Urteilskopf

123 IV 100

16. Urteil des Kassationshofes vom 2. September 1997 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen B. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 43 Ziff. 1, 2 und 3 StGB; Voraussetzungen der Verwahrung und ihr Verhältnis zu ambulanten Massnahmen.

Unheilbare, hochgefährliche sowie behandlungsfähige, kurz- oder mittelfristig gefährliche Täter sind von Anfang an zu verwahren. Bestehen dagegen kurz- oder mittelfristig gute Heilchancen und erscheint eine Verwahrung derzeit nicht notwendig, muss aber einer in bestimmten Situationen trotz Behandlung möglichen Gefahr mit sichernden Mitteln begegnet werden können, kann ein Strafvollzug mit ambulanter Massnahme angezeigt sein (E. 2).

Verschlechtert sich der Zustand des Täters, kann nachträglich die Verwahrung angeordnet werden (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 43 ch. 1, 2 et 3 CP; conditions de l'internement et relation de celui-ci avec le traitement ambulatoire.

Les auteurs incurables très dangereux, de même que ceux qui sont accessibles aux soins mais dangereux à court ou moyen terme, doivent être internés dès le début. Si en revanche il existe à court ou moyen terme de bonnes chances de guérison et si un internement n'est alors pas nécessaire, l'exécution de la peine assortie d'un traitement ambulatoire peut être ordonnée, lorsque dans une situation donnée, il faut prévenir, par des mesures de sécurité, un danger possible malgré le traitement (consid. 2).

Si l'état de l'auteur s'aggrave, l'internement peut être ordonné après coup (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 43 n. 1, 2 e 3 CP; condizioni dell'internamento e rapporto intercorrente tra quest'ultimo e il trattamento ambulatorio.

Gli agenti incurabili molto pericolosi così come quelli suscettibili di cure ma pericolosi a corto o medio termine, devono essere internati fin dall'inizio. Per converso, qualora sussistano a corto o medio termine buone possibilità di guarigione e un internamento non sia quindi necessario, può essere ordinata l'esecuzione della pena assortita d'un trattamento ambulatorio, quando, in una determinata situazione, si deve prevenire mediante misure di sicurezza un pericolo possibile malgrado il trattamento (consid. 2).

Se le condizioni dell'agente si aggravano, l'internamento può essere ordinato successivamente (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 100

BGE 123 IV 100 S. 100

Nach dem Scheitern ihrer Beziehung tötete B. am 16. Oktober 1995 seine im Bett liegende Freundin, indem er ihr mit seinem Sturmgewehr aus 50 cm Entfernung von hinten in den Kopf schoss. Anschliessend stiess er ihr

ein Rüstmesser zweimal in den Bauch, um die vermeintlich noch Lebende von ihren Leiden zu erlösen.

BGE 123 IV 100 S. 101

Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte ihn am 7. März 1997 wegen vorsätzlicher Tötung (sowie Missbrauchs und Verschleuderung von Material; Art. 73 MStG) zu 8 Jahren Zuchthaus. Es ordnete eine ambulante Massnahme gemäss Art. 43 StGB und den Vollzug der Freiheitsstrafe an. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich erhebt Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts (wegen Verletzung von Art. 43 StGB) aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurückzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Die Vorinstanz stützt sich im Massnahmenpunkt auf das psychiatrische Gutachten: Der Gutachter hält eine Verwahrung derzeit nicht für notwendig, aber eine ambulante Behandlung für dringend; weitere Taten seien zu erwarten, wenn es nicht gelinge, im Rahmen einer ambulanten psychotherapeutischen Behandlung das Risiko einer durchaus unberechenbaren persönlichkeitsbedingten Fremd- und auch Selbstgefährdung zu vermindern. Die empfohlene psychotherapeutisch-psychoanalytische Massnahme lasse hoffen, das Risiko zu reduzieren. Erneute erhebliche psychische Konflikte könnten sich auch im Rahmen einer ambulanten Massnahme einstellen, die, sollte sich der Beschwerdegegner nicht mehr im sicheren Rahmen einer Strafanstalt befinden, gerade im Zusammenhang einer Beziehung zu einer Frau zu einer akuten Fremd- und Selbstgefährdung führen könnten, so dass unter solchen Umständen auch kurzfristig eine Einweisung in eine psychiatrische Klinik notwendig werden könnte. Die Vorinstanz führt zusammenfassend aus, nach dem überzeugenden Gutachten sei eine Verwahrung derzeit nicht notwendig; vielmehr stehe eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 StGB im Vordergrund, während ein Aufschub der Freiheitsstrafe wegen der bestehenden latenten Selbst- und Drittgefährdung und aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht in Frage komme. Der Beschwerdegegner müsse eine achtjährige Zuchthausstrafe mindestens zu zwei Dritteln verbüssen. In dieser Zeit sei die öffentliche Sicherheit ebenso gut gewährleistet wie bei einer Verwahrung. Könne er nach Verbüssung von zwei Dritteln der Strafe nicht bedingt entlassen werden, müsse er die gesamte Strafe verbüssen. Zudem könne die unbefristete ambulante Massnahme über die Entlassung hinaus fortgesetzt werden. Weiter bleibe möglich, ihn noch nach

