend nicht möglich. Offen bleibt allerdings die Frage, ob die Anordnung der Sicherungsverwahrung in einem Wiederaufnahmeverfahren mit der Möglichkeit nachträglicher Strafschärfung prinzipiell legitim ist. Immerhin wird die Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren mit dem neuen Schuldurteil verbunden, so dass die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK unter Berücksichtigung seiner Auslegung durch den EGMR⁴³ gewahrt scheinen, solange die Anordnung nicht rückwirkend erfolgt. Die Möglichkeit der Wiederaufnahme eines Verfahrens zu Lasten eines bereits Verurteilten steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zum Verbot der Doppelbestrafung, dessen Verankerungen in der EMRK und im ICCPR deshalb in die Überlegungen zur Reichweite des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK einzubeziehen sind.

2. Das Doppelbestrafungsverbot nach Art. 4 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK

Da die Sicherungsverwahrung in der Schweiz strafgleichen Charakter hat, muss das Verbot doppelter Bestrafung gemäß Art. 4 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK berücksichtigt werden, wenn im Wiederaufnahmeverfahren eine Sicherungsverwahrung angeordnet wird. Eine Ausnahme vom Doppelbestrafungsverbot sieht Art. 4 Abs. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK sowohl für rechtskräftig Verurteilte als auch für Freigesprochene vor „falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.“ Um eine Kollision mit dem Doppelbestrafungsverbot zu vermeiden, muss sich das rechtskräftige Urteil im Nachhinein also als Fehlurteil erweisen, dessen Korrektur ausnahmsweise notwendig erscheint, um das Rechtsvertrauen zu erhalten, das infolge der Rechtskraftdurchbrechung grundsätzlich eher verloren zu gehen droht.⁴⁴

Das Schweizer Bundesgericht verweist darauf, dass das Wiederaufnahmeverfahren kein unzulässiges Zweitverfahren sei, sondern das ursprüngliche Urteil aufhebe und an dessen Stelle trete. „Es wird [vielmehr] an die zum Zeitpunkt der Tatbegehung und des ursprünglichen Urteils bereits vorgelegenen [aber in dieser Form nicht erkannten bzw. nicht erkennbaren] tatsächlichen Voraussetzungen der schweren

³⁶ Vgl. BGer, Urte. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 4.8 m.w.N.

³⁷ Strafprozessordnung vom 4.5.1919 in der Fassung vom 9.7.2007, online unter:

[http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/A6639F0E16F958BCC12573B500315F5D/\\$file/321_4.5.19_59.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/0/A6639F0E16F958BCC12573B500315F5D/$file/321_4.5.19_59.pdf) (20.10.2016).

³⁸ BGer, Urte. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 4.8.

³⁹ So auch das BGer, Urte. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 4.6. mit Blick auf die anderslautenden Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich, wonach die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe mit dem neuen Prozessrecht rückwirkend zur Anwendung kommen könne, weil das Rückwirkungsverbot nur für das materielle Strafrecht gelte.

⁴⁰ So bereits *Stratenwerth* (Fn. 25), Rn. 21 m.w.N.

⁴¹ Zu weiteren Bedenken unter 2. und 3.

⁴² Wie Fn. 37.

⁴³ Voraussetzung ist zunächst, dass die Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel überhaupt unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK fällt. Dies hatte der EGMR aber im Urteil M. gegen Deutschland festgestellt (EGMR, Urte. v. 17.12.2009 – 19359/04).

⁴⁴ Vgl. *Frister* (Fn. 31), § 362 Rn. 6.

psychischen Störung des Beschwerdeführers und dessen daraus folgende qualifizierte Gefährlichkeit angeknüpft sowie an den Umstand, dass das Geschworenengericht bei Kenntnis dieser Sachlage die auf unbestimmte Zeit angelegte Verwahrung [...] angeordnet hätte.⁴⁵

a) Schwere dissoziale Persönlichkeitsstörungen und ihre Diagnose

Problematisch daran ist zunächst, dass die Änderung einer psychiatrischen Diagnose allein lediglich eine andere zuschreibende Wertung bestimmter Umstände und Verhaltensweisen einer Person ist und keine neue Tatsache.⁴⁶ Hinzu kommt, dass gerade eine schwere Form der anti- oder dissozialen Persönlichkeitsstörung selten verborgen bleibt, sofern sie mit besonderer Gewalttätigkeit einhergeht. Gemäß Art. 65 Abs. 2 SchwStGB dürfen die Umstände dieser Störung für das Gericht aber nicht einmal erkennbar gewesen sein. Soweit deshalb im Erstverfahren kein Gutachten eingeholt wurde, muss sehr genau hinterfragt werden, ob man schwer deviantes Verhalten schlicht als Ausdruck „normaler“ Kriminalität angesehen hat und deshalb keine Begutachtung der Schuldfähigkeit vorgenommen hat (in deren Rahmen die anti- oder dissozialen Persönlichkeitsstörungen mit der damit einhergehenden Rückfallgefahr meist zur Sprache kommen) oder ob die Tatumstände und das Vorleben des Täters tatsächlich keine solche Persönlichkeitsstörung vermuten ließen. Nur in letzterem Fall mag sich wirklich erst während des Strafvollzugs eine Seite der Persönlichkeit offenbaren, die zuvor für die beteiligten Gerichte und Behörden unerkennbar verborgen geblieben ist. Bedauerlicherweise ist mir bislang kein entsprechender Fall bekannt geworden.⁴⁷

Stattdessen wird regelmäßig wie in den ähnlich gelagerten deutschen Fällen zur Sicherungsverwahrung⁴⁸ so auch bei

dem hier in Rede stehenden Fall bereits im Gutachten, das anlässlich der Anlasstaten im Jahre 1992 erstellt wurde, eine „ausgeprägt abnorme Persönlichkeit“ (S. 107) attestiert. Der Gutachter betont mehrfach die Gefährlichkeit des Betroffenen. Vorgegangene disziplinarische Maßnahmen und Strafen hatten nach Ansicht des Gutachters keine Besserung bewirkt, und die Schwere und Art der Persönlichkeitsstörung ließen einen Behandlungserfolg unwahrscheinlich erscheinen, zumal geeignete Einrichtungen kaum zur Verfügung stünden (S. 109 f.). Wegen des hohen Risikos impulsiv-reaktiver Gewalthandlungen könne bei Alkoholabstinenz und einer psychologisch-stützenden Beratung zwar die Gefahr eines Rückfalls gemindert, aber nicht gebannt werden (S. 111).⁴⁹

Das Bundesgericht kann vor diesem Hintergrund nur deshalb auf Neues abstellen, weil eine Gutachterin im Jahr 2009 davon abweichend feststellt, dass keine Alkoholsucht bestanden und damit auch nicht im Zusammenhang mit dem strafbaren Verhalten gestanden habe. In Anbetracht der „unzutreffenden“ Grundlage der Beurteilung durch den Erstgutachter war dies für das Züricher Geschworenengericht nach Ansicht des Bundesgerichts auch nicht erkennbar: „Im Ergebnis stellt sie [die Gutachterin] die Gefährlichkeit des Beschwerdegegners auf eine andere Grundlage, und zwar sowohl in tatsächlicher als auch in zeitlicher Hinsicht, indem sie aus der psychiatrischen Befunderhebung mit Diagnosestellung der Psychopathie neu eine vom Alkoholkonsum unabhängige, permanente sowie unveränderliche, ausserordentlich hohe Gefährlichkeit des Beschwerdegegners für Gewaltverbrechen ableitet.“⁵⁰

Zurückgehend auf den Kriminalpsychologen *Robert D. Hare* wird unter einer Psychopathie heute eine schwere Form der antisozialen Persönlichkeitsstörung mit erhöhter Rückfallgefahr verstanden.⁵¹ Die Diagnose einer Psychopathie ist zwar bislang weder im ISD-10 noch im DSM V als den geläufigen medizinischen Klassifikationssystemen anerkannt, gleichwohl bildet sie auch die wesentliche Grundlage für die nachträgliche Therapieunterbringung vormals Sicherungsverwahrter in Deutschland.⁵² Diese Unterbringungen erfolgen allerdings nicht nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a der EMRK, sondern nach lit. e derselben Vorschrift, wonach der Freiheitsentzug psychisch Kranker in Therapieeinrichtungen zulässig ist. Der EGMR hat diese Verschiebung vormals Strafgefangener oder Sicherungsverwahrter erst unlängst

⁴⁵ BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 5.4.

