Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.297/2006 /hum

Urteil vom 26. September 2006
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Zünd,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Advokat Dr. Stefan Suter,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, Binningerstrasse 21, Postfach, 4001 Basel.

Gegenstand
Anordnung der Verwahrung (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2
und Ziff. 3 Abs. 3 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt
vom 28. April 2006.

Sachverhalt:
A.
Am 16. April 1997 verurteilte das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt X._____ wegen Mordes im Sinne von Art. 112 StGB und Diebstahls im Sinne von Art. 137 Ziff. 1 aStGB zu einer Zuchthausstrafe von 11 Jahren unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft und des vorläufigen Strafvollzugs seit dem 7. Januar 1995. Zudem ordnete es eine vollzugsbegleitende intensive Psychotherapie gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB an. Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

X._____ verbüsste die Strafe in der Folge in den Anstalten Bostadel, Schällemätteli, Thorberg und St. Johannsen. Im Laufe des Strafvollzugs bekundete er Mühe mit der Integration in den Strafanstalten.

Das ordentliche Strafende fiel auf den 6. Januar 2006, zwei Drittel der Strafe waren am 6. Mai 2002 erstanden. Gestützt auf die Empfehlung der Interkantonalen Fachkommission zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern der Kantone Solothurn, Basel-Landschaft und Basel-Stadt (IFKGS), welche X._____ am 21. Januar 2002 unverändert als gemeingefährlich einstufte, verweigerte ihm die Strafvollzugskommission des Kantons Basel-Stadt mit Entscheid vom 6. Februar 2002 die bedingte Entlassung. Wiederum gestützt auf eine Beurteilung der IFKGS vom 12. Mai 2003 verfügte die kantonale Vollzugsbehörde am 6. Juni 2003 die Einstellung der ambulanten Massnahme wegen Aussichtslosigkeit und ersuchte das Strafgericht um Prüfung der Anordnung einer stationären Massnahme oder einer Verwahrung im Sinne von Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 oder 3 StGB. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Am 18. April 2005 hob das Strafgericht Basel-Stadt die gegen X._____ angeordnete ambulante Massnahme auf und ordnete stattdessen in Anwendung von Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 und Ziff. 1 Abs. 2 StGB die Verwahrung

