[AZA 0/2]
6A.63/2001/bmt

KASSATIONSHOF
****

6. August 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Schubarth, Präsident des Kassationshofes, Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly und Gerichtsschreiber Briw.

_____

In Sachen
Z._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Barbara Hug, Gartenhofstrasse 15, Zürich,

gegen
Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Verwaltungsgericht des Kantons Zürich,

betreffend
bedingte Entlassung aus der Verwahrung(eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [4. Abteilung]vom 4. Mai 2001 [VB. 2001. 00066]), hat sich ergeben:

A.- Nach zahlreichen früheren Verurteilungen hatte das Geschworenengericht des Kantons Zürich Z._____ (geb. 1940) am 21. Dezember 1977 wegen wiederholter und fortgesetzter Unzucht mit Kindern und weitern Delikten zu 9 Jahren Zuchthaus sowie Fr. 500.– Busse verurteilt und ihn gemäss Art. 42 StGB verwahrt. Die Justizdirektion des Kantons Zürich verfügte am 29. April 1981 die bedingte Entlassung.
Das Obergericht des Kantons Aargau verurteilte ihn am 20. April 1989 wegen wiederholter und fortgesetzter Unzucht mit Kindern usw. und verwahrte ihn gemäss Art. 42 StGB. Auf dieses Urteil hin ordnete die Justizdirektion am 6. Februar 1990 die Rückversetzung in die Verwahrung ab 10. Oktober 1987 an. Sie gewährte ihm mit Verfügung vom 5. August 1994 die bedingte Entlassung unter anderem mit der Weisung, während der Probezeit keine Beschäftigung mit Betreuungs- und Unterrichtsfunktionen gegenüber Kindern und Jugendlichen anzunehmen und keine Stellung in einem Heim für Kinder oder Jugendliche anzutreten. Nach Missachtung dieser Weisung ordnete das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug des Kantons Zürich am 22. November 1994 seine Rückversetzung in die Verwahrung an. Mit Verfügungen des Amts vom 24. September 1997 und 19. Oktober 1998 sowie des nunmehr zuständigen Amts für Justizvollzug (JuV) vom 12. November 1999 und vom 6. September 2000 wurden bedingte Entlassungen abgelehnt.

B.- Z._____ rekurrierte gegen die Verfügung vom 6. September 2000 bei der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich mit Hauptantrag auf bedingte Entlassung.
Die Justizdirektion hiess den Rekurs am 22. Januar 2001 teilweise gut und wies das JuV an, umgehend einen auf eine innert nützlicher Frist vorzusehende bedingte Entlassung aus der Verwahrung ausgerichteten Vollzugsplan für Z._____ aufzustellen und im Rahmen seiner Mitwirkung und Bewährung umzusetzen. Im Übrigen wies sie den Rekurs ab.

Z._____ führte am 23. Februar 2001 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit dem Antrag auf bedingte Entlassung aus der Verwahrung. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde am 4. Mai 2001 ab.

C.- Z._____ erhebt eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, festzustellen, dass das Verfahren Art. 5 Ziff. 4 EMRK verletze, ihn aus der Verwahrung bedingt zu entlassen und ihm die unentgeltli-

che Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren.

