Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.265/2003 /mks

Urteil vom 21. November 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger,
Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

Parteien
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, 8023 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
Beschwerdegegner,
handelnd durch René Tobler, Sozialzentrum Dorflinde, QTSW, Schwamendingenstrasse 41, 8050 Zürich.

Gegenstand
Massnahme; Umwandlung (Art. 43 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 2. Juni 2003.

Sachverhalt:
A.
X._____ ist abhängig von verschiedenen psychoaktiven Substanzen (Opiate, Sedativa, Hypnotica). Er leidet überdies an einer periodisch bestehenden paranoiden Schizophrenie, deren Symptomatik sich durch Drogeneinnahme verschärfen kann. Wegen seines schlechten psychischen Gesundheitszustandes ist er verbeiständet durch einen Amtsvormund der Stadt Zürich. Im Rahmen psychotischer Schübe seiner Grunderkrankung und unter Drogeneinfluss beging er in den Jahren 1998 und 1999 diverse Delikte. Das Obergericht des Kantons Zürich als zweite kantonale Instanz sprach ihn deswegen am 23. Mai 2001 schuldig des Raubes, der mehrfachen einfachen vorsätzlichen und der fahrlässigen Körperverletzung, des Nötigungsversuchs sowie der mehrfachen Vergehen und Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes und verurteilte ihn zu einer Gefängnisstrafe von 27 Monaten. Ausserdem ordnete das Obergericht eine ambulante Therapie während des Strafvollzugs an. Auf die von der Staatsanwaltschaft beantragte und von der ersten Instanz angeordnete Verwahrung X._____s verzichtete das Obergericht jedoch. Die darauf von der Staatsanwaltschaft erhobene, auf den Verwahrungspunkt beschränkte eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 12.
Dezember 2001 ab.
B.
Im Zeitraum zwischen dem obergerichtlichen Berufungsentscheid und dem Entscheid des Bundesgerichts stellte X._____ mehrere Haftentlassungsgesuche. Mit Präsidialverfügung ordnete das Obergericht des Kantons Zürich am 11. Juni 2001 dessen Entlassung aus dem Strafvollzug an. Am 6. Juli 2001 verbot die Staatsanwaltschaft der Strafanstalt Pöschwies, X._____ zu entlassen, und sie stellte am 9. Juli 2001 das Gesuch, diesen in Sicherheitshaft zu versetzen. Dem Gesuch wurde stattgegeben. X._____ blieb in der Folge - über die vollständige Strafverbüssung am 6. Oktober 2001 hinaus - in Haft. Nach Eingang des bundesgerichtlichen Ur-

teils ordnete der Vorsitzende der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich am 14. Dezember 2001 die sofortige Haftentlassung an. X._____ befindet sich seither in Freiheit. Wegen der zu lange verbüssten Haft entschädigte ihn das Obergericht des Kantons Zürich mit Fr. 6'000.–.
C.
Bis zum Datum der Haftentlassung infolge vollständiger Verbüssung der Strafe war mit der vom Obergericht angeordneten ambulanten Massnahme während des Strafvollzugs noch nicht begonnen worden. Am 7. Juni 2002 ordnete das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB letzter Satz an. Mit Verfügung vom 13. Januar 2003 stellte das Amt die Massnahme wegen Undurchführbarkeit wieder ein. Gleichzeitig stellte es Antrag an das Obergericht, es sei auf die erneute Anordnung einer ambulanten Massnahme zu verzichten, und es sei die Anordnung einer stationären Massnahme gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu prüfen.
D.
Mit Beschluss vom 2. Juni 2003 sah das Obergericht des Kantons Zürich von der Anordnung sowohl einer erneuten ambulanten wie auch einer stationären Massnahme ab. Die Staatsanwaltschaft hatte in diesem Verfahren die psychiatrische Begutachtung X._____s beantragt. Dieser selbst hatte Antrag gestellt, es sei weder eine erneute ambulante noch eine andere Massnahme anzuordnen.
E.
Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der sie beantragt, der Beschluss des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache sei zur Einholung eines psychiatrischen Gutachtens und zur anschliessenden Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Obergericht verzichtet auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Dabei hat der Beschwerdeführer kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind. Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einwände, Bestreitungen und Beweismittel sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden (Art. 277bis Abs.1 BStP; BGE 126 IV 65 E. 1 mit Hinweisen).
2.
Die Vorinstanz verzichtet auf die erneute Anordnung einer Massnahme nach Einstellung der ambulanten Therapie primär aus rechtlichen Gründen, sekundär aber auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände.

Zunächst verwirft sie die Anordnung einer Verwahrung mit Hinweisen auf ihr eigenes Urteil vom 23. Mai 2001 (sie hatte auf die Verwahrung verzichtet wegen des nicht hinreichenden Gewichts der Anlasstaten und der grundsätzlich positiven Entwicklung des Beschwerdegegners) sowie auf das Urteil des Bundesgerichts vom 12. Dezember 2001. Ausserdem weist sie darauf hin, dass sich der Beschwerdegegner seit dem 14. Dezember 2001 auf freiem Fuss befinde. Zwei seither eröffnete Strafverfahren beträfen Antragsdelikte wie Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung. Ein weiteres Strafverfahren sei eingestellt worden. Der Beschwerdegegner habe somit weder ein schweres Gewaltdelikt begangen, das Anlass für eine Verwahrung bieten könnte, noch habe er seit seiner Haftentlassung eine besondere Gefährlichkeit offenbart.

Unter diesen Umständen komme auch die Umwandlung der ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme nicht in Frage, weil diese einen verwahrungsähnlichen Zustand schaffen würde. Nach vollständiger Verbüssung der Strafe dürfe eine solche Umwandlung, wenn überhaupt, nur in Ausnahmefällen angeordnet werden - und ein solcher liege nicht vor. Sodann spräche der Grundsatz gegen die Umwandlung, wonach ein Betroffener das Recht habe, dass ihm eine Massnahme, die schwer wiege, an die zu verbüssende Strafe angerechnet werde. Der Beschwerdegegner habe die ganze ihm auferlegte Strafe verbüsst, weshalb er von der Anrechnung der Massnahme ausgeschlossen wäre. Schliesslich sehe der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches vor, dass eine ambulante Massnahme nur in eine stationäre umgewandelt werden dürfe, wenn eine Reststrafe noch zu verbüssen wäre, was vorliegend nicht der Fall sei.

Hinsichtlich der konkreten Umstände berücksichtigt die Vorinstanz schliesslich, dass die gerichtlich angeordnete ambulante Therapie während des Strafvollzugs aus nicht vom Beschwerdegegner zu vertretenden Gründen gar nicht begonnen worden sei. Obwohl es absehbar gewesen sei, dass eine ambulante Therapie in Freiheit kaum durchführbar sein werde, hätten die Vollzugsbehörden die ambulante Therapie erst fünf Monate nach der Haftentlassung des Beschwerdegegners in die Wege geleitet. Nach dem absehbaren Scheitern dieser Therapie sei es nicht mehr sinnvoll, erneut eine solche Behandlung in Freiheit anzuordnen.
3.
Dagegen bringt die Staatsanwaltschaft mit ihrer Eingabe vor, dass die Umwandlung einer ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme auch nach Verbüssung der gesamten Strafe grundsätzlich, wenn auch nur in Ausnahmefällen, zulässig sei. Die Vorinstanz verneine das Vorliegen eines Ausnahmefalles ohne nähere Begründung. Sie stütze sich im Übrigen für ihren Entscheid auf ein Gutachten ab, welches den aktuellen Verhältnissen nicht mehr entspreche, weshalb sie, wie von der Staatsanwaltschaft beantragt, vor ihrem Entscheid eine Neubegutachtung hätte veranlassen müssen.
4.
4.1 Gemäss Art. 43 Ziff. 1 und 2 StGB kann der Richter für einen Täter ambulante Behandlung anordnen, wenn dessen Geisteszustand eine Behandlung erfordert und sich damit die Gefahr weiterer Straftaten verhindern oder vermindern lässt. Er kann den Strafvollzug aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen.

Art. 43 Ziff. 3 StGB bestimmt u.a. Folgendes: Erweist sich die ambulante Behandlung als unzweckmässig oder für andere gefährlich, erfordert jedoch der Geisteszustand des Täters eine ärztliche Behandlung oder besondere Pflege, so wird vom Richter Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt angeordnet. Ist die Behandlung in einer solchen Anstalt unnötig, so entscheidet der Richter, ob und inwieweit aufgeschobene Strafen noch vollstreckt werden sollen (Abs. 2). An Stelle des Strafvollzugs kann der Richter eine andere sichernde Massnahme anordnen, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind (Abs. 3).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes beruht die Umwandelbarkeit einer gescheiterten ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme auf der Voraussetzung, dass der Strafvollzug aufgeschoben wurde. In einem Entscheid aus dem Jahre 1999 hat das Bundesgericht jedoch erkannt, dass der Richter nach der Einstellung einer ambulanten Therapie materiell über eine Ersatzmassnahme oder den Verzicht darauf zu entscheiden hat, wenn sich der Betroffene im Strafvollzug befindet, die Strafe mithin nicht zu Gunsten der ambulanten Therapie aufgeschoben wurde (BGE 125 IV 225). Nicht entscheiden musste das Bundesgericht bisher, ob die Umwandlung einer ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme auch zulässig ist, wenn sie erst nach vollständiger Strafverbüssung begonnen wurde und in der Folge scheiterte.

