

Rechtsprechung / 1.3 Schwerpunkt Strafen und Massnahmen / 1. Kernstrafrecht

## EGMR, Dritte Abteilung, Urteil vom 3. Dezember 2019 i.S. I.L. gegen die Schweiz – Beschwerde [Nr. 72939/16](#)

**[Art. 5 Ziff 1 EMRK](#); [Art. 5 Abs. 1 und 31 BV](#); [Art. 59 Abs 4 StGB](#); [Art. 220–221 und 229–233 StPO](#): *Legalität von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft.***

*Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellte im Verfahren I.L. gegen die Schweiz eine Verletzung von [Art. 5 Ziff 1 EMRK](#) fest. Die Anordnung von Sicherheitshaft in Nachverfahren beruhe auf keiner adäquaten rechtlichen Grundlage. Im konkreten Verfahren zu entscheiden war über eine vollzugsrechtliche Sicherheitshaft, die nach Ablauf einer stationären therapeutischen Massnahme bis zum Entscheid über deren Verlängerung angeordnet worden war ([Art. 59 Abs 4 StGB](#)). Das Urteil ist noch nicht endgültig und kann an die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gezogen werden. (Regeste der Anmerkungsverfasser)*

**[Art. 5 ch 1 CEDH](#); [art. 5 al. 1 et 31 Cst.](#); [art. 59 al 4 CP](#); [art. 220–221 et 229–233 CPP](#): *légalité d'une mesure de sûreté.***

*La Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de l'[art. 5 ch 1 CEDH](#) dans l'affaire I.L. contre Suisse. Le prononcé d'une détention pour des motifs de sûreté dans une procédure ultérieure ne reposait pas sur une base légale adéquate. Dans le cas concret, il s'agissait d'une détention pour motifs de sûreté ordonnée à la fin d'une mesure thérapeutique institutionnelle jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur sa prolongation ([art. 59 al 4 CP](#)). Le jugement n'est pas encore définitif et peut être renvoyé devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme. (Résumé des auteurs du commentaire)*

**[Art. 5 n. 1 CEDU](#); [art. 5 cpv. 1 e 31 Cost.](#); [art. 59 cpv 4 CP](#); [art. 220–221 e 229–233 CPP](#): *legalità della carcerazione di sicurezza.***

*Nel procedimento I.L. contro Svizzera la Corte europea dei diritti dell'uomo ha constatato una violazione dell'[art. 5 n. 1 CEDU](#). Non c'è una base legale sufficiente per ordinare una carcerazione di sicurezza durante la procedura indipendente successiva in materia di misure stazionarie. Nel caso concreto si trattava di decidere in merito a una carcerazione di sicurezza ordinata dopo lo scadere di una misura terapeutica stazionaria in attesa della decisione di protrazione ex [art. 59 cpv 4 CP](#). La sentenza non è ancora definitiva e può essere deferita alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo. (Regesto dell'autore dell'annotazione)*

### Sachverhalt:

Im Jahr 2011 wurde I.L. wegen einfacher Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand, Tötlichkeiten, Sachbeschädigung und Irreführung der Rechtspflege zu einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten verurteilt. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde zugunsten einer stationären Massnahme nach [Art 59 StGB](#) aufgeschoben. Im Mai 2016 stellte die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug (SAPEM) des Berner Amts für Justizvollzug dem Regionalgericht den Antrag, die Massnahme um fünf Jahre zu verlängern. Als die angeordnete Massnahme nach fünf Jahren im Juni 2016 auslief, war der Gerichtsentscheid über die Verlängerung noch nicht ergangen. Zur

Das Dokument "EGMR, Dritte Abteilung, Urteil vom 3. Dezember 2019 i.S. I.L. gegen die Schweiz - Beschwerde Nr. 72939/16" wurde von Gast am 19.04.2024 auf der Website [forumpoenale.recht.ch](http://forumpoenale.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

Überbrückung der Zeit zwischen Ende der Massnahme und dem Entscheid betreffend Verlängerung wurde Sicherheitshaft beantragt und am 13.6.2016 vom Regionalen Zwangsmassnahmengericht für drei Monate gewährt. Der Betroffene rekurrierte erfolglos bis vor Bundesgericht. Gegen dieses letztinstanzliche Urteil vom 16.8.2016 richtete sich die Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

## Aus den Erwägungen:

[...]

