

# **BGer 6S.20/2003 vom 26. Juni 2003**

Bundesgericht, 2003-06-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6S.20\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6S.20_2003)

FR: TF 6S.20/2003 du 26 juin 2003

IT: TF 6S.20/2003 del 26 giugno 2003

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zu beurteilen ist einzig, ob der Beschwerdegegner nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB zu verewahren ist. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz trotz der ausgewiesenen Gemeingefährlichkeit des Beschwerdegegners, seiner fehlenden Einsicht in das Unrecht seiner Straftaten, seiner eingeschränkten Therapierbarkeit und der ungewissen Erfolgsaussichten einer ärztlichen Behandlung auf die Anordnung einer Verewahrung verzichtet habe. Das Absehen von einer Verewahrung in einem solchen Fall sei aufgrund des Schutz- und Sicherheitsbedürfnisses der Allgemeinheit bundesrechtswidrig.

### **E. 2**

Die Anordnung von Massnahmen gemäss Art. 43 StGB setzt stets die Einholung einer psychiatrischen Expertise voraus ( Art. 43 Ziff. 1 Abs. 3 StGB ). Bei der Begutachtung nach Ziff. 1 Abs. 2 der genannten Gesetzesbestimmung stehen die Abklärung der Gefährlichkeit des Täters sowie dessen Rückfallprognose im Vordergrund. Darüber hinaus bilden Fragen des Geisteszustandes des Täters, der Behandlungsbedürftigkeit und -fähigkeit sowie der Wahl einer konkreten Therapie Gegenstand des Gutachtens.

#### **E. 2.1**

Im kantonalen Verfahren äusserten sich zwei psychiatrische Sachverständige zur Verewahrung des Beschwerdegegners.

In seinem Zusatzgutachten vom 15. März 2000 hält der forensische Psychiater Dr. med. G.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, eine Verewahrung des Beschwerdegegners aufgrund seiner Gefährlichkeit und seiner therapeutischen bzw. medikamentösen Unbehandelbarkeit für unumgänglich.

Nach Auffassung von Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_\_, Leiter der Abteilung für forensische Psychiatrie der Psychiatrischen Universitätsklinik I.\_\_\_\_\_, ist die Anordnung einer Verewahrung hingegen noch nicht angezeigt. In seinem Obergutachten vom 18. Juli 2001 bestätigt er die beim Beschwerdegegner bereits erhobene Diagnose einer kombinierten Persönlichkeitsstörung dissozialen Typs. Vom erheblich rückfallgefährdeten Beschwerdegegner gehe ein beträchtliches Gefährdungspotential für Dritte aus, sollte er nicht behandelt werden. Obwohl Persönlichkeitsstörungen mit ausgeprägt dissozialen Anteilen generell nur schwer zu behandeln seien, könne zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht davon ausgegangen werden, dass die Störung des Beschwerdegegners gänzlich unbehandelbar sei. Eine Aussage hierzu sei allerdings erst möglich, wenn eine adäquate Therapieform überhaupt über längere Zeit versucht worden sei. Dabei bedürfe es eines integralen Therapiekonzepts, wie es im Allgemeinen nicht in Haftanstalten, sondern lediglich in forensischen Spezialinstitutionen angeboten werde. Die notwendige kombinierte intensive Psycho- und Sozialtherapie könne nicht begleitend zu einer

Haftstrafe und schon gar nicht ambulant durchgeführt werden. Die Therapie bedürfe, zumindest in der meist mehrjährigen Anfangsphase, eines sehr strukturierten und in der Regel auch geschlossenen Rahmens. Im Lichte dieser Ausführungen sei eine stationäre Behandlungsmassnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu empfehlen. Einschränkend sei jedoch festzuhalten, dass es sich bei dieser Entscheidung um eine juristische Güterabwägung handle, die nicht vom Psychiater zu treffen sei.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz verwarf die Auffassung von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ und schloss sich vorbehaltlos der Meinung von Prof. Dr. med. H. \_\_\_\_\_ an. Sie geht davon aus, dass konkrete Anhaltspunkte den Schluss auf die Gemeingefährlichkeit des Beschwerdegegners zulassen, so etwa dessen leichte Provozierbarkeit aus nichtigem Anlass, die Deliktsschwere, die fehlende Einsicht in das Unrecht der begangenen Straftaten, die mangelnde soziale Kompetenz, die geringe Frustrationstoleranz, die eingeschränkte Therapierbarkeit sowie die Wirkungslosigkeit früherer Sanktionen. Doch sei einige Hoffnung in eine adäquate Heilbehandlung des Beschwerdegegners zu setzen. Eine solche könne jedoch nur in einer forensischen Spezialinstitution erfolgen. Unter der Bedingung, dass eine adäquate Heilbehandlung tatsächlich durchgeführt werde, stelle der Beschwerdegegner kein für die Allgemeinheit unzumutbares Sicherheitsrisiko dar. Insofern sollte vorerst zumindest der Versuch einer umfassenden Heilbehandlung stattfinden, bevor eine Verwahrung angeordnet werde.