an. Die dagegen erhobene Appellation von X._____ wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 28. April 2006 ab.
B.
X._____ erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz. Ausserdem ersucht er um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
C.
Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt verzichtet unter Hinweis auf die Begründung im angefochtenen Urteil auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde. Weitere Stellungnahmen wurden nicht eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Entscheids richten, sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden, soweit sich der Beschwerdeführer gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz wendet.
2.
Der Beschwerdeführer beanstandet unter Berufung auf das Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB) und den Grundsatz ne bis in idem die nachträgliche Umwandlung der ambulanten Massnahme in eine Verwahrung. Nach seinem Dafürhalten fehlt es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, um eine solche Umwandlung nach vollständiger Strafverbüssung und Ablauf der auf die Dauer des Strafvollzugs befristeten ambulanten Massnahme aussprechen zu können.
2.1 Das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt hat den Beschwerdeführer am 16. April 1997 zu einer Zuchthausstrafe von 11 Jahren verurteilt und gleichzeitig eine vollzugsbegleitende intensive Psychotherapie im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angeordnet. Der Beschwerdeführer hat die ihm auferlegte Strafe am 6. Januar 2006 vollständig verbüsst. Dies bedeutet allerdings nicht, dass jeder weiteren Anordnung einer Massnahme die Grundlage entzogen wäre. Denn sämtliche Massnahmen nach Art. 43 StGB werden auf unbestimmte Zeit angeordnet, ohne Rücksicht auf Art und Dauer der ausgesprochenen Strafe; massgebend sind alleine der Geisteszustand des Täters und die Auswirkungen der Massnahme auf die Gefahr weiterer Straftaten (BGE 123 IV 100 E. 3c; 100 IV 12 E. 2b). Auch eine gleichzeitig zu vollziehende Freiheitsstrafe hat auf die Dauer einer ambulanten Behandlung keinen Einfluss; diese kann den Strafvollzug vielmehr überdauern (BGE 100 IV 12 E. 2c). Wird das Ziel der ambulanten Behandlung im Strafvollzug oder in der Freiheit nicht erreicht, so kann der Richter gestützt auf den in Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB verankerten Grundsatz der Austauschbarkeit von Massnahmen die ursprünglich angeordnete ambulante Massnahme ändern und je nach
den Behandlungs- und Sicherheitsbedürfnissen im Einzelfall in eine stationäre Massnahme nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB oder gar in eine Verwahrung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB umwandeln. Dies gilt nach konstanter Rechtsprechung selbst, wenn der zeitlich befristete Strafvollzug bereits beendet ist, der Täter seine Strafe also schon vollständig verbüsst hat (BGE 128 I 184 E. 2.3.2.; vgl. auch BGE 125 IV 225 E. 2; 123 IV 100 E. 3; nicht amtlich veröffentlichte Entscheide des Bundesgerichts vom 21. November 2003 6S.265/2003 E. 4; vom 4. Juli 2005 1P.359/2005 E. 3.1.1; vom 20. Dezember 2005 6P.110/2005 und 6S.325/2005 E. 4.2 sowie vom 23. Januar 2006 6P.130/2005 und 6S.408/ 2005 E. 2).
2.2 Die Umwandlung einer gescheiterten ambulanten Massnahme in eine stationäre Massnahme oder in eine Verwahrung ist somit grundsätzlich jederzeit, d.h. ungeachtet eines allfälligen Strafrests, gestützt auf Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB zulässig, sofern die Voraussetzungen für die neue Massnahme gegeben sind. Dass eine solche Umwandlung an eine noch zu verbüssende Reststrafe anknüpfen muss, ist somit entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht erforderlich. Bei Unzweckmässigkeit oder Erfolglosigkeit der ambulanten Therapie kann vielmehr auch nach vollständiger Strafverbüssung gestützt auf die erwähnte Gesetzesnorm auf den ursprünglichen Entscheid zurückgekommen werden, um den Verurteilten - bei gegebenen Voraussetzungen - in eine Anstalt zur stationären Behandlung einzuweisen oder nötigenfalls zu verwahren. Dass die angeordnete intensive Psychotherapie - wie der Beschwerdeführer geltend macht - auf die Dauer des Strafvollzugs befristet wurde, ergibt sich im Übrigen weder aus dem Urteilsspruch noch aus den Urteilserwägungen. Wohl war im ursprünglichen Urteil vom 16. April 1997 von einer vollzugsbegleitenden intensiven Psychotherapie die Rede.

Damit sollte aber nicht etwa die Dauer der Massnahme auf die Dauer des
Freiheitsentzugs beschränkt, sondern lediglich der Strafaufschub verweigert werden (vgl. BGE 100 IV12 E. 2c; s.a. Ursula Frauenfelder, Die ambulante Behandlung geistig Abnormer und Süchtiger als strafrechtliche Massnahme nach Art. 43 und 44 StGB, Diss. Zürich 1978, S. 158; Marianne Heer, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, Art. 43 N. 131). Die erhobene Rüge, der angefochtene Entscheid verletze das Legalitätsprinzip, ist demnach unbegründet.
2.3 Ebenso wenig ist der vom Beschwerdeführer angerufene Grundsatz ñe bis in idemv̈erletzt, da die Umwandlung der im ursprünglichen Strafurteil angeordneten ambulanten Therapie in eine andere Massnahme keine auf dieselbe Anlasstat gestützte zweite und damit unzulässige Verurteilung bildet. Immerhin ist im Rahmen einer konventionskonformen Auslegung von Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK aber zu beachten, dass zwischen der ursprünglichen Verurteilung und der durch eine Umwandlung der bisherigen ambulanten Massnahme bedingten allfälligen erneuten Freiheitsentziehung eine zeitliche und inhaltliche Verknüpfung bestehen muss. Wie sich aus dem Strafurteil vom 16. April 1997 ergibt, wurde bereits damals in Anbetracht der vom Beschwerdeführer ausgehenden hohen Rückfallgefahr für Aggressionsdelikte die Option einer nachträglichen Abänderung in eine sichernde Massnahme vorbehalten für den Fall der Erfolglosigkeit oder der Nichtdurchführbarkeit der ambulanten Behandlung. Die heute zur Beurteilung stehende Umwandlung der ambulanten Massnahme in eine Verwahrung konkretisiert mithin bloss den Massnahmevollzug, wie er im ursprünglichen Strafurteil bei Misserfolg der angeordneten ambulanten Behandlung
bereits vorgezeichnet war. Unter diesen Umständen erweist sich die neuerliche Freiheitsentziehung des Beschwerdeführers durch das vorangegangene Strafurteil als gedeckt (nicht veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005 6P.110/2005, 6S.325/2005 E. 4.3).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer richtet sich gegen die angeordnete Verwahrung und will die Anordnung einer stationären Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erreichen. Die Verwahrung sei ültima ratioünd dürfe nur angeordnet werden, wenn die bestehende angebliche Gefährlichkeit nicht auf andere Weise behoben werden könne. Während seines Aufenthalts im Massnahmezentrum St. Johannsen habe faktisch bereits eine stationäre Therapie stattgefunden. Weshalb eine solche nicht fortgesetzt werden könne, sei nicht ersichtlich, zumal St. Johannsen weder seine Therapieunfähigkeit festgestellt noch den Abbruch der Massnahme angeordnet oder empfohlen habe. Unter diesen Umständen könne nicht von der Ausschöpfung aller Therapiemöglichkeiten gesprochen werden.
3.2 Die Vorinstanz geht demgegenüber im Wesentlichen gestützt auf das Gutachten der psychiatrischen Klinik Königsfelden vom 3. November 2004 davon aus, dass die Voraussetzungen für eine nachträgliche Abänderung der ambulanten Therapie in eine Verwahrung gegeben sind. Wohl sei der Beginn der angeordneten intensiven Psychotherapie verspätet erfolgt. Ihr Misserfolg liege aber weniger in den äusseren Gegebenheiten oder Versäumnissen der Behörden als vielmehr in der Persönlichkeit des Beschwerdeführers begründet. So habe der Sache nach während des beinahe drei Jahre dauernden Aufenthalts in der Anstalt St. Johannsen eine stationäre Therapie stattgefunden, ohne dass diese zu einer Stabilisierung, einer Verarbeitung des Delikts, einer Erhöhung der Frustrationstoleranz oder einer Abstinenz von Drogen beigetragen habe. Nach wie vor leide der Beschwerdeführer an einer Borderline-Persönlichkeitsstörung in kaum veränderter Ausprägung. Auch durch intensive therapeutische Massnahmen habe das Verhalten und die Persönlichkeit des Beschwerdeführers nur in einzelnen Teilbereichen modifiziert werden können. Als problematisch erweise sich auch dessen Therapiemotivation. Obschon dieser während seines Aufenthalts in St. Johannsen Gelegenheit gehabt
habe, sich auf ein Therapieangebot einzulassen, sei es ihm nicht gelungen, eine ausreichende Motivation zu entwickeln. Selbst wenn im Hinblick auf den verspäteten Therapiebeginn nur geringe Erfolgserwartungen gestellt würden, hätten in der Vergangenheit wenigstens Ansätze einer Veränderung erkennbar sein sollen. Dies sei aber nicht der Fall. Die kurz- und mittelfristigen Heilungschancen des Beschwerdeführers seien damit ungewiss. Den gutachterlichen Ausführungen zufolge sei die Prognose aufgrund der fehlenden Therapierbarkeit und -motivation des Beschwerdeführers, der langjährigen Suchtmittelabhängigkeit, der fehlenden Einsicht und Reue sowie des bisherigen Verlaufs nach der Tat als sehr ungünstig zu bezeichnen. Das Rückfallrisiko für weitere Gewalt- und Aggressionsstraftaten durch den Beschwerdeführer sei gemäss dem Gutachten sehr hoch, wobei seine Aggressivität situationsbedingt sei. Habe der Beschwerdeführer aber bereits im Massnahmezentrum St. Johannsen mit den zusätzlichen Sicherheitsauflagen seinen Drogenkonsum nicht kontrollieren können, sei er dort vermehrt Stimmungsschwankungen unterworfen, impulsiv, oft überfordert und schwierig zu führen

