

BGer 6B_1155/2017 vom 1. Dezember 2017

Bundesgericht, 2017-12-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1155_2017

FR: TF 6B_1155/2017 du 1 décembre 2017

IT: TF 6B_1155/2017 del 1 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz gehe nicht auf die primär gerügte Verletzung der EMRK ein, handle die Beschwerdevorbringen lediglich im Lichte des innerstaatlichen Rechts ab und lasse Art. 190 BV komplett ausser Acht.

E. 1.2

Bund und Kantone beachten das Völkerrecht (Art. 5 Abs. 4 BV). Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Bundesgesetze unterliegen nicht der abstrakten Normenkontrolle. Soweit der Beschwerdeführer eine Überprüfung "in concreto" verlangt, geht es zunächst um bundesrechtskonforme Rechtsanwendung, wobei Bundesgesetze gegebenenfalls verfassungskonform auszulegen sind. Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen (BGE 142 IV 1 E. 2.4.1 S. 3, 105 E. 5.1 S. 110). Die gesetzgeberischen Wertungen in einem Bundesgesetz sind für das Bundesgericht massgebend (BGE 143 I 292 E. 2.4.2 S. 299; 143 III 65 E. 3.3 S. 67 f.). An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden (BGE 143 IV 122 E. 3.2.3 S. 125).

Indem die Vorinstanz die Beschwerdevorbringen "im Lichte des innerstaatlichen Rechts" abhandelt, lässt sie Art. 190 BV keineswegs ausser Acht. Die Vorinstanz geht wiederholt auf das Vorbringen ein (Urteil S. 11, 12, 16 f., 20) und beurteilt die Sache zutreffend auf der Grundlage der entscheidwesentlichen Tatsachen.

E. 1.3

Bei der Überprüfung ist zu beachten, dass eine Massnahme, für welche die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, aufzuheben ist (Art. 56 Abs. 6 StGB). Dieser Grundsatz kommt zur Anwendung, wenn die Anordnungsvoraussetzungen einer Massnahme nachträglich entfallen und nicht mehr bestehen und - a fortiori -, wenn sie von Anfang an gar nie vorlagen (Urteil 6B_798/2014 vom 20. Mai 2015 E. 2.1, nicht publ. in BGE 141 IV 203 ; vgl. Urteil 6B_1083/2017 vom 21. November 2017 E. 3.4 und 3.8).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer trägt vor, im Privatgutachten werde gegenüber dem Gutachten eine wesentlich minimierte Rückfallgefahr attestiert. Die Vorinstanz verneine Zweifel an der Schlüssigkeit des Gutachtens. Festzuhalten sei, dass ein Rückfall bereits ontologisch in keinem Fall gänzlich ausgeschlossen werden könne. Er betont die folgende Passage aus dem Privatgutachten: "Die Massnahme ist mit Blick auf eine mögliche Perspektive und spätere Entlassung vollends in eine Sackgasse geraten, aus der nie ein Ausweg gefunden

werden dürfte, wenn zum heutigen Zeitpunkt oder möglichst bald nicht der Schritt einer Vollzugslockerung unter den oben genannten Bedingungen eingeleitet wird" (Beschwerde S. 4 f.; Privatgutachten S. 66).

E. 2.2

Die zitierte Passage findet sich in der abschliessenden Ausführung zur "Rückfallgefahr und Prognose". Der Privatgutachter führt zu den "oben genannten Bedingungen" des Zitats aus, es sei unübersehbar, dass der Beschwerdeführer mit seinen aggressiven Ausbrüchen eine Hartnäckigkeit gezeigt habe. Diese Gewaltdelikte würden sich vorwiegend auf die Jahre 1974 bis 1982 beziehen. Es dürfte wohl keinen Experten geben, der einen Rückfall gänzlich ausschliessen würde. Das sei bei Wiederholungstätern nie möglich. Das langjährige Wohlverhalten im Vollzug, die über Jahre anhaltende Beziehung zu seiner Partnerin, die ihn in ein psychisches Gleichgewicht gebracht habe, die Einsicht in sein Fehlverhalten, auch die Erschöpfung und Zermürbung durch den ungewöhnlich langen Massnahmenvollzug sprächen für eine Beendigung der Massnahme zu Gunsten einer extramuralen Betreuung. Es könne damit gerechnet werden, dass sich die Gefahr eines Rückfalls in sehr erheblichem Masse reduziert habe. Die Prognose sei insoweit günstig, als es gerechtfertigt sei, ihn in ein Setting zu entlassen, wo eine gewisse Betreuung und Beaufsichtigung bestehe, ihm für die Integration Unterstützung gewährleistet werde und eine psychotherapeutische Betreuung mit der Gewährleistung eines vertrauensvollen Rahmens aufgegleist werden könne. [An dieser Stelle folgt das erwähnte Zitat.] Entscheidend für eine erfolgreiche Weiterentwicklung sei, dass sein Potential der Bereitschaft, eine Psychotherapie bei einem Therapeuten zu machen, der sein notwendiges Vertrauen genieesse, sowie eine relativ stabile Beziehung zu seiner Partnerin genutzt würden. Zusätzlich seien Massnahmen zu treffen, die eine Enthemmung durch Alkoholkonsum vermieden, wobei eine Antabusbehandlung oder eine Behandlung mit einem ebenbürtigen Medikament in Betracht zu ziehen sei (Privatgutachten S. 65 f.).