In dieser Richtung sei auch der Schlussbericht des Massnahmezentrums K. \_\_\_\_\_ vom 16. Juli 2002 zu verstehen. Der Beschwerdegegner kontrolliere danach seine Aggressionen gut und bringe seine Anliegen und Klagen der Anstaltsleitung gegenüber ohne Androhung oder gar Anwendung von Gewalt vor. Insofern scheine er trotz seiner konsequent eingenommenen Abwehrhaltung eine Strategie gefunden zu haben, seine spürbar vorhandenen Aggressionen zu kontrollieren und in gemässigte Bahnen zu lenken. Zwar habe eine grundlegende Veränderung seiner Persönlichkeitsstruktur nicht stattgefunden, immerhin sei aber eine Veränderung seines Geisteszustands festzustellen.

Ausserdem sei zu würdigen, dass der Beschwerdegegner an und für sich therapiewillig, jedoch einer Therapie nur relativ schwer zugänglich sei. Es sei zwar unverkennbar, dass sich der Beschwerdegegner kaum kooperativ gezeigt habe; doch sei dieses Verhalten krankheitsbedingt. Die feindselige Haltung des Beschwerdegegners sei wohl zu einem gewichtigen Teil auf die besondere Situation des Strafvollzugs zurückzuführen. Im Rahmen einer Verwahrung oder des Strafvollzugs würden seine Chancen auf eine erfolgreiche Therapie erheblich sinken; hingegen sei zu hoffen, dass bei Gelingen einer intensiven, verhaltenstherapeutisch orientierten Heilbehandlung der Therapiewille des Beschwerdegegners im Verlauf der stationären Heilbehandlung zunehmen werde. Durch eine solche Behandlung liesse sich eine Nachreifung des Beschwerdegegners erreichen, was die Gefahr künftiger Delikte erheblich mindern würde.

Zusammenfassend kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass eine stationäre Massnahme gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angebracht sei. Sollte sich der Beschwerdegegner indes weiterhin renitent verhalten oder Gewalttätigkeiten an den Tag legen, würde die Anordnung einer Verwahrung unabdingbar.

### **E. 3**

Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden. Rügen, die sich gegen die Beweiswürdigung und tatsächliche Feststellungen richten, sind unzulässig ( Art. 277bis Abs. 1 und Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP ; BGE 124 IV 81 E. 2a). Der Kassationshof prüft die Anwendung des eidgenössischen Rechts folglich ausschliesslich auf der Grundlage des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts, soweit er sich aus dem angefochtenen Entscheid sowie aus den Urteilen von Vorinstanzen oder aus Gutachten ergibt, auf die im angefochtenen Entscheid ausdrücklich oder stillschweigend verwiesen wird. Auf Vorbringen, die sich auf andere tatsächliche Feststellungen stützen, wird nicht eingetreten ( BGE 126 IV 65 E. 1).

Der körperliche und geistige Zustand einer Person, ihre Fremdgefährlichkeit, Nähe und Ausmass der Gefahr eines Rückfalls, die Behandlungsfähigkeit und die Behandlungswilligkeit sind Feststellungen tatsächlicher Natur, die den Kassationshof binden ( BGE 127 IV 1 E. 2). Auch die Frage, ob die in einem Gutachten enthaltenen Erörterungen über die Massnahmebedürftigkeit des Täters und die vom Gutachter daraus gezogenen Schlüsse überzeugend sind, ist eine solche der Beweiswürdigung. Rügen zu Inhalt und Qualität eines Gutachtens können in einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht vorgebracht werden ( BGE 106 IV 236 E. 2a).

Soweit die Beschwerdeführerin in der Begründung ihres Rechtsmittels von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweicht, diese ergänzt oder sich auf das von der Vorinstanz verworfene Gutachten beruft, kann auf ihre Vorbringen nicht eingetreten werden.

#### **E. 4**

Erfordert der Geisteszustand des Täters, der eine vom Gesetz mit Zuchthaus oder Gefängnis bedrohte Tat begangen hat, die damit im Zusammenhang steht, ärztliche Behandlung oder besondere Pflege und ist anzunehmen, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit Strafe bedrohter Taten verhindern oder vermindern, so kann der Richter den Täter gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in eine Heil- oder Pflegeanstalt einweisen lassen. Er kann eine ambulante Behandlung anordnen, sofern der Täter für Dritte nicht gefährlich ist. Gefährdet der Täter infolge seines Geisteszustandes die öffentliche Sicherheit in schwer wiegender Weise, so wird vom Richter seine Verwahrung angeordnet, wenn diese Massnahme notwendig ist, um ihn vor weiterer Gefährdung anderer abzuhalten. Die Verwahrung wird in einer geeigneten Anstalt vollzogen, wobei nach Möglichkeit therapeutische und ärztliche Hilfe zu leisten ist ( Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ; BGE 121 IV 297 E. 2b).

Die Verwahrung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ist angesichts der Schwere dieses Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen "ultima ratio" und darf nicht angeordnet werden, wenn die bestehende Gefährlichkeit auf andere Weise behoben werden kann ( BGE 118 IV 108 E. 2a mit Hinweisen). Das Bundesgericht unterscheidet unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit - im Sinne einer Typisierung mit blosser Orientierungsfunktion - verschiedene Tätertypen, bei denen eine Verwahrung nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB in Betracht kommt. Hierunter fallen zunächst die hochgefährlichen Täter, die keiner Behandlung zugänglich sind. Daneben ist die Verwahrung bei solchen Tätern statthaft, die zwar behandlungsbedürftig und behandlungsfähig sind, die aber trotz ärztlicher Behandlung und besonderer Pflege so gefährlich bleiben, dass die Gefahr schwererer Straftaten, vor allem von Gewaltdelikten, sei es innerhalb oder ausserhalb der Anstalt, bestehen bleibt. Die Heilchancen sind bei dieser Täterkategorie kurz- oder

mittelfristig derart ungewiss, dass in diesem Zeitraum gravierende Delikte zu befürchten wären.

Unter welchen Voraussetzungen eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in schwer wiegender Weise im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anzunehmen ist, und wann eine Verwahrung notwendig erscheint, ist eine Rechtsfrage. Die Beurteilung der Notwendigkeit muss dabei sowohl dem Sicherheitsaspekt (Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Tätern) wie dem Heilungsaspekt (Behandlung im Hinblick auf Heilung und Entlassung) Rechnung tragen. Die schwer wiegende Gefährdung bezieht sich nicht nur auf Nähe und Ausmass der Gefahr, sondern auch auf Art bzw. Bedeutung des gefährdeten Rechtsgutes. Bei der Gefährdung hochwertiger Rechtsgüter wie Leib und Leben sind an Nähe und Ausmass der Gefahr geringere Anforderungen zu stellen als bei der Gefährdung weniger bedeutender Rechtsgüter wie Eigentum und Vermögen. Entsprechend kann die Verwahrung bei Gefährdung von Leib und Leben schon dann im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB notwendig sein, wenn die Gefahr nicht besonders gross ist ( BGE 125 IV 118 E. 5b/bb; 124 IV 246 E. 2b). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Prognosen über die Gefährlichkeit naturgemäss unsicher und schwierig sind. Hält der Richter auf Grund der Ausführungen des psychiatrischen Gutachters ein Fortbestehen der Fremdgefährlichkeit trotz ärztlicher Behandlung in der Zukunft für möglich, darf er die Gefährlichkeit als Voraussetzung für die Anordnung einer bestimmten Massnahme bejahen. Der Grundsatz "in dubio pro reo" gilt bei der Prognosestellung nicht; der Entscheid muss auch gegenüber möglichen Opfern eines in Freiheit belassenen Täters verantwortet werden ( BGE 127 IV 1 E. 2a und 2c/bb; 118 IV 108 E. 2a mit Hinweisen).

### **E. 5.1**

Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz ist der Beschwerdegegner erheblich rückfallgefährdet. Die Gefährdung richtet sich dabei - im Blick auf die bisher verübten Straftaten - gegen hochwertige Rechtsgüter, namentlich Leib und Leben Dritter. Eine Verwahrung ist damit im Lichte der vorstehenden Ausführungen nicht erst möglich, wenn jegliche Heilungschancen eines Täters fehlen; vielmehr muss eine solche schon Platz greifen, wenn die Erfolgsaussichten einer Heilung kurz- oder mittelfristig ungewiss sind und der Täter trotz ärztlicher Behandlung möglicherweise weiterhin gefährlich bleibt ( BGE 118 IV 108 E. 2a). Dies trifft vorliegend zu. Zwar kann von einer absoluten Unbehandelbarkeit des Beschwerdegegners - zumindest vorderhand - nicht ausgegangen werden, zumal offenbar gewisse Heilungschancen bestehen. Die kurz- und mittelfristigen Erfolgsaussichten einer ärztlichen Behandlung sind jedoch derart unsicher, dass selbst eine Aussage über die Behandelbarkeit bzw. Therapiefähigkeit des Beschwerdegegners erst möglich ist, wenn eine adäquate Therapieform über längere Zeit hinweg versucht worden ist. Dabei ist von einer mehrjährigen Anfangsphase der Behandlung auszugehen. Hinzu kommt, dass sich der Beschwerdegegner bisher kaum kooperativ gezeigt hat und einer Therapie nur unter erschwerten Umständen zugänglich ist. Sind demnach die Erfolgschancen einer Heilung bei einem gefährlichen Täter wie dem Beschwerdegegner kurz- und mittelfristig derart zweifelhaft, ist das Absehen von der Anordnung einer Verwahrung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bundesrechtswidrig.

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz geht - im Sinne des ultima ratio Prinzips - zutreffend davon aus, dass eine Verwahrung im Rahmen von Art. 43 StGB nur in Betracht komme, wenn sich eine

Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nicht auf anderem Weg vermeiden lasse. Nicht beigepflichtet werden kann ihr hingegen, soweit sie ausführt, angesichts der angeblich heute herrschenden Vollzugspraxis, bei welcher ein Verwahrter mit einer Entlassung innert absehbarer Zeit kaum mehr rechnen könne, sei in Zweifelsfällen mit der Anordnung der Verwahrung Zurückhaltung am Platz. Wie bereits ausgeführt, muss eine Verwahrung - jedenfalls bei erheblicher Gefahr für Leib und Leben Dritter - im Interesse der öffentlichen Sicherheit angeordnet werden, wenn die kurz- und mittelfristigen Erfolgsaussichten in Bezug auf eine ärztliche Behandlung wie hier sehr vage und ungewiss sind. Sie ist dann aufzuheben, wenn ihr Grund wegfällt, d.h. die vom Täter ausgehende Gefahr nicht mehr oder nur mehr in einem Ausmass besteht, das unter jener Schwelle liegt, die eine weitere Verwahrung rechtfertigen könnte ( Art. 43 Ziff. 4 Abs. 1 StGB ). Im Übrigen muss die zuständige Behörde mindestens einmal jährlich in Bezug auf die bedingte oder probeweise Entlassung aus einer Anstalt nach Art. 43 StGB Beschluss fassen ( Art. 45 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ).

### **E. 5.3**

Unter Berufung auf die im Massnahmerecht geltenden Prinzipien der Subsidiarität und Flexibilität hält die Vorinstanz dafür, dass die Verwahrung nachträglich angeordnet werden könne, falls die Behandlung in einer Heil- oder Pflegeanstalt nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB scheitere. Dieser Auffassung kann in ihrer Absolutheit nicht gefolgt werden.

Richtig ist, dass die verschiedenen Massnahmen von Art. 43 StGB in einem systematischen Zusammenhang stehen und grundsätzlich wechselseitig austauschbar sind. Bei Misserfolg der ursprünglich angeordneten geeigneten Massnahme drängt sich insofern die Prüfung einer Ersatzmassnahme auf. Damit wird dem Bedürfnis Rechnung getragen, eine situationsgerechte Anwendung des komplexen Massnahmerechts im Einzelfall zu ermöglichen ( BGE 123 IV 100 E. 3b; 100 IV 12 E. 2b/c). Im Lichte dieser Ausführungen erscheint daher der Ersatz einer Behandlung in einer Heil- oder Pflegeanstalt gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB durch eine Verwahrung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB durchaus denkbar. Mögliche Gründe für ein solches Vorgehen sind beispielsweise die ursprünglich zu positive Einschätzung der kurz- und mittelfristigen Heilungschancen beim Täter oder eine andere Risikoeinschätzung, die sich aufgrund neu gewonnener Erkenntnisse im Verlaufe einer ärztlichen Behandlung ergeben hat (Philipp Maier/Frank Urbaniok, Die Anordnung und praktische Durchführung von Freiheitsstrafen und Massnahmen, 1998, S. 112 f.).

Die Möglichkeit, eine Massnahme nach Art. 43 StGB nachträglich durch eine andere zu ersetzen, ist jedoch nicht in jedem Fall zulässig; sie ist vielmehr nur gegeben, wenn die ursprüngliche Massnahme im Zeitpunkt ihrer Anordnung geeignet erschien. Erweist sich daher eine Massnahme zum vornherein ungenügend oder unzweckmässig, darf sie nicht verhängt werden unter Vorbehalt der nachträglichen Anordnung einer Ersatzmassnahme. Daraus ergibt sich, dass eine Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht ausgesprochen werden darf, wenn - wie hier - bereits im Zeitpunkt ihrer Anordnung erhebliche Zweifel an deren Zweckmässigkeit bestehen und sich die Verwahrung aufdrängt. Erreicht werden soll damit, dass die im Einzelfall adäquat erscheinende Massnahme bereits im Haupturteil verhängt wird, so dass die Möglichkeit der späteren Umwandlung von Massnahmen nach Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 StGB nicht zur Umgehung der Verwahrung gemäss Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB benutzt werden kann (Entscheid des Kassationshofs vom 26. März 2003, 6S.454/2002).

#### **E. 5.4**

Die Vorinstanz führt unter Berufung auf ein unveröffentlichtes Urteil des Kassationshofes aus, die Frage, ob eine Massnahme auf Abs. 1 oder Abs. 2 von Art. 43 Ziff. 1 StGB abgestützt werde, ob also eine Einweisung in eine Heilanstalt oder eine Verwahrung angeordnet werde, sei an und für sich unerheblich, wenn die Sicherheit in der Anstalt gewährleistet sei (Entscheid vom 2. November 2000, 6S.522/2000; Marianne Heer, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 43 N 165, 194). Diese Auffassung trifft zu, soweit sie sich ausschliesslich auf den Vollzug der beiden Massnahmen bezieht. Denn auch eine Verwahrung kann in einer Heilanstalt vollzogen werden, falls die öffentliche Sicherheit für die Dauer des Aufenthaltes in der Anstalt garantiert werden kann. Dies entspricht letztlich auch dem Zweckgedanken von Art. 43 StGB, welcher psychisch-kranken gemeingefährlichen Straftätern, die nach Ziff. 1 Abs. 2 zu verwahren sind, den gleichen ärztlichen Behandlungsanspruch einräumt, wie er stationär eingewiesenen Tätern gemäss Ziff. 1 Abs. 1 zukommt. Insoweit ist beiden Täterkategorien den gleichen Zugang zu einer adäquaten Heilbehandlung zu gewähren, so dass ein Unterschied zwischen Verwahrung und Einweisung in eine Heilanstalt - abgesehen von den ungleichen gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen - nur bei einem Misserfolg der ärztlichen Behandlung zum Tragen kommen sollte. Der Vollzug der Verwahrung in einer Strafanstalt, welcher den Anforderungen des vorliegenden Falles laut dem Obergutachter überdies wohl kaum gerecht würde, erscheint daher nach dem Gesagten nicht unumgänglich.

Es bleibt - gleichsam einschränkend - darauf hinzuweisen, dass die unbefriedigende tatsächliche Vollzugssituation bei der Wahl der Massnahme durch Gerichte nicht massgebend sein kann und darf ( BGE 102 IV 166 E. 3b; 101 IV 141 E. 3). Der Richter ist im Rahmen seiner Entscheidungsfindung einzig dem Gesetz verpflichtet; in Abwägung der gegenläufigen privaten und öffentlichen Interessen muss er die im Einzelfall richtige Massnahme anordnen, auch wenn es im Rahmen des Vollzugs nach wie vor an geeigneten Anstalten für psychisch kranke gemeingefährliche Täter fehlen mag.

#### **E. 6**

Im Lichte der vorstehenden Erwägungen ergibt sich insgesamt, dass die Nichtanordnung der Verwahrung durch die Vorinstanz Bundesrecht verletzt. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher, soweit darauf eingetreten werden kann, gutzuheissen und das angefochtene Urteil, soweit eine stationäre Behandlung angeordnet worden ist, aufzuheben. Die Sache wird zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Dem Gesuch des Beschwerdegegners um unentgeltliche Rechtspflege wird entsprochen. Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners erhält eine angemessene Entschädigung und es wird von einer Kostenaufgabe abgesehen ( Art. 152 Abs. 1 und 2 OG ). Der öffentliche Ankläger des Kantons wird nicht entschädigt ( Art. 278 Abs. 3 BStP ).

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