Urteilskopf

134 IV 315

32. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerde in Strafsachen) 6B_263/2008 vom 10. Oktober 2008

Regeste (de):
Überprüfung altrechtlicher Verwahrungen (Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest. StGB); Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme, Voraussetzungen (Art. 59 StGB).

Gegenüber einem altrechtlich verwahrten, psychisch schwer gestörten gefährlichen Straftäter hat der Richter an Stelle der Weiterführung der Verwahrung nach neuem Recht eine stationäre therapeutische Massnahme anzuordnen, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch eine solche Massnahme über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr von mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Straftaten im Sinne von Art. 64 StGB deutlich verringert wird. Nicht erforderlich ist hingegen, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bereits nach fünf Jahren die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung aus der stationären Massnahme erfüllt sind (E. 3-5).

Regeste (fr):
Examen des internements ordonnés sous l'ancien droit (ch. 2 al. 2 Disp. fin. CP); mesure thérapeutique institutionnelle, conditions (art. 59 CP).

Lorsqu'un criminel dangereux interné sous l'ancien droit souffre d'un grave trouble mental, le juge doit remplacer la poursuite de l'internement selon le nouveau droit par une mesure thérapeutique institutionnelle s'il est suffisamment vraisemblable qu'une telle mesure entraînera, dans les cinq ans de sa durée normale, une réduction nette du risque que l'intéressé commette, en raison de son trouble mental, un crime prévu à l'art. 64 CP. Point n'est besoin, en revanche, que l'intéressé puisse vraisemblablement bénéficier d'une libération conditionnelle de l'exécution de la mesure en milieu institutionnel dans les cinq ans déjà (consid. 3-5).

Regesto (it):
Esame degli internamenti ordinati sulla base del diritto anteriore (n. 2 cpv. 2 Disp. fin. CP); misura terapeutica stazionaria, condizioni (art. 59 CP).

Il giudice deve rinunciare alla prosecuzione, secondo il nuovo diritto, dell'internamento di un autore pericoloso affetto da grave turba psichica pronunciato sulla base del diritto anteriore e ordinare al suo posto una misura terapeutica stazionaria, qualora risulti, con sufficiente verosimiglianza, che nell'arco di cinque anni l'esecuzione di una simile misura riduca nettamente il rischio che l'autore commetta, in connessione con la turba psichica, nuovi reati ai sensi dell'art. 64 CP. Non è per contro necessario che siano adempiuti con sufficiente probabilità i presupposti per la liberazione condizionale dalla misura stazionaria già dopo cinque anni (consid. 3-5).

Sachverhalt ab Seite 316

A. Die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sprach X. mit Urteil vom 18. Dezember 2001

des mehrfachen Mordes, des vollendeten und des unvollendeten Mordversuchs, der strafbaren Vorbereitungshandlungen zu mehrfachem Mord sowie weiterer Straftaten (mehrfache Brandstiftung und mehrfacher Versuch dazu, Raub, Gewalt und Drohung gegen Beamte, einfache Körperverletzung, mehrfacher Diebstahl etc.) schuldig und bestrafte sie - unter Annahme einer Verminderung der Zurechnungsfähigkeit in mittlerem Grade - mit lebenslänglichem Zuchthaus, wovon 1301 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden waren. Das Gericht ordnete die Verwahrung von X. im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 aStGB an und schob zu diesem Zweck den Vollzug der Strafe auf. Die Massnahme wird in den Anstalten Hindelbank vollzogen. X. (geboren 1973) hatte am 26. Juni 1991 sowie am 22. Januar 1997 in Zürich entsprechend einem vorgefassten Plan, ohne Anlass und ersichtliches Motiv, eine ihr unbekannte Frau durch Messerstiche getötet. Sie hatte im Herbst 1996 und am 21. März 1998 entsprechend einem vorgefassten Plan, ohne Anlass und ersichtliches Motiv, eine

Frau durch Messerstiche zu töten versucht, wobei der erste Versuch unvollendet blieb und der zweite Versuch vollendet wurde. Sie hatte im Jahr 1991 Vorbereitungshandlungen zur Tötung der Angehörigen einer Familie durch eine Schusswaffe getroffen, bei welcher sie 1989/1990 als Aupair-Mädchen tätig gewesen war. Sie hatte zudem bereits in den Jahren 1989 bis 1991 und sodann in den Jahren 1995 bis 1998 zahlreiche Brandstiftungen und Versuche dazu verübt. Ferner hatte sie zahlreiche Diebstähle und Diebstahlsversuche, teilweise verbunden mit Sachbeschädigungen und Hausfriedensbrüchen, begangen.