36. Le requérant dénonce la détention pour des motifs de sûreté qu'il a subie, du 13 juin 2016 au 23 septembre 2016, soutenant qu'elle était dénuée de fondement légal. À l'appui de ses dires, il soutient qu'une application des dispositions du CPP par analogie est interdite en droit pénal.

37. Le Gouvernement soutient que la prolongation d'une mesure institutionnelle selon l'article 59, alinéa 4 CP se fait par une décision judiciaire ultérieure indépendante (paragraphe 22 ci-dessus). Les articles 363 et suivants du CPP ne contiennent pas une règle spécifique pour le prononcé et la prolongation de la détention pour des motifs de sûreté. Dans ce cas, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les articles 221 et 229 et suivants CPP s'appliquent par analogie (paragraphe 19–21 ci-dessus). Le Gouvernement est d'avis qu'en l'espèce les conditions pour ordonner la détention pour des motifs de sûreté sont réunies, notamment pour risque de récidive et qu'il apparaît vraisemblable que la mesure thérapeutique sera prolongée. Par conséquent, le requérant a été privé de sa liberté «selon les voies légales» en conformité avec la Convention.

Appréciation de la Cour

Rappel des principes pertinents

38. La Cour rappelle que, pour respecter l'article 5 § 1 de la Convention, la détention doit avoir lieu «selon les voies légales» et «être régulière». En la matière, la Convention

---

forumpoenale 10/2020 | S. 1–5 2

---

renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en respecter les normes de fond comme de procédure, mais elle exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 de la Convention: protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, parmi beaucoup d'autres et avec références, *Ilseher c. Allemagne* [GC], no 10211/12 et no 27505/14, §§ 135–136, 4 décembre 2018 et *T.B. c. Suisse*, no 1760/15, § 52, 30 avril 2019).

39. Par ailleurs, il incombe au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne. Toutefois, dès lors qu'au regard de l'article 5 § 1 l'inobservation du droit interne emporte violation de la Convention, la Cour peut et doit exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit interne – dispositions législatives ou jurisprudence – a été respecté (voir, avec références, *Baranowski c. Pologne*, no 28358/95, § 50, CEDH 2000-III; *Borer*, précité, § 38; concernant la présence d'une «jurisprudence ancienne et constante» voir *Laumont c. France*, no 43626/98, § 51, CEDH 2001-XI).

40. Quant au critère de «légalité», fixé par la Convention, la Cour tient à souligner qu'il est essentiel que le droit interne définisse clairement les conditions de détention et que la loi soit prévisible dans son application (voir, parmi beaucoup d'autres, *Creangă c. Roumanie* [GC], no 29226/03, § 101, 23 février 2012; *Borer*, précité, § 39, et *T.B. c. Suisse*, précité, § 54).

41. À cet égard, la Cour rappelle que la pratique consistant à détenir une personne en absence d'une base légale

Das Dokument "EGMR, Dritte Abteilung, Urteil vom 3. Dezember 2019 i.S. I.L. gegen die Schweiz - Beschwerde Nr. 72939/16" wurde von Gast am 19.04.2024 auf der Website [forumpoenale.recht.ch](http://forumpoenale.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

spécifique est incompatible avec les principes de sécurité juridique et de protection contre l'arbitraire, qui constituent des éléments fondamentaux à la fois de la Convention et de l'État de droit (voir, entre autres et avec références, Weber, précité, § 35).

42. Enfin, selon la jurisprudence de la Cour, les motifs de détention prévus aux lettres a) à f) de l'article 5 § 1 sont exhaustifs et appellent une interprétation étroite (voir notamment S., V. et A. c. Danemark [GC], nos 35553/12 et 2 autres, § 73, 22 octobre 2018, et T.B. c. Suisse, précité, § 53).

#### Application des principes susmentionnés

43. À titre liminaire, la Cour rappelle qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser les violations de la Convention (Rooman c. Belgique [GC], no 18052/11, § 128, 31 janvier 2019). Le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'Homme. La Cour a ainsi la charge de surveiller le respect par les États contractants de leurs obligations découlant de la Convention. Elle ne doit pas se substituer aux États contractants, auxquels il incombe de veiller à ce que les droits et libertés fondamentaux consacrés par la Convention soient respectés et protégés au niveau interne (voir aussi Shala c. Suisse, no 63896/12, § 26, 2 juillet 2019).