BGE 123 IV 100 S. 102

Verbüssung der Strafe in eine Heil- oder Pflegeanstalt einzuweisen oder eine andere sichernde Massnahme und letztlich eine Verwahrung anzuordnen. b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz gehe grundsätzlich von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit im Urteilszeitpunkt, während des Strafvollzugs und für die Zeit danach aus. Es verletze daher Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, den Beschwerdegegner nicht bereits jetzt zu verwahren. Weiter beziehe sich Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB seinem Wortlaut nach nur auf den Fall, dass der Vollzug der Strafe zwecks ambulanter Behandlung aufgeschoben worden sei, während er eine vollzugsbegleitende ambulante Behandlung nicht erfasse. Die Strafvollzugspraxis im Kanton Zürich nehme denn auch an, dass in einem solchen Fall die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht möglich sei, auch nicht gestützt auf Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB. Die Vorinstanz führe für ihre Auffassung keinerlei Präjudizien an. Dagegen halte Stratenwerth für den Fall des Scheiterns der ambulanten Massnahme hinsichtlich einer nachträglichen Anordnung der Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs.

2 StGB fest, ein Täter, der zunächst als ungefährlich eingeschätzt worden sei, später aber die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise gefährde, dürfte eher unwahrscheinlich sein. Auch er halte offensichtlich ein Absehen von einer Verwahrung im Urteil nur für statthaft, wenn der Täter im Urteilszeitpunkt als ungefährlich eingeschätzt werde.

2. Die Vorinstanz schliesst sich somit dem Gutachten an, wonach eine Verwahrung gemäss Art. 43 StGB nicht notwendig erscheint und davon abgesehen werden kann, jedoch einer trotz der Behandlung möglichen Gefährdung mit sichernden Mitteln muss begegnet werden können. Die Beschwerdeführerin nimmt dagegen an, der Beschwerdegegner müsste verwahrt werden. Es hängt vom Geisteszustand und der Gefährlichkeit des Täters ab, ob auf Strafvollzug mit ambulanter Behandlung oder auf Anstaltseinweisung zu erkennen ist. Der Täter ist von Anfang an zu verwahren, wenn das notwendig ist (BGE 123 IV 1; BGE 118 IV 108). Die Verwahrung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB hat zwei Typen von Tätern im Auge. Es sind dies einmal diejenigen Täter, die weder heilbar noch pflegebedürftig sind, also die hochgefährlichen Täter, die keiner Behandlung zugänglich sind. Die andere Kategorie bilden Täter, die zwar behandlungsbedürftig und behandlungsfähig sind, von denen aber auch während einer Behandlung schwere

Delikte zu befürchten wären, wenn sie im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ambulant oder in einer Heil- und Pflegeanstalt behandelt würden. Es sind dies Täter, bei denen trotz ärztlicher Behandlung oder Pflege ernstlich die Gefahr schwerer Straftaten und vor allem von Gewaltdelikten bleibt, sei es innerhalb oder ausserhalb der Anstalt. Die Heilchancen sind bei dieser Täterkategorie kurz- oder mittelfristig derart ungewiss, dass in diesem Zeitraum schwere Delikte zu befürchten wären. Die Beurteilung der Notwendigkeit im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB muss daher sowohl dem Sicherungsaspekt (Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Tätern) wie dem Heilungsaspekt (Behandlung im Hinblick auf Heilung und Entlassung) Rechnung tragen (BGE 121 IV 297 E. 2b; 123 IV 1 E. 3b). Der Beschwerdegegner ist behandlungsbedürftig und behandlungsfähig, und die Heilchancen erscheinen kurz- oder mittelfristig als gut, doch besteht in bestimmten Situationen ein Risiko, so dass einer trotz Behandlung möglichen Gefahr mit sichernden Mitteln begegnet werden können muss. Der Beschwerdegegner lässt sich daher nicht unter die beiden genannten Tätertypen einordnen. Er gehört vielmehr einem dritten Tätertypus an, der noch nicht eindeutig aus dem Anwendungsbereich von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB herausfällt und der deshalb auch noch nicht klar jenem von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zugerechnet werden kann. Denn unter Abs. 1 fallen solche Täter, bei denen eine psychiatrische Behandlung notwendig ist, jedoch der Sicherungsaspekt derart zurücktritt, dass die Strafe aus spezialpräventiven Gründen aufgeschoben werden kann (vgl. BGE BGE 120 IV 1), sowie nicht gefährliche Täter, die gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in eine Heil- und Pflegeanstalt eingewiesen werden können (vgl. BGE 123 IV 1 E. 3b), und schliesslich die in diesem Zusammenhang wenig problematischen Täter, die lediglich einer ambulanten Massnahme bedürfen, sei es im Vollzug oder in der Freiheit. Eine solche Typisierung hat Orientierungsfunktion und darf weder den Sinn und Zweck der ganzen Regelung von Art. 43 StGB noch das sachrichterliche Ermessen (BGE 120 IV 1 E. 2c; BGE 100 IV 12 E. 3b) einschränken. In jedem Anwendungsfall sind die weitern massgeblichen Gesichtspunkte des Sanktionen- und Massnahmenrechts zu beachten.
Nach diesen Kriterien verletzt der Verzicht auf eine Verwahrung Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht. Die Vorinstanz folgt der Empfehlung des Gutachters und trägt der vom Gutachter festgestellten Gefahr und damit dem Schutz der Allgemeinheit Rechnung, indem

sie mit der ambulanten Massnahme gleichzeitig den Vollzug der Freiheitsstrafe anordnet. Sie beurteilt die Sache zu Gunsten des Beschwerdegegners im Rahmen ihres Ermessens. Die Rüge ist abzuweisen.

3. Die Beschwerdeführerin wendet sich auch gegen die weiteren Ausführungen der Vorinstanz, weil deren Auffassung, wie einer künftigen Gefahr begegnet werden könnte, mit Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB nicht vereinbar sei. a) Die Bestimmungen von Art. 43 Ziff. 2 und 3 StGB hängen systematisch zusammen. aa) Ziff. 2 regelt den Aufschub der Strafe, die der Richter bei Anstaltseinweisung aufschiebt (Abs. 1) und bei ambulanter Massnahme aufschieben kann (Abs. 2). bb) Ziff. 3 regelt das Vorgehen, wenn sich die Entscheidung gemäss Ziff. 1 und 2 nachträglich als ungeeignet erweist: - Ziff. 3 Abs. 1 bezieht sich auf Ziff. 2 Abs. 1: Bei Erfolglosigkeit entscheidet der Richter, ob und inwieweit die infolge Anstaltseinweisung aufgeschobene Freiheitsstrafe noch zu vollstrecken ist. - Ziff. 3 Abs. 2 bezieht sich auf Ziff. 2 Abs. 2: Bei Unzweckmässigkeit oder Gefährlichkeit der ambulanten Massnahme ist der Täter nötigenfalls in eine Anstalt einzuweisen, andernfalls ist zu entscheiden, ob und inwieweit aufgeschobene Strafen noch zu vollstrecken sind. - Ziff. 3 Abs. 3 bezieht sich auf Ziff. 3 Abs. 1 und 2: Kommt weder Anstaltseinweisung noch ambulante Massnahme in Frage, kann eine andere sichernde Massnahme angeordnet werden, deren Voraussetzungen erfüllt sind. cc) Aus dem systematischen Zusammenhang der Kann-Vorschrift in Ziff. 2 Abs. 2 mit der entsprechenden Ziff. 3 Abs. 2 lässt sich schliessen, dass Ziff. 2 Abs. 2 für alle ambulanten Massnahmen gilt. b) Das Bundesgericht hat in diesem Sinne bereits in BGE 100 IV 12 Stellung genommen: Danach ist zunächst klar, dass die ambulante Massnahme mit dem Vollzug der Freiheitsstrafe verbunden oder diese zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufgeschoben werden kann (a.a.O., E. 1), sofern der Täter nicht gefährlich ist (E. 2a). Erweist sich die ambulante Massnahme aber zum vornherein als ungenügend, ist der Täter bereits durch Haupturteil in eine Anstalt einzuweisen. Erweist sich die ambulante Massnahme erst nachträglich als unzweckmässig oder gefährlich, bleibt die Behandlung aber erforderlich, kann der Täter in eine Anstalt eingewiesen werden

(Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Befindet sich der Täter im Strafvollzug und muss die ambulante Massnahme in die Anstaltsbehandlung umgewandelt werden, so kann das ebenfalls gemäss Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 StGB geschehen (E. 2b). Erweist sich die ambulante Massnahme in der Strafanstalt als undurchführbar, kann die Massnahme gemäss Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB geändert werden (E. 3b). Gefährdet der Täter, in Freiheit gesetzt, Dritte, ist er zu verwahren (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 3 Abs. 2 StGB; E. 2c). Und schliesslich ermöglicht Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB selbst bei erfolglos stationär oder ambulant durchgeführten Massnahmen, eine andere oder erneut auch eine gleichartige Massnahme anzuordnen (BGE 106 IV 101 E. 2d und e; vgl. BGE 100 IV 142 E. 2). Diese Rechtsprechung sorgt somit für eine einzelfall- und situationsgerechte Anwendung des komplexen Massnahmenrechts; sie folgt dem Sinn und Zweck der ganzen Regelung, die flexibel sein soll (BGE 106 IV 101 E. 2d). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten.
c) Die Beschwerdeführerin setzt sich mit diesem Entscheid nicht auseinander. Doch ist nicht einzusehen, weshalb sich Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB nur auf den Fall beziehen soll, in dem der Vollzug der Freiheitsstrafe zwecks ambulanter Behandlung aufgeschoben worden war (zu diesem Fall BGE 106 IV 101), nicht aber auf Massnahmen im Vollzug, deren Änderung notwendig wird. Wenn sodann in der Regel die Freiheitsstrafe sofort und eine ambulante Massnahme gleichzeitig vollzogen werden (BGE 116 IV 101 E. 1a; BGE 100 IV 12 E. 1), so heisst das doch auch, dass Art. 43 Ziff. 3 StGB nicht bloss auf den Fall der ambulanten Behandlung unter Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe beschränkt sein kann. Zudem werden Massnahmen im Sinne von Art. 43 StGB wie andere Massnahmen auf unbestimmte Zeit angeordnet, ohne Rücksicht auf Art und Dauer der ausgesprochenen Strafe; massgebend sind der Geisteszustand des Täters und die Auswirkungen der Massnahme auf die Gefahr weiterer Straftaten (BGE 100 IV 12 E. 2c; REHBERG, Fragen bei der Anordnung und Aufhebung sichernder Massnahmen, ZStrR 93/1977 S. 186; SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil

des Strafrechts, 2. Band, 4. Auflage, S. 162; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Bern 1989, § 11 N. 103). Es bestehen deshalb verschiedene Handlungsmöglichkeiten, wenn das ambulante Massnahmenziel im Vollzug oder in der Freiheit nicht erreicht wird (vgl. URSULA FRAUENFELDER, Die ambulante Behandlung geistig Abnormer und Süchtiger als strafrechtliche Massnahme nach Art. 43 und 44 StGB,

Zürcher Diss. 1978, S. 179 und 180). Stratenwerth bezeichnet es zwar als eher unwahrscheinlich, dass ein Täter, der zunächst als ungefährlich eingeschätzt worden sei, nunmehr "die öffentliche Sicherheit in schwerwiegender Weise" gefährde (a.a.O., § 11 N. 119). Mit dieser Formulierung stellt er aber die Möglichkeit oder die Anwendbarkeit von Art. 43 StGB auf solche Fallkonstellationen nicht in Abrede. Das Bundesrecht ermöglicht somit auf der einen Seite, zunächst die ambulante Massnahme anzuordnen und die Strafe aufzuschieben, wenn der Täter für Dritte nicht gefährlich erscheint (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 2 Abs. 2 StGB), und ihn nachträglich im Falle der Verschlechterung seines Zustands gestützt auf Art. 43 Ziff. 3 StGB zu verwahren. Auf der andern Seite hindert die Verbindung der ambulanten Massnahme mit dem Strafvollzug den Richter nicht, die Massnahme nachträglich zu ändern und dem Verurteilten die nötige Psychotherapie zu verschaffen (BGE 100 IV 12 E. 2b) bzw. ihn nötigenfalls zu verwahren (Art. 43 Ziff. 3 StGB).

4. Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Sache im Umfang ihrer Anwendung von Art. 43 StGB in der Linie der Rechtsprechung (BGE 100 IV 12; BGE 120 IV 1; BGE 121 IV 297; BGE 123 IV 1) beurteilt. Die angefochtene Entscheidung verletzt daher kein Bundesrecht. Die Beschwerde ist abzuweisen. Es sind keine Kosten zu erheben (Art. 278 BStP).