Der Privatgutachter stellt die Diagnose: 1. Status nach Schizophrenie in den Siebzigerjahren (vgl. Gutachten S. 115); 2. Persönlichkeitsstörung mit Borderline und narzisstischen Anteilen (ICD-10: F61.0); 3. frühe Alkoholabhängigkeit (ICD-10: F21) und Mehrfachsubstanzmissbrauch (ICD-10: F19.1); 4. die Grundstörung bestehe in einer seit der Jugendzeit bestehenden Liebessehnsucht mit reaktiven Missstimmungen und Aggressionsverhalten bei Nichterfüllung (Privatgutachten S. 66). Es habe sich die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten der bisherigen Art massiv reduziert (Frage 3a). Die psychische Störung könne therapeutisch behandelt werden (4). Gegen seinen Willen könne die empfohlene ambulante Behandlung nicht durchgeführt werden, weil sie faktisch nicht zustande käme und er sich nicht in erforderlichem Masse darauf einlassen würde (10b) (Privatgutachten S. 67 f.).

Nach dem Privatgutachter hätte sich die Gefahr eines Rückfalls "massiv" bzw. "in sehr erheblichem Masse reduziert". Er hält die Störungen für ambulant therapierbar, setzt aber ein Setting voraus, auf das sich der Beschwerdeführer "einlassen würde" (Privatgutachten S. 68, Ziff. 10b). Als "Bedingung" für die Beendigungen der Massnahme und die extramurale "Betreuung und Beaufsichtigung" stellt das Privatgutachten einen seitenlangen Forderungskatalog auf.

E. 2.3

Auch bei Massnahmen gilt der verfassungsrechtliche Fundamentalsatz, dass die Freiheit einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden darf (Art. 31 Abs. 1 BV).

Der Verwahrte wird bedingt entlassen, sobald zu erwarten ist, dass er sich in der Freiheit bewährt. Die Probezeit beträgt zwei bis fünf Jahre. Für die Dauer der Probezeit kann Bewährungshilfe angeordnet und können Weisungen erteilt werden (Art. 64a Abs. 1 StGB). Zuständig ist die Vollzugsbehörde (Art. 64b StGB). Diese und in der Folge die Vorinstanz verweigerten eine bedingte Entlassung.

Art. 64a Abs. 1 StGB setzt die ernsthafte Erwartung voraus, dass sich der Insasse in Freiheit gut verhält ("une forte probabilité"; BGE 136 IV 165 E. 2.1.1 S. 167). Es sind höhere Anforderungen als bei einer Entlassung aus der stationären therapeutischen Massnahme (Art. 59 StGB) zu stellen. Es muss eine hohe Wahrscheinlichkeit bestehen, dass sich der Insasse in der Freiheit bewährt (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [...], BBl 1999 2098), dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit keine Straftaten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB mehr begeht (BGE 136 IV 165 E. 2.1.1 S. 167). Der Massstab für die Entlassung ist sehr streng. Die Prognose hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, von Erfahrungen mit Vollzugslockerungen, dem Vollzugsverhalten, der Verarbeitung der Straftaten und der zukünftigen Lebenssituation. Die Entlassung unmittelbar aus der Verwahrung in Freiheit ist praktisch kaum denkbar (Urteil 6B_147/2017 vom 18. Mai 2017 E. 3.1). Hinsichtlich der Aktualität des Gutachtens ist primär nicht das formale Alterskriterium massgebend, sondern ob Gewähr besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat (BGE 134 IV 246 E. 4.3 S. 254).

E. 2.4

Privatgutachten haben nicht den gleichen Stellenwert wie Gutachten, die von der Untersuchungsbehörde oder von einem Gericht eingeholt wurden. Sie werden erfahrungsgemäss eingereicht, wenn sie für den Auftraggeber günstig lauten und sind mit Zurückhaltung zu würdigen (ANDREAS DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 15 zu Art. 182 StPO). Es handelt sich um Parteivorbringen, die nach den üblichen beweisrechtlichen Kriterien zu prüfen sind (vgl. BGE 141 IV 369 E. 6.2 S. 373 f.; Urteil 6B_240/2017 vom 6. Juni 2017 E. 2.2).

E. 2.5

Die Gutachter diagnostizieren eine kombinierte Persönlichkeitsstörung (ICD-10: F61.0) mit überwiegend Borderline und narzisstischen Anteilen, den Verdacht auf eine Störung der Sexualpräferenz mit Tendenz zur sexuellen Belästigung bzw. Vergewaltigung (ICD-10: F65.8) sowie frühere Alkoholabhängigkeit, Mehrfachsubstanzmissbrauch und Tabakabusus. Es handelt sich um eine schwere Persönlichkeitsstörung, welche die Kriterien nach ICD-10 und DSM-IV-TR erfüllt (Gutachten S. 109, 110). Wie die Vorinstanz ausführt, fällt nach dem Gutachten ein tadelloses Vollzugsverhalten und eine grössere Ausgeglichenheit prognostisch positiv ins Gewicht. Der Beschwerdeführer verfüge über soziale Kompetenzen und soziale Bezüge ausserhalb der Strafanstalt (Lebenspartnerin) und sei arbeitsfähig. Trotzdem würden die Gutachter auf ein prognostisch eher ungünstiges Bild und eine erhöhte Rückfallgefahr schliessen. Er habe bezüglich Persönlichkeits- sowie psychosexueller und Alkoholproblematik (noch) keine realitätsadäquate Grundhaltung und (noch) keine belastbare Therapiemotivation erzielen können (Gutachten S. 114, 122). Eine

forensische Psychotherapie, die Auseinandersetzung mit der Alkoholproblematik und die Abklärung einer triebhaft-sexuellen Komponente seien für eine künftige Entlassung unabdingbar.

