Urteilskopf

121 IV 303

49. Urteil des Kassationshofes vom 24. November 1995 i.S. G. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 und Ziff. 3 Abs. 2 StGB; Vollzug der zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschobenen Freiheitsstrafe.

Der Entscheid, ob sich die ambulante Behandlung als unzweckmässig erweist, ist von der zuständigen Vollzugsbehörde in einer separaten Verfügung zu treffen, die nach Ausschöpfung der kantonalen Rechtsmittel mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde kann die festgestellte Aussichtslosigkeit der Massnahme nicht angefochten werden (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 3).

Beim nachträglichen Vollzug einer ursprünglich aufgeschobenen Freiheitsstrafe ist die ambulante Behandlung in dem Mass anzurechnen, als der Betroffene in seiner persönlichen Freiheit tatsächlich eingeschränkt war. Wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von ambulanter Massnahme und Strafvollzug kommt in der Regel nur eine beschränkte Anrechnung der Behandlung in Frage (Klarstellung der Rechtsprechung; E. 4b).

Regeste (fr):
Art. 43 ch. 2 al. 2 et ch. 3 al. 2 CP; exécution de la peine privative de liberté suspendue au profit d'un traitement ambulatoire.

Le point de savoir si le traitement ambulatoire s'est révélé inopérant doit faire l'objet d'une décision séparée de la part de l'autorité d'exécution compétente, qui, une fois les voies de droit cantonales épuisées, peut donner lieu à un recours de droit administratif. L'inutilité constatée du traitement ne peut donner matière à un pourvoi en nullité (confirmation de la jurisprudence; consid. 3).

En cas d'exécution postérieure de la peine privative de liberté suspendue, le traitement ambulatoire doit être pris en compte dans la mesure où le condamné a été effectivement entravé dans sa liberté personnelle. Compte tenu de la différence fondamentale existant entre l'incarcération et le traitement ambulatoire, il ne sera en règle générale tenu compte du traitement que de façon restrictive (précision de la jurisprudence; consid. 4b).

Regesto (it):
Art. 43 n. 2 cpv. 2 e n. 3 cpv. 2 CP; esecuzione della pena privativa della libertà sospesa a favore di un trattamento ambulatorio.

La questione se il trattamento ambulatorio sia inefficace deve essere oggetto di una decisione separata dell'autorità competente per l'esecuzione della misura, che può essere impugnata con ricorso di diritto amministrativo previo esaurimento dei rimedi giuridici cantonali. La constatata inutilità del trattamento non può essere censurata con ricorso per cassazione (conferma della giurisprudenza; consid. 3).

In caso di successiva esecuzione della pena privativa della libertà precedentemente sospesa, deve essere tenuto conto del trattamento ambulatorio nella misura in cui la libertà personale dell'interessato sia stata effettivamente limitata. Considerata la fondamentale differenza intercorrente fra misura ambulatoria e carcerazione, di regola il trattamento sarà computato solo parzialmente (chiarimento della giurisprudenza; consid. 4b).

Sachverhalt ab Seite 304

BGE 121 IV 303 S. 304

A.- Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte G. mit Urteil vom 6. November 1987 des leichtsinnigen Konkurses, der ungetreuen Geschäftsführung, der fortgesetzten Unterlassung der Buchführung und der fortgesetzten Urkundenfälschung schuldig und verurteilte ihn zu einem Jahr Gefängnis, unter Anrechnung von 14 Tagen Untersuchungshaft, sowie zu einer Busse von Fr. 20'000.–. Die Freiheitsstrafe schob es zugunsten einer ambulanten Behandlung im Sinne von Art. 43 StGB auf. Mit der ambulanten Massnahme verknüpfte das Obergericht die Weisung, G. dürfe während der Behandlungsdauer keinerlei selbständige Finanzgeschäfte tätigen. Zur Überwachung ordnete es eine Schutzaufsicht an. Mit Verfügung vom 28. Juli 1994 betrachtete das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug des Kantons Zürich die ambulante Massnahme als gescheitert und stellte ihren Vollzug ein. Es beantragte ferner dem Obergericht, es sei im Sinne von Art. 43 Ziff. 3 StGB zu entscheiden, ob bzw. wieweit die zugunsten dieser Massnahme aufgeschobene Freiheitsstrafe noch vollstreckt werden solle oder ob eine andere sichernde Massnahme anzuordnen sei. Mit Beschluss vom 18. November 1994 ordnete das Obergericht des Kantons Zürich den Vollzug der mit Urteil vom 6. November 1987 ausgefällten Freiheitsstrafe an. Ferner stellte es fest, dass bezüglich einer von der Justizdirektion des Kantons Zürich mit Verfügung vom 27. November 1987 zugunsten der ambulanten Massnahme aufgeschobenen Reststrafe von acht Monaten Gefängnis (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 1980) die Vollstreckungsverjährung eingetreten ist.

B.- Gegen diesen Beschluss führt G. eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei von einem gänzlichen oder teilweisen Vollzug der Freiheitsstrafe abzusehen. Ferner ersucht er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

C.- Eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 14. August 1995 ab, soweit es darauf eintrat. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich hat auf Vernehmlassung, das Obergericht auf Gegenbemerkungen verzichtet.

