

Inhaltsverzeichnis

V

Strafrecht	5
1 Materielles Strafrecht	5
2 Strafzumessung und Verwahrung	7

B

Stichwortverzeichnis	19
----------------------	----

V. Strafrecht

1. Materielles Strafrecht

1.1 Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 DSGVO

Regeste:

Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 DSGVO – Verwertbarkeit von Dashcamaufzeichnungen in einem Strafverfahren; Persönlichkeitsverletzung durch Bearbeitung von Personendaten – Rechtfertigung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse

Aus den Erwägungen:

(...)

4.4 Wie vorstehend ausgeführt, hat der Anzeigerstatter sowohl vor der Polizei als auch gegenüber der Staatsanwaltschaft im Hauptanklagepunkt anschaulich und widerspruchsfrei ausgeführt, dass der Beschuldigte auf der Überholspur der Autobahn bei einer Geschwindigkeit von mindestens 110 km/h wiederholt so nahe zu ihm aufgeschlossen habe, dass er im Rückspiegel das vordere Kontrollschild des Fahrzeuges des Beschuldigten nicht mehr erkennen können, sondern lediglich noch die Windschutzscheibe. Zum Ablauf und zu den Distanzen hielt der unter Wahrheitspflicht stehende Anzeigerstatter in seiner Befragung als Zeuge fest, das zu nahe Auffahren sei «schubweise» erfolgt; d.h. der fehlbare Autolenker sei «schätzungsweise» bis auf zwei bis drei Meter an ihn herangefahren, danach habe er sich wieder auf zwanzig Meter zurückfallen lassen; anschliessend habe er wieder nahe aufgeschlossen (act. 2/1 Ziff. 11 und 14).

Es besteht auch insoweit kein Grund, nicht auf die glaubhaften Angaben des Anzeigerstatters abzustellen. Zwar ist einzuräumen, dass das genaue Schätzen von Distanzen über den Rückspiegel schwierig ist und dass daraus Ungenauigkeiten resultieren können. Dies ist indessen nicht entscheidend. Massgebend ist vielmehr, dass der Abstand in jedem Fall ausserordentlich gering war, was sich mit hinreichender Deutlichkeit daraus ergibt, dass der Anzeigerstatter zeitweise das vordere Kontrollschild des vom Beschuldigten gesteuerten Wagens in seinem Rückspiegel nicht mehr erkennen konnte. Daher ist die Annahme der Vorinstanz, der Abstand müsse jeweils weniger als fünf Meter betragen haben, entgegen der Auffassung des Beschuldigten grundsätzlich vertretbar. Um den erwähnten Ungenauigkeiten in der Schätzung des Abstands aber noch etwas mehr Rechnung zu tragen, weil beispielsweise bei nicht optimal gerichtetem Rückspiegel die Front eines nachfolgenden Wagens auch bei leicht grösserem Abstand nicht sichtbar ist, ist zugunsten des Beschuldigten anzunehmen, der Abstand habe jeweils wenige Meter, in jedem Fall aber unter zehn Meter betragen.

4.5 Dem Beschuldigten wird des Weiteren vorgeworfen, nach dem Überholen des Personewagens des Anzeigerstatters bei der Ausfahrt Küsnacht eine auf der Fahrbahn ange-

brachte doppelte Sicherheitslinie überfahren zu haben. Diesen Vorfall schilderte einerseits der Anzeigerstatter in seiner Anzeige und in seiner Befragung gegenüber der Polizei, anderseits wird der Vorfall durch die Aufnahmen der Dashcam des Anzeigerstatters dokumentiert (act. 1/1/3). Hierzu ist Folgendes festzuhalten:

4.5.1 Die Vorinstanz hielt fest, es gebe in der Schweiz keine Rechtsprechung, wonach der Einsatz von Dashcams unzulässig wäre, sofern solche primär zur eigenen Absicherung eingesetzt würden. Die Vorinstanz hat deshalb geschlossen, die Videoaufnahmen seien verwertbar. Der Beschuldigte hält demgegenüber dafür, die Dashcam-Aufzeichnungen seien rechtswidrig erlangt worden und daher nicht verwertbar.

4.5.2 Beim Einsatz von Dashcams werden Personen und Fahrzeugkennzeichen erkennbar, womit entsprechende Filmaufnahmen in Übereinstimmung mit dem Beschuldigten als Bearbeitung von Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a und lit. e des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) zu betrachten sind.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 DSG darf, wer Personendaten bearbeitet, die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Nach Abs. 1 von Art. 13 DSG («Rechtfertigungsgründe») ist eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG). Neben dem Interesse des Datenbearbeiters können dabei auch Interessen Dritter oder sogar der betroffenen Personen selbst die Datenbearbeitung unter Umständen rechtfertigen. Grundsätzlich kann jedes schützenswerte Interesse, d.h. jedes Interesse von allgemein anerkanntem Wert, berücksichtigt werden (BGE 138 II 346 E. 10.3 S. 364 mit Hinweisen). Die Prüfung, ob ein Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen und setzt eine Abwägung aller betroffenen Interessen voraus (vgl. BGE 138 II 346 E. 9.2).

4.5.3 Im vorliegenden Anklagepunkt ist zunächst festzuhalten, dass eine Verurteilung des Beschuldigten auch ohne das Abstellen auf die Dashcamaufzeichnungen erfolgen kann. Zu beachten ist, dass der Anzeigerstatter bereits in seiner Anzeige schilderte, der Porschefahrer habe beim Spurwechsel «die doppelt durchgezogene Linie» überfahren. Gegenüber der Polizei bestätigte der Anzeigerstatter, es sei so «wie auf dem Film festgehalten» gewesen. Seine Angaben sind insoweit glaubhaft, zumal auch hier nicht ersichtlich ist, weshalb er den ihm zuvor unbekanntem Beschuldigten wider besseres Wissen belasten sollte. Damit ist bereits aufgrund der Aussagen des Anzeigerstatters erstellt, dass der Beschuldigte bei der Ausfahrt Küsnacht die doppelte Sicherheitslinie überfuhr.