Nach geltendem Recht ist diese Möglichkeit zwar nicht explizit ausgeschlossen. Der Wortlaut von Art. 43 StGB, dessen systematische Stellung sowie grundsätzliche Überlegungen sprechen jedoch eher dagegen. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass von dieser Möglichkeit, wenn überhaupt, nur ausnahmsweise und nur mit grosser Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden sollte (vgl. Marianne Heer, in: Niggli/Wiprächtiger, Hg., Strafgesetzbuch I, Basler Kommentar, N 216 zu Art. 43). Der neue, vom Parlament bereits verabschiedete allgemeine Teil des Strafgesetzbuches, der in absehbarer Zeit in Kraft gesetzt wird, schliesst die Umwandlung einer ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme nach vollständiger Verbüssung der Strafe aus, da gemäss Art. 63b Abs. 3 und 4 nStGB die Umwandlung eine vollziehbare (Rest-)Strafe voraussetzt (vgl. auch Botschaft des Bundesrates, BBl 1999 2095f.).

Soweit die Anwendung des heute noch geltenden alten Rechts in Frage steht, ist zunächst festzustellen, dass Art. 43 Ziff. 3 StGB für die Umwandlung einer gescheiterten ambulanten Therapie wenigstens implizit voraussetzt, dass die Strafe oder ein Teil derselben zum Zeitpunkt des Umwandlungsentscheides noch nicht verbüsst ist. Dies ergibt sich daraus, dass die Bestimmung einen Strafaufschub unterstellt. Der oben zitierte Bundesgerichtsentscheid steht dazu nicht im Widerspruch: Zwar wurde die Strafe in diesem Fall nicht aufgeschoben, doch hatte der Betroffene zum Zeitpunkt des von den Vollzugsbehörden beantragten materiellen Entscheides über eine Alternative zur eingestellten ambulanten Behandlung während des Strafvollzugs noch eine langjährige Reststrafe zu verbüssen. Aus diesem Urteil kann zwar abgeleitet werden, dass ein Umwandlungsentscheid

auch möglich ist, wenn die Strafe nicht aufgeschoben worden ist, jedoch nur während des fortdauernden Strafvollzugs. Es kann daraus aber nicht abgeleitet werden, dass die Umwandlung einer ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme auch nach vollständiger Verbüssung der Strafe noch möglich wäre.

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, spricht auch die Rechtsprechung zur Anrechnung von Massnahmen an noch zu verbüssende Strafen indirekt gegen die Umwandlung einer ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme nach vollständiger Verbüssung der Strafe.

In genereller Weise ist Folgendes festzuhalten: Das mit einer Straftat geschaffene Unrecht ist mit der vollständigen Verbüssung der dafür ausgesprochenen schuldangemessenen Strafe ausgeglichen und damit unter strafrechtlichem Gesichtspunkt erledigt. Allfälligen Sicherheitsbedürfnissen der Öffentlichkeit ist danach primär nicht mehr mit strafrechtlichen Vorkehren zu begegnen, sondern mit den Mitteln des Zivilrechts (fürsorgerische Freiheitsentziehung gemäss ZGB) und gegebenenfalls des öffentlichen Rechts (kantonale Psychiatriegesetze u.ä.). Obwohl das strafrechtliche System von Strafen und Massnahmen eine grosse Flexibilität kennt - und im Interesse auch der Betroffenen kennen soll -, ist den präventiv begründeten Behandlungsbedürfnissen primär im Strafurteil Rechnung zu tragen. Deshalb kann bei ambulanten Behandlungen und muss bei stationären Massnahmen der Strafvollzug zum Voraus aufgeschoben werden (so wäre es nicht zulässig, eine ambulante Therapie für die Zeit nach dem Strafvollzug zu verfügen). Der Rechtskraft des Strafurteils mit seinen Anordnungen zur Behandlung gebührt deshalb grundsätzlich der Vorrang gegenüber später auftretenden Umständen, die eine Anpassung der Sanktionen erforderlich erscheinen lassen. Dies gilt umso
mehr, wenn die Strafe nicht aufgeschoben wurde und inzwischen verbüsst ist.
4.2 Ob die Anordnung einer stationären Massnahme nach vollständiger Verbüssung der Strafe kategorisch auszuschliessen ist, kann in casu jedoch offen gelassen werden. Sie kommt auf Grund des oben Ausgeführten jedenfalls nur in Ausnahmefällen und unter strenger Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes überhaupt in Betracht (vgl. Marianne Heer, a.a.O, N 216, 213). Ein solcher Ausnahmefall könnte etwa angenommen werden, wenn ein entlassener Straftäter nach dem Scheitern seiner Therapie die öffentliche Sicherheit in schwerer Weise gefährden würde und nur eine langfristige stationäre Behandlung, die im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung nicht durchführbar wäre, die Rückfallgefahr vermindern könnte. Es müsste sich mithin der Schluss aufdrängen, dass der Sachrichter entweder irrte, als er mit seinem Urteil von einer stationären Massnahme absah, oder dass er die akute Veränderung und Verschlimmerung der prognose- und sicherheitsrelevanten Umstände nicht voraussehen konnte oder nicht voraussah.

Das Obergericht hat in seinem Urteil vom 23. Mai 2001 eine stationäre Massnahme für unzweckmässig erachtet und auch die Anordnung einer Verwahrung ausgeschlossen. Dieses Urteil wurde in der Folge vom Bundesgericht mit dem auf den Verwahrungspunkt beschränkten Beschwerdeentscheid bestätigt, und es ist in Rechtskraft erwachsen.

Die Beschwerdeführerin macht nicht mehr geltend, dass der Beschwerdegegner hätte verwahrt oder stationär behandelt werden müssen. Sie bringt auch nicht vor, der Beschwerdegegner gefährde heute die öffentliche Sicherheit in erheblicher Weise - was sich aus dessen Verhalten seit der Haftentlassung vor zwei Jahren auch nicht ableiten liesse. Schliesslich tut die Beschwerdeführerin auch nicht in genereller Weise dar, weshalb es sich vorliegend um denjenigen Ausnahmefall handeln sollte, bei dem die Anordnung einer stationären Massnahme - wenn überhaupt - nach vollständiger Verbüssung der Strafe noch zulässig wäre.

Unter den gegebenen Umständen erscheint die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme, mit der ein verwahrungsähnlicher Zustand geschaffen würde, als unverhältnismässig und kommt deshalb nicht in Betracht. Sollten sich kurzfristig Umstände einstellen, die die Internierung des Beschwerdegegners als notwendig erscheinen liessen, hätte die zuständige Behörde mit einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung zu reagieren.
4.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz auf eine Neubegutachtung des Beschwerdegegners verzichtete und ihren Entscheid auf ein Gutachten aus dem Jahre 2000 abstützte. Das Gutachten trage den seither eingetretenen Veränderungen nicht Rechnung.
Seinen Entscheid über die Umwandlung einer ambulanten Massnahme hat der Richter auf eine Expertise abzustützen. Diese hat neueren Datums zu sein. Es darf nicht daran gezweifelt werden können, dass sie noch

zutrifft. Massgeblich für die Aktualität eines Gutachtens ist nicht dessen Alter, sondern die Frage, ob sich die Verhältnisse seit der Erstellung geändert haben (vgl. BGE 128 IV 241 E. 3 und 4, Zusammenfassung der Rechtsprechung, vgl. auch Entscheid 6P.91/2002 vom 20. September 2002 E. 2.1.1).

Die Vorinstanz prüft die Erforderlichkeit einer Neubegutachtung nicht näher, weil sie die Umwandlung der gescheiterten ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme unter den gegebenen Umständen weder als angezeigt noch als zulässig erachtet. Dieser Schluss ist nicht zu beanstanden. Dies wäre er nur, wenn auf Grund der Schwierigkeiten, die der Beschwerdegegner nach wie vor hat, und auf Grund seines Verhaltens angenommen werden müsste, dass es sich um einen Fall handelt, bei dem die nachträgliche Umwandlung der ambulanten Massnahme ausnahmsweise zulässig und geboten wäre.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass das Gutachten aus dem Jahre 2000 als nach wie vor aktuell zu qualifizieren wäre. Es ist ausführlich und differenziert, und es trägt aus der damaligen Sicht des Gutachters möglichen Veränderungen im Gesundheitszustand des Beschwerdegegners in der Zukunft bereits Rechnung. Die Grunderkrankung des Beschwerdegegners bringt Veränderungen im Zustandsbild naturgemäss mit sich. Darauf geht der Gutachter ein. Die seitherigen Veränderungen beim Beschwerdegegner, der sich inzwischen in einer krisenhaften Situation auch freiwillig bereits einmal in stationäre Behandlung begab, bewegen sich im Rahmen der gutachterlichen Vermutungen. Sie sind nicht derart, dass eine sofortige Internierung je notwendig geworden wäre.
5.
Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde demnach als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder Kosten zu erheben noch Entschädigungen auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen ausgerichtet.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 21. November 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: