

BGer 6S.431/2005 vom 6. Februar 2006

Bundesgericht, 2006-02-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6S.431_2005

FR: TF 6S.431/2005 du 6 février 2006

IT: TF 6S.431/2005 del 6 febbraio 2006

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdeführer macht geltend, der Widerruf des bedingt gewährten Strafvollzugs verletze Art. 41 Ziff. 3 StGB .

E. 1.1

Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer habe die ihm erteilte Weisung, sich einer deliktsorientierten Sexualtherapie zu unterziehen, nicht befolgt. Wegen seiner fehlenden Mitwirkung sei die anfängliche Betreuung durch den Sexualberater A. _____ gescheitert. Mit Beschluss vom 27. Juni 2002 sei die Weisung angepasst worden, um einen Wechsel des Therapeuten zu ermöglichen; zugleich sei er förmlich ermahnt worden. Auch in der Folge habe er sich geweigert, sich einer konstanten Behandlung zu unterziehen. So habe er bei Dr. med. B. _____ vor dem 11. März 2004, noch innerhalb der Probezeit, zwei Termine nicht wahrgenommen und bis zum 8. Juli 2004 lediglich sechs Therapiesitzungen aufgesucht. Danach sei er zu den vereinbarten Behandlungsgesprächen nicht mehr erschienen. Er habe nicht vermocht, mit der Bewährungshilfe in einen konstruktiven Dialog zu treten. Damit zeige er das Bild eines einsichtslosen und therapieunwilligen Verurteilten, weshalb ihm keine günstige Prognose mehr gestellt werden könne. Die Anordnung des Strafvollzugs stelle die einzige Möglichkeit dar, ihn der notwendigen Therapie zuzuführen. Der bedingte Strafvollzug sei deshalb zu widerrufen.

E. 1.2

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, weder formell noch materiell seien die Voraussetzungen für den Widerruf erfüllt. In formeller Hinsicht macht er geltend, die nachträglich ergänzte und abgeänderte Weisung vom 27. Juni 2002 sei unzulässig, da sie nicht mit einer förmlichen Mahnung hätte verbunden werden dürfen. Er leitet daraus ab, dass er vor der Anordnung des Strafvollzugs nochmals hätte ermahnt werden müssen. Des Weiteren wendet er ein, die Probezeit sei während des erstinstanzlichen Verfahrens abgelaufen, und es gehe nicht an, die Weisung nach Ablauf der Probezeit zu verlängern oder neue Weisungen zu erteilen. In einem solchen Fall bliebe einzig die Möglichkeit, den bedingt gewährten Strafvollzug zu widerrufen oder von einem Widerruf abzusehen. Die Sexualdelikte, für die er verurteilt worden sei, lägen über sechs Jahre zurück. Seither habe er sich wohl verhalten. Er sei nicht rückfällig geworden, habe sich - von einer geringfügigen Verfehlung abgesehen - auch sonst nichts zu Schulden kommen lassen, lebe in stabilen Verhältnissen und habe sich am Arbeitsplatz bewährt. Dass er sich keiner deliktsorientierten Therapie unterzogen habe, reiche nicht aus, eine günstige Prognose zu verneinen. Die Vorinstanz habe das ihr zustehende Ermessen bei der Beurteilung, ob begründete Aussicht auf Bewährung besteht, überschritten und damit Bundesrecht verletzt.

E. 2.1

Gemäss Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB lässt der Richter die Strafe unter anderem vollziehen, wenn der Verurteilte trotz förmlicher Mahnung der ihm erteilten Weisung zuwiderhandelt. Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass er die Weisung, sich einer Sexualtherapie zu unterziehen, schuldhaft missachtete. Er macht hingegen geltend, er sei nicht korrekt ermahnt worden, weil die förmliche Mahnung zusammen mit einer neuen Weisung ausgesprochen worden sei.

E. 2.2.1

Die Nichtbefolgung einer Weisung genügt nicht, den bedingt gewährten Strafvollzug zu widerrufen; der Verurteilte muss durch den Richter förmlich ermahnt worden sein. Die schwerwiegenden Folgen eines Widerrufs sollen den Verurteilten nur treffen können, wenn er vorher in förmlicher Weise auf seine Pflicht hingewiesen worden ist (vgl. BGE 86 IV 2).

E. 2.2.2

Das Verfahren betreffend förmliche Mahnung und das Widerrufsverfahren stellen prozessual keine Einheit dar (Roland M. Schneider, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, Art. 41 N 250). Die förmliche Mahnung muss dem Entscheid über den Widerruf vorangehen. Sie darf deshalb nicht mit Ersatzmassnahmen im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB verbunden werden, die erst im Verfahren betreffend Widerruf Platz greifen. Im Widerrufsverfahren kann der Richter, wenn ein leichter Fall vorliegt und begründete Aussicht auf Bewährung besteht, auf den Widerruf verzichten und stattdessen, je nach den Umständen, den Verurteilten verwarnen, zusätzliche Massnahmen nach Art. 41 Ziff. 2 StGB anordnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte verlängern. Die vorgesehenen Ersatzmassnahmen können auch kumulativ angeordnet werden. So ist es zulässig, dem Verurteilten an Stelle des Widerrufs eine Verwarnung auszusprechen und zugleich eine neue Weisung zu erteilen.

E. 2.2.3

Unter früherem Recht war es nicht möglich, dem Verurteilten ausserhalb des Widerrufsverfahrens eine neue Weisung zu erteilen, sondern nur, wenn in einem besonders leichten Fall vom Widerruf Umgang genommen wurde (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB in der Fassung vom 5. Januar 1951; AS 1951 I 4). Mangels gesetzlicher Grundlage durfte ansonsten eine bestehende Weisung nicht abgeändert oder ergänzt werden. Die Verbindung einer förmlichen Mahnung mit einer neuen Weisung kam daher von vornherein nicht in Betracht (E. 2.2.2 vorstehend; vgl. Schneider, a.a.O., Art. 41 N 215 ; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 41 N 49 , je mit Hinweis auf die kantonale Praxis zum früheren Recht).

Mit der Teilrevision des Strafgesetzbuches von 1971 wurde dem Richter ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, Weisungen nachträglich zu ändern (Art. 41 Ziff. 2 Abs. 2 Satz 2 StGB). Seither ist die Möglichkeit, eine bestehende Weisung anzupassen, nicht mehr auf das Widerrufsverfahren beschränkt. Die gesetzliche Ermächtigung erlaubt es, auf die Weisung in einem rechtskräftigen Strafurteil zurückzukommen, unabhängig davon, ob der Verurteilte Anlass dazu gegeben hat, ein Verfahren betreffend Widerruf nach 41 Ziff. 3 StGB zu eröffnen. Bei einer Neueinschätzung oder Veränderung der Verhältnisse kann sich eine Anpassung der Weisung nämlich als notwendig erweisen, auch wenn (noch) nicht befürchtet werden muss, die Bewährung könnte fehlschlagen (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 1. März 1965, BB1 1965 I 571). Wird ausserhalb des Widerrufsverfahrens eine neue Weisung erteilt, kann damit grundsätzlich auch eine förmliche Mahnung

verbunden werden. Nach geltendem Recht steht dem nichts entgegen, jedenfalls dann nicht, wenn eine bestehende Weisung lediglich angepasst, konkretisiert oder ergänzt wird.

E. 2.3

Im vorliegenden Fall wurde dem Beschwerdeführer mit Urteil vom 27. April 2000 die Weisung erteilt, sich bei A. _____ für solange einer deliktsorientierten Sexualtherapie zu unterziehen, als dieser es für nötig hielt. Nachdem der Sexualberater den Auftrag zur Behandlung wegen fehlender Mitwirkung niedergelegt hatte, konnte die Weisung objektiv nicht mehr befolgt werden. Mit Beschluss vom 27. Juni 2002 wurde die Weisung deshalb geändert und neu gefasst, so dass nicht mehr ausschliesslich A. _____ als Therapeut in Frage kam. Dem Beschwerdeführer wurde damit ermöglicht, seiner Verpflichtung wieder nachzukommen, und es wurde berücksichtigt, dass der Befolgung der Weisung nichts im Wege stehen soll, was im persönlichen Verhältnis zum Therapeuten begründet liegen könnte.

Die nachträgliche Anpassung der Weisung erfolgte hier ausdrücklich gestützt auf Art. 41 Ziff. 2 Abs. 2 Satz 2 StGB und nicht im Verfahren betreffend Widerruf (act. 3/30). Sie stellt daher keine Ersatzmassnahme im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB dar, die an die Stelle des Widerrufs tritt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist nicht einzusehen, weshalb die angepasste Weisung nicht mit einer förmlichen Mahnung hätte verbunden werden dürfen. Massgebend ist, dass er vor dem drohenden Widerruf durch den Richter auf seine Pflicht in förmlicher Weise hingewiesen wurde. Daran ändert nichts, dass die mit der Ermahnung erteilte Weisung neu gefasst wurde, zumal die Verpflichtung, sich einer deliktsorientierten Therapie zu unterziehen, in der Sache unverändert blieb. Trotz richterlicher Mahnung und zusätzlicher Hilfestellung durch die Bewährungshilfe weigerte er sich jedoch weiterhin, die Weisung zu befolgen. Dass unter diesen Umständen noch eine zusätzliche Ermahnung in einem eigenen Verfahrensschritt hätte ausgesprochen werden müssen, ergibt sich aus Bundesrecht jedenfalls nicht. Dem gesetzlichen Mahnerfordernis ist somit Genüge getan.

E. 3.1

Ist ein Widerrufsgrund nach Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB gegeben, ist zu entscheiden, ob der bedingt gewährte Strafvollzug zu widerrufen oder auf den Widerruf zu verzichten ist (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dem Beschwerdeführer könne keine günstige Prognose gestellt werden. Sie erklärte die mit Urteil vom 27. April 2000 ausgefallte Strafe für vollziehbar und verpflichtete ihn, sich während des Strafvollzugs einer ambulanten Sexualtherapie zu unterziehen. Dies verletzt aus nachfolgenden Gründen Bundesrecht.

E. 3.2

Gemäss Art. 41 Ziff. 2 Abs. 1 StGB kann der Richter dem Verurteilten für sein Verhalten Weisungen während der Probezeit erteilen. Weisungen sind demnach auf die Dauer der Probezeit befristet und dienen dazu, die Gefahr der Begehung neuer Verbrechen oder Vergehen zu verhindern und auf den Verurteilten erzieherisch einzuwirken; sie sollen mithelfen, die Bewährungschancen während der Probezeit zu verbessern (BGE 107 IV 88 E. 3a). Hat sich der Verurteilte bewährt, verlieren sie ihre innere Berechtigung. Das heisst aber nicht, dass die Anordnung von Weisungen nach abgelaufener Probezeit generell ausgeschlossen wäre. Wenn die Verfehlung des Verurteilten nämlich in die Probezeit fällt, ist auch nach Ablauf ihrer ursprünglichen Dauer über einen Widerruf zu befinden. Bei

gegebenen Voraussetzungen kann der Richter im Rahmen von Ersatzmassnahmen gemäss Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB - und unter Verlängerung der Probezeit - erneut Weisungen erteilen. Wird der bedingt gewährte Strafvollzug indessen widerrufen, ist es unzulässig, den Verurteilten mittels einer Weisung zu verpflichten. Denn der Richter hat nur die Wahl, entweder den Vollzug der Strafe anzuordnen oder an Stelle des Widerrufs auf Ersatzmassnahmen zu erkennen; eine Kombination der beiden Möglichkeiten ist nicht statthaft. Den Strafvollzug anzuordnen und zugleich eine Weisung zu erteilen, wäre mit deren Zweck nicht vereinbar, soll damit dem Verurteilten doch geholfen werden, sich in Freiheit zu bewähren.

E. 3.3

Der Vollständigkeit halber ist anzuführen, dass sich die fragliche Pflicht, sich während des Strafvollzuges einer ambulanten Sexualtherapie zu unterziehen, auch nicht als ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB aufrecht erhalten lässt. Eine nachträgliche Umwandlung einer Weisung in eine ambulante Massnahme sieht das Strafgesetzbuch nicht vor.

E. 4.1

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung zurückzuweisen. Sie hat bei der Neuurteilung zu berücksichtigen, dass der Widerruf nicht angeordnet werden darf, um den Beschwerdeführer der als notwendig erachteten Sexualtherapie zuzuführen. Ebenso wenig kann der Widerruf einzig mit der fehlenden Einsicht des Beschwerdeführers in seine Behandlungsbedürftigkeit begründet werden. Wie das Bundesgericht zum Widerrufsgrund der Vertrauensenttäuschung festgehalten hat, ist für die Frage des Widerrufs auf das massgebliche Kriterium der Prognose abzustellen (BGE 128 IV 3 E. 4b und c). Es ist zu fragen, ob sich die Bewährungsprognose für den Verurteilten während der Probezeit so sehr verschlechtert hat, dass nunmehr der Vollzug der Strafe als die voraussichtlich wirksamere Sanktion erscheint. Dabei ist auch dem Kriterium der kriminalpolitischen Zweckmässigkeit Rechnung zu tragen (BGE a.a.O. E. 4c S. 9, mit Hinweisen). Entsprechendes gilt, wenn der Verurteilte einer ihm erteilten Weisung zuwidergehandelt hat. Es kommt nicht auf die Widersetzlichkeit als solche an, sondern allein darauf, ob deswegen angenommen werden muss, die Bewährungsaussichten seien wesentlich geringer als ursprünglich angenommen. Die Missachtung von Weisungen kann nur zum Widerruf führen, wenn auf Grund dieses Verhaltens eine erhebliche Gefahr entstanden ist, dass der Verurteilte weitere Delikte begeht.

E. 4.2

Der Prognose ist die ganze Dauer der mittlerweile abgelaufenen Probezeit als massgebender Zeitraum zugrunde zu legen. Die Vorinstanz wird bei der Neuurteilung der Bewährungsaussichten daher nicht einfach auf die wenige Monate nach der Verurteilung erstattete Einschätzung von A. _____ abstellen dürfen. Vielmehr wird zu prüfen sein, ob sich die Bewährungsprognose während der ganzen vierjährigen Probezeit verschlechtert hat. Dabei wird die Vorinstanz zu beachten haben, dass die von ihr festgestellte soziale Stabilisierung des Beschwerdeführers seit der Deliktsverübung vor über sechs Jahren gegen eine solche Annahme und für eine günstige Prognose spricht.

E. 4.3

Sollte die Vorinstanz die Voraussetzungen für einen Verzicht auf den Widerruf gemäss Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB als erfüllt ansehen, wird sie sich damit auseinander zu setzen haben, ob eine Verwarnung, die Verlängerung der Probezeit oder eine zusätzliche Massnahme nach Art. 41 Ziff. 2 StGB auszusprechen sei. Da eine Betreuungsbedürftigkeit des Beschwerdeführers besteht, käme in Betracht, die Probezeit zu verlängern und die Weisung, sich einer Therapie zu unterziehen, zu erneuern. Die jüngsten fachärztlichen Berichte von Dr. med. B. _____ schliessen den Erfolg einer psychotherapeutischen Behandlung nicht aus. Dem Beschwerdeführer wird eine aktive, motivierte Beteiligung an der Therapie attestiert und schon früher war zum Teil eine konstruktive Mitarbeit seinerseits möglich (act. 20, act. 26; act. 3/20 S. 1 f.). Auch wäre gestützt auf die mehrfach geäusserte gutachterliche Empfehlung (act. 3a/G/8 S. 31; act. 26 S. 2) zu erwägen, in Form einer neuen Weisung den Umgang des Beschwerdeführers mit minderjährigen männlichen Jugendlichen einzuschränken.

E. 5

Da die Beschwerde gutzuheissen ist, sind keine Kosten zu erheben und ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung auszurichten (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos; die Entschädigung ist jedoch dem Vertreter des Beschwerdeführers zuzusprechen.

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