gewesen, dann gelte dies noch in verstärktem Ausmass im Falle seiner Unterbringung
in eine viel freier geführte Heil- und Pflegeanstalt, die nur über begrenzte Sicherungsmöglichkeiten verfüge. Angesichts der Schwere der zu befürchtenden Delikte gegen Leib und Leben und der von ihm ausgehenden Gefahr bleibe deshalb keine andere Möglichkeit als die Verwahrung.
3.3
3.3.1 Erfordert der Geisteszustand des Täters, der eine vom Gesetz mit Zuchthaus oder Gefängnis bedrohte Tat begangen hat, die damit im Zusammenhang steht, ärztliche Behandlung oder besondere Pflege und ist anzunehmen, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Taten verhindern oder vermindern, so kann der Richter den Täter gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in eine Heil- oder Pflegeanstalt einweisen lassen. Er kann ambulante Behandlung anordnen, sofern der Täter für Dritte nicht gefährlich ist. Gefährdet der Täter infolge seines Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwer wiegender Weise, so wird vom Richter seine Verwahrung angeordnet, wenn diese Massnahme notwendig ist, um ihn vor weiterer Gefährdung anderer abzuhalten (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB). Der Richter trifft seinen Entscheid auf Grund von Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand des Täters und über die Verwahrungs-, Behandlungs- oder Pflegebedürftigkeit (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB). Die Verwahrung wird in einer geeigneten Anstalt vollzogen, wobei nach Möglichkeit therapeutische und ärztliche Hilfe zu leisten und nebst dem Sicherungs- dem Heilungsaspekt Rechnung zu tragen ist (BGE 121 IV 297 E. 2b).
3.3.2 Die Voraussetzungen einer Massnahme nach Art. 43 StGB sind gegeben. Etwas anderes macht auch der Beschwerdeführer nicht geltend. Es fragt sich vorliegend einzig, ob die Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) oder aber die Verwahrung im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anzuordnen ist. Zu verwahren ist nur, wenn die Massnahme notwendig ist, um den Täter vor weiterer Gefährdung anderer abzuhalten. Kann dieses Ziel auf einem anderen Weg erreicht werden, so ist dieser zu beschreiten (BGE 127 IV 1 E. 2a; 125 IV 118 E. 5b/bb; 123 IV 1, 100).
3.3.3 Wie die Vorinstanz in Auseinandersetzung mit dem Gutachten vom 3. November 2004 verbindlich feststellt, leidet der Beschwerdeführer nach wie vor an einer Borderline-Störung in kaum veränderter Ausprägung. Er ist erheblich rückfallgefährdet. Die Wahrscheinlichkeit neuer Gewalt- und Aggressionsstraftaten wird als sehr hoch eingestuft, wobei die Aggressivität situationsbedingt sei. Dementsprechend können weitere Gewalt- und Aggressionsakte in keinem Moment ausgeschlossen werden. Die zu erwartenden Taten wiegen sehr schwer. In Gefahr sind Leib und Leben Dritter. Nach der Rechtsprechung sind bei der Gefährdung von Leib und Leben an Nähe und Ausmass der Gefahr weniger hohe Anforderungen zu stellen als bei der Gefährdung unbedeutender Rechtsgüter. Die Verwahrung kann bei Gefährdung von Leib und Leben schon dann im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB notwendig sein, wenn die Gefahr nicht sehr gross ist (BGE 127 IV 1 E. 2a). Eine Verwahrung ist damit nicht erst möglich, wenn jegliche Heilungschancen eines Täters fehlen; vielmehr muss eine solche schon angeordnet werden, wenn die Erfolgsaussichten einer Heilung kurz- und mittelfristig ungewiss sind und der Täter trotz ärztlicher Behandlung möglicherweise weiterhin gefährlich bleibt
