

# **BGer 6B 964/2019 vom 27. September 2019**

Bundesgericht, 2019-09-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_964\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_964_2019)

FR: TF 6B 964/2019 du 27 septembre 2019

IT: TF 6B 964/2019 del 27 settembre 2019

## **Regeste**

Anordnung einer neuen ambulanten Massnahme nach Aufhebung einer früheren ambulanten Massnahme | Strafrecht (allgemein)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht geprüft, ob die Voraussetzungen für die Weiterführung der früheren ambulanten Massnahme erfüllt seien bzw. ob diese Massnahme zu Recht infolge Aussichtslosigkeit aufgehoben worden sei. Damit habe sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Gemäss BGE 143 IV 1 könne das Gericht nach der Aufhebung einer ambulanten Massnahme entgegen dem Wortlaut von Art. 63b Abs. 5 StGB anstelle des Strafvollzugs oder einer stationären therapeutischen Massnahme auch eine andere ambulante Massnahme anordnen. Der Entscheid sei so zu verstehen, dass das Gericht auch eine mit der aufgehobenen gleichartige ambulante Massnahme anordnen könne. Die Vorinstanz gehe zudem aktenwidrig davon aus, er habe die Anordnung einer "anderen" ambulanten Massnahme nicht geltend gemacht.

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz erwägt, das Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland sei nicht verpflichtet gewesen zu prüfen, ob die angeordnete Massnahme infolge Aussichtslosigkeit zu Recht aufgehoben worden sei. Der Beschwerdeführer habe die Verfügung vom 27. Dezember 2018 nicht angefochten. In einem allfälligen Beschwerdeverfahren hätte er sich insbesondere gegen die Aufhebung der ambulanten Massnahme zur Wehr setzen und vorbringen können, die ursprünglich angeordnete Massnahme könne nicht als gescheitert bzw. aussichtslos gelten. Im Verfahren vor dem Kreisgericht und der Anklagekammer habe er diesen rechtskräftig gewordenen Entscheid nicht mehr zur Diskussion stellen können (angefochtener Entscheid E. 3c S. 5). Daran vermöge der vom Beschwerdeführer zitierte Bundesgerichtsentscheid 6B\_955/2017 nichts zu ändern, zumal sich dieser nicht auf ein Beschwerdeverfahren, sondern auf ein Berufungsverfahren beziehe, und der diesbezüglich einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Beschwerdeverfahren widerspreche. Diese betone die Kompetenzteilung durch den Gesetzgeber explizit und halte auch fest, dass das Gericht nur noch über die Rechtsfolgen der Aufhebung zu entscheiden habe. Auch BGE 143 IV 1 betone, dass gegebenenfalls eine andere Massnahme angeordnet werden könne. Solches werde mit vorliegender Beschwerde jedoch weder geltend gemacht noch hinreichend konkret begründet (angefochtener Entscheid E. 3d S. 6).

### **E. 1.3.1**

Gemäss Art. 63a Abs. 2 lit. b StGB hebt die zuständige Behörde die ambulante Behandlung auf, wenn deren Fortführung als aussichtslos erscheint. Über die Aufhebung einer

ambulanten Massnahme wegen Aussichtslosigkeit nach Art. 63a Abs. 2 lit. b StGB hat die Vollzugsbehörde zu befinden. Die Vollzugsbehörde hat im Aufhebungsentscheid festzustellen, dass die angeordnete Massnahme ihren Zweck nicht erreicht, sie aussichtslos ist und ihr Vollzug deshalb eingestellt wird. Der Aufhebungsentscheid der Vollzugsbehörde kann nach Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs beim Bundesgericht mit Beschwerde in Strafsachen angefochten werden ( Art. 78 Abs. 2 lit. b BGG ; BGE 134 IV 246 E. 3.4 S. 252; Urteil 6B\_253/2015 vom 23. Juli 2015 E. 2.3.1). Erwächst der Aufhebungsentscheid in Rechtskraft, hat das zuständige Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde über die Konsequenzen der Aufhebung der ambulanten Massnahme zu befinden. Dem Gericht obliegt es zu prüfen, ob die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen ( Art. 63b Abs. 2 und 4 StGB ) oder eine stationäre therapeutische Massnahme nach den Art. 59-61 StGB anzuordnen ist ( Art. 63b Abs. 5 StGB ). Den Kantonen steht es frei, eine gerichtliche Instanz zu schaffen, welche sowohl über die Aufhebung einer Massnahme als auch deren Umwandlung gleichzeitig in einem einzigen Entscheid befinden kann ( BGE 145 IV 167 E. 1.5 S. 172 ff.). Sieht das kantonale Recht keine solche einheitliche Gerichtsstanz vor, führt dies zu einer zeitlichen Staffelung der Entscheide. Ein gerichtlicher Entscheid über die Rechtsfolgen der Aufhebung der früheren ambulanten Massnahme kann in solchen Fällen erst nach rechtskräftiger Aufhebung der Massnahme durch die Vollzugsbehörde ergehen ( BGE 145 IV 167 E. 1.4 S. 172; Urteil 6B\_253/2015 vom 23. Juli 2015 E. 2.3.1 mit Hinweis).

### **E. 1.3.2**

Das Bundesgericht entschied in BGE 143 IV 1 in Änderung seiner früheren Rechtsprechung, das Gericht könne entgegen dem Wortlaut von Art. 63b Abs. 5 StGB anstelle einer stationären therapeutischen Massnahme auch eine andere ambulante Massnahme anordnen. Es erwog dazu, der Umstand, dass eine ambulante Therapie nicht die erhoffte Wirkung zeige und als aussichtslos eingestuft werde, müsse keineswegs bedeuten, eine andere ambulante Therapie sei ebenfalls nicht zielführend. Es sei kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, dass bei Aufhebung einer ambulanten Massnahme wegen Aussichtslosigkeit nur eine stationäre Massnahme, nicht aber, was einen milderen Eingriff darstelle, eine andere ambulante Massnahme angeordnet werden könne (BGE, a.a.O., E. 5.4 S. 4).

### **E. 1.4.1**

Soweit aus den Akten ersichtlich ordnete das Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland die ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB im Urteil vom 25. Januar 2018 wegen des Suchtverhaltens des Beschwerdeführers an, welchem gutachterlich ein Abhängigkeitssyndrom von Cannabis attestiert wurde. Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers geht hervor, dass dieser seine frühere Therapeutin bzw. das Verhältnis zu dieser für das Scheitern der am 25. Januar 2018 angeordneten Therapie verantwortlich macht (Beschwerde Ziff. 9 S. 12 f.). Abgesehen vom Therapeuten zeigt der Beschwerdeführer jedoch nicht auf, inwiefern sich die neu beantragte ambulante Behandlung von der früheren ambulanten Behandlung unterscheiden soll. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren keine andere Massnahme, sondern eine identische Massnahme mit einem anderen Therapeuten verlangt. Nicht zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz dem Beschwerdeführer vorwirft, er habe die Anordnung einer "anderen" ambulanten Massnahme weder geltend gemacht noch hinreichend konkret begründet.

#### **E. 1.4.2**

Der Vollzug einer angeordneten Massnahme liegt bei der Vollzugsbehörde. Diese bestimmt insbesondere die Person des Therapeuten. Zeigt sich im Laufe der Behandlung die Notwendigkeit einer Anpassung der Massnahme, ist hierfür ebenfalls die Vollzugsbehörde zuständig, soweit die Änderung dem Zweck der ursprünglich angeordneten Massnahme entspricht und sich die neue Massnahme in den Rahmen der Behandlung einfügt, wie er im Strafurteil vorgezeichnet ist ( BGE 134 IV 246 E. 3.3 S. 251). Bei blossen Problemen mit dem Therapeuten bzw. wenn keine konkrete therapeutische Beziehung mit diesem hergestellt werden kann, ist die Massnahme daher nicht leichthin aufzuheben, sondern es ist vorerst ein Wechsel des Therapeuten in Erwägung zu ziehen (MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 15 zu Art. 63a StGB ). Der Beschwerdeführer hätte sich der Aufhebung der ambulanten Massnahme daher widersetzen und die Auswechslung des Therapeuten bereits im Zeitpunkt beantragen müssen, als das Amt für Justizvollzug die Aufhebung der ambulanten Massnahme wegen Aussichtslosigkeit in Betracht zog und am 27. Dezember 2018 letztlich verfügte. Ihm musste bewusst sein, dass ihm im Falle einer Aufhebung der ambulanten Massnahme infolge Aussichtslosigkeit der Vollzug der unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von acht Monaten droht. Das Amt für Justizvollzug räumte ihm vor der Aufhebung der ambulanten Massnahme eine Frist zur Stellungnahme ein, welche dieser unbenutzt verstreichen liess. Seine Argumente gegen die Aufhebung der ambulanten Massnahme hätte er auf jeden Fall spätestens im Rahmen einer allfälligen Beschwerde gegen den Aufhebungsentscheid vom 27. Dezember 2018 geltend machen müssen. Die Vorinstanz entschied zu Recht, das Kreisgericht sei im Rahmen von Art. 63b Abs. 2 StGB nicht verpflichtet gewesen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung der ambulanten Massnahme infolge Aussichtslosigkeit erfüllt waren (vgl. Urteil 6B\_926/2017 vom 9. März 2018 E. 1.3).

#### **E. 1.4.3**

Etwas anderes kann auch dem vom Beschwerdeführer angerufenen BGE 143 IV 1 nicht entnommen werden. Danach kann das Gericht nach der Aufhebung einer ambulanten Massnahme anstelle einer stationären therapeutischen Massnahme auch eine andere ambulante Massnahme anordnen (BGE, a.a.O., E. 5.4 S. 4; oben E. 1.3.2). Der Entscheid ist im Vergleich zum vorliegend zu beurteilenden Fall insofern anders gelagert, als das Gericht damals nach der Aufhebung der ambulanten Massnahme auf Antrag der Vollzugsbehörde in Anwendung von Art. 63b Abs. 5 StGB eine stationäre Massnahme anordnete, womit von der Behandlungsfähigkeit des Massnahmeunterworfenen auszugehen war. Eine stationäre Massnahme bedeutet ein massiver Eingriff in die verfassungsmässig verankerten Freiheitsrechte der betroffenen Person. Eine solche Massnahme ist daher nur zulässig, wenn sie mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip ( Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV ; Art. 56 Abs. 2 StGB ) vereinbar ist ( BGE 142 IV 105 E. 5.4 S. 112). Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (vgl. BGE 142 I 49 E. 9.1 S. 69 ; 140 I 2 E. 9.2.2. S. 24; je mit Hinweisen). Die Anordnung einer stationären Massnahme ist unverhältnismässig und folglich unzulässig, wenn eine ambulante Behandlung als mildere

Massnahme für die Erreichung des verfolgten Ziels ebenfalls geeignet ist und in einer vernünftigeren Zweck-Mittel-Relation steht. Dies rechtfertigt, dass das Gericht, wenn es nach der Aufhebung einer ambulanten Massnahme im Rahmen von Art. 63b Abs. 5 StGB die Anordnung einer stationären Massnahme in Betracht zieht, auch prüft, ob anstelle der stationären Massnahme eine andere ambulante Massnahme auszusprechen ist. Insoweit geht es nicht um eine Überprüfung des Aufhebungsentscheids der Vollzugsbehörde, sondern um die Beurteilung der Voraussetzungen für die Anordnung einer stationären Massnahme, welche nicht Gegenstand des Entscheids der Vollzugsbehörde betreffend die Aufhebung der früheren ambulanten Massnahme bildete. Vorliegend wurde eine stationäre Massnahme weder beantragt noch ausgesprochen. Die Frage, ob eine ambulante Massnahme einer stationären Massnahme als mildere Massnahme in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips vorzugehen hat, stellt sich daher nicht. Wenn der Beschwerdeführer von der Vorinstanz verlangt, dass sie im Rahmen von Art. 63b Abs. 2 StGB vor der Anordnung des Vollzugs prüft, ob die Voraussetzungen für eine gleichartige ambulante Massnahme mit einem neuen Therapeuten erfüllt sind, läuft dies daher auf eine blosser Überprüfung der Rechtmässigkeit des Aufhebungsentscheids vom 27. Dezember 2018 hinaus. Darauf hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch. Der Beschwerdeführer zeigt nicht ansatzweise auf, mit welchen Aspekten, die nicht bereits Gegenstand des Aufhebungsentscheids vom 27. Dezember 2018 bildeten, die Vorinstanz sich zwingend noch hätte befassen müssen. Offenbleiben kann damit, ob BGE 143 IV 1 - wie vom Beschwerdeführer behauptet - dahingehend zu verstehen ist, dass das Gericht im Rahmen von Art. 63b Abs. 5 StGB auch eine mit der aufgehobenen gleichartige Massnahme anordnen kann.

#### **E. 1.4.4**

Der Beschwerdeführer kann auch aus dem von ihm angerufenen Urteil 6B\_955/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2.3.2 nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Urteil 6B\_955/2017 erging ebenfalls in einem anderen Kontext. Das Bundesgericht entschied damals, das Berufungsgericht habe als Sachgericht auch über die Notwendigkeit einer ambulanten Massnahme zu befinden, wenn eine früher angeordnete und gemäss dem erstinstanzlichen Urteil weiterzuführende ambulante Massnahme noch vor Ergehen des zweitinstanzlichen Urteils von der Vollzugsbehörde (infolge Wegweisung aus der Schweiz) aufgehoben worden sei. Da die Anordnung der ambulanten Massnahme Gegenstand des betreffenden Verfahrens bildete, ergab sich die Pflicht des Berufungsgerichts, sich über die Notwendigkeit einer ambulanten Massnahme auszusprechen, direkt aus Art. 63 StGB. Zu beurteilen war im Urteil 6B\_955/2017 vom 11. Januar 2018, ob eine erstinstanzlich angeordnete Massnahme von der Vollzugsbehörde aufgehoben werden kann, bevor das Gericht im Berufungsverfahren überhaupt rechtskräftig über deren Anordnung befunden hat. Das Bundesgericht verneinte dies, indem es entschied, die Aufhebung der Massnahme und das Feststellen des Scheiterns derselben setze die rechtskräftige Anordnung der Therapie voraus (Urteil, a.a.O., E. 2.3.2). Diese Frage stellt sich vorliegend nicht. Die am 27. Dezember 2018 aufgehobene ambulante Massnahme erwuchs bereits mit der Nichtanfechtung des Urteils vom 25. Januar 2018 in Rechtskraft.

#### **E. 1.5**

Eine Verletzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör liegt nach dem Gesagten nicht vor.

## **E. 2**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, weil die Beschwerde von vornherein aussichtslos war. Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit herabgesetzten Gerichtskosten Rechnung zu tragen ( Art. 65 Abs. 2 BGG ). Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird mit dem Entscheid in der Sache gegenstandslos.

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