BGE 121 IV 303 S. 305

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. (Eintretensfrage).

2. a) Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, der Beschwerdeführer habe gegen die ihm auferlegte, eng mit der Massnahme verknüpfte Weisung verstossen und wiederum im alten Stil selbständig Finanzgeschäfte getätigt sowie sich in spekulative Geschäfte eingelassen. Das Therapieziel, den Beschwerdeführer durch ständige Begleitung in die Lage zu versetzen, sich im Bewusstsein seiner Persönlichkeitsstörung zu kontrollieren und künftigen Versuchungen zu widerstehen, riskante und spekulative Finanzgeschäfte zu tätigen, sei nicht erreicht worden. Die Behandlung sei deshalb gescheitert. Aus diesem Grund müsse die zu ihren Gunsten aufgeschobene Freiheitsstrafe vollzogen werden. Ein Grund für einen gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf den Vollzug liege nicht vor. Ein durch die abgebrochene Behandlung relevanter Heilerfolg, der durch einen Vollzug beein-

trächtigt werden könnte, sei nicht erzielt worden. Ein anderweitig begründeter Anlass, die Vollzugsdauer zu reduzieren, bestehe nicht. b) Der Beschwerdeführer macht geltend, Sinn und Zweck der Massnahme sei es gewesen, eine erneute Straffälligkeit zu verhindern. Dies sei mit der Massnahme vollumfänglich gelungen. Die Bezirksanwaltschaft Uster habe die neue Strafuntersuchung gegen ihn mit Verfügung vom 31. Oktober 1994 eingestellt. Ausserdem sei er seit dem obergerichtlichen Urteil aus dem Jahre 1987 nie mehr selbständig tätig gewesen, sondern habe als Angestellter der M. AG gehandelt und den Anordnungen von Herrn S. strikte Folge geleistet. Schliesslich habe er auch keine spekulativen Geschäfte getätigt. Er habe sich vielmehr in guten Treuen - auch mit Zustimmung seines zur Überwachung eingesetzten Therapeuten - für alle seine Managertätigkeiten als Angestellter von S. halten dürfen. Im übrigen treffe nicht zu, dass mit der ambulanten Therapie nicht mindestens ein Etappenziel erreicht worden sei. Schliesslich sei er nicht mehr straffällig geworden. Selbst wenn er in einigen Nebenpunkten die Auflagen verletzt hätte, würde die Anordnung des nachträglichen Strafvollzuges eine unverhältnismässige Härte bedeuten. Er sei heute 60 Jahre alt. Eine Strafverbüssung würde ihm jegliche Chance nehmen, ein anständiges Leben auf gesicherter Grundlage zu führen, und das intakte Familienleben zerstören.

3. Gemäss Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB kann der Richter zwecks ambulanter Behandlung den Vollzug der Strafe aufschieben, um der Art der Behandlung

Rechnung zu tragen. Er kann in diesem Falle entsprechend Art. 41 Ziff. 2 StGB Weisungen erteilen und wenn nötig eine Schutzaufsicht anordnen. Erweist sich die ambulante Behandlung als unzweckmässig, ordnet der Richter nach Ziff. 3 Abs. 2 derselben Bestimmung die Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt an, wenn der Geisteszustand des Täters eine ärztliche Behandlung oder besondere Pflege erfordert. Ist die Behandlung in einer solchen Anstalt unnötig, so entscheidet der Richter, ob und wieweit aufgeschobene Strafen noch vollstreckt werden sollen. An Stelle des Strafvollzugs kann er eine andere sichernde Massnahme anordnen, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB). Der Entscheid, ob sich die Behandlung nach Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 StGB als unzweckmässig erweist, ist nicht vom Richter, sondern von der zuständigen Vollzugsbehörde in einer separaten Verfügung zu treffen (BGE 119 IV 190 E. 1). Im zu beurteilenden Fall hat das hiefür zuständige Amt für Straf- und Massnahmenvollzug des Kantons Zürich (§ 2 Strafvollzugsverordnung des Kantons Zürich) diesen Entscheid mit Verfügung vom 28. Juli 1994 gefällt, die ambulante Massnahme als gescheitert betrachtet und ihren Vollzug eingestellt. Die Frage, ob sich eine Behandlung als erfolglos oder unzweckmässig erwiesen hat, ist eine typische Vollzugsentscheidung, die nach Ausschöpfung der kantonalen Rechtsmittel mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann (BGE a.a.O.). Gemäss § 10 Abs. 2 der Strafvollzugsverordnung des Kantons Zürich hätte der Beschwerdeführer diese Verfügung mit Rekurs (§§ 402 ff. StPO/ZH, vgl. auch § 27 StVG/ZH) beim Regierungsrat als letzter kantonalen Instanz (§ 409 Abs. 1 StPO/ZH) anfechten müssen. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde kann die festgestellte Aussichtslosigkeit der Massnahme nicht mehr angefochten werden. Soweit sich die Beschwerde gegen die Aufhebung der Massnahme richtet, ist daher auf sie nicht einzutreten.

4. Zu prüfen ist allein, ob und wieweit der Vollzug der aufgeschobenen Strafe zu Recht angeordnet wurde. a) Die zuständige Vollzugsbehörde stellte im Verfahren vor der Vorinstanz keinen Antrag auf Anordnung von Ersatzmassnahmen (Verwarnung, weitere Weisungen) gemäss Art. 45 Ziff. 3 StGB, welche Ziffer gemäss Abs. 7 derselben Bestimmung sinngemäss für ambulante Behandlungen unter Aufschub der Strafe gilt, auch wenn keine bedingte Entlassung aus der Massnahme erfolgte (vgl. dazu STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil

II., § 11 N. 100/101). Sie brach vielmehr die ambulante Behandlung als erfolglos ab, weshalb die Vorinstanz nach Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 über den nachträglichen Strafvollzug oder die Anordnung einer anderen sichernden Massnahme zu entscheiden hatte. Es kann hier offenbleiben, ob der Beschwerdeführer den Entscheid des Amtes für Straf- und Massnahmenvollzug, der nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen war, heute noch anfechten kann, weil die Nichtigkeitsbeschwerde aus einem anderen Grunde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Obergerichts aufzuheben ist. Das gleiche gilt in bezug auf die Frage, ob eine andere sichernde Massnahme hätte angeordnet werden müssen, was der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz nicht beantragte und diese daher auch nicht prüfte. b) Die Dauer freiheitsentziehender Massnahmen ist grundsätzlich auf die aufgeschobene Freiheitsstrafe anzurechnen (BGE 120 IV 176 E. 2a mit Hinweisen). Dabei braucht die anrechenbare Dauer nicht mit der Massnahmedauer übereinzustimmen. Namentlich wenn die persönliche Freiheit durch den Vollzug der stationären Massnahme weniger beschränkt wird als durch den Freiheitsentzug in einer Strafanstalt, ist die anrechenbare Dauer entsprechend zu kürzen (BGE a.a.O.). Dabei sind dem Vergleich jedoch die günstigsten in Frage kommenden Vollzugsformen, namentlich etwa Halbgefangenschaft, zugrundezulegen (vgl. BGE BGE 117 IV 225 E. 2b). Auch bei der ambulanten Behandlung ist beim nachträglichen Vollzug der ursprünglich aufgeschobenen Freiheitsstrafe zu prüfen, ob und inwiefern der Verurteilte durch die ambulante Massnahme in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt wurde. In dem Masse, wie eine tatsächliche Beschränkung der persönlichen Freiheit vorliegt, ist die Behandlung auf die Freiheitsstrafe anzurechnen. Von Bedeutung ist hiefür im wesentlichen, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand die Massnahme für den Betroffenen verbunden war (BGE 120 IV 176 E. 2b mit Hinweisen). Wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von ambulanter Massnahme und Strafvollzug kommt in der Regel nur eine beschränkte Anrechnung der ambulanten Behandlung in Frage. Dem Richter steht in der Frage, ob und in welchem Umfang die Behandlung anzurechnen ist, ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe in den mehr als sieben Jahren seiner Behandlung rund 700 Sitzungen à je 2 1/2 Stunden (2 Sitzungen pro Woche, berechnet auf 50 Wochen pro Jahr) sowie jährlich ca. 8 Wochenend-Gruppentherapie-Behandlungen (Sa/So mit Übernachtung) absolviert. Dies

entspreche einem Zeitaufwand von 1750 Stunden und 112 Tagen. Die Vorinstanz führt an, der Beschwerdeführer habe regelmässig zweimal wöchentlich die Therapiesitzungen besucht. Die Vorinstanz nahm an, eine Anrechnung auf die Freiheitsstrafe sei nicht angebracht, da die ambulante Behandlung nicht mit Freiheitsentzug oder einer ähnlichen eingreifenden Beschränkung der Freiheit verbunden gewesen sei. Damit trägt sie der zitierten Rechtsprechung über die Anrechnung der ambulanten Massnahme nicht Rechnung, nach welcher auch die mit einer ambulanten Behandlung verbundene Freiheitsbeschränkung eine beschränkte Anrechnung rechtfertigt und erheischt. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt gutzuheissen. Die Vorinstanz wird nach den dargelegten Grundsätzen zu prüfen haben, inwieweit der Beschwerdeführer durch die ambulante Therapie in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt war und ob sowie gegebenenfalls in welchem Ausmass deren Dauer an die aufgeschobene Freiheitsstrafe anzurechnen ist. Dabei wird sie im vorliegenden Fall auch berücksichtigen dürfen, dass die Freiheitsbeschränkung des Beschwerdeführers grösser gewesen wäre, wenn er sich an die ihm auferlegten Weisungen gehalten hätte, und dass ihm die Therapie letztlich zur Tarnung dafür diente, dass er den Weisungen zuwiderhandelte, und er sie insofern missbraucht hat (vgl. BGE 117 IV 404 E. 2b zu Art. 69 StGB).

5. (Kostenfolgen).