(BGE 118 IV 108 E. 2a). Dies trifft vorliegend zu. Zwar kann nicht von einer absoluten Unbehandelbarkeit des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Seine Therapiefähigkeit wird aber angesichts der kaum beeinflussbaren Persönlichkeitsstörung und Verhaltensdispositionen als minimal bezeichnet und seine Therapiemotivation als vordergründig beurteilt. Auch durch intensive Therapiemassnahmen während des nahezu dreijährigen Aufenthalts in der Massnahmeanstalt St. Johannsen, welcher faktisch der Durchführung einer stationären Massnahme gleichkam, konnte eine Veränderung des deliktsrelevanten Geisteszustands des Beschwerdeführers nicht erreicht werden. Vor diesem Hintergrund verletzt die Anordnung der Verwahrung kein Bundesrecht, zumal in Anbetracht der erheblichen Fremdgefährlichkeit des Beschwerdeführers keine milderen Massnahmen nach Art. 43 StGB in Betracht fallen, um potenzielle Opfer wirksam zu schützen. Ebenso besteht zwischen dem Eingriff in die Freiheitsrechte des Beschwerdeführers und dem erstrebten Ziel eine vernünftige Relation. Angesichts der Erheblichkeit der von ihm ausgehenden Gefahr und der Schwere der zu erwartenden Delikte ist der mit einer Verwahrung einhergehende Eingriff in die Freiheitsrechte des Beschwerdeführers im
Blick auf das immanente Schutzbedürfnis der Allgemeinheit verhältnismässig. Dass der Beschwerdeführer bis zu seinem Übertritt in die Massnahmeanstalt St. Johannsen Anfang 2001 nur unzureichend behandelt wurde, ändert daran nichts. Denn das Scheitern der Therapie ist - wie die Vorinstanz zu Recht hervorhebt - in erster Linie der Persönlichkeit bzw. Krankheit des Beschwerdeführers und nicht allfälligen Versäumnissen der Behörden zuzuschreiben, zumal sich auch nach den mehrjährigen intensiven Therapiebemühungen in der Massnahmeanstalt St. Johannsen eine Veränderung beim Beschwerdeführer auch nicht ansatzweise abzeichnete. Dass aber

seine grundsätzliche Therapiefähigkeit und -motivation während dieses Aufenthalts durchaus geprüft werden konnten, ist in Anbetracht der dort intensiv betriebenen Psychotherapie offensichtlich. Keine Rolle spielt deshalb, dass die Initiative, den stationären Aufenthalt in St. Johannsen abzubrechen, vom Beschwerdeführer und nicht von der Massnahmeanstalt ausging.
4.
Zusammenfassend durfte die Vorinstanz in Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen ohne Verletzung von Bundesrecht die Verwahrung gestützt auf Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB anordnen. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist gutzuheissen, da die Begehren des Beschwerdeführers nicht völlig aussichtslos erschienen (Art. 152 Abs. 1 OG). Es sind daher keine Kosten zu erheben, und es ist dem Vertreter des Beschwerdeführers eine angemessene Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Dr. Stefan Suter, wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'000.– ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. September 2006
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: