Urteilskopf

134 IV 121

12. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_347/2007 vom 29. November 2007

Regeste (de):
Art. 2 und 64 StGB, Ziff. 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002; Art. 7 Ziff. 1 EMRK; Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II; Geltung des Rückwirkungsverbots für die Verwahrung.

Das Rückwirkungsverbot gilt auch für die Verwahrung (E. 3.3.3).

Das neue Recht ist hinsichtlich der Anordnung der Verwahrung und der Entlassung aus dieser Massnahme nicht strenger als das alte Recht. Die Schlussbestimmung der Änderung vom 13. Dezember 2002, welche die rückwirkende Anwendung des neuen Rechts auf noch nicht beurteilte Straftäter vorsieht, verstösst daher nicht gegen das Rückwirkungsverbot (E. 3.4).

Regeste (fr):
Art. 2 et 64 CP, ch. 2 al. 1 des dispositions finales de la modification du 13 décembre 2002; art. 7 par. 1 CEDH; art. 15 par. 1 Pacte ONU II; validité de l'interdiction de la rétroactivité en matière d'internement.

L'interdiction de la rétroactivité vaut également en matière d'internement (consid. 3.3.3).

Le nouveau droit n'est pas plus sévère que l'ancien quant au prononcé de l'internement et à la levée de cette mesure. La disposition finale de la modification du nouveau droit du 13 décembre 2002, qui prévoit l'application du nouveau droit aux auteurs qui ne sont pas encore jugés, n'est donc pas contraire à l'interdiction de la rétroactivité (consid. 3.4).

Regesto (it):
Art. 2 e 64 CP, n. 2 cpv. 1 delle disposizioni finali della modificazione del 13 dicembre 2002; art. 7 n. 1 CEDU; art. 15 n. 1 Patto ONU II; validità del principio della non retroattività in materia di internamento.

Il principio della non retroattività vale pure in materia di internamento (consid. 3.3.3).

Per quanto riguarda l'ordine di internamento e la liberazione da questa misura, il nuovo diritto non è più severo della normativa previgente. Di conseguenza, la disposizione finale della modificazione del 13 dicembre 2002 - che prevede l'applicazione retroattiva del nuovo diritto agli autori non ancora condannati - non viola il principio della non retroattività (consid. 3.4).

Sachverhalt ab Seite 122

BGE 134 IV 121 S. 122

A. X. schoss am Dienstag, den 3. September 2005, um ca. 15.25 Uhr, mit seinem Sturmgewehr, welches er in geladenem Zustand bei sich zu Hause aufbewahrt hatte, aus seinem Zimmer im obersten Stock eines Reihen-

einfamilienhauses in Rüti/ZH mehrfach auf die Fenster der gegenüberliegenden Liegenschaft. Dabei feuerte er aus einer Distanz von ca. 20 Metern im Einzelfeuermodus 10 Schüsse durch das geschlossene Fenster in den Raum auf der rechten Seite der Liegenschaft, 23 Schüsse durch das geschlossene Fenster in die daneben liegende Werkstatt und 8 Schüsse auf die Hausfassade zwischen Büro und Werkstatt. Hiefür hatte er zwischendurch das Magazin wechseln müssen. X. hatte gesehen, dass sich in den Räumlichkeiten Personen aufhielten. So wurde A., die im Büro mit dem Rücken zum Fenster am Computer sass, durch Projektilsplitter mehrerer Schüsse getroffen, wobei sie multiple lebensgefährliche Verletzungen erlitt. B., die in der Werkstatt Arbeiten ausführte, wurde ebenfalls, allerdings nicht lebensgefährlich, verletzt. Als Beweggrund für seine Tat gab X. an, er habe für möglichst lange Zeit ins Gefängnis kommen und sich auf diese Weise seinen Lebensunterhalt sichern wollen.

B. Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte X. mit Urteil vom 19. März 2007 schuldig des mehrfachen versuchten Mordes im Sinne von Art. 112 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB, der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB, der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG, des mehrfachen Missbrauchs und der mehrfachen Verschwendung von Material im Sinne von Art. 73 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0), des mehrfachen Nichtbefolgens von Dienstvorschriften im Sinne von Art. 72 Abs. 1 MStG i.V.m. Art. 86 Abs. 3 DR 04 (SR 510.107.0), Art. 41 VPAA-VBS (SR 514.101) und 16.4 Brevier 04, der unrechtmässigen Aneignung im Sinne von Art. 129 Ziff. 1 MStG und der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren, unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft und des vorzeitigen Strafvollzuges, sowie zu einer Busse von Fr. 500.-, bei schuldhafter Nichtbezahlung umwandelbar in 5 Tage

Ersatzfreiheitsstrafe. Ferner entschied es über die geltend gemachten Genugtuungs- und Schadenersatzforderungen.

C. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurückzuweisen. Eventualiter sei gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB die Verwahrung oder gemäss Art. 63 Abs. 1 StGB eine ambulante Massnahme anzuordnen.

D. Vernehmlassungen wurden nicht eingeholt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Beschwerde richtet sich zunächst gegen die im Hinblick auf das völkerrechtliche Rückwirkungsverbot unterlassene Prüfung der Voraussetzungen einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB durch die Vorinstanz. Im Einzelnen bringt die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht vor, die Auffassung der Vorinstanz, wonach der Anordnung einer Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB das Rückwirkungsverbot entgegenstehe, verletze

Bundesrecht. Im Rahmen der Anordnung sichernder Massnahmen seien nach der Rechtsprechung allein Gesichtspunkte der Zweckmässigkeit massgebend. Nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut der Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002 sei für die Anordnung einer Verwahrung auch bei denjenigen Tätern das neue Recht anwendbar, welche vor dem 1. Januar 2007 straffällig geworden seien und erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts beurteilt würden.

2.2 Die Vorinstanz nimmt an, die Anordnung der Verwahrung gegenüber Tätern, die vor Inkrafttreten des revidierten StGB delinquiert hätten, sei nur zulässig, wenn die Verwahrung im Zeitpunkt der Tatbegehung möglich gewesen wäre, d.h. wenn die Voraussetzungen der Art. 42 oder 43 aStGB erfüllt gewesen seien. Sie stellt sich aber auf den Standpunkt, wenn nicht das Rückwirkungsverbot entgegenstünde, müsste eine Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB ernsthaft in Erwägung gezogen werden.
Bei der Prüfung der Anordnung der Verwahrung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB gelangt die Vorinstanz gestützt auf das Gutachten der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 21. Juni 2006 zum Schluss, dem Beschwerdegegner wohne eine gewisse

Gefährlichkeit inne. Es könne aber nicht gesagt werden, dass es sich bei ihm um einen hochgefährlichen Täter handle, der keiner Behandlung zugänglich sei. Auch wenn letztlich ein deutlich erhöhtes Rückfallrisiko anzunehmen sei, rechtfertige sich die Verwahrung des Beschwerdegegners als Ersttäter nicht.

3.

3.1 Am 1. Januar 2007 sind der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches (erstes Buch) und die revidierten Bestimmungen über die Einführung und Anwendung des Gesetzes (drittes Buch) vom 13. Dezember 2002 bzw. vom 24. März 2006 in Kraft getreten. Nach dem Grundsatz von Art. 2 Abs. 1 StGB wird nach dem Strafgesetzbuch beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung gelangt, wenn der Täter vor Inkrafttreten des Gesetzes ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das neue Recht zur Anwendung, wenn es für den Täter das mildere ist. Erweisen sich die Regelungen des alten und des neuen Rechts für den konkreten Täter als gleichwertig, findet nach dieser gesetzlichen Ordnung somit weiterhin das alte Recht Anwendung. Von dieser allgemeinen Bestimmung über den zeitlichen Geltungsbereich des Gesetzes schafft Ziff. 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002 für die aktuelle Revision des Allgemeinen Teils in Bezug auf das Massnahmenrecht eine spezielle Regelung. Danach sind die neuen Bestimmungen von Art. 56-65 und Art. 90 StGB auch auf diejenigen Täter anwendbar, die vor deren Inkrafttreten eine Tat begangen haben oder beurteilt worden sind. Die Bestimmung sieht somit die rückwirkende Anwendung des neuen Massnahmenrechts sowohl für verurteilte wie auch für noch nicht beurteilte Täter vor. Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung nach Art. 65 Abs. 2 StGB ist demgegenüber nach lit. a derselben Bestimmung nur zulässig, wenn die Verwahrung auch gestützt auf Art. 42 oder 43 Ziff. 1 Abs. 2 des bisherigen Rechts möglich gewesen wäre.

