

BGer 6S.74/2003 vom 7. August 2003

Bundesgericht, 2003-08-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6S.74_2003

FR: TF 6S.74/2003 du 7 août 2003

IT: TF 6S.74/2003 del 7 agosto 2003

Regeste

Strafrecht (allgemein)

Erwägungen

E. 1

Im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde streitig ist allein die Rechtsfrage, ob das Gericht im Rahmen von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB den Vollzug der Reststrafe zugunsten der Anordnung einer ambulanten psychotherapeutischen Massnahme aufschieben kann. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Anordnung einer Ersatzmassnahme im Rahmen von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB nicht möglich ist. Der Richter müsse dem Antrag der zuständigen Behörde entsprechen und die Strafe vollziehen lassen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben seien. Gemäss Lehre gäbe es zwar keinen sachlichen Grund für die fehlende Möglichkeit des Richters, eine Ersatzmassnahme anzuordnen. Durch die Anordnung einer Ersatzmassnahme werde jedoch die Rechtskraft des früheren Urteils durchbrochen, wozu es einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfe. Vorliegend habe das Gericht, welches die neue Tat beurteilt habe, die Anordnung einer stationären Massnahme geprüft, jedoch davon abgesehen, weil die Voraussetzungen dafür nicht gegeben waren, und den Vollzug der neuen Strafe angeordnet. Würde nun eine Ersatzmassnahme angeordnet, so würde dadurch die für die neue Tat erteilte Sanktion unterlaufen. Soweit das Kreisgericht auf die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches verweise, habe das Bundesgericht kürzlich am Vorrang des geltenden Rechts festgehalten. Würde dem Betroffenen die gesetzlich nicht vorgesehene Möglichkeit einer Ersatzmassnahme eröffnet, so würde im Übrigen dadurch seine Motivation zur Wiederaufnahme der früheren Massnahme geschwächt (Urteil S. 6 und 7). Der Beschwerdeführer stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Anordnung einer Ersatzmassnahme sei möglich, wenn ein bedingt aus einer Massnahme Entlassener in der Probezeit rückfällig werde. Die ambulante Behandlung des Beschwerdeführers sei die einzig sinnvolle und nach dem beigezogenen Experten auch die Erfolg versprechendste Möglichkeit für seine Resozialisierung. Das Argument der Schwächung der Motivation sei deshalb schon im Ansatz verfehlt. In Art. 43 und 44 StGB sehe das Gesetz in mehrfacher Hinsicht die Durchbrechung des Rechtskraftsprinzips vor. Die Lehre sei sich zunehmend einig, dass im Rahmen von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB neben der Rückversetzung in die frühere Massnahme und dem Vollzug der Reststrafe auch die Anordnung einer Ersatzmassnahme möglich sei. Es müsse mit Marianne Heer eine Lücke angenommen und dem Richter diese Möglichkeit in Analogie zu Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB zugestanden werden (Heer, Basler Kommentar zum StGB I, 2003, N. 43 zu Art. 45). Eine ausschliesslich grammatikalische Auslegung des Gesetzes führe zu unhaltbaren Resultaten. Es sei höchst befremdlich und sachlich nicht zu begründen, dass die Anordnung einer Ersatzmassnahme möglich sei, wenn

sich die Massnahme während ihres Vollzugs als erfolglos erweise, aber unzulässig, wenn sich die Erfolglosigkeit der Massnahme daraus ergebe, dass der Betroffene nach bedingter Entlassung rückfällig werde.

E. 2

Begeht der vorzeitig aus einer Massnahme Entlassene während der Probezeit ein Vergehen oder Verbrechen und wird er dafür mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten verurteilt, so ordnet die zuständige Behörde die Rückversetzung an oder beantragt dem Richter den Vollzug der aufgeschobenen Strafe (Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB).

E. 2.1

Der Gesetzgeber hat diese Bestimmung bei der Revision des Strafgesetzbuches vom 1. März 1965 Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB nachgebildet, wo die Folgen der Nichtbewährung bei vorzeitiger bedingter Entlassung aus dem Strafvollzug geregelt sind (Botschaft über eine Teilrevision des Strafgesetzbuches vom 1. März 1965, BB1 1965 I 561 S. 578). Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB sieht unter den gleichen Voraussetzungen die obligatorische Rückversetzung in den Strafvollzug vor.

E. 2.2

Das Bundesgericht hat in BGE 106 IV 330 erkannt, dass Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB die Rückversetzung in die Verwahrung zwingend vorschreibe; die Frage des Strafvollzugs stellte sich dabei nicht, weil die Verwahrung an die Stelle der Strafe tritt und diese nicht wie bei der stationären Massnahme aufgeschoben wird (a.a.O., E. 3). In weiteren Entscheiden geht das Bundesgericht implizit davon aus, dass es bei Anwendung von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB nur zwei Möglichkeiten gebe, nämlich die Rückversetzung in den bisherigen Massnahmevollzug oder den Strafvollzug (BGE 128 IV 73 E. 4b und c; 117 Ia 277 E. 5a). Das Bundesgericht hat demnach bis anhin die Anordnung des Strafvollzugs durch das Gericht als obligatorisch erachtet.

E. 2.3

In der Lehre wird Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB kritisiert, weil darin die Möglichkeit fehle, anstelle der Rückversetzung oder des nachträglichen Strafvollzugs eine andere Massnahme anzuordnen. Die erneute Straffälligkeit nach der vorzeitigen Entlassung aus der Massnahme zeige nichts anderes, als dass die Massnahme gescheitert sei. Wenn sich eine Behandlung während ihrer Dauer als erfolglos erweise und sie deshalb eingestellt werde, lasse Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB dem Gericht die Wahl zwischen dem nachträglichen Strafvollzug und der Anordnung einer anderen geeigneten Massnahme. Es könne nicht darauf ankommen, ob sich die Massnahme während der Dauer der Behandlung oder erst nach der probeweisen Entlassung als erfolglos erweise. Im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen an einer Behandlung müsse zumindest bei therapeutischen Massnahmen eine Lücke angenommen und Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB analog angewendet werden (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT II, 1989, § 11 N. 59 und 63 f., Heer, a.a.O., N. 43 zu Art. 45).

E. 2.4

Das Strafrecht dient in erster Linie der Verbrechenverhütung. Sanktionen, welche die Besserung oder Heilung des Täters begünstigen und damit der Spezialprävention dienen, sind primär zu vollziehen. Erweist sich eine Massnahme im konkreten Fall als erforderlich und wird ihr Erfolg durch den Vollzug der schuldadäquaten Strafe gefährdet, so hat das Anliegen der Spezialprävention grundsätzlich gegenüber demjenigen der Generalprävention

Vorrang. Dabei gilt es allerdings zu vermeiden, dass Straftäter mit therapierbaren Persönlichkeitsstörungen in einem Mass privilegiert werden, das mit dem strafrechtlichen Schuldprinzip nicht mehr vereinbar ist (zur Publikation bestimmtes Urteil 6S.394/2002 vom 27. Februar 2003 E. 4.2). Mit der dargelegten Ausrichtung des Strafrechts sowie der von der Rechtsprechung verfolgten einzelfall- und situationsgerechten Anwendung des komplexen Massnahmenrechts geht auch einher, dass gerichtlich angeordnete Massnahmen weitgehend abänderbar sind. Der Richter kann auf seinen Entscheid über eine einmal angeordnete Massnahme unter den gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB zurückkommen, wobei die Rechtsprechung die in dieser Bestimmung enthaltenen Möglichkeiten wiederholt grosszügig ausgelegt hat (BGE 123 IV 100 E. 3b und c; 106 IV 101 E. 2d). Aufgrund des 1991 revidierten Art. 44 Ziff. 6 Absatz 2 StGB kann das Gericht sogar auf einen rechtskräftig angeordneten Strafvollzug zurückkommen und eine stationäre Massnahme unter Strafaufschub anordnen, wenn die Voraussetzungen für eine solche beim rauschgiftsüchtigen Verurteilten nachträglich gegeben sind. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung wurde in der Folge noch durch die Rechtsprechung auf trunksüchtige Verurteilte ausgeweitet (BGE 122 IV 292 E. 2e).

E. 2.5

Mit Schlussabstimmung vom 13. Dezember 2002 hat die Bundesversammlung den revidierten Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches verabschiedet (BBl. 2002 8240). Die Referendumsfrist ist am 3. April 2003 unbenutzt abgelaufen. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens ist noch offen. Das revidierte Gesetz trägt generell der Forderung nach mehr Durchlässigkeit zwischen den Massnahmen und im Besonderen auch der Kritik der Lehre an Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB Rechnung (Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979 S. 2069 und S. 2084). Die Bestimmung, welche anstelle von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB tritt, lautet: Art. 62a nStGB "1Begeht der bedingt Entlassene während der Probezeit eine Straftat und zeigt er damit, dass die Gefahr, der die Massnahme begegnen soll, fortbesteht, so kann das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht nach Anhörung der Vollzugsbehörde: a) die Rückversetzung anordnen; b) die Massnahme aufheben und, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, eine neue Massnahme anordnen; oder c) die Massnahme aufheben und, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, den Vollzug einer Freiheitsstrafe anordnen." Damit hat das Gericht in Zukunft, bevor es den Vollzug der früheren Strafe erwägt, nicht nur die Möglichkeit der Rückversetzung, sondern auch jene der Anordnung einer Ersatzmassnahme zu prüfen. Ausserdem soll künftig der Entscheid über die Folgen der Nichtbewährung beim Richter liegen, der die in der Probezeit begangene Straftat beurteilt. Dadurch wird die im geltenden Recht angelegte Doppelspurigkeit aufgehoben, wonach zuerst der Richter über die in der Probezeit begangene Tat urteilt, darauf die Vollzugsbehörde über die Rückversetzung entscheidet und gegebenenfalls danach noch der Richter die Frage des nachträglichen Strafvollzugs beurteilen muss. Die Neuerungen haben zum Ziel, dass eine einzige Instanz eine zusammenfassende Beurteilung der aktuellen Situation des Täters vornimmt (Botschaft, a.a.O., S. 2084; Wiprächtiger, Die Revision des Strafgesetzbuches: Freiheitsentziehende Massnahmen - eine Bestandesaufnahme nach den Beratungen des Ständerates, in: AJP 2001 S. 139 ff. S. 145).

E. 3

Vor diesem Hintergrund ist nun zu prüfen, ob bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts weiterhin davon auszugehen ist, dass das Gericht gemäss Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB

zwingend den Vollzug der (Rest-)Strafe anzuordnen hat.

E. 3.1

Ausgangspunkt der Gesetzesanwendung ist der Gesetzestext. Selbst ein klarer Wortlaut bedarf aber der Auslegung, wenn er vernünftigerweise nicht der wirkliche Sinn des Gesetzes sein kann. Massgebend ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann (BGE 128 IV 272 E. 2; 127 IV 198 E. 3b S. 200). Bei der Auslegung des geltenden Rechts kann auf laufende Revisionen Bezug genommen werden (BGE 128 II 282 E. 3.5.; 128 IV 3 E. 4b; 128 IV 25 E. 3a; 127 IV 97 E. 1b). So darf in objektiv-zeitgemässer Auslegung einer Gesetzesnorm ein Sinn gegeben werden, der für den historischen Gesetzgeber infolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und in der bisherigen Anwendung auch nicht zum Ausdruck gekommen ist (BGE 125 II 206 E. 4d/bb S. 213). Die Berücksichtigung von Gesetzesentwürfen im Rahmen der Auslegung rechtfertigt sich vor allem, wenn damit das geltende System nicht grundsätzlich geändert werden soll und nur eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustandes angestrebt wird oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden sollen (BGE 124 II 193 E. 5d; 122 IV 292 E. 2d; 117 II 466 E. 5a, S. 475).

E. 3.2

Der Wortlaut von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB sieht lediglich die Rückversetzung in die frühere Massnahme und den Vollzug der Strafe vor und schliesst damit die Anordnung einer Ersatzmassnahme klar aus. Dies war auch eindeutig die Absicht des damaligen Gesetzgebers, der eine analoge Bestimmung zu Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 Satz 1 StGB schaffen wollte (siehe oben E. 2.1). Stellt man auf die Entstehung der hier diskutierten Norm ab, so ergibt sich also unmittelbar aus dem Gesetz, dass das Gericht den Vollzug der Strafe zwingend anzuordnen hat (so auch Stratenwerth, a.a.O., § 11 N. 60). Was die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen anbelangt, steht das schweizerische Massnahmerecht schon seit der Revision von 1971 im Zeichen der Flexibilität, indem es dem Gericht vielfach erlaubt, Massnahmen anzuordnen, welche im ursprünglichen Urteil nicht vorgesehen waren. Diese Grundhaltung wurde durch die punktuelle Revision im Jahr 1991 sowie die seitherige Rechtsprechung (BGE 122 IV 292 , 123 IV 100 und 125 IV 225) tendenziell noch verstärkt. In BGE 122 IV 292 hat das Bundesgericht dem Richter die in Art. 44 Ziff. 6 Absatz 2 StGB vorgesehene Möglichkeit unter Verzicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage sogar noch durch Analogieschluss ausgedehnt.

E. 3.3

Einen solchen Analogieschluss schlägt ein Teil der Lehre unter Hinweis auf die allgemeine Ausrichtung des Massnahmerechts nun auch in der hier zu beurteilenden Frage vor, nämlich die entsprechende Anwendung von Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB . Diese Bestimmung lässt für den Fall, dass sich eine gerichtlich angeordnete Massnahme während ihres Vollzugs als erfolglos erweist, zu, dass der Richter eine Ersatzmassnahme anordnet. Zwischen Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 und Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB besteht insoweit Analogie, als die Vollzugsbehörde die frühere Massnahme in beiden Fällen als gescheitert erachtet. Es gibt jedoch zwischen den beiden Bestimmungen einen wesentlichen Unterschied: Im Fall von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB hat der Verurteilte ein neues Delikt begangen und ein Gericht hat dieses neue Delikt beurteilt. Im Rahmen dieser Beurteilung prüft das Gericht auch, ob dem Täter für das neue Delikt eine Massnahme aufzuerlegen ist. Gibt es für den Täter eine

geeignete Massnahme, so ist davon auszugehen, dass diese mit dem Urteil über die neue Straftat angeordnet wird. Entsprechend hat das Gericht vorliegend bei der Beurteilung der in der Probezeit begangenen Tat die Anordnung einer stationären Massnahme geprüft, darauf jedoch in Ermangelung der Voraussetzungen verzichtet. Es macht keinen Sinn, dass nach Rechtskraft dieses Urteils ein zweites Gericht - dasjenige, welches gemäss Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB über die Folgen der Nichtbewährung zu urteilen hat, - die gleiche Frage erneut prüft. Der Analogieschluss, den ein Teil der Lehre vorschlägt, erscheint demnach nicht als gerechtfertigt.

E. 3.4

Unbefriedigend an der heutigen Rechtslage ist allerdings, dass es zu Konfliktsituationen kommen kann zwischen der Sanktion, welche das Gericht im Urteil über die neue Straftat verhängt hat, und dem Vollzug der Reststrafe, der nach Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB zwingend anzuordnen ist. Eine solche Situation tritt ein, wenn im Urteil über die in der Probezeit begangene Straftat eine neue Massnahme angeordnet wird. In dieser Situation kann dem Anliegen des Vorrangs der Massnahme zwar Nachachtung verschafft werden, indem die Vollzugsbehörde in Anwendung von Art. 2 Abs. 8 VStGB 1 (SR 311.01) den Vollzug der Massnahme als dringlicher und zweckmässiger wertet und den Vollzug der Reststrafe erneut aufschiebt. Der Entscheid, welcher aufgrund von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB ergangen ist, wird aber dadurch faktisch wieder aufgehoben und hätte genauso gut unterbleiben können. Durch eine analoge Anwendung von Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB könnten solche Konfliktsituationen jedoch nicht grundlegend vermieden werden. Im Gegenteil: Hat das Gericht für die neue Straftat den sofortigen Vollzug der Strafe angeordnet, würde die Gefahr eines Konflikts zwischen den Sanktionen gerade erst dadurch geschaffen, dass dem Richter im Rahmen von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB die Möglichkeit eingeräumt würde, eine Ersatzmassnahme anzuordnen. In dieser Konstellation, die im Übrigen auch im zu beurteilenden Fall gegeben ist, steht der Vollzug der Reststrafe, wie ihn die Vorinstanz angeordnet hat, mit dem Vollzug der neuen Strafe im Einklang. Das eigentliche Problem von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB liegt demnach nicht in der fehlenden Möglichkeit, eine Ersatzmassnahme anzuordnen, sondern in der Doppelspurigkeit, welche im Zusammenhang mit der Zuständigkeit besteht.

E. 3.5

Dementsprechend kann auch die Berücksichtigung der vom Parlament verabschiedeten Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches nicht dazu führen, dass dem Gericht im Rahmen des geltenden Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB die Möglichkeit der Anordnung einer Ersatzmassnahme eingeräumt wird. Die Änderung des Gesetzes beschränkt sich nämlich nicht auf die Erweiterung der Möglichkeiten des Gerichts, sondern ordnet die Zuständigkeit völlig neu. Es handelt sich bei der Revision insoweit um eine grundlegende Systemänderung und nicht etwa nur um eine einfache Lückenfüllung.

E. 3.6

Gegen eine Änderung der Rechtsprechung zu Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB sprechen überdies die in der Lehre geäusserten Bedenken: Als Ersatzmassnahme käme je nach den konkreten Umständen auch eine Massnahme in Frage, die schwerwiegender in die persönliche Freiheit des Täters eingreifen würde als die bisherige Massnahme bzw. der Vollzug der Reststrafe. Die Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils, mit welchem die frühere Massnahme angeordnet worden sei, bedürfe in solchen Fällen einer gesetzlichen Ermächtigung

(Stratenwerth, a.a.O., § 11 N. 59 nennt insbesondere die Verwahrung). Der in der Lehre geäusserte Vorschlag, Art. 43 Ziff. 3 Abs. 3 StGB nur bei Anordnung bestimmter Massnahmen - jener mit therapeutischem Charakter - für zulässig zu erklären (Heer, a.a.O., N. 43 zu Art. 45), erscheint zur Lösung des Problems wenig tauglich: Die Frage, ob unter den Voraussetzungen von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB eine Ersatzmassnahme angeordnet werden könnte, ist generell abstrakt zu beurteilen. Auf das Kriterium, wie eingreifend die im konkreten Fall anzuordnende Massnahme ist, kann nicht abgestellt werden. Andernfalls müsste jeweils im konkreten Fall die geeignete Massnahme ermittelt werden, bevor feststeht, ob die Anordnung einer Massnahme überhaupt zulässig ist.

E. 3.7

An der bisherigen Rechtsprechung, wonach die Anordnung einer Ersatzmassnahme im Rahmen von Art. 45 Ziff. 3 Abs. 1 StGB ausgeschlossen ist, wird aus diesen Gründen festgehalten. Soweit die geltende Rechtslage unbefriedigend ist, ergibt sich dies aus der Zuständigkeitsordnung und nicht aus der fehlenden Möglichkeit der Anordnung einer Ersatzmassnahme. Die aufgrund der geltenden Zuständigkeitsordnung zuweilen entstehenden Konflikte zwischen den angeordneten Sanktionen können gemäss Art. 2 Abs. 8 VStGB 1 gelöst werden. Aufgrund dieser Bestimmung ist bis zum Inkrafttreten des revidierten Gesetzes auch sichergestellt, dass gegebenenfalls die Massnahme, welche das Gericht im Urteil über die neue Straftat angeordnet hat, Vorrang genießt.

E. 4

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 152 OG kann bewilligt werden, da von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen ist. Überdies hat er den angefochtenen Entscheid mit vertretbaren Argumenten in Frage gestellt (vgl. BGE 124 I 304 E. 2c). Dem Beschwerdeführer werden deshalb keine Kosten auferlegt. Seinem Vertreter wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet.

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