4.5.4 Sodann ist anzuführen, dass der Anzeigerstatter gegenüber der Staatsanwaltschaft zur Frage, weshalb er eine Front-Dashcam in seinem Fahrzeug habe, ausführte, Technik-Freak zu sein. Auch sei er beruflich viel unterwegs, weshalb es hilfreich sei, wenn man dokumentieren

könne, wie man sich selbst im Strassenverkehr bewegt, bzw. wenn man in einer kritischen Situation beweisen könne, dass man schuldlos sei (act. 2/1 Ziff. 10). Aufgrund dieser Aussagen ist davon auszugehen, dass der Anzeigerstatter seine Dashcam zwar permanent in Betrieb hatte, jedoch nicht deshalb, weil er «Hobbypolizist» spielen wollte, wie der Beschuldigte vermutet. Denn nicht das Überfahren der doppelten Sicherheitslinie, sondern der ausserordentlich geringe Abstand war Ursache, dass der Anzeigerstatter die Polizei verständigte (vgl. hierzu act. 1/1/1). Gleichwohl ist festzuhalten, dass es zumindest problematisch erscheint, das Geschehen auf der Strasse ständig zu filmen. Wie es sich damit genau verhält, kann jedoch dahingestellt bleiben.

Denn im vorliegenden Fall kommt entscheidend hinzu, dass der Anzeigerstatter zur Beweissicherung berechtigt gewesen war, die Dashcam, nachdem ihn der Beschuldigte mit seinem Porsche derart bedrängt hatte, in Betrieb zu nehmen bzw. laufen zu lassen. Hierin ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz keine Rechtswidrigkeit zu erkennen, zumal der Beschuldigte mit seinem Fahrverhalten die Gefahr einer Auffahrkollision schuf, die angesichts der hohen Geschwindigkeiten schlimme Folgen hätte haben können (a.M. offenbar der eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte, wonach das nachvollziehbare Interesse, bei Unfällen Bilder als Beweismittel zur Hand zu haben, kein den Persönlichkeitsschutz überwiegendes Interesse darstelle; vgl. OG GD 5/11 S. 2). Mit anderen Worten hat die Aufzeichnung des Überfahrens der doppelten Sicherheitslinie durch den ersten deutlich gewichtigeren Verstoß einen Anlassbezug erhalten, sodass entgegen der Auffassung des Beschuldigten keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung und damit auch kein Beweisverwertungsverbot vorliegt. Das Interesse des Anzeigerstatters, zur Beweissicherung die Dashcam in Betrieb zu nehmen bzw. laufen zu lassen, war unter den gegebenen Umständen höher einzustufen als dasjenige des Beschuldigten, sich unbeobachtet und unkontrolliert im Strassenverkehr zu bewegen. Damit ist das Überfahren der doppelten Sicherheitslinie (gewissermassen doppelt) bewiesen.

(...)

Obergericht, Strafabteilung, 11. Mai 2017

2. Strafzumessung und Verwahrung

2.1 Art. 112 und Art. 49 Abs. 1 StGB; Art. 64 Abs. 1 und 1bis StGB; Art. 56 Abs. 1 StGB

Regeste:

Art. 112 und Art. 49 Abs. 1 StGB – Strafzumessung bei mehrfachem Mord; Art. 64 Abs. 1 und 1bis StGB – Voraussetzungen der Verwahrung und der lebenslänglichen Verwahrung; Art. 56 Abs. 1 StGB – Verhältnis zwischen der lebenslangen Freiheitsstrafe und der Verwahrung.

Aus dem Sachverhalt:

X. raubte am 17. Februar 2009 A in deren Wohnung in Zug aus und erdrosselte diese sowie die ebenfalls anwesende B. In der Folge zündete er zur Vertuschung von Spuren verschiedene Gegenstände in der Wohnung an und entwendete Schmuck, Bargeld und Kreditkarten der Opfer. Den Schmuck veräusserte er und die Kreditkarten von A setzte er verschiedentlich zur Bezahlung ein bzw. versuchte dies; eine Kreditkarte überliess er einem Kollegen in Hamburg zur Verwendung.

Aus den Erwägungen:

«III. Sanktion

1. Für den Tatbestand des Mordes sieht das Gesetz lebenslängliche Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren vor (Art. 112 StGB). Im Verhältnis zum Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung gemäss Art. 111 StGB stellt Mord einen qualifizierten Tatbestand dar (Trechsel/Fingerhuth, a.a.O., Art. 111 StGB N 1).

2. Die Vorinstanz hat die Grundsätze die Strafzumessungsregeln im Sinne von Art. 47 ff. StGB zutreffend dargestellt (OG GD 4/1 E. C.III.1.3-1.5), weshalb grundsätzlich darauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist einzig auf das Doppelverwertungsverbot hinzuweisen, wonach Umstände, die zur Qualifikation der Tötung als Mord geführt haben (Art. 112 StGB), im Rahmen der Strafzumessung nicht als verschuldenserhöhend berücksichtigt werden dürfen. Der Täter, der mehrere qualifizierende Tatbestandselemente erfüllt, von denen jedes einzelne für sich den höheren Strafrahmen begründet, muss sich dies hingegen zu seinem Nachteil anrechnen lassen. Das zweite (und jedes weitere) Qualifikationskriterium darf uneingeschränkt taterschwerend berücksichtigt werden; hier kommt das Doppelverwertungsverbot nicht mehr zum Tragen (vgl. Mathys, Leitfaden Strafzumessung, 2016, N 67 f.).