3.2 Die rückwirkende Anwendung des neuen Massnahmenrechts auf noch nicht beurteilte Straftäter steht in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz nulla poena sine lege gemäss Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2). Nach diesen Bestimmungen darf niemand wegen einer Handlung

oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Darüber hinaus verbietet der Grundsatz auch die Verhängung einer höheren bzw. schwereren als zur Zeit der Begehung der strafbaren Handlung angedrohten Strafe. Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II sieht zudem vor, dass das mildere Gesetz anzuwenden ist, wenn nach Begehung einer strafbaren Handlung durch das Gesetz eine mildere Strafe eingeführt wird. Die Bestimmungen von Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II schliessen die Anwendung des neuen Rechts somit nicht aus, wenn es sich nicht strenger als das alte Recht auswirkt.

3.3 Der autonom auszulegende Begriff der Strafe im Sinne von Art. 7 Ziff. 1 EMRK knüpft an eine strafrechtliche Verurteilung an. Der Begriff erfasst alle Verurteilungen, welche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gestützt auf eine gegen eine Person erhobene strafrechtliche Anklage entschieden wurden. Von Bedeutung sind ferner ihre Qualifikation im internen Recht, das Verfahren, in dem sie verhängt und vollstreckt wird, sowie ihre Schwere (VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 1999, N. 534 S. 338; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl. 1999, S. 246 f.; vgl. Botschaft vom 29. Juni 2005 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003 [Botschaft 2005], BBl 2005 S. 4716; ferner NOWAK, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl 2005, Art. 15 EMRK N. 13). Nachfolgend ist zu prüfen, ob dieser Begriff der Strafe auch die Sicherungsmassnahme der Verwahrung umfasst, d.h. ob das völkerrechtliche Rückwirkungsverbot auch für die Anordnung der Verwahrung gilt.

3.3.1 Nach dem bundesrätlichen Entwurf vom 21. September 1998 ist das Rückwirkungsverbot in aller Regel für alle freiheitsentziehenden und -beschränkenden Massnahmen bestimmend. Er setzt voraus, dass der Gesetzgeber, wenn durch ein Gesetz eine Massnahme eingeführt, geändert oder aufgehoben wird, selber die erforderlichen Übergangsbestimmungen vorsieht (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes]und des

Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998 [Botschaft 1998], BBl 1999 S. 1991). Nach der Regelung des bundesrätlichen Entwurfs sollen die Bestimmungen über die Massnahmen und den Massnahmenvollzug auch auf diejenigen Täter anwendbar sein, die vor deren Inkrafttreten eine Tat begangen haben oder beurteilt worden sind (Art. 396 Abs. 1 E-StGB). In Bezug auf die Verwahrung führt die Botschaft als Grund hiefür an, diese habe in erster Linie den Schutz der Gesellschaft vor gefährlichen Personen zum Ziel. Obwohl sie eine neue Massnahme darstelle, welche die Freiheit des Betroffenen einschränke, werde sie aus Gründen der öffentlichen Sicherheit sofort angewendet. Das Interesse der Gesellschaft, sich vor gefährlichen Personen zu schützen, wiege schwerer als dasjenige des Täters (Botschaft 1998, BBl 1999 S. 2187 f.). Der nachgebesserte bundesrätliche Entwurf vom 29. Juni 2005 formuliert die im ersten Entwurf vorgesehene Bestimmung über die Anwendung des neuen Rechts auf Massnahmen als besondere Übergangsbestimmung (Ziff. 2 Abs. 1). Die Botschaft 2005 äussert sich zur rückwirkenden Anwendung des neuen Massnahmenrechts explizit nur im Zusammenhang mit der neu in den Entwurf aufgenommenen Bestimmung von Art. 65 Abs. 2 StGB über die nachträgliche Verwahrung. Sie führt hiezu aus, die rückwirkende Anwendung der Bestimmung von Art. 65 Abs. 2 StGB auf Täter, die vor deren Inkrafttreten delinquiert hätten oder verurteilt worden seien, sei im Vernehmlassungsverfahren besonders kritisiert worden und sei auch in der Arbeitsgruppe Verwahrung teilweise umstritten gewesen. Aus völkerrechtlicher Sicht unterliege die rückwirkende Anwendung des neuen Art. 65 Abs. 2 StGB gewissen Einschränkungen. Es bestehe die hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Verwahrung als Strafe qualifiziere.

Die nachträgliche Anordnung der Verwahrung gegenüber Tätern, die vor Inkrafttreten des revidierten StGB delinquierten, sei daher nur zulässig, wenn die Verwahrung dieser Täter im Zeitpunkt der Tatbegehung möglich gewesen wäre (Botschaft 2005, BBl 2005 S. 4715 f.).

3.3.2 Das Bundesgericht hat es in seiner früheren, vor der Ratifikation der EMRK ergangenen Rechtsprechung abgelehnt, das Rückwirkungsverbot und damit - im Rahmen der Anwendung des StGB - die Frage der lex mitior auf sichernde oder erzieherische Massnahmen zu erstrecken (BGE 97 I 919 E. 1a und b; 68 IV 36 E. a S. 37 f. [zu Massnahmen gegenüber Minderjährigen]). Es hat sich auf den

Standpunkt gestellt, Massnahmen seien nicht streng oder mild, sondern nur mehr oder weniger zweckmässig. Es sei daher das im Zeitpunkt der Verurteilung geltende Recht anzuwenden, für welches die Vermutung grösserer Zweckmässigkeit spreche (vgl. auch HAFTER, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil, 2. Aufl., Bern 1946, S. 46; LOGOZ, Commentaire du Code pénal suisse, Partie générale, 2. Aufl., Neuchâtel/Paris 1976, Art. 2 StGB N. 8). In diesem Sinne hat sich auch das deutsche Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Sicherungsverwahrung geäussert. In seiner Entscheidung vom 5. Februar 2004 (BvR 2029/1; EuGRZ 2004 S. 73, 82 ff.) hat es erkannt, die Sicherungsverwahrung diene im Gegensatz zur Strafe nicht dem Zweck, begangenes Unrecht zu sühnen bzw. ein schuldausgleichendes Übel zu verhängen, sondern dazu, die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen. Sie sei daher kein Bestrafen im Sinne des Rückwirkungsverbots gemäss Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG), sondern ein reines Sicherungsinstrument (N. 149). Das Bundesverfassungsgericht erachtete daher den Wegfall der Höchstfrist für eine erstmalig angeordnete Sicherungsverwahrung und die Anwendbarkeit auf Straftäter, bei denen die Sicherungsverwahrung vor Inkrafttreten der Gesetzesrevision angeordnet worden war, als verfassungskonform (N. 127 ff.; vgl. auch GOLLWITZER, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., 8. Bd., EMRK Art. 7/Art. 15 UNO-Pakt II N. 12). Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum mehrheitlich abgelehnt. Im Wesentlichen wird dagegen vorgebracht, auch Massnahmen wirkten sich für den Betroffenen mehr oder weniger hart aus und Strafen hätten sich ebenfalls an Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit zu orientieren. So bestehe etwa kein sachlicher Grund, die Verlängerung der Maximaldauer der Massnahme für junge Erwachsene auf sechs Jahre (Art. 61 StGB) anders zu behandeln als die Erhöhung der Höchststrafe für ein bestimmtes Delikt. Das Rückwirkungsverbot soll nach dieser Auffassung auch auf Massnahmen angewendet werden (RIKLIN, Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches: Fragen des Übergangsrechts, AJP 2006 S. 1475; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl., Bern 2005, § 4 N. 13; HURTADO POZO, Droit pénal, Partie Générale I, 2. Aufl., Zürich 1997, N. 515; TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I, 6. Aufl., Zürich 2004, S. 56; MINGARD, L'internement, in: La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, S. 310;

POPP, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 2 StGB N. 12; TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 2 StGB N. 12; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 8. Aufl. 2006, S. 44; SCHULTZ, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. 1, 4. Aufl., Bern 1982, S. 99; vgl. auch schon VON OVERBECK, Die zeitliche Geltung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und die Behandlung der Übergangsfälle, ZStrR 56/1942 S. 362 [zu Art. 42 aStGB]; THORMANN/VON OVERBECK, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Allg. Teil, Art. 2 StGB N. 16).

3.3.3 Der Auffassung der Lehre ist jedenfalls hinsichtlich der Verwahrung beizutreten. Die Geltung des Rückwirkungsverbots beschränkt sich entgegen der Auffassung der Botschaft 2005 nicht nur auf die nachträgliche Anordnung der Verwahrung gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB, sondern erstreckt sich ganz generell auf die Anordnung der Verwahrung gemäss Art. 64 StGB überhaupt. Wohl mag zutreffen, dass die Strafe an einer schuldhaft begangenen Tat anknüpft, die Verwahrung aber an der Gefährlichkeit des Täters, die sich in der Tat manifestiert hat. Doch lässt sich diese Trennung zwischen Strafen und Massnahmen in der Praxis nicht klar durchhalten. So kann auch eine Massnahme nur als kriminalrechtliche Sanktion aus Anlass einer Straftat verhängt werden. Als solche greift sie teilweise aber tiefer in die Persönlichkeitsrechte ein als die Strafe. Namentlich die Verwahrung weist "mit dem Strafübel grosse Ähnlichkeit" auf (so schon THORMANN/VON OVERBECK, a.a.O., Art. 2 StGB N. 16). Strafe und Verwahrung unterscheiden sich denn auch im Vollzug weitgehend nicht. Ausserdem ist der präventive Charakter der Sanktion nicht auf Massnahmen beschränkt, sondern ist auch bei Strafen von Bedeutung (vgl. Art. 75 Abs. 1 StGB). Der Zweck der Strafe erschöpft sich denn auch keineswegs bloss im Schuldausgleich. Denn das Strafrecht dient in erster Linie nicht der "Vergeltung", sondern der Verbrechensverhütung (BGE 134 IV 1 E. 5.4.1 S. 12; BGE 129 IV 161 E. 4.2 S. 164, mit Hinweisen). Ausserdem geht nach neuem Recht der Vollzug der Freiheitsstrafe der Verwahrung voraus (Art. 64 Abs. 2 StGB), so dass in dieser Beziehung Schuldausgleich und spezialpräventiver Charakter der Massnahme nicht getrennt werden, sondern neben- bzw. nacheinander bestehen. Schliesslich umfasst nach der neuen Fassung des Gesetzes der in Art. 1 StGB festgeschriebene Grundsatz nulla poena sine lege nunmehr ausdrücklich auch sämtliche Massnahmen. Er bezieht sich mithin auf alle staatlichen Zwangsmassnahmen mit Sanktionscharakter, die

aus Anlass einer Straftat ausgesprochen werden können und die vor Begehung der Straftat nicht vorhersehbar waren (STRATENWERTH, a.a.O., § 4 N. 8; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., München 2006, § 5 N. 56). Das Rückwirkungsverbot erlangt somit auch für die Verwahrung Gültigkeit. Die Anwendung des neuen Rechts auf Täter, die vor dessen Inkrafttreten delinquiert haben, ist mithin nur zulässig, wenn es nicht strenger ist (vgl. RIKLIN, a.a.O., S. 1476; MOREILLON, De l'ancien au nouveau droit des sanctions: Quelle lex mitior, in: Kuhn et al. [Hrsg.], Droit des sanctions, Bern 2004, S. 304 f.; HEER, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl. 2007, Schlussbestimmungen, N. 5). Wo einzelne Instrumente des neuen Massnahmenrechts stärker in die Grundrechtspositionen des Betroffenen eingreifen als das alte Recht, verletzt die rückwirkende Anwendung des neuen Verwahrungsrechts somit das Rückwirkungsverbot gemäss Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II (SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, 8. Aufl., Zürich 2007, S. 319 f.). Es ist daher in jedem Fall zu prüfen, ob das neue Recht für den Täter zu einer ungünstigeren Lösung führt. Die gleichzeitige Anwendung von altem und neuem Recht auf ein und dieselbe Tat ist ausgeschlossen (BGE 126 IV 5 E. 2c; BGE 119 IV 145 E. 2c).

3.4 Die Vorinstanz hat im zu beurteilenden Fall nicht geprüft, ob die Bestimmungen des neuen Rechts gegenüber dem früheren Recht strenger sind. Sie geht stillschweigend davon aus, das alte Recht sei das mildere und beurteilt die Voraussetzungen der Verwahrung ausschliesslich nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB. Ob die Voraussetzung von Art. 64 Abs. 1 StGB erfüllt sind, prüft sie nicht. Sie führt aber aus, würden das Rückwirkungsverbot und der Grundsatz der lex mitior nicht entgegenstehen, müsste ernsthaft eine Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB in Erwägung gezogen werden. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich das neue Recht für den Betroffenen als ungünstiger erweist.

3.4.1 Die Voraussetzungen für die Anordnung der Verwahrung scheinen nach neuem Recht nicht strenger als das alte Recht. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 64 Abs. 1 StGB die Verwahrung nurmehr für schwere Sexual- und Gewaltdelikte vorsieht, während nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB die Verwahrung bei sämtlichen Vergehen oder Verbrechen angeordnet werden konnte (HEER, a.a.O., Schlussbestimmungen Ziff. 2, N. 20). Für den Beschwerdegegner

wirkt sich dies im konkreten Fall nicht aus, da die von ihm verübte Straftat unter die in Art. 64 Abs. 1 StGB aufgeführten Anlasstaten fällt.

3.4.2 Nach neuem Recht setzt die Verwahrung bei psychisch gestörten Tätern gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB sodann Behandlungsunfähigkeit bzw. Unbehandelbarkeit voraus (HEER, a.a.O., Art. 56 StGB N. 33 und Art. 64 StGB N. 87/107; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, a.a.O., S. 189 f.; vgl. auch Art. 59 Abs. 3 StGB). Die Verwahrung von psychisch gestörten Tätern, bei denen längerfristig Heilungschancen bestehen, von denen aber kurz- oder mittelfristig im Vollzug oder ausserhalb der Anstalt eine erhebliche Gefahr ausgeht, ist somit - anders als unter der Geltung des früheren Rechts (BGE 127 IV 1 E. 2a; BGE 125 IV 118 E. 5b/bb; BGE 121 IV 297 E. 2b; BGE 118 IV 108 E. 2a, je mit Hinweisen) - nicht mehr möglich. Für diese Tätergruppe erweist sich das neue Recht somit ebenfalls nicht als strenger. Für den Beschwerdegegner bleibt indes auch dies ohne Bedeutung. Denn nach den Ausführungen des psychiatrischen Gutachtens ist die bei ihm diagnostizierte kombinierte Persönlichkeitsstörung mit schizoiden, dissozialen und emotional instabilen Zügen nach dem gegenwärtigen Stand der psychiatrischen und psychotherapeutischen Verfahren nur äusserst schwer erfolgreich zu behandeln. Dies gelte umso mehr, als der Beschwerdegegner keine Therapiebereitschaft und keine Bereitschaft zeige, sich ernsthaft mit der eigenen Störung auseinanderzusetzen, sich nicht aktiv um eine Therapiemöglichkeit bemühe, nichts zeige, was eine vertrauensvolle Bindung an einen Therapeuten oder an sonstige Bezugspersonen möglich erscheinen liesse, und auch keine Bereitschaft beweise, sich intensiv mit seiner Tat und seiner eigenen psychischen Problematik und seiner Lebensproblematik oder gar mit der Situation des Opfers auseinanderzusetzen. Die fehlende affektive Erreichbarkeit des Beschwerdegegners, seine Affektarmut, die defizitären Momente seiner Persönlichkeitsentwicklung und die Erfahrung, in einer im Grunde missgünstig gestimmten, feindseligen Welt überleben zu müssen, erlaubten es nicht, eine irgendwie Erfolg versprechende Behandlung im Sinne einer Massnahme vorzuschlagen. Der Beschwerdegegner erscheint daher als nicht behandlungsfähig, so dass auch nach neuem Recht die Anordnung einer Verwahrung möglich wäre.

3.4.3 Neu formuliert werden im neuen Recht die Voraussetzungen für die Entlassung aus der Verwahrung. Nach geltendem Recht wird der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen, sobald zu erwarten

ist, dass er sich in Freiheit bewährt (Art. 64a Abs. 1 StGB). Erforderlich ist mithin eine günstige Prognose in Bezug auf das künftige Verhalten. Nach altem Recht wurde die Massnahme aufgehoben, wenn ihr Grund weggefallen war; war er nur teilweise weggefallen, konnte die zuständige Behörde eine probeweise Entlassung anordnen (Art. 43 Ziff. 4 Abs. 1 und 2 aStGB; vgl. auch Art. 45 Ziff. 1 aStGB). Die Vollzugsbehörde konnte den Betroffenen somit auch probeweise aus dem Massnahmenvollzug entlassen, wenn ein gewisses Risiko der weiteren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bestehen blieb (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6A.7/2005 vom 21. September 2005, E. 3). Bei der periodischen Prüfung der probeweisen Entlassung stand somit die Frage im Vordergrund, ob in der Zwischenzeit Änderungen eingetreten waren, welche die Gefahr weiterer Straftaten durch den Eingewiesenen als erheblich geringer erscheinen liessen (Urteil 6A.57/2004 vom 18. November 2004, E. 2.1). Es war mithin der negative Beweis der Ungefährlichkeit zu erbringen (HEER, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 1. Aufl., Basel 2003, Art. 43 N. 240). Dies stimmt im Wesentlichen mit der Prognose nach den neuen Bestimmungen überein. Im Ergebnis werden die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung aus

einer Verwahrung durch das neue Recht daher nicht verschärft.

3.4.4 Das neue Recht erweist sich somit weder hinsichtlich der Anordnung der Verwahrung noch der Entlassung aus dieser Massnahme als strenger als das alte Recht. Es droht mithin keine schwerere Sanktion an als die zum Zeitpunkt der Tatbegehung geltenden Bestimmungen. Damit steht Ziff. 2 Abs. 1 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002 nicht im Widerspruch zu Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II. Die Vorinstanz hätte daher, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, neues Recht anwenden müssen. Der Verzicht der Vorinstanz auf die Anordnung einer Verwahrung ist indes im Lichte der neuen Bestimmung von Art. 64 StGB nicht zu beanstanden. Das ergibt sich auch für das neue Recht aus dem Umstand, dass die Anordnung der Verwahrung angesichts der Schwere dieses Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen ultima ratio ist und nicht angeordnet werden darf, wenn die bestehende Gefährlichkeit auf andere Weise behoben werden kann (BGE 127 IV 1 E. 2a; BGE 118 IV 108 E. 2a, je mit Hinweisen; vgl. auch Art. 56 Abs. 1 und 2 StGB). Dies wird im neuen Recht nunmehr explizit in Art. 56 StGB festgehalten. Nach dieser Bestimmung darf eine Massnahme

nur angeordnet werden, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen (Abs. 1 lit. a), oder wenn die öffentliche Sicherheit dies erfordert (Abs. 1 lit. b) und wenn der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist (Abs. 2). Im vorliegenden Fall nimmt die Vorinstanz zu Recht an, angesichts des Umstands, dass der Beschwerdegegner vom psychiatrischen Gutachten nicht als hochgefährlich eingestuft worden sei, rechtfertige sich die Verwahrung bei ihm als Ersttäter noch nicht. Dies gilt - entgegen der missverständlichen Erwägung im angefochtenen Urteil, wonach ernsthaft eine Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB geprüft werden müsste, wenn nicht der Grundsatz der lex mitior entgegenstünde - auch für das neue Recht. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.