Die Vorinstanz nimmt an, das Privatgutachten halte die Rückfallgefahr für erheblich reduziert, stütze sich dabei aber grundsätzlich auf dieselbe Diagnose. Es äussere gegenüber dem Verdacht auf Störung der Sexualpräferenz gewisse Vorbehalte, scheine die Diagnose aber nicht für völlig unbegründet zu halten. Es stütze die Vollzugslockerungen hauptsächlich auf die bestehende verfahrenere Situation.

Die Vorinstanz prüft weiter die Aktualität des sieben Jahre alten, zur Weiterführung der Massnahme unter neuem Recht eingeholten Gutachtens und hält fest, es habe sich nichts Wesentliches verändert. Der Beschwerdeführer verbringe regelmässig die klaglos verlaufenden begleiteten Beziehungsurlaube mit seiner Bezugsperson. Allerdings finde weiterhin keine deliktorientierte Therapie statt, da er sich eine Zusammenarbeit mit dem Psychiatrisch-Psychologischen Dienst (PPD) nicht vorstellen könne (Urteil S. 9). Er habe sich inzwischen zwar bereit erklärt, sich bei einem nicht dem PPD angehörigen Psychotherapeuten in Therapie zu begeben, habe sich aber bereits gegenüber den Gutachtern in dieser Richtung geäussert und gleichzeitig festgehalten, dass er sich genügend therapiert fühle. Er habe noch immer keine Therapie absolviert. Die Persönlichkeitsstörung mit Borderline und narzisstischen Anteilen bestehe weiterhin. Die Ausgangslage habe sich nicht verändert (Urteil S. 10). Die Vollzugsbehörde gehe bezugnehmend auf das Gutachten von einem weiterhin erhöhten Rückfallrisiko bezüglich Sexualdelikten und somit von einer negativen Prognose aus. Vom Fortbestehen der Gefährlichkeit sei auszugehen, weil keine psychiatrisch begleitete Auseinandersetzung mit den Straftaten und der Alkoholproblematik stattgefunden habe (Urteil S. 10 f.). Der Privatgutachter begründe seine Empfehlung, Vollzugslockerungen zu gewähren, dagegen hauptsächlich mit der bestehenden verfahrenen Situation, der langjährigen Internierung, der dadurch entstandenen Zermürbung sowie einer Mässigung infolge Alters (Urteil S. 8).

Entgegen der Beschwerde (S. 4) lässt das Privatgutachten keine Zweifel an der Schlüssigkeit des Gutachtens aufkommen. Der Privatgutachter bestätigt insbesondere die Hauptdiagnose einer kombinierten Persönlichkeitsstörung (ICD-10: F61.0). Die diagnostizierten psychosexuellen Persönlichkeitsprobleme lassen sich ohnehin nicht bestreiten (vgl. Gutachten S. 113). Als wesentlich erweist sich die verweigerte deliktorientierte Auseinandersetzung. Die Weigerung, an Resozialisierungsmassnahmen "aktiv mitzuwirken" (Art. 75 Abs. 4 StGB), ist als negatives Prognoseelement zu gewichten (Urteile 6B_240/2017 vom 6. Juni 2017 E. 1.5.4 ff. [betr. Art. 86 StGB], 6B_866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.4.3, 6B_1037/2014 vom 28. Januar 2015 E. 5.2).

E. 2.6

Der Beschwerdeführer macht geltend, auch das Gutachten komme zum Schluss, dass eine ambulante Behandlung geeignet und im Erfolgsfall ausreichend wäre und eine solche Behandlung während Lockerungsmassnahmen und nach einer allfälligen Haftentlassung kontinuierlich fortgesetzt werden müsste. In dieser Hinsicht seien sich die beiden Gutachten einig. Es frage sich, weshalb ihm diese Möglichkeit nicht eingeräumt worden sei. Dass er den "Jüngern des FOTRES" im PPD nicht mehr vertrauen wolle, sei nachvollziehbar. Weshalb ihm keine situations-adäquate Therapie ermöglicht werde, entziehe sich jeglicher Vernunft und widerspreche klar völkerrechtlich verankerten Grundsätzen (Beschwerde S. 5

mit Hinweis auf Urteil

M. v. Deutschland vom 17. Dezember 2009, Nr. 19359/04, Ziff. 128 f., [in der nichtamtlichen Übersetzung des Bundesministeriums der Justiz, Berlin]).

E. 2.6.1

Das Urteil

M. v. Deutschland betrifft die deutsche Sicherungsverwahrung und führt aus, es müsse den Verwahrten Betreuung und Unterstützung gewährt werden; diese solle im Rahmen eines ernsthaften Versuches geschehen, die Rückfallgefahr zu verringern und damit dem Zweck der Kriminalprävention zu dienen und ihre Entlassung zu ermöglichen. Der Gerichtshof lasse nicht ausser Betracht, dass die Arbeit mit dieser Häftlingsgruppe zwangsläufig eine der schwierigsten Herausforderungen für das Vollzugspersonal sei (a.a.O., Ziff. 129).

Nach schweizerischem Recht wird die Verwahrung gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB als ultima ratio bei schweren Straftaten angeordnet (BGE 139 IV 57 E. 1.3.3 S. 61), wenn die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB keinen Erfolg verspricht. In der Verwahrung wird der Täter psychiatrisch betreut, wenn dies notwendig ist (Art. 64 Abs. 4 StGB ; Urteile 6B_1000/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 3.10 und 6B_954/2016 vom 28. September 2017 E. 1.1.2). Dem Heilungsaspekt wurde neben dem Sicherheitsaspekt bereits in der Praxis zu aArt. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB im Hinblick auf Heilung und Entlassung Rechnung getragen (BGE 123 IV 1 E. 4c S. 8).

Im Strafvollzug ist die Menschenwürde (Art. 7 BV) des Gefangenen oder Eingewiesenen zu achten. Seine Rechte dürfen nur soweit beschränkt werden, als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung es erfordern (Art. 74 StGB). Der Vollzug hat das soziale Verhalten des Gefangenen zu fördern, insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben (Art. 75 Abs. 1 StGB). Diese Bestimmungen schreiben einen namentlich auf Wiedereingliederung und Resozialisierung ausgerichteten Vollzug vor. Dabei hat der Gefangene aktiv mitzuwirken (Art. 75 Abs. 4 StGB). Bei Vollzugsöffnungen mit fraglicher Gemeingefährlichkeit schreibt Art. 75a StGB besondere Sicherheitsmassnahmen vor (zur Urlaubsgewährung im Sinne von Art. 84 Abs. 6 StGB eingehend Urteil 6B_619/2015 vom 18. Dezember 2015).

E. 2.6.2

Der Beschwerdeführer behauptet, es bestehe kein direkter Konnex zu einer Anlasstat im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK . Er verweist dazu auf das Urteil

G. v. Deutschland vom 28. November 2013, Nr. 7345/12, Ziff. 92-96 (in der nichtamtlichen Übersetzung des Bundesministeriums; Beschwerde S. 7). Er sei am 24. Mai 1995 ohne genügenden Konnex zu einer Anlasstat in die Verwahrung zurückversetzt worden (unter Verweisung auf das Urteil

M. v. Deutschland , Ziff. 88 und 124 ff.). Art. 7 EMRK sei klar verletzt. Es lasse sich nicht von der Hand weisen, dass der natürliche Alterungs- und Mässigungsprozess eine Besserung der Legalprognose bewirke. Das Verhältnismässigkeitsprinzip werde verletzt.

Das Urteil

G. v. Deutschland betrifft ebenfalls die deutsche Sicherungsverwahrung und führt aus, der Gerichtshof übersehe nicht, dass sich der Betroffene keiner Behandlung unterzog, weil Versuche, ihn dazu zu motivieren, erfolglos geblieben waren; das entbinde nicht davon,

Personen, denen (allein) wegen einer psychischen Krankheit die Freiheit entzogen sei, ein medizinisch-therapeutisches Umfeld zu bieten (Ziff. 96). Im Urteil

M. v. Deutschland wird auf den Kausalzusammenhang zwischen Verurteilung und Freiheitsentzug hingewiesen (Ziff. 88) und entgegen der innerstaatlichen Rechtsauffassung der Strafcharakter der deutschen Sicherungsverwahrung im Sinne von Art. 7 EMRK angenommen (Ziff. 124 ff.).

Der Strafcharakter der Verwahrung ist in der Schweiz unbestritten; der Vollzug der Freiheitsstrafe geht denn auch der Verwahrung voraus (Art. 64 Abs. 2 StGB ; BGE 134 IV 121 E. 3.3.3 S. 128). Der Kausalzusammenhang zwischen Anlasstat und Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK ist nicht bestreitbar. Der Beschwerdeführer wird als Verwahrter psychiatrisch betreut, "wenn dies notwendig ist" (Art. 64 Abs. 4 StGB). Ihm wird nicht wegen der psychischen Krankheit, sondern wegen Gemeingefährlichkeit (vgl. BGE 134 IV 121 E. 3.3.3 S. 128) die Freiheit durch Verwahrung entzogen (vgl. bundesgerichtliche Urteile unten E. 2.8.1). Die Freiheit wird ihm "auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen" (Art. 5 Ziff. 1 Ingress EMRK; vgl. BGE 142 IV 1 E. 2.4.3 S. 5). Das auch für die Verwahrung geltende Rückwirkungsverbot mit der lex mitior ist nicht tangiert, sowohl hinsichtlich der Anordnung wie einer Entlassung aus der Massnahme (BGE 134 IV 121 E. 3.3 S. 125, E. 3.3.3 S. 129 und E. 3.4.4 S. 131; Urteil 6B_300/2017 vom 6. Juni 2017 E. 6).

E. 2.7

Der Beschwerdeführer vertritt die Ansicht, es liege auf der Hand, dass es sich bei den von den Gutachtern diagnostizierten Störungen nicht um medizinische Diagnosen im engeren Sinne der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK handle. Es handle sich lediglich um kriminalpsychologische Diagnosen, welche (allenfalls) das Kriterium der schweren psychischen Störung gemäss StGB erfüllen vermöchten, aber nicht die Kriterien der "true mental disorder", die eine Unterbringung oder "preventiv detention" gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK rechtfertigen könnte (unter Verweisung auf das Urteil

G. v. Deutschland , Ziff. 71-75). Eine schwere psychische Störung könne aus den im Recht liegenden Unterlagen nicht erstellt werden (Beschwerde S. 9). Weiter verbiete das Abstandsgebot den Massnahmenvollzug in einer Strafanstalt. Die Massnahme gemäss Art. 64 StGB habe Strafcharakter und sei in der Kombination mit Art. 76 Abs. 2 StGB verfassungs- und konventionswidrig (Beschwerde S. 10, 11).

Es ist erneut festzustellen, dass der Beschwerdeführer gemäss Art. 64 Abs. 4 StGB verwahrt und keine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet wurde, da sie keinen Erfolg versprach (Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB). Das schweizerische Recht differenziert klar zwischen Diagnose und Kriminalprognose (Legalprognose). Der medizinische Befund wird durch forensisch-psychiatrische Gutachten (Art. 56 Abs. 3 StGB) abgeklärt und die Diagnose gegebenenfalls gerichtlich als schwere psychische Störungen im Sinne des Massnahmenrechts eingeordnet. Die gutachterliche (und privatgutachterlich bestätigte) Diagnose insbesondere der schweren kombinierten Persönlichkeitsstörung (oben E. 2.5) erfüllt das Kriterium des "psychisch Kranken" im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK .

Der Gerichtshof verzichtete im Urteil

Winterwerp v. Niederlande vom 24. Oktober 1979, Nr. 6301/73, angesichts der dynamischen Entwicklung der psychiatrischen Forschung und der Vielfalt der

Krankheitsbegriffe auf eine positive Begriffsbestimmung und verlangt, dass es sich um eine "true mental disorder" ("echte Geistesstörung") handle; zudem sei der medizinische Fortschritt bei den Behandlungsmethoden zu berücksichtigen. Der Gerichtshof beurteilt insbesondere psychopathische sowie schizoide und narzisstische Persönlichkeitsstörungen und die alkoholbedingte Aggressivität als "Geisteskrankheit" im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK (JOACHIM RENZIKOWSKI, in: Pabel/Schmahl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, N. 227 zu Art. 5 EMRK [in der Bearbeitung März 2016]). Erforderlich sind nach den drei "Winterwerp-Kriterien" (in praxisrelevanter Formulierung) der zuverlässige Nachweis einer psychischen Krankheit durch ein ärztliches Gutachten, die Verhältnismässigkeit der Unterbringung zur Abwehr einer aus der Krankheit erwachsenden Gefahr sowie die periodische Überprüfung und Beendigung, sobald die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen (BJÖRN EBERLING, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, N. 63 zu Art. 5 EMRK).

In casu sind weder die gesetzmässige Anordnung oder Rückversetzung noch die Diagnose fraglich. Fraglich ist die Legalprognose hinsichtlich von Vollzugslockerungen oder einer probeweisen Entlassung gemäss Art. 64a Abs. 1 StGB . Dabei entscheidet die Legalprognose (oben E. 2.3). Weiter ist zu prüfen, ob die Verwahrung im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 3 BV ; Art. 56 Abs. 2 StGB), d.h. sie muss sich als notwendig, geeignet und verhältnismässig i.e.S. erweisen (BGE 142 IV 105 E. 5.3 S. 111 zu Art. 59 StGB). Der Staat darf die Freiheit nur solange entziehen, als die vom Insassen ausgehende Gefahr dies zu rechtfertigen vermag (BGE 142 IV 105 E. 5.4 S. 112 i.f.). Bei Gefahr von Sexual- und Gewaltdelikten stellt die Legalprognose höhere Anforderungen.

E. 2.8

Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, er sei im Jahre 2007 vom offenen Massnahmenvollzug in das absolut geschlossene Setting zurückversetzt worden und befinde sich seither im geschlossenen Normalvollzug unter dem Titel der Verwahrung. Er selbst habe sich nichts zu Schulden kommen lassen (Beschwerde S. 5, 7). Letztendlich werde seine Freiheit in einer Dezennien länger als die ausgesprochene Strafe andauernden Massnahme zugunsten einer höchst fraglichen und nur potentiell vorliegenden Gefährdung der Allgemeinheit geopfert. Wenn die Vorinstanz ausführe, dass eine ambulante Massnahme nicht erst vom Privatgutachter, sondern bereits von den Gutachtern vorgeschlagen worden sei, und sie in der Folge ausführe, anscheinend habe sich dies nicht realisieren lassen, könne nur noch von Zynismus gesprochen werden (Beschwerde S. 6).

Die Vorinstanz hält fest, der Beschwerdeführer habe sich bereit erklärt, sich bei einem nicht dem PPD angehörigen Therapeuten in Therapie zu begeben. So habe er sich bei den Gutachtern geäussert, aber gleichzeitig festgehalten, er fühle sich genügend therapiert. Die Therapiemotivation bleibe daher fraglich. Die Gutachter hätten einen Kompromiss mit einer Therapie durch einen ausserhalb des PPD stehenden Psychotherapeuten vorgeschlagen. Anscheinend habe sich diese Möglichkeit bis anhin jedoch nicht realisieren lassen (Urteil S. 9).

E. 2.8.1

Nach schwerem Rückfall und erneuter probeweiser Entlassung am 1. Juli 1991 wurde der Beschwerdeführer am 24. Mai 1995 in die Verwahrung zurückversetzt. Der offene Vollzug wurde am 19. März 2007 widerrufen und die Verwahrung am 4. Oktober 2010 gestützt auf

das Gutachten nach neuem Recht weitergeführt (oben Sachverhalt A). Die Gutachter hatten vor allem die Massnahmenbedürftigkeit, Massnahmenfähigkeit und Behandlungsbereitschaft zu begutachten, nachdem ein forensisch-psychiatrisches Prognosegutachten von Ende 2008 ergeben hatte, dass mangels Bereitschaft zu einer deliktorientierten Therapie eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 59 StGB nicht angezeigt war (Gutachten S. 1). Eine entsprechende Änderung der Sanktion kam daher nicht in Frage (Art. 65 Abs. 1 StGB ; zu publizierendes Urteil 6B_1192/2016 vom 9. November 2017 E. 3.1).

Nach einem Schreiben der Justizdirektion des Kantons Zürich vom 4. November 1993 konnte die auf den 5. November 1993 geplante Entlassung aus der Sicherheitshaft angesichts der durch das Tötungsdelikt auf dem Zollikerberg (30. Oktober 1993) veranlassten Evaluierung der vollzugsrechtlichen Situation nicht bewilligt werden (vgl. Gutachten S. 22). Der Beschwerdeführer wurde am 3. Februar 1995 wegen Nötigung (das Verfahren wurde eingestellt; Gutachten S. 27) in Sicherheitshaft sowie am 24. Mai 1995 in die Verwahrung zurückversetzt (Gutachten S. 24-26). Das Bundesgericht wies eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die verweigerte bedingte Entlassung ab, soweit es darauf eintrat (Urteil 6A.59/1996 vom 16. Dezember 1996 mit ausführlicher Darstellung des Sachverhalts; als ausschlaggebend erwies sich bereits damals letztlich die ungelöste kriminogene Alkoholproblematik). Das Bundesgericht wies mit Urteil 1P.622/2004 vom 9. Februar 2005 eine weitere Haftbeschwerde ab, wobei erneut die Gemeingefährlichkeit, die Alkoholproblematik und die Einwilligung in eine Therapie Beschwerdegegenstand bildeten. Das bundesgerichtliche Urteil 6B_791/2007 vom 9. April 2008 betraf die Rückversetzung in den Verwahrungsvollzug, wobei der Beschwerdeführer erfolglos die Gemeingefährlichkeit sowie die Verknüpfung von Vollzugslockerungen mit der Durchführung einer deliktorientierten Therapie bestritt und das Bundesgericht erwog, der Straftäter, der sich der gesetzlichen Mitwirkungspflicht ohne triftige Gründe entziehe, habe die Konsequenzen daraus zu tragen; diese könnten in der Verweigerung von Vollzugslockerungen bestehen (a.a.O., E. 6; vgl. Gutachten S. 51). Dem Beschwerdeführer wurden indessen nach einem Schreiben des Justizvollzugs vom 19. November 2009 monatlich zwölfstündige begleitete Urlaube gewährt sowie 11 begleitete Beziehungsurlaube (21.03.2002-17.10.2003), 26 unbegleitete Beziehungsurlaube (13.11.2003-17.12. 2005), 5 begleitete Beziehungsurlaube (26.07.2007-13.11.2007) sowie in den Jahren 2004 und 2005 jeweils ein einwöchiges Alplager (Gutachten S. 51). Die Gutachter rapportieren ärztliche Berichte zu Hospitalisierungen in den Jahren 1970-1983 sowie das Vorgutachten 1967, zwei Vorgutachten von 1976, die Vorgutachten von 1983, 1985, 1994, 1999 und 2008 (Gutachten S. 53-74).

E. 2.8.2

Die Gutachter kommen unter Verwendung verschiedener Prognoseinstrumente unter Einschluss des forensischen Prognoseinstruments "Kriterien für die Beurteilung des Rückfallrisikos besonders gefährlicher Straftäter" nach DITTMANN zum Ergebnis, es sei auch nach über 30-jährigem Aufenthalt in der Verwahrung nach aArt. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht zu verantworten, den Beschwerdeführer ohne weitere zweckmässige Kontroll- und Beobachtungsmöglichkeiten (Evaluation eines Therapieverlaufs, Alkoholabstinenznachweise) Lockerungen zu gewähren, die über begleitete Urlaube hinausgingen oder ihn in Freiheit zu entlassen (Gutachten S. 122). Hinsichtlich des FOTRES (Forensisches Operationalisiertes Therapie-Risiko-Evaluationssystem nach

URBANIOK) halten die Gutachter fest, dass diese Resultate mit jenen der angewandten Prognoseinstrumente korrelieren; eine Neubewertung sei nicht erforderlich, da seit Ende 2006 keine neuen Entwicklungen eingetreten seien, die eine Veränderung bewirken könnten (Gutachten S. 120). In der Fragebeantwortung zur Risikokonstellation nehmen die Gutachter an, dass ähnliche Delikte zu erwarten wären, wie sie der Beschwerdeführer in den Jahren 1974 bis 1982 begangen habe, also sexuelle Gewalttaten gegen ihm unbekannte Frauen (Gutachten S. 128). Unter der Bedingung, dass er mitzuwirken bereit sei, könne die Störung therapeutisch behandelt werden. Eine haftbegleitende ambulante Behandlung in der Strafanstalt Pöschwies wäre geeignet und - im Erfolgsfall - ausreichend. Eine solche Behandlung müsste während Vollzugslockerungen und nach einer allfälligen Haftentlassung über Jahre hinaus kontinuierlich fortgesetzt werden (Gutachten S. 129). Letztlich empfehlen sie eine "freiwillige ambulante, initial haftbegleitende Therapie" (Gutachten S. 130). Bei den vorliegenden Störungsbildern sei eine Behandlung gegen seinen Willen nicht möglich (Gutachten S. 132).

E. 2.8.3

Die Gutachter fragen sich, ob der Beschwerdeführer nicht ohne jede therapeutische oder sonstige Intervention im Falle einer Freilassung straffrei leben könnte. Auch jetzt erscheine eine - nicht nur, aber auch deliktorientierte - Psychotherapie unverzichtbar. Seine Ansicht, bereits genug Therapie erfahren zu haben, könne nicht geteilt werden. Es sei von ihm ein Umdenken im Sinne belastbarer Therapiebereitschaft und -motivation zu erwarten (Gutachten S. 124). Im Vergleich zu den probeweisen Entlassungen von 1980, 1991 und 1994 lägen heute für den älteren Beschwerdeführer eher günstigere individuelle Voraussetzungen vor. Von einer wirklich günstigen Prognose sei schon damals nicht auszugehen gewesen. Verändert hätten sich die juristischen und gesellschaftlichen Vorgaben. Auf seine Willenskraft, dem Alkohol zu entsagen, könne nicht abgestellt werden. Da er sich einer deliktorientierten Therapie beim PPD nicht unterziehen wolle und nicht in einen (therapeutischen) Massnahmenvollzug verlegt werden möchte, könne dies angesichts der notwendigen Mitarbeit nicht empfohlen werden (Gutachten S. 125). Als konkret realisierbarer Kompromiss erscheine vertretbar, dass er in der Strafanstalt verbleibe und sich in die Behandlung eines forensisch und mit Sexualdelikten erfahrenen, vom PPD unabhängigen Psychotherapeuten begeben. Sobald ein tragfähiges Arbeitsbündnis hergestellt sei, wäre eine Versetzung in eine halboffene Vollzugsform vertretbar. Eine vom Vollzug losgelöste Psychotherapie sei nicht zweckmässig und nicht empfehlenswert, was der Beschwerdeführer einsehen müsste (Gutachten S. 126). Eine deutliche Verhaltensberuhigung sei beobachtet worden, jedoch könne nicht festgestellt werden, dass in seiner Persönlichkeits-, psychosexueller und Alkoholproblematik grundlegende Veränderungen eingetreten seien. Es seien objektiver Stillstand und subjektive Perspektivlosigkeit eingetreten, die unter definierten Bedingungen, die von ihm akzeptiert werden müssten, überwunden werden könnten (Gutachten S. 127).

E. 2.8.4

Die Vorinstanz führt im Einzelnen aus, für die Beurteilung der Gefährlichkeit seien nicht allein das Vollzugsverhalten und die sozialen Kontakte massgebend. Vielmehr ins Gewicht falle die Unsicherheit, welche mit der fehlenden Therapie einhergehe. Es sei dadurch nicht abschätzbar, inwiefern er sich mit seinen Delikten auseinandergesetzt und deliktspezifische Vermeidungsstrategien erarbeitet habe und sich die Ausgangslage bezüglich seiner Persönlichkeitsstörung und der Alkoholproblematik verbessert hätte. Dies sei im

Privatgutachten unberücksichtigt geblieben; es werde nur darauf hingewiesen, dass eine Therapie notwendig sei und ein guter Verlauf die Legalprognose verbessern könne. Dass bisher keine Therapie durchgeführt worden sei, sei auf das Misstrauen gegenüber dem PPD und der Justiz im Allgemeinen zurückzuführen (Urteil S. 15 f.). Mit den begleiteten Beziehungsurlauben werde die Verhältnismässigkeit unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen gewahrt. Über die Rückversetzung sei rechtskräftig entschieden; das sei nicht Verfahrensgegenstand. Bei unbegleiteten Urlauben oder offenem Vollzug bestünde die Gefahr schwerer Straftaten (Urteil S. 16). Hinsichtlich des geltend gemachten Abstandsgebots sei festzustellen, dass sich der Beschwerdeführer dazu negativ geäußert habe und eine Versetzung nicht geprüft werden konnte (Urteil S. 17). Es könne nicht angehen, wie er sich vorstelle, mit einem externen Psychiater oder Psychologen eine Therapie ohne jeden Bezug zur Frage zu machen, was die Therapie bezüglich des Massnahmenregimes zur Folge haben könnte. Der Privatgutachter sehe den Empfangsraum als positiv an, auch wenn zwei psychisch beeinträchtigte Personen zusammengefunden hätten; auch das Privatgutachten enthalte aber Hinweise, dass dies nicht unverrückbar so bleiben könnte (Urteil S. 18 mit Hinweis auf Privatgutachten S. 63).

Der gutachterliche Kompromissvorschlag sei nicht genutzt worden. Allerdings stehe weder die Person des Therapeuten noch die verfolgte Therapie im Belieben des Inhaftierten. Ein gewisses Misstrauen sei aber verständlich, als er bereits mehrere unbegleitete Urlaube ohne Vorkommnisse absolviert habe und er aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen in den Jahren 1993 und 2006 in der Vollzugsstufe zurückgestuft worden sei. Dass er die Anstalt nicht wechseln wolle, sei verständlich, da er sich inzwischen eine Stellung als Mitarbeiter erarbeitet habe und die Nähe des Wohnorts seiner Partnerin nicht missen möchte. Es liege mindestens ein besonderer Einzelfall vor, der kaum als Präjudiz für andere Fälle hinhalten könnte, wenn ihm eine Therapie im von den Gutachtern erwähnten Sinne zu ermöglichen versucht würde. Art und Form der Psychotherapie bildeten aber vorliegend nicht Streitgegenstand, weswegen darüber nicht verfügt werden könne. Ohne ernsthafte Therapie erschienen aber Vollzugslockerungen nicht als sehr wahrscheinlich. Der Beschwerdegegner (der Justizvollzug Kanton Zürich) sei daher dazu einzuladen, entsprechende Möglichkeiten zu prüfen (Urteil S. 19).

E. 2.8.5

Die vorinstanzliche Beurteilung ist nicht mit "Zynismus" (oben E. 2.8) zu qualifizieren, umso weniger als die Vorinstanz ein gewisses Verständnis für den Beschwerdeführer bekundet. Auch die gerichtliche Einladung an die Vollzugsbehörde, "entsprechende Möglichkeiten zu prüfen", lässt sich nicht missverstehen. Die Vollzugsbehörde wird an der Prüfung nicht vorbeikommen (Art. 64b StGB). Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz ihre Kompetenz im Rahmen des "Streitgegenstands" ausübt. Die Vollzugsbehörde darf die Richtigkeit eines Urteils nicht überprüfen (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 1848; aber oben E. 1.3). Der Beschwerdeführer übergeht, dass die Vorinstanz seinen Antrag der Vollzugsbehörde zuständigkeitshalber zur Prüfung zuweist.

Hinsichtlich eines "Abstandsgebots" ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer angebotene Verlegungen ablehnte. Er will eine externe ambulante Therapie ohne deliktrelevanten Bezug (ebenso rapportiert im Privatgutachten S. 44) und verkennt damit die

strafrechtliche Massnahme, die einzig zur Verbesserung der Legalprognose angeordnet werden kann. Der Privatgutachter nimmt einerseits an, die gemeinsame Wellenlänge der zwei psychisch beeinträchtigten Personen gewährleiste eine stabile und harmonische Bindung; andererseits erkennt er eine allgemeine, totalistische Färbung des Beziehungsbedürfnisses des Beschwerdeführers, der eine symbiotische, konflikt- und schmerzfreie Beziehung suche und auf Disharmonien und Spannungen, wenn diese auch nur schon ansatzweise aufträten, massive Reaktionen von Unverträglichkeit und Intoleranz bis hin zu aggressiven Ausbrüchen zeige (Privatgutachten S. 63; auch Gutachten S. 70). Sein Entlassungsprojekt, mit dieser Frau leben zu wollen, erscheint angesichts der unbehandelten psychischen Verfasstheit in legalprognostischer Sicht als unrealistisch. Sexual- und Gewaltstraftaten sind zurzeit nicht hinreichend wahrscheinlich durch das Alter als deliktprotektiven Faktor auszuschliessen (vgl. Urteil 6B_1198/2016 vom 29. Juni 2017 E. 1.3.2).

Zu beachten ist ferner der Gleichbehandlungsgrundsatz, auf den die Vorinstanz hinweist ("Präjudiz"), denn eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Privilegierung eines Insassen ist zu vermeiden. Schliesslich spricht der jahrelange Vollzugsaufwand, wie er im Gutachten rapportiert wird, gegen ein zynisches Vorgehen der Vollzugsbehörden. Es müsste sich ohnehin fragen: Cui bono? Es ist auf eine aktuelle Publikation von LUISA HAFNER hinzuweisen (Therapieverweigerung im Massnahmenvollzug, Der Umgang mit fehlender Kooperation von persönlichkeitsgestörten Straftätern im Vollzug der stationären Therapiemassnahme, in: Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie [SZK] 2/2017, S. 40). Eine Gegenposition vertritt MARIO GMÜR: Die Psychotherapie habe im Strafvollzug nach seinen Beobachtungen persönlichkeitsverletzende, repressive, sadistische, damit insgesamt totalitäre Züge angenommen (Das Verschuldensprinzip wird ausgehebelt, in: plädoyer 4/2017, S. 28, 30). Diesen Standpunkt scheint auch der Beschwerdeführer einzunehmen.

E. 2.9

Die Vorinstanz hatte die Sache aufgrund des massgebenden Sachverhalts unter Berücksichtigung der nicht leicht zu nehmenden öffentlichen Sicherheitsinteressen zu beurteilen. Die öffentliche Sicherheit ist zu gewährleisten (Art. 64 Abs. 4 StGB). Eine bedingte Entlassung fällt offenkundig ausser Betracht. Die reichlich abstrakte Berufung auf "übergeordnetes Recht" geht an der effektiv zu berücksichtigenden Verweigerungshaltung des Beschwerdeführers und der unbehandelten schweren kombinierten Persönlichkeitsstörung sowie an dem damit zusammenhängenden und für die Legalprognose ins Gewicht fallenden kriminogenen Alkoholproblem vorbei, das seit Jahren ein wesentliches Hindernis für eine weitergehende Vollzugslockerung darstellt. Es liegt am Beschwerdeführer, mittels Ablegens der Verweigerungshaltung und Eingehens auf das Therapieangebot die Perspektivlosigkeit zu überwinden. Er will "zu einer Lösung Hand bieten" (so das Privatgutachten S. 54). Erforderlich ist ein Umdenken.

E. 3

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist gutzuheissen. Es sind keine Kosten zu erheben. Der Anwalt ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.