B. Mit Schreiben vom 14. Februar 2007 überwies der Sonderdienst des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich die Akten in Sachen X. in Anwendung von Ziff. 2 Abs. 2 der Schlussbestimmungen des revidierten Strafgesetzbuches (SchlBest. StGB) der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zur Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen für eine therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59-61 oder 63 des neuen Rechts erfüllt sind. Der Sonderdienst des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich empfahl die Weiterführung der Verwahrung nach neuem Recht. Bei X. bestehe nach wie vor ein hohes Rückfallrisiko, welches in der aktuell laufenden Therapie nicht massgeblich habe gesenkt werden können. Daher seien bis auf weiteres auch keine Lockerungen des Vollzugs geplant. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich schloss sich dem Antrag auf Weiterführung der Verwahrung nach neuem Recht an. X. beantragte demgegenüber die Anordnung einer stationären Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB. Sie sei behandlungsfähig und habe längerfristig Heilungschancen. Eine Verwahrung komme nach dem neuen Recht nur noch bei Behandlungsunfähigkeit in Betracht. X. legte ein Gutachten bei, welches Dr. med. A. von den Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel am 28. März 2007 zu Händen der Anstalten Hindelbank zu den Fragen der Vollzugsmodalitäten und von möglichen Haftschäden erstattet hatte. Sie beantragte, es sei von Dr. A. eine Stellungnahme zur Frage einzuholen, ob sich mit einer therapeutischen Behandlung der Gefahr weiterer mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen lasse.

C. Die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich beschloss mit Entscheid vom 21. Februar 2008, dass keine therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59-61 oder 63 StGB angeordnet

und die Verwahrung nach neuem Recht weitergeführt wird. Die Einholung eines ergänzenden Gutachtens lehn-

te sie ab.

D. X. führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2008 sei aufzuheben; es sei eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB anzuordnen; eventualiter sei die Sache zur Einholung eines ergänzenden Gutachtens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Obergericht und die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich haben auf Vernehmlassungen verzichtet.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Gemäss Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest. StGB überprüft das Gericht bis spätestens zwölf Monate nach Inkrafttreten des neuen Rechts, ob bei Personen, die nach den Artikeln 42 oder 43 Ziffer 1 Absatz 2 des bisherigen Rechts verwahrt sind, die Voraussetzungen für eine therapeutische Massnahme (Art. 59-61 oder 63 StGB) erfüllt sind. Trifft dies zu, so ordnet das Gericht die entsprechende Massnahme an; andernfalls wird die Verwahrung nach neuem Recht weitergeführt. Die vorliegend an Stelle der Verwahrung im Sinne des neuen Rechts (Art. 64 StGB) allein in Betracht fallende stationäre therapeutische Massnahme zur Behandlung von psychischen Störungen ist in Art. 59 StGB geregelt. Ist der Täter psychisch schwer gestört, so kann das Gericht eine stationäre Behandlung anordnen, wenn (lit. a) der Täter ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, das mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht; und (lit. b) zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Abs. 1). Die stationäre Behandlung erfolgt in einer geeigneten psychiatrischen Einrichtung oder einer Massnahmevollzugseinrichtung (Abs. 2). Solange die Gefahr besteht, dass der Täter flieht oder weitere Straftaten begeht, wird er in einer geschlossenen Einrichtung behandelt. Er kann auch in einer Strafanstalt nach Artikel 76 Absatz 2 StGB behandelt werden, sofern die nötige therapeutische Behandlung durch Fachpersonal gewährleistet ist (Abs. 3). Der mit der stationären Behandlung verbundene Freiheitsentzug beträgt in der Regel höchstens fünf Jahre. Sind die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung nach fünf Jahren noch nicht gegeben und ist zu

erwarten, durch die Fortführung der Massnahme lasse sich der Gefahr weiterer mit der psychischen Störung des Täters in Zusammenhang stehender Verbrechen und Vergehen begegnen, so kann das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verlängerung der Massnahme um jeweils höchstens fünf Jahre anordnen (Abs. 4). Der Vollzug einer Massnahme nach den Artikeln 59-61 StGB geht einer zugleich ausgesprochenen Freiheitsstrafe voraus (Art. 57 Abs. 2 StGB). Der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug ist auf die Strafe anzurechnen (Art. 57 Abs. 3 StGB). Die Verwahrung ist in Art. 64 StGB geregelt. Das Gericht ordnet die Verwahrung an, wenn der Täter einen Mord, eine vorsätzliche Tötung, eine schwere Körperverletzung, eine Vergewaltigung, einen Raub, eine Geiselnahme, eine Brandstiftung, eine Gefährdung des Lebens oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und wenn (lit. a) auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände ernsthaft zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht; oder (lit. b) auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammen-

hang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer Massnahme nach Artikel 59 StGB keinen Erfolg verspricht (Abs. 1). Der Vollzug der Freiheitsstrafe geht der Verwahrung voraus. Die Bestimmungen über die bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe (Art. 86-88 StGB) sind nicht anwendbar (Abs. 2). Ist schon während des Vollzugs der Freiheitsstrafe zu erwarten, dass der Täter sich in Freiheit bewährt, so verfügt das Gericht die bedingte Entlassung aus der Freiheitsstrafe frühestens auf den Zeitpunkt hin, an welchem der Täter zwei Drittel der Freiheitsstrafe oder 15 Jahre der lebenslänglichen Freiheitsstrafe verbüsst hat. Zuständig ist das Gericht, das die Verwahrung angeordnet hat. Im Übrigen ist Art. 64a StGB anwendbar (Abs. 3). Die Verwahrung wird in einer Massnahmevollzugseinrichtung oder in einer Strafanstalt nach Artikel 76 Absatz 2 StGB vollzogen. Die öffentliche Sicherheit ist zu gewährleisten. Der Täter wird psychiatrisch betreut, wenn dies notwendig ist (Abs. 4). Während der Vollzug der stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB dem Vollzug einer zugleich ausgesprochenen Strafe - wie nach dem alten Recht - vorausgeht, geht - im Unterschied zum alten Recht - der

Vollzug der Freiheitsstrafe dem Vollzug einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 StGB voraus. Dies gilt auch für altrechtlich verwahrte Täter (Urteil 6B_326/2007 vom 26. Februar 2008, E. 2).

3.2 Zu dieser gesetzlichen Regelung, die im Wesentlichen dem bundesrätlichen Entwurf entspricht, hält die Botschaft des Bundesrates fest, die Verwahrung sei gemäss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit insofern subsidiär, als sie nicht in Frage komme, solange eine therapeutische Massnahme noch sinnvoll erscheine. Gegenüber gefährlichen psychisch gestörten Tätern sei somit grundsätzlich zuerst zu prüfen, ob eine Massnahme nach Art. 59 StGB geeignet erscheine, den Täter von weiteren Straftaten abzuhalten. Die stationäre therapeutische Massnahme trage angesichts der Möglichkeit ihres Vollzugs in einer geschlossenen Einrichtung beziehungsweise in einer Strafanstalt der öffentlichen Sicherheit in demselben Masse Rechnung wie die Verwahrung. Erst wenn sich herausstelle, dass eine Behandlung nach Art. 59 StGB keinen Erfolg verspreche, solle wenn nötig die Verwahrung angeordnet werden. Damit werde verhindert, dass ein Täter von vornherein als "unheilbar" bezeichnet und in eine Strafanstalt eingewiesen werde (Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes], BBl 1999 1979 ff., 2078, 2097). Diese Grundsätze betreffend das Verhältnis zwischen der Verwahrung und der stationären therapeutischen Massnahme gelten auch für altrechtlich verwahrte Täter, deren Verwahrung gemäss Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest. StGB gerichtlich zu überprüfen ist.

3.3 In der Lehre wird allgemein betont, dass das neue Recht für die Verwahrung eines gefährlichen psychisch gestörten Täters die Untherapierbarkeit voraussetzt. Gegenüber einem behandlungsfähigen Täter falle die Verwahrung, die subsidiär und "ultima ratio" sei, ausser Betracht und sei stattdessen eine gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB in gesichertem Rahmen zu vollziehende stationäre therapeutische Massnahme anzuordnen (siehe etwa MARIANNE HEER, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2. Aufl. 2007, N. 33 zu Art. 56 StGB, N. 87, 103, 107 zu Art. 64 StGB; dieselbe, Einige Schwerpunkte des neuen Massnahmenrechts, ZStrR 121/2003 S. 376 ff., 380, 402 f., 407; dieselbe, Die therapeutischen Massnahmen im Schatten der Verwahrung - einige kritische Überlegungen zu Tendenzen im Massnahmenrecht, in: Festschrift für Franz Riklin, 2007, S. 97 ff., 103 ff.; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/MARKUS HUG/DANIEL JOSITSCH, Strafrecht II,

Strafen und Massnahmen, 8. Aufl. 2007, S. 160 ff., 189 f.; FRANZ RIKLIN, Strafen und Massnahmen im Überblick, in: Brigitte Tag/Max Hauri [Hrsg.], Die Revision des Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2006, S. 94 f.; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Aufl. 2006, § 9 N. 23, § 12 N. 13; HANS WIPRÄCHTIGER, Grundzüge des neuen Massnahmenrechts 2002, in: La revisione della parte generale del Codice penale, 2005, S. 43 ff., 49 f.).

3.4

3.4.1 Das Gericht kann gegenüber einem psychisch schwer gestörten Täter gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB eine stationäre therapeutische Behandlung anordnen, wenn die Tat mit der psychischen Störung in Zusammenhang steht und "zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen" ("il est à prévoir que cette mesure le détournera de nouvelles infractions en relation avec ce trouble"; "vi sia da attendersi che in tal modo si potrà evitare il rischio che l'autore commetta nuovi reati in connessione con questa sua turba"). Eine stationäre therapeutische Massnahme setzt als Erstes selbstverständlich voraus, dass der Täter überhaupt behandlungsfähig ist. Dies reicht jedoch nicht aus. Erforderlich ist nach der Formulierung in Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB, dass zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer Taten begegnen. Aus dieser gesetzlichen Regelung geht allerdings nicht klar hervor, welches Ausmass der zu erwartende Erfolg haben und mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit sowie in welchem Zeitraum ungefähr er eintreten muss, damit eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet werden kann. Zu diesen Rechtsfragen lassen sich verschiedene Auffassungen vertreten. Die stationäre therapeutische Massnahme kann angeordnet werden, wenn im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer Straftaten deutlich verringern. Somit reichen einerseits die bloss vage Möglichkeit einer Verringerung der Gefahr und andererseits die Erwartung einer lediglich minimalen Verringerung nicht aus. Bezogen auf den Zeitraum ist davon auszugehen, dass gemäss Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB die stationäre therapeutische Massnahme in der Regel höchstens fünf Jahre beträgt. Daher muss grundsätzlich im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass sich durch eine stationäre Behandlung über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr weiterer mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehender

Taten deutlich verringern lässt. Es ist indessen nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit erforderlich, dass nach einer stationären Behandlung von fünf Jahren die Voraussetzungen für eine bedingte Entlassung aus der stationären Massnahme gemäss Art. 62 Abs. 1 StGB erfüllt sind, dass mithin ein Zustand erreicht wird, der es rechtfertigt, dass dem Täter die Gelegenheit gegeben wird, sich in der Freiheit zu bewähren. Eine deutliche Verringerung der Gefahr weiterer Taten genügt. Dies ergibt sich auch aus Art. 59 Abs. 4 Satz 2 StGB. Sind die Voraussetzungen für die bedingte Entlassung nach fünf Jahren noch nicht gegeben und ist zu erwarten, durch die Fortführung der Massnahme lasse sich der Gefahr weiterer mit der psychischen Störung des Täters in Zusammenhang stehender Verbrechen oder Vergehen begegnen, so kann das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verlängerung der Massnahme um jeweils höchstens fünf Jahre anordnen. Es besteht mithin die Möglichkeit der - gar mehrmaligen - Verlängerung der stationären therapeutischen Massnahme um jeweils fünf Jahre. Dies wird in der Botschaft des Bundesrates damit begründet, dass gerade bei Geisteskranken mit chronischen Verläufen die therapeutischen Bemühungen oft sehr viel länger dauern. Daher soll die Massnahme nach Art. 59 StGB so oft verlängert werden können, als eine Fortführung notwendig, geeignet und verhältnismässig erscheint. Diese Verlängerung sei insbesondere für Behandlungen nach Art. 59 Abs. 3 StGB angezeigt (Botschaft des Bundesrates, a.a.O., S. 2078 f.). Das Gericht kann mithin gegenüber einem psychisch schwer gestörten Täter eine therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB anordnen, wenn im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich durch eine solche Behandlung über die Dau-

er von fünf Jahren die Gefahr von weiteren mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Taten deutlich verringern lässt. Es muss jedoch im Zeitpunkt des Entscheids nicht hinreichend wahrscheinlich sein, dass schon nach einer stationären Behandlung von fünf Jahren ein Zustand erreicht werden kann, der es rechtfertigt, dem Täter die Gelegenheit zu geben, sich in der Freiheit zu bewähren, und ihn daher aus der stationären Massnahme bedingt zu entlassen.

3.4.2 Die dargestellten Grundsätze finden auch Anwendung, wenn zu entscheiden ist, ob gegenüber einem psychisch schwer gestörten Täter eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB oder eine Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB anzuordnen ist.

BGE 134 IV 315 S. 323

Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB ordnet das Gericht gegenüber dem Täter, der eine Straftat der in dieser Bestimmung umschriebenen Art begangen hat, die Verwahrung an, wenn auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer Massnahme nach Artikel 59 StGB keinen Erfolg verspricht. Die Verwahrung ist mithin gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB, auch wenn die übrigen Voraussetzungen im Sinne dieser Bestimmung erfüllt sind, unzulässig, wenn eine Massnahme nach Artikel 59 StGB einen Erfolg verspricht. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn im Sinne von Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB zu erwarten ist, durch die stationäre therapeutische Massnahme lasse sich der Gefahr weiterer Straftaten begegnen, wenn mithin im Sinne der vorstehenden Erwägungen die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer deutlichen Verringerung der Gefahr weiterer Straftaten besteht, und zwar von Straftaten der in Art. 64 Abs. 1 StGB umschriebenen Art. Das in Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB vorausgesetzte Erfolgsversprechen entspricht mithin der in Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB vorausgesetzten Erwartung.

3.5 Auch wenn der Täter in dem in Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB umschriebenen Sinne gefährlich ist, hat der Richter eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB anzuordnen, falls diese Massnahme Erfolg verspricht. Der Gefährlichkeit des Täters ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Massnahme in einer Einrichtung gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB vollzogen wird. Darin liegt eine wichtige Änderung gegenüber dem alten Recht (siehe die Botschaft des Bundesrates, a.a.O., S. 2069, 2075). Der gemäss Art. 59 Abs. 3 StGB mögliche Vollzug der stationären therapeutischen Massnahme in einer geschlossenen Einrichtung und allenfalls in einer Strafanstalt trägt, wie auch die Botschaft (a.a.O., S. 2097) betont, der öffentlichen Sicherheit in demselben Masse Rechnung wie die Verwahrung.

3.6 Dass der Täter auch in der Verwahrung psychiatrisch betreut wird, wenn dies notwendig ist (Art. 64 Abs. 4 Satz 3 StGB), ist kein Argument gegen die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme, da sich die psychiatrische Betreuung im Sinne von Art. 64 Abs. 4 Satz 3 StGB prinzipiell von einer therapeutischen Behandlung im Sinne von Art. 59 StGB unterscheidet. Die therapeutischen Massnahmen haben in erster Linie eine "therapeutische, dynamische Einflussnahme" (und damit primär eine Verbesserung der Legalprognose)

BGE 134 IV 315 S. 324

zum Inhalt und nicht bloss eine Pflege, d.h. eine "statisch-konservative Zuwendung" (Botschaft des Bundesrates, a.a.O., S. 2077, mit Hinweis).

3.7 Wenn sich im Laufe des Vollzugs der stationären therapeutischen Massnahme herausstellt, dass dadurch

kein Erfolg im Sinne einer deutlichen Verminderung der Gefahr weiterer Taten erreicht werden kann, wenn also die Fortführung dieser Massnahme als aussichtslos erscheint, so ist sie in Anwendung von Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB aufzuheben. Ist bei Aufhebung einer Massnahme, die auf Grund einer Straftat nach Art. 64 Abs. 1 StGB angeordnet wurde, ernsthaft zu erwarten, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht, so kann das Gericht gemäss Art. 64c Abs. 4 StGB auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verwahrung anordnen. Wenn gegenüber einem altrechtlich verwahrten Täter im Rahmen der Überprüfung gemäss Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest. StGB an Stelle der Weiterführung der Verwahrung nach neuem Recht eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet wird, so behält mithin das Gericht die Möglichkeit, bei Aussichtslosigkeit der Fortführung dieser Massnahme die Verwahrung anzuordnen. Voraussetzung ist in diesem Fall allerdings, dass der Täter eine Straftat im Sinne von Art. 64 StGB begangen hat. Denn es wird nicht lediglich eine altrechtliche Verwahrung gemäss Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest. StGB nach neuem Recht weitergeführt (siehe dazu BGE 6B_144/2008 vom 9. September 2008), sondern eine neurechtlich angeordnete stationäre therapeutische Massnahme in eine Verwahrung abgeändert.

4.

4.1 Die Vorinstanz kommt in ihrem Entscheid zum Schluss, dass eine konkrete Aussicht, in fünf oder auch in zehn Jahren eine Bewährung in Freiheit zu erreichen, nicht besteht und daher die Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Massnahme weiterhin als gering und zu unbestimmt eingestuft werden müssten, als dass sich deren Anordnung rechtfertigen liesse. Aus den Erwägungen im angefochtenen Entscheid geht allerdings nicht klar hervor, ob die Vorinstanz die Behandlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin verneint oder ob sie diese zwar bejaht, aber annimmt, dass ein Behandlungserfolg nicht hinreichend wahrscheinlich und/oder nicht gross genug und/oder nicht zeitig genug erzielbar sei. Aus dem angefochtenen Entscheid wird nicht ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen nach der Auffassung der Vorinstanz die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme an Stelle der Verwahrung gerade noch in Betracht fiele.

4.2

4.2.1 Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz wurden durch die umfangreichen therapeutischen Bemühungen in den letzten rund vier Jahren stetig kleine Fortschritte erzielt. Die Fortschritte seien zwar gemessen an der Ausgangslage erheblich, aber gemessen am Therapieziel der Bewährung in der Freiheit in Anbetracht der Therapiedauer minimal. Die Vorinstanz scheint davon auszugehen, dass daher auch in der Zukunft nur stetig kleine Fortschritte erzielt werden können. Sie setzt sich aber nicht mit der Möglichkeit auseinander, dass im Rahmen einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB im Lauf der Zeit - auch unter Berücksichtigung der diagnostizierten psychischen Störung sowie des zunehmenden Alters der Beschwerdeführerin - bis anhin noch nicht vorgenommene therapeutische Behandlungen durchgeführt werden könnten, welche die Fortschritte beschleunigen.

4.2.2 Gegen die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme spricht nach der Auffassung der Vorinstanz zudem, dass gemäss den eindeutigen Ausführungen im Gutachten von Dr. A. weitere Therapiefortschritte nur über eine schrittweise weitere Lockerung der Haftbedingungen erreicht werden können. Die Vorinstanz hält dazu fest, dass die für die Lockerungsentscheide notwendige Güterabwägung zwischen dem Anspruch auf eine an sich notwendige Therapie und den Sicherheitsbedürfnissen der Anstalt aufgrund der vorliegenden Umstände schwierig sei. Es müsse jedoch der Vollzugsbehörde und der laufenden Einschätzung des Therapeuten überlassen werden, inwiefern angezeigte therapeutische Massnahmen wie Lockerungsschritte und Kontaktmöglichkeiten in Bezug auf das Sicherheitsbedürfnis vertretbar seien. Eine Vorwegnahme dieser Entscheide im Sinne einer grundsätzlichen Befürwortung solcher Schritte sei im vorliegenden Fall weder sinnvoll

noch angezeigt. Wie eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB im Einzelfall zu vollziehen ist, haben die Vollzugsbehörden zu entscheiden. Diese müssen somit nach den insoweit zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz im Einzelfall auch darüber befinden, ob im Rahmen der Therapie Vollzugslockerungen unter der gebotenen Berücksichtigung von Sicherheitsbedürfnissen zu verantworten sind, und je nach den Umständen darauf verzichten. Soweit die gerichtliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme an Stelle einer Verwahrung als implizite Befürwortung von Vollzugslockerungen durch das Gericht interpretiert werden könnte, wäre

dies für die Vollzugsbehörden nicht massgebend. Daher kann die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme nicht mit dem Argument abgelehnt werden, dass sie als Befürwortung von Vollzugslockerungen verstanden werden könnte.

4.3 Nach der Einschätzung der Vorinstanz sind die Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Behandlung gering und zu unbestimmt. Ob die Vorinstanz mit dieser Einschätzung die beiden Gutachten, auf welche sie sich stützte, in vertretbarer Weise gewürdigt hat, kann hier dahingestellt bleiben, weil diese aus nachstehenden Gründen als Entscheidungsgrundlage nicht ausreichen.