44. Quant à l'objet du litige, la Cour note que le requérant dénonce, dans sa requête, uniquement l'absence de base légale propre à justifier sa détention pour des motifs de sûreté du 13 juin 2016 au 23 septembre 2016.

45. La Cour observe d'emblée que la décision ordonnant la détention pour des motifs de sûreté n'aurait pas été nécessaire si le jugement prolongeant la mesure de traitement institutionnelle était intervenu à temps, à savoir avant l'écoulement du délai de cinq ans prévu par l'article 59 alinéa 4 du Code pénal.

46. Toutefois, la Cour note qu'il n'est pas toujours possible en pratique d'observer ce délai, par exemple, parce que la réalisation d'une expertise psychiatrique nécessite plus de temps à cause de la complexité du cas concret. Ainsi, comme en l'occurrence, il peut exister un laps de temps entre l'écoulement du délai de cinq ans et l'entrée en vigueur du jugement relatif à la prolongation. Durant cette période d'intervalle, le condamné reste en détention, notamment, s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'il commettrait à nouveau un crime ou un délit grave et qu'une mesure privative de liberté sera à nouveau ordonnée à son encontre.

47. La Cour note qu'il est incontesté qu'en droit pénal suisse, ce type de détention ne repose sur aucune base légale explicite.

48. La Cour rappelle que dans l'affaire Laumont, elle a conclu que, nonobstant l'absence de base légale spécifique, le maintien en détention d'une personne n'emportait pas violation de l'article 5 au motif qu'elle se basait sur une «jurisprudence ancienne et constante». Celle-ci reposait sur l'interprétation de deux dispositions légales et était appliquée par les tribunaux français déjà depuis environ une quinzaine d'années (Laumont, précitée, §§ 27 et 51).

49. Dans ses observations, le Gouvernement souligne que le Tribunal fédéral a instauré une jurisprudence constante remédiant l'absence de dispositions législatives spécifiques.

50. En l'occurrence, la Cour observe que, parmi les arrêts de principe cités par le Gouvernement, deux affaires concernaient le prononcé ultérieur d'un internement en vertu du second alinéa de l'article 65 du Code pénal (paragraphe 27 et 39 ci-dessus) et une affaire portait sur la levée et le changement d'une mesure institutionnelle au profit d'un internement en vertu de l'article 62c du Code pénal (paragraphe 29 ci-dessus).

51. La Cour est d'avis que ces arrêts du Tribunal fédéral ne concernent pas la même situation qu'en l'espèce où la prolongation d'une mesure thérapeutique institutionnelle est en jeu. Elle observe que sous l'empire du Code de procédure pénale, il ne reste qu'un seul arrêt de principe applicable à la présente situation (paragraphe 28 ci-

dessus).

52. À cet égard, la Cour a considéré dans l'affaire Weber, précitée, qu'un seul précédent jurisprudentiel ne saurait

constituer une base légale suffisamment précise et était donc incompatible avec les principes de sécurité juridique (§ 41). De même, dans l'affaire Borer, précitée, la Cour a conclu que quatre précédents du Tribunal fédéral, concernant des situations comparables, mais pas identiques, ne pouvaient valablement servir de base légale à la détention du requérant (§ 46).

53. Partant, l'on ne saurait se trouver en présence d'une jurisprudence constante et cela d'autant moins eu égard au fait que le Tribunal fédéral lui-même a affirmé dans de nombreux arrêts, qui n'ont pourtant pas été publiés dans le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, que des règles claires devraient être légiférées en matière de détention pour des motifs de sûreté en cas de décisions judiciaires ultérieures indépendantes (paragraphe 31 ci-dessus).

54. Eu égard à ce qui précède, la question de savoir si le critère d'ancienneté de la jurisprudence (paragraphe 48 ci-dessus) est réalisé en l'espèce peut être laissée ouverte.

55. Finalement, considérant la gravité de l'ingérence dans la liberté personnelle du requérant et la nécessité d'une interprétation stricte des exigences relatives à une détention régulière, l'application faite en l'espèce d'une disposition matérielle (paragraphe 19 ci-dessus) par analogie ou par renvoi ne saurait être tolérée (voir Borer, précité, § 47).

56. La Cour note que le législateur suisse est désormais soucieux de combler cette lacune législative et que des travaux sont en cours (paragraphe 25 ci-dessus).

57. Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure que la législation fédérale ne satisfait pas au critère d'une «loi» aux fins de l'article 5 § 1. Elle conclut dès lors que la détention subie par l'intéressé n'était pas conforme à l'article 5 § 1 de la Convention.

58. Partant, il y a eu violation de cette disposition.

[...]

## Bemerkungen:

I. Im Entscheid vom 3. Dezember 2019 äusserte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu der in der Schweiz umstrittenen Frage (vgl. Joset/Husmann, [FP 2016, 168–170](#)), ob eine vollzugsrechtliche Sicherheitshaft, die sich auf die analoge Anwendung der strafprozessualen Bestimmungen zur Sicherheitshaft stützt, konventionskonform sei. Im konkreten Verfahren zu entscheiden war über eine vollzugsrechtliche Sicherheitshaft, die nach Ablauf einer stationären therapeutischen Massnahme bis zum Entscheid über deren Verlängerung angeordnet worden war ([Art. 59 Abs 4 StGB](#)). Der Gerichtshof gelangte zur Feststellung, diese Haftanordnung genüge den Erfordernissen nach [Art. 5 Ziff 1 EMRK](#) nicht (EGMR v. 3.12.2019, *I.L. v. Switzerland*, [Nr. 72939/16](#), [Nr. 72939/16](#) § 47).

Mit diesem Entscheid wird die Schweiz zum dritten Mal innert dreizehn Jahren für die mangelnde gesetzliche Regelung der sogenannten vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft verurteilt. Bereits unter dem Herrschaftsbereich der kantonalen Strafprozessrechte waren zwei ähnliche Urteile ergangen (EGMR v. 3.6.2010, *Borer v. Switzerland*,

[Nr. 22493/06](#); [Nr. 22493/06](#) EGMR v. 26.7.2007, *Weber v. Switzerland*, [Nr. 3688/04](#); [Nr. 3688/04](#). In allen drei Verfahren, in welchen es um die Rechtmässigkeit der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft ging, brachte die Schweiz dieselbe Argumentation vor: Der Freiheitsentzug könne sich trotz der fehlenden einschlägigen Gesetzesregelung auf die klare Fallpraxis der nationalen Gerichte stützen (EGMR, *Weber v. Switzerland*, § 26; EGMR, *Borer v. Switzerland* §§ 32 ff.; EGMR, *I.L. v. Switzerland*, § 37). Die Hartnäckigkeit, mit der die Schweiz dieses Argument als Verteidigungsstrategie anruft, ist Anlass, die inhaltlichen Anforderungen an den gesetzmässigen Freiheitsentzug nach [Art. 5 Ziff 1 EMRK](#) zu beleuchten (nachfolgend II.).

II. Das Erfordernis des gesetzmässigen Freiheitsentzugs nach [Art. 5 Ziff 1 EMRK](#) setzt voraus, dass eine klar definierte Grundlage im nationalen Recht existiert, welche die Bedingungen eines Freiheitsentzugs in voraussehbarer Weise regelt. Dabei können sowohl gesetzliche Bestimmungen als auch eine klare Rechtsprechung der nationalen Gerichte diesem Erfordernis genügen (EGMR, *I.L. v. Switzerland*, §§ 48 ff.; EGMR v. 21.3.2017, *Porowski v. Poland*, [Nr. 34458/03](#), [Nr. 34458/03](#) § 112: «*When speaking of law the Convention alludes to the concept which comprises statute as well as case-law*»). Da die Strafprozessordnung unstrittig keine einschlägige Gesetzesgrundlage für die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft enthält, wurde im Verfahren I.L. die Praxis des Bundesgerichts analysiert. Der Gerichtshof kam dabei zum Schluss, dass es an einer «*jurisprudence ancienne et constante*» fehle, welche den Anforderungen nach [Art. 5 Ziff 1 EMRK](#) genüge (EGMR, *I.L. v. Switzerland*, § 53). Wir wollen der Frage nachgehen, ob diese Beurteilung überzeugt und wann eine «*jurisprudence ancienne et constante*» überhaupt als Surrogat für eine gesetzliche Regelung gelten kann. Dabei gilt es, zuerst das Konstrukt zu definieren (1.) und dieses danach bezogen auf das Verfahren I.L. zu würdigen (2.).

1. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat das Kriterium «*constante*» in mehreren Urteilen konkretisiert. Die Konstanz fehlt, wenn weder das Gesetz noch die Gerichtspraxis Klarheit enthält (EGMR v. 18.3.2000, *Baranowski v. Poland*, [Nr. 28358/95](#), [Nr. 28358/95](#) § 54) bzw. wenn keine klärende Praxis des höchsten Gerichts besteht (EGMR v. 28.6.2011, *Šebalj v. Croatia*, [Nr. 4429/09](#), [Nr. 4429/09](#) §§ 194 ff.). Ebenso liegt keine Konstanz vor, wenn nur ein einziges Urteil zur Sache ergangen ist (EGMR, *Weber v. Switzerland*, § 41) oder wenn Divergenzen in der nationalen Rechtsprechung existieren (EGMR v. 14.1.2014, *Sâncra Țian v. Romania*, [Nr. 71723/10](#), [Nr. 71723/10](#) §§ 71 f.; EGMR, *Porowski v. Poland*, § 125 i.V.m. §§ 78 ff.; zum Ganzen Hohl-Chirazi, *La privation de liberté en procédure pénale suisse: buts et limites*, Zürich 2016, N 82). Für die Annahme von Konstanz genügt

---

forumpoenale 10/2020 | S. 1–5 4

---

es nicht, wenn die bestehenden Judikate ähnlich/vergleichbar sind, sondern sie müssen dieselbe Konstellation betreffen (vgl. EGMR, *Borer v. Switzerland*, § 46; EGMR, *Weber v. Switzerland*, § 41 und zuletzt EGMR, *I.L. v. Switzerland*, §§ 50 f.). Schliesslich unterliegt die Konstanz generell einem strengen Prüfungsmassstab, da es sich bei Freiheitsentzügen um schwerwiegende Grundrechtseingriffe handelt und mit dem Legalitätsprinzip ein Grundpfeiler des Rechtsstaates betroffen ist (vgl. EGMR, *I.L. v. Switzerland*, § 55).

Sodann ist auf die Voraussetzung «*jurisprudence ancienne*» einzugehen. Diese Langjährigkeit der Rechtsprechung wird angenommen bei einer Gerichtspraxis, welche seit vielen Jahren in unveränderter Weise besteht (EGMR, *Porowski v. Poland*, § 125 i.V.m. §§ 78 ff.; EGMR v. 8.11.2001, *Laumont v. France*, [Nr. 43626/98](#), [Nr. 43626/98](#) §§ 27 und 51; EGMR v. 9.7.2009, *Mooren v. Germany* [GC], [Nr. 11364/03](#), [Nr. 11364/03](#) § 91 i.V.m. § 48). In *Laumont* gegen Frankreich wurde beispielsweise rechtmässig auf eine konstante Rechtsprechung abgestützt, welche seit mehr als fünfzehn Jahre Bestand hatte (vgl. EGMR, *Laumont gegen Frankreich*, §§ 27 und 51). Ebenso war im Jahr 2009 eine auf 1985 zurückreichende Auslegung der Strafprozessordnung für die betroffene Person voraussehbar und die darauf gestützte Aufrechterhaltung der Haft rechtmässig (EGMR, *Mooren v. Germany*, § 91 i.V.m. § 48).

Das Dokument "EGMR, Dritte Abteilung, Urteil vom 3. Dezember 2019 i.S. I.L. gegen die Schweiz - Beschwerde Nr. 72939/16" wurde von Gast am 19.04.2024 auf der Website [forumpoenale.recht.ch](http://forumpoenale.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

2. Im Verfahren betreffend I.L. fehlte es gemäss Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte an der Konstanz der Rechtsprechung, da lediglich ein einzelnes publiziertes Urteil zur Frage bestehe. Die von der Regierung angeführten Judikate beträfen nicht dieselbe Konstellation und schliesslich habe selbst das Bundesgericht, so der Gerichtshof, in seinen Erwägungen erklärt, in der Frage der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft bestehe Regulierungsbedarf. Da es im Fall I.L. an einer konstanten Rechtsprechung fehlte, konnte der Gerichtshof offenlassen, ob das zweite Kriterium der Langjährigkeit erfüllt war (EGMR, *I.L. v. Switzerland*, §§ 48–54).

Obwohl der Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Ergebnis überzeugt, verbleiben Zweifel an gewissen Erwägungen. Unseres Erachtens hätte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei der Prüfung der Konstanz auch nicht publizierten Entscheiden Rechnung tragen müssen, die zur Anordnung von Sicherheitshaft bei der Verlängerung von stationären Massnahmen ergangen sind (so auch das Bundesgericht: BGer, Urteil v. 3.2.2020, [1B\\_24/2020](#), E. 3.2. m.w.H.). Es fragt sich sodann, ob ähnlich gelagerte Entscheide von Massnahmenumwandlungen nicht auch in die Analyse der Konstanz hätten einbezogen werden sollen. Der Gerichtshof führte dazu aus, es handle sich nicht um dieselbe Konstellation (EGMR, *I.L. v. Switzerland*, §§ 50 f.). Diese Erwägung fügt sich zwar in seine Rechtsprechung ein, wonach die bestehenden Judikate nicht nur ähnlich/vergleichbar sein, sondern dieselbe Konstellation betreffen müssen (vgl. EGMR, *Borer v. Switzerland*, § 46; EGMR, *Weber v. Switzerland*, § 41). Dieser Betrachtung könnte man jedoch entgegen, den Verlängerungsverfahren nach Art. 59 Abs. 4 sowie den Massnahmenumwandlungen nach Art. 62c und [Art. 65 Abs 1 StGB](#) sei immerhin gemein, dass sie alle in Nachverfahren nach [Art 363 StPO](#) durchgeführt werden. Sodann ist über eine vergleichbare Situation zu entscheiden. Die Kernfrage lautet bei all diesen Verfahrenskonstellationen: Darf das Gericht die betroffene Person vom Ende einer laufenden bis zum allfälligen Aussprechen einer neuen Massnahme in Sicherheitshaft nehmen? Betreffend solche Umwandlungen gäbe es mehrere publizierte und unpublizierte Bundesgerichtsentscheide, welche die Anordnung von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft stützen (vgl. auch BGer, Urteil v. 3.2.2020, [1B\\_24/2020](#), E. 3.2. m.w.H.). Wenn folglich alle publizierten und unpublizierten Entscheide zur Frage der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft in sämtlichen Nachverfahren zusammengenommen würden, bestünde durchaus Grund zur Annahme, die Rechtsprechung zu vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft in Nachverfahren sei konstant. Es bliebe lediglich noch das Kriterium der Langjährigkeit zu prüfen (vgl. BGer, Urteil v. 3.2.2020, [1B\\_24/2020](#), E. 3.4., das dieses Kriterium erfüllt sieht).

Liegt demnach entgegen dem Gerichtshof eine langjährige und konstante Rechtsprechung vor und ist die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft aus diesem Grund unter [Art. 5 Ziff 1 EMRK](#) legitimiert? Diese Frage ist unseres Erachtens zu verneinen. Das Konstrukt der «jurisprudence ancienne et constante» verdeckt mit seinen beiden Teilgehalten auf den ersten Blick, dass es für die Rechtmässigkeit eines Freiheitsentzugs nicht allein auf den Zeitablauf und die Regelmässigkeit der höchstrichterlichen Bestätigung ankommen kann. So wie eine bewusste Falschaussage nicht wahr wird, wenn man sie stetig wiederholt, kann auch eine rechtswidrige Auslegung des Gesetzes nicht qua Zeitablauf und Iteration rechtmässig werden. Vielmehr muss sich die konstante und langjährige Gerichtspraxis auf eine methodisch korrekte Auslegung des Gesetzes stützen. Nur unter dieser Voraussetzung kann sie unter [Art. 5 Ziff 1 EMRK](#) eine taugliche Grundlage für einen Freiheitsentzug bilden. Anders gewendet: Zulässig ist einzig, die ratio legis einer in ihrem Bedeutungsgehalt unklaren Bestimmung unter Beiziehung des grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegungselements zu ermitteln (vgl. dazu EGMR, *Porowski v. Poland*, §§ 112 ff.). Unzulässig sind im Strafrecht demgegenüber Analogieschlüsse im Sinne einer Lückenfüllung zum Nachteil von Bürgerinnen und Bürgern; dies gilt auch für Haftentscheide im Strafprozessrecht (eingehend und überzeugend Conte, Die Grenzen der Präventivhaft gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2018, 77–82, mit zahlreichen Verweisen; zur Ermittlung der Normsinngrenze auch Kramer, [recht 2017, 181](#) ff.). Diese absolute Schranke ergibt sich aus dem Prinzip der Gewaltenteilung, welches

Merkmal der Rechtsstaatlichkeit ist. Nicht die Gerichte, sondern der Gesetzgeber ist zuständig für den Erlass neuer Normen. Diese Grenze der zulässigen Auslegung wurde bei der Frage der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft überschritten (Joset/Husmann, [FP 2016, 168–169](#); vgl. auch Bernard/Studer, [FP 2019, 340](#)). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte unterstreicht in seiner Rechtsprechung daher zu Recht, aufgrund der Schwere des Eingriffs in die Freiheitsrechte müsse eine enge Auslegung der Anforderungen an einen Freiheitsentzug stattfinden und eine analoge Anwendung von anderweitig bestehenden Bestimmungen zur Sicherheitshaft könne nicht toleriert werden (EGMR, *Borer v. Switzerland*, § 47; EGMR, *I.L. v. Switzerland*, § 55). Unseres Erachtens überzeugt das vorliegend analysierte Urteil daher zumindest im Ergebnis (anderer Meinung das Bundesgericht in BGer, Urteil v. 3.2.2020, [1B\\_24/2020](#), E. 3.1. ff.).

III. Zwar ist der besprochene Entscheid noch nicht endgültig und kann an die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gezogen werden. Die möglichen Auswirkungen sind aber bereits jetzt bemerkenswert: Die Orientierungswirkung der rechtlichen Erwägungen bindet die Vertragsstaaten über das konkrete Verfahren hinaus und zeichnet die Rechtsprechung in parallel gelagerten Fällen vor (vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., Basel 2016, 120 ff.). Unbestritten sein dürfte, dass Fälle von Massnahmenverlängerungen nach [Art. 59 Abs 4 StGB](#) davon erfasst würden, da das betreffende Urteil just diese Konstellation betraf (EGMR, *I.L. v. Switzerland*, §§ 8 ff.). Davon ausgehend ist es ein kleiner Schritt zur Feststellung, dass auch die Verlängerung der Massnahme nach [Art. 60 Abs 4 StGB](#) unter die hier referierte Praxis fiele, womit vollzugsrechtliche Sicherheitshaft auch in diesen Verfahren unzulässig wäre. Darüber hinaus wären unsers Erachtens folgende Konstellationen betroffen:

- Die Anordnung von Sicherheitshaft nach Aufhebung einer stationären Massnahme bis zum Urteil bezüglich Anordnung einer anderen stationären Massnahme oder Verwahrung (Art. 62c Abs. 3, 4 und 6 StGB)
- Die Anordnung von Sicherheitshaft nach Aufhebung der ambulanten Behandlung bis zum Urteil bezüglich nachträglicher Anordnung einer stationären Massnahme ([Art. 63b Abs 5 StGB](#))
- Die Anordnung von Sicherheitshaft nach dem Ablauf der Freiheitsstrafe, ohne parallel laufende Massnahme, bis zur nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme ([Art. 65 Abs 1 StGB](#))
- Die Anordnung von Sicherheitshaft zwecks nachträglicher Anordnung der Verwahrung ([Art. 65 Abs 2 StGB](#))

In all diesen Konstellationen enthält das Bundesrecht keine gesetzliche Grundlage für die Anordnung von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft. Eine Änderung dieses Rechtszustands wird erst erfolgen, wenn die geplanten Bestimmungen der Strafprozessordnung zur vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft in Kraft treten (vgl. Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung, Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung, vom 28. August 2019, 6717). Wird der Entscheid i.L. gegen die Schweiz von der Grossen Kammer bestätigt oder erwächst er mangels Weiterzug in Rechtskraft, erweisen sich die bis zur Gesetzesrevision erfolgten Anordnungen von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft in Kantonen, die keine separate Rechtsgrundlage haben, als nicht vereinbar mit [Art. 5 Ziff 1 EMRK](#). Eine Vielzahl von Haftentlassungsgesuchen ([Art. 228 ff StPO](#)) und Entschädigungsforderungen wegen rechtswidrig angewandter Zwangsmassnahmen ist absehbar ([Art. 5 Ziff 5 EMRK](#) und [Art 431 StPO](#)).



MLaw Rafael Studer LL.M., M2 droit comparé, Rechtsanwalt und Doktorand (SNF Doc.CH, Universität Bern)



Dr. iur. Thierry Urwyler, Akademischer Mitarbeiter und Lehrbeauftragter (Universität Luzern)