3. Der Beschuldigte hat folgende Delikte begangen:

- mehrfachen Mord gemäss Art. 112 StGB;
- Raub gemäss Art. 140 Ziff. 1 StGB;
- Brandstiftung gemäss Art. 221 Abs. 1 StGB;
- Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB;
- versuchten betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage gemäss Art. 147 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB;
- Helfenshaft zum betrügerischen Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage gemäss Art. 147 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 25 StGB;
- Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB
- Urkundenfälschung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB.

3.1 Hat der Beschuldigte durch mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat

(Einsatzstrafe) und erhöht sie angemessen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Vorliegend lässt sich unter den beiden Morden die schwerwiegendere Tat nicht a priori bestimmen. Es ist daher sachgerecht, für jedes Tötungsdelikt separat eine Einsatzstrafe festzulegen (Urteil SB140071-O des Obergerichts Zürich vom 18. November 2014 E. IV.1 und IV.5).

3.2 Der Mord an A ist aufgrund des brutalen und rücksichtslosen Vorgehens des Beschuldigten objektiv als ausserordentlich schwere Tat zu gewichten. Der Beschuldigte nützte das Vertrauen von A schamlos aus. Er verschaffte sich heimtückisch Zugang zu ihrer Wohnung und überwältigte sie dort mit roher Gewalt. Danach fesselte er sie auf brutale und erniedrigende Weise und band sie nach eigenen Angaben als «zusätzliche Sicherung» am Griff einer Zimmertüre fest. In dieser Lage belies er A, bis er sie erdrosselte, weil er sie nicht mehr benötigte und «Ruhe haben» wollte. Mit diesem Verhalten manifestierte der Beschuldigte eine aussergewöhnlich grosse kriminelle Energie.

Zum subjektiven Verschulden hielt bereits die Vorinstanz zutreffend fest, dass der Beschuldigte ausgesprochen kaltblütig vorging. Er handelte aus eigenem Antrieb, planmässig, völlig gefühllos und ohne Rücksicht auf das Empfinden und das Leben seines Opfers. Auch das Verschulden wiegt daher grundsätzlich ausserordentlich schwer. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Schuldfähigkeit des Beschuldigten im Tatzeitpunkt vermindert war. Die Beurteilungen der beiden Gutachter weichen in dieser Frage geringfügig voneinander ab: Gemäss Dr. Y war der Beschuldigte im Tatzeitpunkt voll (act. 5/6/17 S. 85 Ziff. 2.2), gemäss Dr. Z allenfalls leicht vermindert schuldfähig (S. 78 ff. Ziff. 6.2 und S. 87 Ziff. 2.2). Zu Gunsten des Beschuldigten ist daher eine verminderte Schuldfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB anzunehmen. Diese ist aber nur leicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen, da sie auf die diagnostizierte psychische Störung zurückzuführen ist, welche nicht sehr ausgeprägt ist und nicht das Ausmass einer eigentlichen Psychopathie erreicht (vgl. Gutachten Z, SG GD 5/26, S. 72 f.). Auch der Alkohol- und Drogenkonsum ist nur in geringem Masse verschuldensmindernd zu berücksichtigen (Mathys, a.a.O., N 193 ff), da sich der Beschuldigte im Tatzeitpunkt nicht in einem erheblichen Rauschzustand befand. Weitere verschuldensmindernde Umstände liegen nicht vor, sodass der Beschuldigte in subjektiver Hinsicht zwar nicht ein ausserordentlich schweres, aber ein immer noch sehr schweres Verschulden trägt. Auch in der Gesamtbetrachtung mit der der objektiven Tatschwere lastet daher die Tat sehr schwer, weshalb eine Strafe im obersten Drittel des ordentlichen Strafrahmens, d.h. eine Freiheitsstrafe knapp unter 20 Jahren, gerechtfertigt ist.

3.3 Bei der Gewichtung der objektiven Schwere des Mordes an B ist festzustellen, dass der Beschuldigte bei B im Wesentlichen auf die gleiche, äusserst kaltblütige und rücksichtslose Weise wie bei A vorging. Auch B überwältigte er mit roher Gewalt und fesselte sie im Wesentlichen auf die gleiche, brutale und erniedrigende Art wie A. Er erdrosselte sie, weil sie ihm in die Quere gekommen war und er «Ruhe haben» wollte, womit er auch bei dieser Tat eine aussergewöhnlich grosse kriminelle Energie manifestierte. Insgesamt ist auch die Tötung von B objektiv als ausserordentlich schwere Tat zu werten. Hinsichtlich des subjektiv-

en Verschuldens kann sodann vollumfänglich auf die Erwägungen zum Mord an A verwiesen werden, da die Tatumstände weitgehend identisch sind. Auch bei der Tötung von B wiegt das Verschulden unter Berücksichtigung der geringfügig verminderten Schuldfähigkeit und des Alkohol- und Drogenkonsums des Beschuldigten immer noch sehr schwer. Mithin ist auch hier eine Einsatzstrafe im obersten Drittel des ordentlichen Strafrahmens, d.h. eine Freiheitsstrafe knapp unter 20 Jahren, gerechtfertigt.

3.4 Bei diesem Ergebnis ist nicht relevant, welche der beiden Tötungen zur Festlegung der Einsatzstrafe herangezogen wird, nachdem im einen wie im anderen Fall von einer Einsatzstrafe von knapp unter 20 Jahren Freiheitsstrafe auszugehen ist. Das zweite Tötungsdelikt wirkt sich jedenfalls strafferhöhend aus (Art. 49 Abs. 1 StGB), wobei vorliegend wegen der gleichwertigen Schwere der Delikte die Strafe in einem derartigen Mass zu erhöhen ist, dass die Einsatzstrafe ganz erheblich überschritten wird. Da keine zeitige Freiheitsstrafe über 20 Jahren ausgefällt werden kann und auch die zweite Tat wie die erste mit einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe als Maximalstrafe bedroht ist, kommt vorliegend nur die Ausfällung einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe in Betracht. Dass sich bei dieser Maximalstrafe eine zusätzliche Sanktionierung der weiteren Delikte (s. E. III.1.3 hiervor) erübrigt, versteht sich von selbst (vgl. Urteil SB140071-O des Obergerichts Zürich vom 18. November 2014 E. IV.5).

4. [Täterkomponente]

5. [...]

6. Im Ergebnis ist daher das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen und der Beschuldigte ist mit einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe zu bestrafen. Darauf ist gemäss Art. 51 StGB der bis und mit Urteilsdatum durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug entstandene Freiheitsentzug von 2'863 Tagen anzurechnen.

IV. Therapeutische Massnahmen und Verwahrung

1. Das Strafergericht stützte sich auf die forensisch-psychiatrischen Gutachten von Dr. Y und Dr. Z sowie deren Ausführungen an der Hauptverhandlung und kam im Wesentlichen zu folgenden Schlüssen:

1.1 Für die von beiden Sachverständigen diagnostizierte – zentrale – dissoziale Persönlichkeitsstörung des Beschuldigten gebe es keine Erfolg versprechenden Behandlungsprogramme, welche die Legalprognose verbessern könnten; eine therapeutische Intervention könnte sich im Gegenteil sogar kontraproduktiv auswirken. Die Anordnung einer stationären Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB falle daher ausser Betracht (OG GD 4/1 E. C.IV.1 ff., 3.3).

1.2 In den Kernpunkten wiesen die beiden Gutachten keine wesentlichen Unterschiede auf.

Die Rückfallgefahr würden die Sachverständigen allerdings insofern abweichend formulieren, als einerseits von «überdurchschnittlich hoher Wahrscheinlichkeit», «deutlich oberen Risikobereich» und «ganz erheblicher Rückfallgefahr für erhebliche Straftaten» und andererseits von «mittelgradig erhöhtem Risiko» (aktuarisches Verfahren) bzw. «hoher Wahrscheinlichkeit weiterer schwerwiegender Delikte» (Einzelfallanalyse) die Rede sei.

In Würdigung der Gutachten der beiden Sachverständigen liege beim Beschuldigten zweifelsohne eine hohe Rückfallwahrscheinlichkeit mit Bezug auf gravierende Straftaten vor, wie dies bereits die Anordnung einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB voraussetze. Für die Anordnung einer lebenslänglichen Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 bis lit. b StGB werde indessen eine darüber hinausgehende, sehr hohe Rückfallwahrscheinlichkeit gefordert, an deren Annahme ausserordentlich hohe Anforderungen gestellt würden. Die sehr hohe Rückfallgefahr führe in die Nähe der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit; die relevante Gefährlichkeit sei nur in Extremfällen anzunehmen. In diesem Lichte und angesichts der nicht übereinstimmenden, differierenden Schlussfolgerungen der beiden Sachverständigen, wonach eine «ganz erhebliche» bzw. eine «hohe» Rückfallgefahr vorliege, könne eine «sehr hohe Wahrscheinlichkeit» weiterer schwerwiegender Taten des Beschuldigten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 bis lit. b StGB nicht bejaht werden. Falle demnach die Anordnung einer lebenslänglichen Verwahrung bereits aus diesem Grunde ausser Betracht, könne offen bleiben, ob der Beschuldigte als dauerhaft untherapierbar im Sinne von Art. 64 Abs. 1 bis lit. c StGB einzustufen wäre (OG GD 4/1 E. C.IV.1 -3, 3.3).

1.3 Der Beschuldigte habe zwei Morde und einen Raub und demnach mehrere Anlasstaten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB begangen. Indem er B und A in deren Wohnung [...] zunächst überwältigt, gefesselt und in der Folge erdrosselt habe, habe er die psychische Integrität seiner beiden Opfer in besonders schwerer und deren physische Integrität in der schwerstmöglichen Weise beeinträchtigt (Art. 64 Abs. 1 StGB). Aufgrund der forensisch-psychiatrischen Gutachten sei zudem erstellt, dass beim Beschuldigten eine dissoziale Persönlichkeitsstörung und eine damit im Zusammenhang stehende hohe Rückfallwahrscheinlichkeit mit Bezug auf gravierende Gewalt-, Tötungs- und Raubdelikte vorliege. Mit anderen Worten sei ernsthaft zu erwarten, dass er weitere Taten in der Art der vorliegend beurteilten begehe (Art. 64 Abs. 1 lit. a und lit. b Satzteil 1 StGB). Beide Sachverständigen hätten übereinstimmend festgehalten, dass für die beim Beschuldigten diagnostizierte dissoziale Persönlichkeitsstörung im heutigen Zeitpunkt keine Behandlungsprogramme mit ausreichenden Erfolgsaussichten hinsichtlich der Verbesserung der Legalprognose existierten. Aufgrund der in der Strafanstalt Pöschwies geschaffenen Therapie-Spezialabteilung lägen möglicherweise in einigen Jahren neue Erkenntnisse vor; dasselbe gelte auch betreffend die wissenschaftliche Forschung. Dass unter diesen Umständen die Anordnung einer therapeutischen stationären Massnahme ausser Betracht falle (Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB), sei bereits festgestellt worden. Seien demzufolge die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, sei eine Verwahrung des Beschuldigten gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB anzuordnen (OG GD 4/1 E. C.IV.4 ff.).

1.4 Vorliegend seien die Voraussetzungen sowohl für eine Strafe wie für eine Massnahme erfüllt, weshalb beide Sanktionen anzuordnen seien (Art. 57 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte könnte – sofern die Rückfallgefahr bis dahin entfallen sein sollte – frühestens nach Verbüsung von 15 Jahren Freiheitsstrafe aus dem Vollzug bedingt entlassen werden und müsste in diesem Fall die Verwahrung nicht mehr antreten. Sollte jedoch nach 15 Jahren noch immer eine Rückfallgefahr mit Bezug auf Verbrechen oder Vergehen vorliegen, wäre eine bedingte Entlassung ausgeschlossen. Dies gälte auch für den weiteren Verlauf und solange, bis die Rückfallgefahr als nicht mehr existent beurteilt werden könnte. Sollte diese Situation nie eintreten, so verbliebe der Beschuldigte bis zu seinem Lebensende im Strafvollzug (OG GD 4/1 E. C.V.1 ff).

2. Die Staatsanwaltschaft beantragt demgegenüber, Ziff. 4 des erstinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und der Beschuldigte sei nach erfolgtem Vollzug der lebenslänglichen Freiheitsstrafe gestützt auf Art. 64 Abs. 1bis StGB lebenslänglich zu verwahren. Zur Begründung brachte sie an der Berufungsverhandlung im Wesentlichen vor, der Beschuldigte stehe u.a. wegen eines zweifachen Tötungsdelikts sowie eines Raubes vor Gericht. Indem er A und B überwältigt, gefesselt und in der Folge erdrosselt habe, habe er deren psychische Integrität in besonders schwerer Weise und deren physische Integrität in schwerstmöglicher Weise verletzt. Demzufolge seien bereits zwei der Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 64 Abs. 1bis StGB, nämlich ein allerschwerstes Tötungsdelikt i.V.m. Raub als Katalogtat sowie die schwere physische und psychische Beeinträchtigung der Opfer, gegeben. Hinsichtlich der Rückfallgefahr gingen beide Gutachter von einer überdurchschnittlich hohen resp. einer hohen Rückfallwahrscheinlichkeit bezüglich schwerwiegender Delikte gegen die körperliche und seelische Integrität aus, wobei der Gutachter Dr. Y auch Sexualdelikte nicht ausschliesse. Hinzu komme, dass Raub allgemein ein Delikt mit einer hohen statistischen Rückfallwahrscheinlichkeit sei. Zum (dritten) Erfordernis der dauerhaften Nichttherapierbarkeit gemäss Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB sei sodann festzuhalten, dass nach der Auffassung beider Gutachter weder Behandlungsprogramme noch Therapien existierten, welche sowohl die vorhandene Persönlichkeitsstörung als auch das Rückfallrisiko des Beschuldigten in einem positiven Sinne beeinflussen könnten. Der Gutachter Dr. Y warne, dass falsch angewandte Therapien die Gefährlichkeit des Beschuldigten sogar erhöhen könnten. Angesichts der allenfalls bei einem Rückfall des Beschuldigten zu erwartenden Delikte wäre das Eingehen eines solchen Risikos nicht zu verantworten. Behandelbarkeit im forensisch-psychiatrischen Sinn sei immer kriminalprognostisch gedacht und stelle ein Beweisthema dar. Dabei sei die für die Anordnung einer lebenslänglichen Verwahrung von der Rechtsprechung geforderte Untherapierbarkeit insofern problematisch, als keine klaren Kriterien definiert worden seien, welche eindeutig klären würden, wann eine Person nicht therapierbar sei. Die langfristige Unbehandelbarkeit stelle letztlich eine Wahrscheinlichkeitsrelation dar, bei der einem ausserordentlich hohen Risiko für die erneute Begehung schwerster Straftaten eine ausserordentlich geringe Wahrscheinlichkeit für risikomindernde Veränderungen gegenüberstehe. Bei dieser Wahrscheinlichkeitsrelation komme der Beschuldigte mit seiner bisherigen Biografie und Diagnose schlecht weg: Dem überdurchschnittlich hohen Risiko für die Begehung einer weit-

eren schweren Straftat stehe eine ausserordentlich geringe Wahrscheinlichkeit für risikomindernde Veränderungen gegenüber. Vorliegend stelle sich daher die Frage, ob der Öffentlichkeit – welche den Schutzgedanken durch die Annahme der Verwahrsinitiative klar zum Ausdruck gebracht habe – ein allfälliges Risiko eines Vollzugs- und/oder Bewährungsversagens mit den beim Beschuldigten zu befürchtenden Delikten auferlegt werden solle (OG GD 5/1/2).

3. Die Verteidigung hielt diesen Ausführungen entgegen, der Beschuldigte habe nie ausgesagt, dass er B und A überwältigt, gefesselt und erdrosselt habe. Unklar sei auch, welcher Sachverhalt zur Anklage gebracht werde, vor allem auch weil die Staatsanwaltschaft vom zwischenzeitlich anerkannten epileptischen Anfall, der extrem viel erklärt hätte, wieder abgewichen sei. Die Aussage der Staatsanwaltschaft, wonach Raub ein Delikt mit einer hohen statistischen Rückfallquote sei, sei irrelevant, weil es vorliegend gar keinen Raub gebe bzw. dem Beschuldigten der erforderliche (Eventual-)Vorsatz, einen Raub zu begehen, nicht nachgewiesen worden sei. Ein weiterer Fehler bestehe darin, dass der Kokainkonsum des Beschuldigten nicht berücksichtigt worden sei, weshalb die Gutachten von Dr. Y und von Dr. Z auf falschen Grundlagen basierten. Ferner sei der Beschuldigte noch gar nie therapiert worden. Er sei auch nicht etwa früher erfolglos therapiert worden. Man habe ihn gar nicht therapiert; man habe es nicht einmal versucht. Es werde einfach gesagt, der Beschuldigte sei nicht therapierbar, und behauptet, er sei erfolglos therapiert worden. Das stimme einfach nicht. Vielleicht sollte überhaupt erst einmal versucht werden, ihn zu therapieren.

Beide Gutachten seien unbrauchbar, weil sie auf einem falschen Sachverhalt basierten. Beim Hauptgutachten von Dr. Y komme hinzu, dass es vom 5. Juli 2010 datiere. Auf ein so altes Gutachten könne nicht abgestellt werden, wenn man jemanden verurteilen wolle; selbst wenn es inhaltlich korrekt wäre, dürfte es nicht verwendet werden. Zumindest die Zweitbegutachtung müsste wiederholt werden, nachdem das Gutachten von Dr. Z aus dem Jahr 2013 stamme, womit die vom Bundesgericht gesetzte Grenze von drei Jahren gerade noch erreicht werde. Auch bei diesem Gutachten müsse man sich allerdings fragen, ob es noch aktuell sei. Es mache daher in jedem Fall Sinn, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche ein oder mehrere neue Gutachten einholen könne. Das wäre wohl die einfachste Variante (OG GD 5/1/3 S. 34 f.).

4.1 Das Gericht ordnet gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB die Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und wenn:

a. auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht; oder

b. auf Grund 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 Massnahme nach Artikel 59 keinen Erfolg verspricht.

4.2 Das Gericht ordnet gemäss Art. 64 Abs. 1 bis StGB die lebenslängliche Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, einen Raub, eine Vergewaltigung, eine sexuelle Nötigung, eine Freiheitsberaubung oder Entführung, eine Geiselnahme, Menschenhandel, Völkermord, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen (zwölfter Titel) begangen hat und wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

a. Der Täter hat mit dem Verbrechen die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person besonders schwer beeinträchtigt oder beeinträchtigen wollen.

b. Beim Täter besteht eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass er erneut eines dieser Verbrechen begeht.

c. Der Täter wird als dauerhaft nicht therapierbar eingestuft, weil die Behandlung langfristig keinen Erfolg verspricht.

4.3 Wie bereits das Strafgericht zutreffend festhielt, ist zwingend die lebenslängliche Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 bis StGB und nicht die Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für erstere erfüllt sind (vgl. Trechsel/Pauen Borer, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], a.a.O., Art. 64 StGB N 13). Demnach ist vorab zu prüfen, ob vorliegend die lebenslängliche Verwahrung anzuordnen ist.

4.4 Bei der lebenslänglichen Verwahrung handelt es sich im Vergleich zur ordentlichen Verwahrung um die deutlich eingriffsintensivere Sicherungsmassnahme zum Schutz der Allgemeinheit. Ihr soll (nur) ein Personenkreis unterworfen werden, der dauerhaft höchste, nicht ausreichend verminderbare Risiken für die öffentliche Sicherheit repräsentiert. Aufgrund ihrer ausserordentlichen Eingriffsintensität sind entsprechend sehr hohe Anforderungen an ihre Voraussetzungen zu stellen (BGE 140 IV 1 E. 3.2.4 m.w.H.). Dies gilt nicht nur für das Erfordernis der dauerhaften Nichttherapierbarkeit gemäss Art. 64 Abs. 1 bis lit. c StGB, sondern auch hinsichtlich der übrigen Anordnungsvoraussetzungen. Erforderlich ist daher nach dem Gesetzeswortlaut, dass eine «sehr hohe Wahrscheinlichkeit» weiterer Katalogtaten besteht (Art. 64 Abs. 1 bis lit. b StGB) und der Täter mit dem Verbrechen die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person «besonders schwer» beeinträchtigte oder beeinträchtigen wollte (Art. 64 Abs. 1 bis lit. a StGB; vgl. BGE 141 IV 423 E. 4.3.3). Die besonders geartete Gefährlichkeit, die aus der Umschreibung einer «sehr hohen Wahrscheinlichkeit» weiterer Katalogtaten abzuleiten ist, ist begrifflich schwer zu fassen. Aufgrund der Zielrichtung der Reform sowie der Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren ist immerhin darauf zu schliessen, dass

gesteigerte Anforderungen an die Risikoanalyse zu stellen sind und eine hier relevante Gefahr nur in Extremfällen (d.h. nahe an der «mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit») anzunehmen ist. Praktisch wird dies zu bejahen sein, wenn sich das Gericht kaum vorstellen kann, dass der Täter nicht wiederum eine gleichartige Tat begeht. Es gilt zu bedenken, dass für die Annahme einer verwahrungsrelevanten Gefährlichkeit bereits bei der ordentlichen Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB Zurückhaltung geboten ist, welche hier noch zu übertreffen ist (vgl. Heer/Habermeyer, Basler Kommentar, 3. A. 2013, Art. 64 StGB N 118; Trechsel/Pauen Borer, a.a.O., Art. 64 StGB N 18).

4.5 Mit dem Strafgericht ist vorab festzuhalten, dass der Beschuldigte mehrere der in Art. 64 Abs. 1bis StGB erwähnten Katalogtaten begangen sowie die physische und psychische Integrität der Opfer in schwerster Weise beeinträchtigt hat (Art. 64 Abs. 1bis lit. a StGB). Das Strafgericht wies sodann unter einlässlicher Zitierung der einschlägigen Stellen in den Gutachten zutreffend darauf hin, dass beide Gutachter beim Beschuldigten von einer hohen Rückfallwahrscheinlichkeit mit Bezug auf gravierende Straftaten ausgehen. So beurteilt die Gutachterin Dr. Z das Rückfallrisiko für ein erneutes Gewaltdelikt unter Abstützung auf ein aktuarisches (d.h. auf einer Gruppe von Personen mit einer bestimmte Merkmalskombination basierendes) Verfahren als mittelgradig erhöht, während sie aufgrund einer Einzelfallanalyse auf eine hohe Wahrscheinlichkeit weiterer schwerwiegender Delikte gegen die körperliche oder psychische Integrität schliesst (SG GD 5/26 S. 80 ff. und 87 f.). Der Gutachter Dr. Y hält sodann fest, dass «auch im Vergleich mit einem entsprechenden Täterkollektiv (Tötungsdelikte) mit überdurchschnittlich hoher Wahrscheinlichkeit von polytroper Rückfalldelinquenz ausgehen» ist, d.h. «primär Gewalt und Raubdelikte, sekundär aber auch in Folge des dissozialen Hintergrundes andere Eigentums-, Sexual- und Betäubungsmitteldelikte» (D 5/6/17 S. 80 ff. und 86 f.). Im Lichte dieser Beurteilungen ist nicht zu beanstanden, wenn das Strafgericht zum Schluss kam, dass beim Beschuldigten zwar eine hohe, nicht aber eine für die lebenslängliche Verwahrung erforderliche extrem hohe Rückfallgefahr vorliegt; eine «mittelgradig erhöhte», «hohe» oder auch «überdurchschnittlich hohe Wahrscheinlichkeit» reicht nicht an die «sehr hohe Wahrscheinlichkeit», wie sie in Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB verlangt wird (vgl. OG GD 4/1 E. C.IV.4 ff., 4.2.3.1 f.).

4.6 Was die Staatsanwaltschaft dagegen vorbringt, geht weitgehend an der Sache vorbei. Ihre Ausführungen betreffen im Grunde genommen die Frage der Nichttherapierbarkeit, welche zwar ebenfalls eine wesentliche Rolle spielt (Art. 64 Abs. 1bis lit. c StGB). Sie ist aber – wie die Vorinstanz zu Recht bemerkte – erst dann und separat zu prüfen, wenn die besondere Gefährlichkeit, d.h. eine extrem hohe Rückfallgefahr im Sinne von Art. 64 Abs. 1bis lit. b StGB, zu bejahen ist. Natürlich kann sich die Therapierbarkeit (auch) auf die Rückfallgefahr auswirken; auf der anderen Seite geht es aber nicht an, die von den Gutachtern aufgrund sämtlicher Kriterien als ungünstig bzw. (überdurchschnittlich) hoch taxierte Wahrscheinlichkeit allein wegen einer allfälligen Nichttherapierbarkeit nach oben korrigieren zu wollen und als extrem hoch einzustufen bzw. einen Rückfall als praktisch unausweichlich darzustellen. Damit werden die Bestimmungen von Art. 64 Abs. 1bis lit. b und lit. c StGB in unzulässiger Weise

vermischt. Abgesehen davon kann auch mit einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB dem Bedürfnis nach Schutz der öffentlichen Sicherheit hinreichend Rechnung getragen werden (vgl. nachfolgend E. IV.6). Das Strafgericht hat demzufolge eine «sehr hohe Wahrscheinlichkeit» weiterer schwerwiegender Taten des Beschuldigten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 bis lit. b StGB zu Recht verneint und es unter diesen Umständen auch zu Recht offen gelassen, ob der Beschuldigte als dauerhaft untherapierbar im Sinne von Art. 64 Abs. 1 bis lit. c StGB einzustufen wäre (vgl. OG GD 4/1 E. C.IV.4.2.3.2 und 4.2.4). Mithin erweist sich auch die Berufung der Staatsanwaltschaft als unbegründet, weshalb diese ebenfalls abzuweisen ist.

5. Auf der anderen Seite sind sämtliche Voraussetzungen für eine Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB erfüllt. Wie das Strafgericht zutreffend feststellte, hat der Beschuldigte, welcher B und A zunächst überwältigte, fesselte und in der Folge erdrosselte, die psychische Integrität seiner beiden Opfer in besonders schwerer und deren physische Integrität in der schwerstmöglichen Weise verletzt (Art. 64 Abs. 1 StGB). Aufgrund der forensisch-psychiatrischen Gutachten ist zudem erstellt, dass beim Beschuldigten eine dissoziale Persönlichkeitsstörung und eine damit im Zusammenhang stehende hohe Rückfallwahrscheinlichkeit mit Bezug auf gravierende Gewalt-, Tötungs- und Raubdelikte vorliegt, weshalb ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten in der Art der vorliegend beurteilten begeht (Art. 64 Abs. 1 lit. a und lit. b Satzteil 1 StGB; vgl. OG GD 4/1 E. C.IV.4.3.1 ff.).

Den Einwänden, welche die Verteidigung dagegen vorbringt, kann nicht gefolgt werden. Zum einen basieren die Gutachten von Dr. Y und Dr. Z – wie schon wiederholt dargelegt – nicht auf einem falschen Sachverhalt, weshalb sie entgegen der Auffassung der Verteidigung durchaus brauchbar sind. Zum anderen ist auch der Verteidigung entgegenzuhalten, dass es vorliegend nicht in erster Linie um die Therapierbarkeit des Beschuldigten, sondern um die Rückfallwahrscheinlichkeit geht und diese Wahrscheinlichkeit aufgrund der Gutachten als hoch einzustufen ist. Im Weiteren können beide Gutachten noch als hinreichend aktuell betrachtet werden: Das Gutachten von Dr. Y datiert zwar vom 5. Juli 2010; sowohl Dr. Y wie auch Dr. Z, die ihr Gutachten am 2. September 2013 erstattete, wurden aber an der Hauptverhandlung vom Strafgericht vom 28. Oktober 2013 nochmals einlässlich befragt, wobei sie die in den Gutachten gemachten Feststellungen grösstenteils bestätigten. Abgesehen davon ist zur Beantwortung der Frage, ob ein Gutachten noch hinreichend aktuell ist, nicht primär auf das formelle Kriterium des Alters des Gutachtens abzustellen. Massgeblich ist vielmehr, ob Gewähr dafür besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat. Nur soweit ein früheres Gutachten mit Ablauf der Zeit und zufolge veränderter Verhältnisse an Aktualität eingebüsst hat, sind neue Abklärungen unabdingbar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_56/2015 vom 27. November 2015 E. 4.3.1 m.w.H., insbesondere auf BGE 134 IV 246 E. 4.3). Vorliegend bestehen keine Anzeichen oder Hinweise, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung der Gutachten geändert hätte. Irgendwelche Umstände, die konkret auf relevante Änderungen schliessen liessen, nennt denn auch die Verteidigung nicht. Sie begnügt sich mit dem blossen Hinweis auf das Alter der Gutachten, was indessen nicht genügt.

6. Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 56 Abs. 1 StGB eine Massnahme anzuordnen ist, wenn (a.) eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen; (b.) ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert; und (c.) die Voraussetzungen der Artikel 59-61, 63 oder 64 erfüllt sind. Hat der Täter eine unter Art. 64 Abs. 1 StGB fallende Straftat verübt, so ordnet das Gericht gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. a StGB die Verwahrung an, wenn auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht. Sind die Voraussetzungen sowohl für eine Strafe wie für eine Massnahme erfüllt, so ordnet das Gericht gemäss Art. 57 Abs. 1 StGB beide Sanktionen an. Der Vollzug der Freiheitsstrafe geht der Verwahrung voraus (Art. 64 Abs. 2 Satz 1 StGB). Sind die Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 1 StGB erfüllt, ist es zum Schutz der öffentlichen Sicherheit geboten, neben der lebenslänglichen Freiheitsstrafe eine Verwahrung anzuordnen. Da im Fall der Anordnung einer Verwahrung neben der Freiheitsstrafe die Anforderungen an die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug formell und materiell höher und die Anforderungen an die Rückversetzung in den Strafvollzug weniger hoch sind als bei einer Freiheitsstrafe ohne gleichzeitige Anordnung einer Verwahrung, werden im Falle der Anordnung einer Verwahrung einerseits das Risiko von Fehlprognosen beim Entscheid über die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug und andererseits das Risiko von Straftaten nach der bedingten Entlassung verringert. Aus diesen Gründen ist die Anordnung der Verwahrung gegenüber einem gefährlichen Täter auch bei einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. b StGB zum Schutz der öffentlichen Sicherheit erforderlich und ist im Sinne von Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB die Strafe allein nicht geeignet, der Gefahr weiterer Straftaten durch den Täter zu begegnen. Die sich aus den genannten Gründen ergebende Verringerung der Gefahr für die öffentliche Sicherheit gebietet es, die Verwahrung eines gefährlichen Täters neben einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe anzuordnen. Daran ändert nichts, dass im Falle einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe ohne gleichzeitige Anordnung einer Verwahrung der Täter so lange im Strafvollzug verbleibt, als die Voraussetzungen der bedingten Entlassung gemäss Art. 86 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sind, und ein Vollzug der angeordneten Verwahrung nicht vorstellbar ist, weil bei Vorliegen der Voraussetzungen der bedingten Entlassung gemäss Art. 86 Abs. 1 StGB ein Verwahrungsvollzug mangels Gefährlichkeit des Täters ausgeschlossen erscheint. Die Anordnung der Verwahrung neben einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe ist aus den genannten Gründen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit zulässig, auch wenn die Verwahrung voraussichtlich nie vollzogen werden wird. (vgl. BGE 142 IV 56 E. 2.3.1 und 2.6). Mithin ist nicht zu beanstanden, dass das Strafgericht neben der lebenslänglichen Freiheitsstrafe auch eine Verwahrung angeordnet hat. Vielmehr ist das angefochtene Urteil auch unter diesem Aspekt zu bestätigen.»

Obergericht, Strafabteilung, 22. Februar 2017

Die Beschwerde des Beschuldigten gegen dieses Urteil hat das Bundesgericht am 6. November 2017 abgewiesen (Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2017). Das Urteil ist rechtskräftig.

B

Stichwortverzeichnis

Strafrecht: Strafzumessung bei mehrfachem Mord, 7

Strafrecht: Verwertbarkeit von Dashcamaufzeichnungen in einem Strafverfahren, 5

Voraussetzungen der Verwahrung und der lebenslangen Verwahrung: Ver-
hältnis zwischen der lebenslangen Freiheitsstrafe und der Verwahrung,
7