4.3.1 Das Gericht stützt sich beim Entscheid über die Anordnung einer therapeutischen Massnahme sowie bei der Änderung der Sanktion auf eine sachverständige Begutachtung. Diese äussert sich über (lit. a) die Notwendigkeit und die Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters; (lit. b) die Art und die Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten; und (lit. c) die Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme (Art. 56 Abs. 3 StGB). Eine sachverständige Begutachtung muss auch vorliegen, wenn das Gericht in Anwendung von Ziff. 2 Abs. 2 SchlBest. StGB darüber zu befinden hat, ob gegenüber einem altrechtlich verwahrten Täter eine therapeutische Massnahme anzuordnen oder die Verwahrung nach neuem Recht weiterzuführen ist.

4.3.2 Das Gutachten von Prof. Dr. med. B. und von Oberarzt Dr. med. C. datiert vom 19. Januar 2000. Es wurde somit unter der Geltung des alten Rechts und der diesbezüglichen Rechtsprechung erstellt und war bei Ausfällung des angefochtenen Entscheids bereits sieben Jahre alt. Die Gutachter verneinten das Bestehen eines erfolgversprechenden Therapieansatzes. Die Erfolgsaussichten einer grundsätzlich indizierten Psychotherapie seien ungewiss. Aufgrund der Einmaligkeit des Falles könne nur eine kurzfristige Legalprognose erstellt werden. Jedenfalls müsse bis auf weiteres von einer erheblichen Gefahr für alle mit der Beschwerdeführerin beschäftigten Personen ausgegangen werden. Was seit Januar 2000 geschehen ist, berücksichtigt das Gutachten nicht. Das Gutachten von Dr. med. A. vom 28. März 2007 wurde im Auftrag und zu Händen der Anstalten Hindelbank erstellt. Gegenstand des Gutachtens bilden im Wesentlichen Fragen betreffend die Verlegung der Beschwerdeführerin auf die Integrationsabteilung, weitere Vollzugsmodalitäten sowie mögliche Haftschäden. Das

Gutachten befasst sich zwar auch etwa mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen und Umständen einerseits weitere Therapiefortschritte erzielt werden können und andererseits das bereits Erreichte wieder zunichte gemacht würde. Die Fragen betreffend die Behandlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin, die Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Massnahme und die Möglichkeit des Vollzugs einer solchen Massnahme

bilden jedoch nicht Gegenstand des Gutachtens.

4.3.3 Damit liegt aber kein psychiatrisches Gutachten vor, welches sich speziell zur Behandlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin, zu den Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Behandlung und zu den Möglichkeiten des Vollzugs dieser Massnahme unter der gebotenen Berücksichtigung der unbestrittenen Gefährlichkeit der Beschwerdeführerin äussert. Bei dieser Sachlage hat die Vorinstanz ein ergänzendes Gutachten zu diesen Fragen einzuholen. Die Vorinstanz wird nach Eingang des Gutachtens unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen darüber entscheiden, ob eine stationäre therapeutische Massnahme anzuordnen oder aber die Verwahrung nach neuem Recht weiterzuführen ist.

5. Zusammenfassend ergibt sich somit Folgendes: Gegenüber einem gefährlichen psychisch gestörten Täter hat der Richter eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB an Stelle einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB anzuordnen, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch eine stationäre therapeutische Massnahme über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr von weiteren mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Straftaten im Sinne von Art. 64 StGB deutlich verringert wird. Nicht erforderlich ist hingegen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass bereits über einen Behandlungszeitraum von fünf Jahren ein Zustand erreicht wird, der es rechtfertigt, dem Täter Gelegenheit zu geben, sich in der Freiheit zu bewähren. Soweit die Vorinstanz höhere Anforderungen an das Ausmass, die Wahrscheinlichkeit und/oder die zeitliche Nähe des Erfolgs einer stationären therapeutischen Massnahme stellt, kann ihr nicht gefolgt werden. Ob die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, kann aufgrund der vorliegenden Gutachten nicht entschieden werden. Daher hat die Vorinstanz ein ergänzendes Gutachten zu den Fragen der Behandlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin, der Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Behandlung und der Möglichkeiten des Vollzugs einer solchen Massnahme einzuholen.

Die Beschwerde ist somit im Sinne des Eventualantrags gutzuheissen, der Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2008 aufzuheben und die Sache zur Einholung eines ergänzenden Gutachtens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.