⁴⁶ Siehe *Lehner*, Nachträgliche Anordnung stationärer therapeutischer Massnahmen, Eine Auseinandersetzung mit Art. 65 Abs. 1 StGB, 2015, S. 271; zweifelnd auch *Bommer* (Fn. 3), S. 62.

⁴⁷ Im Jahr 2012 hatte das Bundesgericht der Schweiz die Anordnung der nachträglichen Verwahrung bestätigt, weil sich der Betroffene erst während des Vollzugs seiner Freiheitsstrafe als persönlichkeitsgestört und gefährlich erwiesen und deshalb zuvor „kein Anlass zur Begutachtung“ bestanden habe (siehe BGer, Urt. v. 30.1.2012 – 6B_487/2011, E. 2.3) – der Beschwerdeführer war schuldig des qualifizierten Raubes, der Gefährdung des Lebens, der Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand, der Nötigung, der versuchten Nötigung, der mehrfachen Hehlerei, der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, der einfachen und groben Verletzung von Verkehrsregeln sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen das Waffengesetz; im Fall BGE 137 IV 333 (338) verweist das Bundesgericht sogar explizit auf die einschlägige Verurteilung wegen versuchten qualifizierten Raubes (Qualifikationsgrund der besonderen Gefährlichkeit) und Körperverletzung.

⁴⁸ Ausführlich *Merkel*, R&P 2011, 205 (210), mit Nachweisen zur EGMR-Rechtsprechung.

⁴⁹ Unveröffentlichtes Gutachten v. 16.12.1992, auszugsweise vom Anwalt des Beschwerdeführers zur Verfügung gestellt.

⁵⁰ BGer, Urt. v. 2.3.2012 – 6B_404/2011, E. 2.4 f., 2.5.3 – Anm. in eckigen Klammern von der *Verf.* Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass nach dieser Entscheidung ein drittes Gutachten im Jahr 2013 vom Gericht bestellt wurde, das sich zur Frage des Suchtverhaltens dem Erstgutachten anschließt (nicht veröffentlicht). Dies bleibt vom BGer in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2015 (BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014) allerdings unerwähnt.

⁵¹ *Hare/Neumann*, Annual review of clinical psychology 2008, 217; siehe auch *Blair*, The British Journal of Psychiatry 2003, 5.

⁵² Wie Fn. 48.

gebilligt.⁵³ Da die Schweiz demgegenüber weiterhin an der strafgleichen Verwahrung festhalten will, lässt sich die nachträgliche Sicherungsverwahrung nur mit einem Schuldurteil nach lit. a verbinden. Mit Blick auf das dafür erforderliche Wiederaufnahmeverfahren erscheint allerdings zweifelhaft, ob es hinreicht, wenn bei einer Verurteilung lediglich Umstände nicht bekannt waren, auf die sich eine Gefährlichkeitsprognose stützt.

b) *Änderung der Rückfallprognose*

Die Rückfallgefahr unterliegt als Prognose zum Zeitpunkt der Einschätzung nämlich nicht der Einordnung als wahr oder falsch. Sie ist ihrerseits eine zuschreibende Wertung⁵⁴ und kann sich, wie *Bommer* richtig bemerkt, lediglich bewahrheiten oder eben nicht.⁵⁵ Als Prognose bezieht sie sich naturgemäß auf in der Zukunft liegende Tatsachen (z.B. Begehen einer weiteren Straftat), die zum Zeitpunkt des ursprünglichen Urteils weder bestehen noch bestanden haben.

Dass sich die Prognose immer auch auf Tatsachen der Gegenwart stützt, wie etwa hier das nunmehr vermutete Fehlen einer Alkoholabhängigkeit zum Zeitpunkt der Tatbegehung, kann zwar zu einer diesbezüglichen Fehleinschätzung führen, berührt aber nicht die Umstände, hinsichtlich deren sie sich als falsch herausstellen kann. Beispielhaft: Ergibt eine positive Gefährlichkeitseinschätzung aufgrund eines Fehlurteils, dann kann sich später der Schuldspruch wegen neuer Tatsachen als falsch erweisen. Die Gefährlichkeitseinschätzung wird indes erst dann fehlerhaft, wenn es zu keinen Straftaten kommt. Schließlich kann auch ein unschuldig Verurteilter in der Zukunft durchaus Straftaten begehen. Das Fehlen der Alkoholabhängigkeit ist deshalb keine neue Tatsache, die die Rückfallprognose notwendig fehlerhaft macht.

Im Kontext damit ist zu sehen, dass auch neue gutachterliche Methoden zur Rückfallgefahr wie die Psychopathie-Checkliste nach *Robert D. Hare*⁵⁶ nicht den Anforderungen eines Beweises genügen können, wie man sie mit Blick auf DNA-Untersuchungsmethoden diskutiert hat.⁵⁷ Gefährlichkeitsgutachten erbringen schon ihrer Natur nach keinen Beweis für eine Rückfallgefahr im Einzelfall, sondern loten bestenfalls Wahrscheinlichkeiten aus.⁵⁸ Sieht man das Begriffspaar der neuen Tatsachen und Beweise also in einem systematischen Zusammenhang, so ergibt sich auch daraus, dass der Begriff der Tatsache wie der des Beweises sich nicht

auf Umstände beziehen kann, auf die sich die Einschätzung einer Rückfallgefahr gründet.

Damit bleiben für eine Anwendung des Art. 65 Abs. 2 SchwStGB zunächst nur solche Fallgestaltungen, in denen erstmals im Strafvollzug eine besondere Gefährlichkeit des Betroffenen zutage tritt, auf die zum Zeitpunkt der Verurteilung zwar nichts hingewiesen hatte, die aber gleichwohl bereits bestand, oder jene Fälle, in denen ein eingeholtes Gutachten sich deshalb als fehlerhaft erweist, weil der Betroffene im Strafvollzug die Prognose seiner Ungefährlichkeit selbst widerlegt. Auch in diesem Fall muss allerdings nachgewiesen werden, dass die seine Gefährlichkeit begründenden Verhaltensweisen zuvor bereits bestanden haben, aber nicht erkennbar waren. Außerdem bleiben beide Konstellationen fragwürdig mit Blick auf das Doppelbestrafungsverbot, weil sie nicht den Schuldspruch selbst betreffen.

c) *Gleichbleibender Schuldspruch*

Bleibt der Schuldspruch im Wiederaufnahmeverfahren unverändert bestehen und wird ausschließlich die Sanktion verschärft, spricht schon auf den ersten Blick vieles für eine unzulässige *reformatio in peius*. Dass bei einer zulässigen Wiederaufnahme zu Ungunsten des Betroffenen jedenfalls auch der Schuldspruch aufgrund neuer Tatsachen oder Beweise abgeändert werden muss, lässt sich zudem aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK⁵⁹ sowie aus Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK ableiten, wonach der Fehler, der eine belastende Wiederaufnahme rechtfertigt, die Verurteilung wegen einer Straftat, also den Schuldspruch betreffen muss. Das Doppelbestrafungsverbot stellt insoweit sicher, dass wegen derselben strafbaren Handlung (engl.: *offence/franz.: infraction*) gerade keine über die ursprüngliche Verurteilung hinausgehende Bestrafung erfolgen darf. Unabhängig von der Frage, wie diese strafbare Handlung genau einzugrenzen ist,⁶⁰ ist sie doch zweifelsfrei dieselbe, wenn der gesamte Schuldspruch – wie hier – gänzlich unverändert bleibt.

Anlässlich dieses Falls wird auch ersichtlich, dass das zweispurige System nicht vergleichbar ist mit Strafsystemen, die hinsichtlich ihrer Straffolge zwischen einem repressiven und einem präventiven Teil unterscheiden, beide Teile aber als Gesamtstrafe verstehen. Zwar bildet beim zweispurigen System das Strafurteil insoweit den Rechtsgrund für die Anordnung der Sicherungsverwahrung, als diese ohne die Feststellung bestimmter Straftaten nicht angeordnet werden dürfte. Bei der nachträglichen Anordnung zeigt sich aber, dass es am entscheidenden Zusammenhang mit dem Schuldspruch offenkundig fehlt. Ansonsten erklärte sich nicht, warum derselbe Schuldspruch mal mit einem befristeten Freiheitsentzug und dann zusätzlich mit einem potentiell unbefristeten Freiheitsentzug ausgesprochen werden kann.

⁵⁹ EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39; EGMR, Urt. v. 18.12.1986 – 9990/82 (Bozano v. France), Rn. 53; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks v. The United Kingdom), Rn. 53.

⁶⁰ Siehe dazu *Paeffgen* (Fn. 1), Anhang Art. 7 EMRK Rn. 13a.

⁵³ Siehe EGMR, Urt. v. 7.1.2016 – 23279/14 (Bergmann v. Germany).

⁵⁴ *Stratenwerth* (Fn. 25), Rn. 21; *Trechsel/Pauen Borer* (Fn. 22), Rn. 6.

⁵⁵ *Bommer* (Fn. 3), S. 62 f.

⁵⁶ Siehe *Hare*, *The Hare Psychopathy Checklist-Revised*, Multi-Health Systems, 1991.

⁵⁷ Dazu *Papst*, ZIS 2010, 126.

⁵⁸ Anders offenbar BGE, Urt. v. 30.1.2012 – 6B_487/2011, E. 2.2.2 ebenfalls ein Gefährlichkeitsgutachten betreffend: „Ein neues Gutachten kann Anlass zur Wiederaufnahme geben, wenn es neue Tatsachen nachweist oder darzutun vermag, dass die tatsächlichen Annahmen im früheren Urteil ungenau oder falsch waren.“

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass – abweichend von der nachträglichen Sicherungsverwahrung in Deutschland nach § 66b StGB a.F. – die „neuen Tatsachen“ bereits zum Zeitpunkt des Ersturteils existiert haben sollen. Solange sie nur anlässlich des (erneuten) Schuldspruchs einen weitergehenden Freiheitsentzug ermöglichen, ist Art. 65 Abs. 2 SchwStGB der Sache nach nicht mehr als eine nachträgliche Sicherungsverwahrung in neuem Gewand und ein gewagter Versuch, die Auslegung des Konventionsrechts durch den EGMR zu umgehen. Es darf deshalb bezweifelt werden, dass der EGMR die von ihm geforderte Verbindung zwischen Schuldspruch und Freiheitsentzug nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK hier erkennt.

d) Weitere Erwägungen

Hinzu kommt schließlich, dass die Verknennung der Tatsachen der Grund dafür gewesen sein müsste, dass die Anordnung der Verwahrung seinerzeit unterblieben ist. Tatsächlich hatte sich das Züricher Geschworenengericht aber explizit auch mit der Frage der Verwahrung befasst und davon nicht etwa abgesehen, weil es die Gefährlichkeit des Betroffenen unterschätzt hätte, sondern weil es seinerzeit davon ausging, er könnte aus der Sicherungsverwahrung früher entlassen werden als aus dem Gefängnis.⁶¹ Man hatte also gerade wegen der Einschätzung hoher und dauerhaft unveränderlicher Gefährlichkeit die Strafhaft gewählt.

Im konkreten Fall ist daher weder ersichtlich, dass eine fehlerhafte Gefährlichkeitsprognose erstellt wurde, noch, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung *deshalb* unterblieben wäre. Allgemein lässt sich darüber hinaus festhalten, dass es für ein Wiederaufnahmeverfahren zur Strafschärfung schon deshalb nicht ausreichen kann, wenn sich die Gefährlichkeitsprognose stützende Umstände im Nachhinein als falsch herausstellen, weil es sich dabei nicht um Tatsachen handelt, die die Prognose fehlerhaft machen. Entsprechend dem Begriff des Beweises muss sich auch der Begriff der Tatsache auf Umstände beziehen, die im Schuldspruch aufgegriffen werden. Nur dieser kann durch neue Tatsachen oder Beweise als korrekturbedürftiges Fehlurteil erscheinen, während sich dies für Gutachten prognostischer Natur nicht sagen lässt.

Bommer weist darauf hin, dass eben hier der markante Unterschied zwischen dem Schuldurteil und einer Gefährlichkeitsbegutachtung liegt: Während jenes Tatsachen der Vergangenheit beurteilt und daher auch der Wahrheitsfindung unterliegt, ist diese aufgrund ihres Prognosecharakters notwendig mit so großen Unsicherheiten belastet, dass eine darauf basierende Rechtskraftdurchbrechung zu Ungunsten des Betroffenen nicht verantwortet werden könne. Ein Zurückstehen der Rechtssicherheit sei außerdem nur zulässig zur Korrektur besonderer Ungerechtigkeit, während die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung den Grundsatz gerechten Strafens gerade durchbreche.⁶²

Anders ist es denn auch zu beurteilen, wenn die Wiederaufnahme zu *Gunsten* eines Verurteilten betrieben wird. In diesem Fall muss sich die Prognose nicht als falsch erweisen, sondern es genügt, wenn sich die der Prognose zugrunde liegenden Umstände nachträglich so verändern, dass eine wesentlich günstigere Prognose möglich erscheint. So ist nach § 359 Nr. 5 StPO eine Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten unproblematisch statthaft, „wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen [...] eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung zu begründen geeignet sind.“⁶³

3. Das Doppelbestrafungsverbot nach Art. 14 Abs. 7 ICCPR

Angesprochen sei schließlich das Doppelbestrafungsverbot des Art. 14 Abs. 7 ICCPR, weil es im Gegensatz zur EMRK nicht die Ausnahme einer *reformatio in peius* im Wiederaufnahmeverfahren nennt. Art. 14 Abs. 6 ICCPR erlaubt lediglich eine Verfahrenswiederaufnahme zu *Gunsten* eines Verurteilten. Einige Vertragsstaaten wie Dänemark, Finnland und die Niederlande haben deshalb einen Vorbehalt bezüglich der *reformatio in peius* aufnehmen lassen,⁶⁴ Deutschland und die Schweiz dagegen nicht, obwohl sie eine Wiederaufnahme zu Lasten eines bereits Verurteilten vorsehen. Weitgehend anerkannt ist in beiden Ländern allerdings, dass die *reformatio in peius* im Falle „außergewöhnlicher Umstände“ – die das Schweizer Bundesgericht hier bejaht⁶⁵ – gleichwohl im Wiederaufnahmeverfahren zulässig sein soll.⁶⁶ Deshalb seien einige Bemerkungen dazu erlaubt, inwiefern das Festhalten an der Rechtskraft eines Urteils wie des vorliegenden zu unerträglichen Ergebnissen führen würde.

⁶³ Danach dürfte in Deutschland wohl jeder aus der Sicherungsverwahrung mit schlechter Prognose Entlassene, aber nicht rückfällig Gewordene, die Wiederaufnahme seines ursprünglichen Verfahrens nach § 359 Nr. 5 StPO betreiben, um eine Entschädigung gemäß Art. 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK für den erlittenen Freiheitsentzug in der Sicherungsverwahrung zu erhalten. Weil bis zum Jahr 1998 eine Höchstgrenze von zehn Jahren für die Sicherungsverwahrung bestand, gibt es auch mit schlechter Prognose Entlassene.

⁶⁴ United Nations Treaty Collection, Chapter IV: Human Rights, online unter: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=en (20.10.2016).

⁶⁵ BGer, Urt. v. 16.12.2015 – 6B_896/2014, E. 5.4.

⁶⁶ *Nowak*, CCPR-Kommentar, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und zum Fakultativprotokoll, 1989, Art. 15 Rn. 11; *Gollwitzer*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 25. Aufl. 2005, Art. 6 EMRK Rn. 278; *Gössel*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 25. Aufl. 2003, § 362 Rn. 1; *Riklin*, AJP 2006, 1471 (1477) Fn. 42, alle m.w.N.; anders *Maier*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 789.

⁶¹ Geschworenengericht Zürich, Urt. v. 6./12.5.1993 – Nr. 3/1992, S. 177 (unveröffentlicht).

⁶² *Bommer* (Fn. 3), S. 63.

Aus Gründen des besonderen Vertrauensschutzes, den Verurteilte mit Blick auf die vorbehaltlose Unterzeichnung des ICCPR genießen, ließe sich auf die Rechtsauffassung des Deutschen Bundesverfassungsgerichts zur nachträglichen Therapieunterbringung rekurren: Der außergewöhnliche Umstand müsste dann in einer hochgradigen Gefährlichkeit des Verurteilten bestehen, anders gesagt: Es darf nicht genügen, dass der Betroffene eine Gefährlichkeit aufweist, die seinerzeit die Anordnung der Verwahrung ermöglicht hätte; seine Freilassung muss vielmehr deshalb unerträglich erscheinen, weil „eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist.“⁶⁷

Soweit man dies hier bejahen würde, blieben gleichwohl Zweifel, ob eine (weitere) Bestrafung das mildeste Mittel zur Eindämmung dieser Gefahr wäre. Immerhin könnte der Betroffene auch in einer gesicherten, aber den normalen Lebensverhältnissen weitestgehend angepassten Therapieeinrichtung untergebracht werden, zumal an seiner psychischen Störung keinerlei Zweifel bestehen. Auch hiergegen gibt es, trotz Befürwortung durch den EGMR, zwar eine Reihe rechtsstaatlicher Bedenken,⁶⁸ niemand würde aber bestreiten, dass diese Unterbringung gegenüber dem normalen Strafvollzug – auch und insbesondere aus Sicht des Betroffenen – vorzugswürdig sein kann.

V. Fazit

Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung im Rahmen einer Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nach Art. 65 Abs. 2 SchwStGB begründet schon deshalb einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK, weil der Schuldspruch in diesem Wiederaufnahmeverfahren unberührt bleibt und folglich der für Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK erforderliche Zusammenhang mit dem Freiheitsentzug fehlt. Dies gilt erst recht für die rückwirkende Anwendung des Art. 65 Abs. 2 SchwStGB. Als nachträgliche Strafschärfung verstößt die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Wiederaufnahmeverfahren außerdem gegen das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 4 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK, weil eine Korrektur der Gefährlichkeitsprognose nicht den besonderen Voraussetzungen einer *reformatio in peius* genügt: Weder werden Gefährlichkeitsgutachten in derselben Weise fehlerhaft wie Urteile, weil die Richtigkeit einer prognostischen Aussage primär von künftigen Entwicklungen abhängt und nur sekundär von in der Vergangenheit liegenden Tatsachen, noch können neuere Prognoseinstrumente einen Beweis hinsichtlich in der Zukunft liegender Tatsachen erbringen.

Der besondere Ausnahmefall schließlich, der ein belastendes Wiederaufnahmeverfahren entgegen Art. 14 Abs. 7 ICCPR rechtfertigen könnte, kann in den hier relevanten Fällen aus zwei Gründen kaum jemals eintreten: Zum einen

gibt es für die Sicherung mutmaßlich besonders gefährlicher Straftäter mildere Möglichkeiten als die Strafhaft. Zum anderen sind aus Gründen des Vertrauensschutzes allenfalls hochgradig gefährliche Gewalttäter weiterhin zu sichern, deren Gefährlichkeit im Ausgangsverfahren denn auch naturgemäß erkennbar ist. Es scheint deshalb unvermeidbar, dass auch die Schweiz in naher Zukunft nach Alternativen Ausschau halten muss, sofern sie Straftätern ohne Anordnung der Sicherungsverwahrung nach Verbüßung ihrer Haftstrafe auch weiterhin die Freiheit entziehen will. Zu hoffen bleibt, dass dies zugleich den Anfang vom Ende der Sicherungsverwahrung in ihrer jetzigen Form bedeutet.

⁶⁷ Siehe BVerfG, Urt. v. 4.5.2012 – BvR 2365/09, LS 4 und Rn. 132 ff., 156.

⁶⁸ Siehe dazu *Merkel*, GLJ 2011, 968 (995 ff.); *dies.*, R&P 2011, 205 (209 ff.); *Morgenstern*, Neue Kriminalpolitik 2011, 55 (58); *Renzikowski*, ZIS 2011, 531 (536 ff.).