Urteilskopf

117 IV 40

11. Urteil des Kassationshofes vom 21. Januar 1991 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 397 StGB, § 449 Ziff. 3 StPO/ZH; Revision.

Wird mit einem Revisionsbegehren eine Massnahme (hier: ambulante Behandlung bei gleichzeitigem Strafaufschub) anstelle einer unbedingten Freiheitsstrafe angestrebt, liegt eine Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten vor, wenn die neue Sanktion als die für die Besserung des Täters richtige betrachtet werden kann.

Regeste (fr):
Art. 397 CP, § 449 ch. 3 PP/ZH; révision.

Lorsqu'une demande de révision tend au prononcé d'une mesure (in casu un traitement ambulatoire assorti de la suspension de l'exécution de la peine) à la place d'une peine ferme de détention, il s'agit bien d'une demande de révision en faveur du condamné, lorsque la nouvelle sanction apparaît comme la meilleure solution appropriée pour amender l'auteur.

Regesto (it):
Art. 397 CP, § 449 n. 3 CPP/ZH; revisione.

Ove un'istanza di revisione tenda a che sia ordinata, in luogo di una pena detentiva sospesa condizionalmente, una misura (nella fattispecie: un trattamento ambulatorio, accompagnato dalla sospensione condizionale della pena), si è in presenza di una domanda di revisione a favore del condannato, se la nuova sanzione appare come la soluzione più appropriata per emendare l'agente.

Sachverhalt ab Seite 41

Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte X. am 2. Oktober 1989 wegen wiederholter und fortgesetzter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und weiterer Straftaten zu 30 Monaten Gefängnis abzüglich 64 Tage Untersuchungshaft. Am 2. März 1990 ersuchte X. um Wiederaufnahme des Verfahrens. Hinsichtlich Schuldspruch und Strafzumessung beanstandete sie das obergerichtliche Urteil nicht. Hingegen beantragte sie, nach bewilligter Revision sei eine ambulante Massnahme unter gleichzeitigem Strafaufschub anzuordnen. Das Revisionsgesuch stützte sich auf ein psychiatrisches Gutachten vom 26. Februar 1990. Das Obergericht lehnte das Revisionsgesuch am 30. Mai 1990 ab. Es führte aus, der geltend gemachte Revisionsgrund sei nicht erheblich, da die Anordnung einer ambulanten Massnahme unter gleichzeitigem Strafaufschub nicht milder sei als der Vollzug der Freiheitsstrafe. X. führt Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Staatsanwaltschaft und das Obergericht verzichteten auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, ob ein Urteil milder oder günstiger sei, könne nicht losgelöst von den Einschränkungen beantwortet werden, die es für die betroffene Person mit sich bringe. Dies ergebe sich auch aus dem Sinn der Revision als einem Rechtsmittel, das es dem Verurteilten ermöglichen solle, seine Situation aufgrund einer veränderten Sachlage zu verbessern. Wenn die Beschwerdeführerin ihre Behandlung erfolgreich abschliesse, was aufgrund der bisherigen Entwicklung anzunehmen sei, werde sie aller Wahrscheinlichkeit nach die Strafe von 30 Monaten nicht verbüssen müssen. Richtig sei zwar, dass das angestrebte Urteil für die Beschwerdeführerin dann nicht günstiger sei, wenn nach misslungener Behandlung nachträglich der Vollzug der Strafe von 30 Monaten Gefängnis angeordnet werde. Da aber aufgrund des rechtskräftigen Urteils ein 30monatiger Strafvollzug unabänderlich feststehe, sei ein Urteil mit zwei offenen Möglichkeiten, wovon die für die Beschwerdeführerin

günstige Möglichkeit wesentlich durch ihr eigenes Verhalten beeinflusst werden könne, hinsichtlich ihrer Rechtsstellung eindeutig das vorteilhaftere. b) Demgegenüber führt die Vorinstanz aus, in objektiver Hinsicht könne keineswegs gesagt werden, die Anordnung einer ambulanten Behandlung unter Aufschub des Strafvollzugs sei für den Betroffenen ganz allgemein und in jedem Fall der günstigere oder mildere Entscheid als die Ausfällung einer (unbedingten) Strafe allein. In subjektiver Hinsicht allerdings dürften die meisten Verurteilten eine ambulante Massnahme unter Strafaufschub vorziehen; darauf könne es aber nicht ankommen. Die (Rechts-)Frage nach dem milderen Urteil sei anhand objektiver Kriterien zu beantworten. Als solche böten sich aber auch die objektiven Umstände in einem konkreten Fall nicht an, weil die künftige Entwicklung naturgemäss im ungewissen bleibe und somit rational zur Zeit des Urteils nicht beurteilt werden könne. Dass es bei der Frage nach dem milderen Urteil nicht auf den (objektiven oder gar subjektiven) Momentaneindruck im Zeitpunkt des Entscheides ankommen könne, ergebe sich auch aus der Tatsache, dass sich die Anordnung strafrechtlicher Massnahmen nach dem öffentlichen Interesse und nicht nach jenem des Verurteilten richte; sie sei keineswegs zugunsten des Verurteilten gedacht oder gar ein Ausfluss von ihm gewährter Milde.

2. a) Gemäss Art. 397 StGB ist wegen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die dem Gericht zur Zeit des früheren Verfahrens nicht bekannt waren, die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten zu gestatten. Inhaltlich stimmen Art. 397 StGB und § 449 Ziff. 3 StPO/ZH überein (ZR 83 Nr. 81). Nach ständiger Praxis sind Tatsachen und Beweismittel erheblich, wenn sie geeignet sind, die der Verurteilung zugrundeliegenden Feststellungen so zu erschüttern, dass nach dem veränderten Sachverhalt ein milderes Urteil möglich ist (BGE 109 IV 174 mit Hinweis). Ob eine (stationäre oder ambulante) Behandlung im Vergleich zur Strafe ein milderes Urteil darstelle, wird in der Doktrin nicht erörtert. BGE 76 IV 39 beschlägt das Verhältnis zwischen Freiheitsstrafe und der Versorgung nicht voll Zurechnungsfähiger gemäss (dem inzwischen aufgehobenen) Art. 15 StGB und damit eine hier nicht interessierende stationäre Massnahme. BGE 101 IV 317 legt an die Voraussetzung des wesentlich milderen Urteils keinen strengen Massstab an; sie ist bereits gegeben, wenn aufgrund des veränderten Sachverhalts hinsichtlich einer von mehreren

strafbaren Handlungen, derentwegen der Täter verurteilt wurde, ein Freispruch möglich ist, unabhängig davon, ob dieser mildere Bestrafung nach sich zieht. b) Die Vorinstanz führte aus, der zu einer ambulanten Massnahme Verurteilte könne keineswegs zum vornherein damit rechnen, dass die aufgeschobene Strafe später ganz oder teilweise nicht mehr vollzogen werde. Komme es zur vollständigen Strafvollstreckung, so werde er durch das Urteil im Ergebnis mehr belastet, als wenn bloss eine Strafe ohne Massnahme ausgefällt worden wäre. Aber auch bei nur teilweiser Vollstreckung sei keineswegs sicher, ob die durch den Massnahmevollzug bewirkten Freiheitsbeschränkungen sowie psychischen und materiellen Belastungen nicht schwerer wögen als der erlassene Anteil der Strafe. Deshalb könne auch nicht allgemein gesagt werden, die Anordnung einer ambulanten Behandlung unter Aufschub des Strafvollzugs sei der günstigere oder mildere Entscheid als die Ausfällung einer (unbedingten) Strafe allein. Diese Schlussfolgerung ist nicht zwingend. Der Richter darf eine ambulante Massnahme unter gleichzeitigem Aufschub der Strafe nur anordnen, wenn die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung (BGE 105 IV 87 ff.) oder eine erfolgreiche Weiterführung derselben (BGE 115 IV 89) wirklich vorhanden ist. Zudem wird er von einem nachträglichen Strafvollzug absehen, wenn dadurch der erzielte Behandlungserfolg in Frage gestellt würde. Unter diesen Umständen ist wohl eher anzunehmen, dass auf den nachträglichen Strafvollzug im allgemeinen verzichtet wird und somit entgegen der Ansicht der Vorinstanz die Anordnung einer ambulanten Massnahme unter gleichzeitigem Strafaufschub den milderen Entscheid darstellt als das Ausfällen einer unbedingten Strafe. Dies kann jedoch offenbleiben. Die Beantwortung der Frage, ob eine Massnahme im Verhältnis zu einer Strafe milder sei, führt wegen der verschiedenartigen Auswirkungen der Sanktionen auf den Betroffenen und insbesondere wegen dessen unsicherer künftiger Entwicklung zu kaum lösbaren Schwierigkeiten. Deshalb ist - ähnlich wie bei der Anwendung der lex mitior bei Massnahmen, wo nicht die mildere, sondern die zweckmässigere zum Zug kommt (BGE 97 I 923) - im Hinblick auf die Besserung des Täters die richtige Sanktion zu wählen. Diese Lösung liegt zugleich im Interesse des Staates und des Verurteilten und erfüllt damit auch die Voraussetzung des Art. 397 StGB, wonach die Wiederaufnahme zugunsten des

Verurteilten bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zu gestatten ist. Die Vorinstanz wies das Revisionsgesuch der Beschwerdeführerin mit der hypothetischen Begründung ab, der zu einer ambulanten Massnahme Verurteilte könne keineswegs damit rechnen, dass die aufgeschobene Strafe später ganz oder teilweise nicht mehr vollzogen werde, weshalb die angestrebte Anordnung einer ambulanten Behandlung unter Strafaufschub keinen Entscheid zu ihren Gunsten im Sinne von Art. 397 StGB und auch keine mildere Bestrafung im Sinne von § 449 Ziff. 3 StPO/ZH darstelle. Damit verletzte sie aber Bundesrecht, weil sie nicht beurteilte, ob im konkreten Fall der Beschwerdeführerin der Strafvollzug oder eine ambulante Massnahme unter gleichzeitigem Strafaufschub die sachgerechte Sanktion sei. c) Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach gutzuheissen, der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird zu entscheiden haben, ob der Vollzug der Strafe oder die Anordnung einer ambulanten Massnahme unter gleichzeitigem Strafaufschub im Hinblick auf die Besserung der Beschwerdeführerin die richtige Sanktion sei; im letzteren Fall wird sie die weiteren Voraussetzungen einer Revision gemäss § 449 Ziff. 3 StPO/ZH und 397 StGB zu prüfen haben.