D.- In der Vernehmlassung beantragt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Abweisung soweit Eintreten und verzichtet im Übrigen auf Vernehmlassung. Der Justizvollzug des Kantons Zürich beantragt Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Beschleunigungsgebots von Art. 5 Ziff. 4 EMRK. Die Behörden hätten gewusst, dass im November 1999 die Fünfjahresfrist von Art. 42 Ziff. 4 Abs. 3 StGB beendet sein würde, und spätestens im Frühling 1999 auch, dass seitens des Fachausschusses eine erneute Begutachtung verlangt werde. Diesen Gutachterauftrag hätten sie unverzüglich erteilen müssen und nicht erst ein halbes Jahr später. Zudem hätten sie gegen die Beschleunigungspflicht verstossen, indem sie das Gutachten bei einer Institution in Auftrag gegeben hätten, die für die Begutachtung über acht Monate gebraucht habe, und indem sie nicht gewillt gewesen seien, während dieser Zeit Vollzugslockerungen oder die bedingte Entlassung zu verfügen.
Nach Eingang des Gutachtens habe es noch einmal zwei Monate gedauert, bis das Amt für Justizvollzug den weiteren Vollzug verfügt und die bedingte Entlassung abgewiesen habe; für diese Dauer sei das Beschleunigungsgebot ebenfalls verletzt worden. Gegen diese Verfügung sei am 5. Oktober 2000 ein Rekurs eingereicht worden. Die Justizdirektion habe für ihren Entscheid noch einmal knappe vier Monate bis zum 22. Januar 2001 benötigt und damit das Beschleunigungsgebot verletzt. Zwischen seinem Antrag auf bedingte Entlassung (14. Oktober 1999) bis zur Überprüfung des Freiheitsentzugs durch ein Gericht seien eineinhalb Jahre und zwanzig Tage verstrichen. Damit sei nicht "raschmöglichst" im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK geurteilt worden.

Die Vorinstanz habe ihre Kognition weitgehend eingeschränkt. Das sei unzulässig. Art. 5 Ziff. 4 EMRK mache nur Sinn, wenn dem Gericht eine vollständige Überprüfung des Grundes für den Freiheitsentzug ermöglicht sei.
Nur so sei eine wirkliche Kontrolle möglich. Das Gericht habe "eine recht weitgehende Kognitionsbefugnis" (mit Hinweis auf Haefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Auflage, Bern 1999, S. 126).

b) Gemäss Art. 5 Ziff. 4 EMRK hat jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist (SR 0.101).
Die Gründe einer Verwahrung gemäss Art. 42 StGB können nachträglich wegfallen, und über die bedingte oder probeweise Entlassung ist mindestens einmal jährlich Beschluss zu fassen (vgl. Art. 42 und 45 StGB sowie unten E. 2c). Nach der Rechtsprechung zu Art. 5 Ziff. 4 EMRK ist der Freiheitsentzug in vernünftigen Abständen zu überprüfen (vgl. BGE 121 I 297 E. 3b/cc). Die Konvention verlangt die Prüfung durch ein Gericht (BGE 126 I 172 E. 3b; 124 I 327 E. 3a; 122 IV 8 E. 2b; 116 Ia 295 E. 4). Dabei ist die gesamte Verfahrensdauer zu berücksichtigen (BGE 122 I 18 E. 2d). Die "kurze Frist" beginnt mit der Eingabe bei der ersten Instanz, lässt sich aber weiter nicht in abstracto bestimmen; sie ist im Lichte der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

c) In der Frage der vorinstanzlichen Kognition stützt sich der Beschwerdeführer auf Haefliger/Schürmann (a.a.O., S. 126 und FN 166), die ausführen, allgemein lasse sich sagen, dass dem Haftrichter eine recht weitgehende Kognitionsbefugnis zustehen müsse, damit er prüfen könne, ob die für den Freiheitsentzug bestehenden Anforderungen der Konvention erfüllt seien; wie das Bundesgericht andeute, genüge beispielsweise nur eine Willkürprüfung nicht. Dieser Aussage liegt ein Entscheid der I. Oeffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 28. September 1989 in einer Haftentlassung zu Grunde (BGE 1P.437/1989, veröffentlicht in EuGRZ 1989 S. 441): Nach diesem Entscheid garantiert Art. 5 Ziff. 4 EMRK nicht das Recht auf eine Überprüfung, bei welcher das Gericht hinsichtlich aller Aspekte der Angelegenheit einschliesslich reiner Zweckmässigkeitserwägungen sein eigenes Ermessen an die Stelle der Behörde setzen könnte.
Die Überprüfung muss indessen umfassend genug sein, um sich auf alle jene Umstände zu erstrecken, die nach der Konvention für die Beurteilung der Recht- und Gesetzmässigkeit der Inhaftierung unerlässlich sind (BGE

a.a.O., E. 4c). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Der Vorinstanz ist zwar die Ermessensprüfung versagt; mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht können indessen Rechtsverletzungen (einschliesslich des Ermessensmissbrauchs und der Ermessensüberschreitung) sowie die unrichtige oder ungenügende Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts gerügt werden (angefochtenes Urteil S. 3 f., E. 2a). Damit erstreckt sich die Prüfung auf alle jene Umstände, die für die Beurteilung unerlässlich sind. Die Vorbringen sind somit unbegründet.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das vorliegende Verfahren auf einem rechtskräftigen Strafurteil beruht. Damit besteht ein rechtmässiger Freiheitsentzug, der nur daraufhin zu überprüfen ist, ob er weiterhin rechtmässig ist.
Es geht nicht um eine Haftsache.

d) Zwischen Gesuchseinreichung und vorinstanzlichem Urteil liegen 18 Monate. Der Grund liegt darin, dass die Sache nach mehreren Abweisungen von Gesuchen nunmehr grundlegend abgeklärt und überprüft wurde. Der Auftrag für das Gutachten wurde mit Schreiben vom 11. Oktober 1999 erteilt (kantonale Akten, act. 236). Dieser Zeitpunkt lag vor dem Ende der Mindestdauer von fünf Jahren im Sinne von Art. 42 Ziff. 4 Abs. 3 StGB. Er lässt sich auch damit erklären, dass zuerst die Erledigung des gegen die verweigerte Urlaubsgewährung erhobenen Rekurses abgewartet wurde (Entscheid der Justizdirektion vom 24. September 1999; psychiatrisches Gutachten vom 5. Juli 2000, act. 251, S. 1 f.).
Dieses umfangreiche Gutachten der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 5. Juli 2000 wurde acht Monate nach Auftragserteilung erstattet. Die Zeit war erforderlich, weil der Gutachter eine sorgfältige Expertise in ausführlicher und eingehender Weise erstattete und diese Ausführlichkeit durch die ausserordentlich komplexe Vorgeschichte des Beschwerdeführers geboten erschien. Die zwei Monate, die das Amt für Strafvollzug bis zu seiner Verfügung vom 6. September 2000 benötigte (act. 260), erscheinen auch angesichts der Tatsachen, dass der Beschwerdeführer angehört und ein Führungsbericht eingeholt wurde (act. 258 und 259), nicht als überlang. Die knapp vier Monate für die Behandlung des Rekurses durch die Justizdirektion sind noch vertretbar.
Gegen die von der Vorinstanz benötigte Zeit (rund zwei Monate) wendet der Beschwerdeführer zu Recht nichts ein.
Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK ist deshalb zu verneinen.

e) Befasst sich eine gerichtliche Instanz mit der Frage, ob ein Betroffener aus einer stationären Massnahme zu entlassen ist (Art. 43 Ziff. 4 StGB; recte: Art. 42 Ziff. 4 StGB), kann es bis zur definitiven Entscheidung unter Umständen lange dauern, insbesondere wenn Gutachten einzuholen und gegebenenfalls weitere Abklärungen zu treffen sind, wobei jeweils dem Berechtigten das rechtliche Gehör zu gewähren ist. In solchen Fällen liesse sich allenfalls durch eine Zwischenentscheidung zum Ausdruck bringen, dass die Voraussetzungen einer Entlassung aufgrund des vorläufigen Beweisergebnisses nicht gegeben sind.

2.- a) Die Vorinstanz führt zur bedingten Entlassung aus, der Gutachter halte es zwar für möglich, dass das fortgeschrittene Lebensalter des Beschwerdeführers und die seit etwa zwei Jahren durchgeführte Psychotherapie die Gefahr weiterer Straftaten gegenüber früher vermindert hätten.
Nach wie vor werde aber ein spezifisches Risiko für eine erneute Sexualdelinquenz bejaht. Die Voraussetzungen einer bedingten Entlassung seien gegenwärtig nicht erkennbar.
Vielmehr sei nach einer grösseren Zahl unbegleiteter Urlaube zunehmender Dauer in etwa einem Jahr über die weitere Vorgehensweise zu entscheiden. Angesichts der belasteten Prognose seien Vollzugslockerungen nur stufenweise möglich. Dieser Einschätzung vermöge der Beschwerdeführer nichts Massgebliches entgegenzusetzen. Insbesondere habe der Gutachter das Alter und die Zukunftspläne des Beschwerdeführers, welche nach dessen Auffassung für eine günstige Prognose sprächen, durchaus in Rechnung gestellt. Wenn vorab auf Grund des fortgeschrittenen Alters Anzeichen für eine Verminderung der Gefahr neuerlicher Delinquenz zwar vorhanden seien, habe die Justizdirektion angesichts der gesamten Umstände doch durchaus annehmen können, der Beschwerdeführer benötige für eine Bewährung einen graduellen Übergang in die Freiheit, eine ausreichende Vorbereitung und den Aufbau eines engmaschigen Kontrollnetzes. Das in der Beschwerde behauptete soziale Netz vermöge diesen Anforderungen nicht zu genügen. Die Ablehnung der bedingten Entlassung erweise sich somit als verhältnismässig und bewege sich im Rahmen des den Vollzugsbehörden zukommenden Ermessens

(angefochtenes Urteil S. 5).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, da die Vorinstanz ihre Kognition nicht ausgeübt habe, wäre ihr Urteil aufzuheben und zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Zur Verhinderung einer weiteren EMRK-widrigen Verzögerung sollte jetzt die bedingte Entlassung ausgesprochen werden. Es sei ursprünglich eine falsche Diagnose gestellt worden. Nach dem Gutachten vom 5. Juli 2000 bestehe keine Pädophilie. Demnach seien Gerichte und Vollzugsbehörden von einer falschen Annahme ausgegangen. Dies habe wahrscheinlich auch ihre Weigerung einer bedingten Entlassung beeinflusst. Der Gutachter weise darauf hin, dass keine affektive Angstsymptomatik und keine Selbst- oder Fremdgefährdung bestünden. Die kantonalen Instanzen hätten diesen Punkt in keiner Art und Weise beurteilt.
Bei dieser Annahme sei nicht ersichtlich, dass nach so langer Zeit die bedingte Entlassung nicht verfügt werden solle, insbesondere wenn vom Gutachter auch darauf hingewiesen werde, dass Bemühungen nicht darin bestehen könnten, eine Änderung der Triebausrichtung zu versuchen. Auch bei Verwahrten sei die bedingte Entlassung die Regel, von der nur aus guten Gründen abgewichen werden könne. Sein Verhalten, sein Alter sowie das Gutachten liessen keinen Zweifel aufkommen, dass er sich in Freiheit nicht bewähren würde. Es werde auch nicht weiter begründet, weshalb der stufenweise Vollzug jetzt noch nachgeholt werden sollte. Auch bei der bedingten Entlassung könne darauf geachtet werden, "dass Auflagen beachtet werden", was der Gutachter dem Beschwerdeführer attestiere. Das Gebot der Verhältnismässigkeit fordere die sofortige bedingte Entlassung. Das öffentliche Interesse sei durch seine bedingte Entlassung nicht tangiert.
Schützenswertes Rechtsgut seien Pflegebefohlene, welche durch andere Massnahmen geschützt werden könnten. Auflagen, wie sie bei der bedingten Entlassung im Jahre 1994 erfolgten, genügten, ein "Restrisiko" zu eliminieren. Aus der Aktennotiz vom 19. März 2001 gehe hervor, dass er seinen Lebensunterhalt in einer Klostergemeinschaft bestreiten könnte, so dass er nicht nur ein soziales Netz behaupte, sondern die Vertrauenspersonen ihn während all den zermürbenden Jahren auf seinen Urlauben begleitet hätten und auch weiterhin zu ihm stünden und mit ihm zu tun haben wollten (Beschwerde S. 7 f.).

c) Gemäss Art. 42 Ziff. 4 StGB bleibt der Verwahrte mindestens bis zum Ablauf von zwei Dritteln der Strafdauer und wenigstens drei Jahre in der Anstalt. Die angerechnete Untersuchungshaft ist zu berücksichtigen (Abs. 1). Die zuständige Behörde verfügt auf das Ende der Mindestdauer die bedingte Entlassung für drei Jahre, wenn sie annimmt, die Verwahrung sei nicht mehr nötig, und stellt den Entlassenen unter Schutzaufsicht (Abs. 2). Im Falle der Rückversetzung beträgt die Mindestdauer der neuen Verwahrung in der Regel fünf Jahre (Abs. 3). Die Massnahmendauer hängt in erster Linie von der Zeit ab, die notwendig ist, den Verwahrten zu bessern (BGE 118 IV 10 E. 3a). Das Gesetz verlangt die begründete Annahme, die Verwahrung sei nicht mehr nötig (Rehberg, Strafrecht II, 6. Auflage, Zürich 1994, S. 178).

Mit dem angefochtenen Urteil setzt sich der Beschwerdeführer nur am Rande auseinander. Er gibt auch nicht an, welche Bestimmungen des Bundesrechts verletzt sein sollen. Er führt lediglich Gründe auf, welche für eine bedingte Entlassung sprechen sollen. Vorliegend geht es nicht um eine Verwahrung im Sinne von Art. 43 StGB. Der "Geisteszustand des Täters" (Art. 43 Ziff. 1 StGB) ist somit nicht das wesentliche Kriterium. Es ist daher auch nicht entscheidend, ob beim Beschwerdeführer die Diagnose einer Pädophilie gestellt werden kann oder nicht. Auch nach dem Gutachter ist aber sein Verhalten allgemein als so genannte Störung der Sexualpräferenz anzusprechen (ICD-10, F65. 8:
"sonstige Störungen der Sexualpräferenz") und hat sich die sexuelle Triebausrichtung erwartungsgemäss nicht verändert (Gutachten vom 5. Juli 2000, S. 36). Nicht entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang die Aussage des Gutachters, dass keine affektive oder Angstsymptomatik und keine Selbst- oder Fremdgefährdung bestehe (Gutachten S. 36). Entscheidend ist vielmehr, dass ein spezifisches Risiko von Deliktsbegehungen im Sinne der früher verurteilten Sexualdelinquenz besteht (Gutachten S. 37) und dass in der Summe zweifellos keine eindeutig günstige Prognose gestellt werden kann; die Gefahr der Begehung von Straftaten im Sinne der früheren verurteilten Sexualdelinquenz ist auch inskünftig nicht zu negieren (Gutachten S. 35). Im Hinblick auf das fortgeschrittene Lebensalter und mögliche Effekte der seit etwa zwei Jahren durchgeführten Psychotherapie ist (lediglich) als möglich in Betracht zu ziehen, dass diese Gefahr der Begehung weiterer Straftaten gegenüber früheren Beurteilungszeiträumen vermindert werden konnte (Gutachten S. 37).
Das vom Beschwerdeführer recht allgemein behauptete soziale Netz erfüllt nach dem verbindlich festgestellten

Sachverhalt (Art. 105 Abs. 2 OG) diese Anforderungen nicht (angefochtenes Urteil S. 5). Die Annahme der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer für eine Bewährung einen graduellen Übergang in die Freiheit, eine ausreichende Vorbereitung und den Aufbau eines engmaschigen Kontrollnetzes benötigt, ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht.

3.- Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Vorbringen unter dem Titel von Art. 5 Ziff. 4 EMRK war nicht von vornherein aussichtslos. Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ist aktenkundig. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist teilweise gutzuheissen. Entsprechend sind dem Beschwerdeführer eine herabgesetzte Gerichtsgebühr aufzuerlegen und seiner Rechtsvertreterin eine herabgesetzte Entschädigung auszurichten. Im Übrigen ist das Gesuch abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.- Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird teilweise gutgeheissen.

3.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.- Der Vertreterin des Beschwerdeführers, Barbara Hug, Rechtsanwalt, Zürich, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 1’000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

5.- Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Amt für Justizvollzug und dem Verwaltungsgericht (4. Abteilung) des Kantons Zürich sowie dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 6. August 2001

Im Namen des Kassationshofes
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: