Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.121/2004 /pai

Urteil vom 7. Oktober 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiber Schönknecht.

Parteien
X. _____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Werner Greiner,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Vollzug der zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschobenen Strafe (Art. 44 Ziff. 1 und 6 in Verbindung mit Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 19. Februar 2004.

Sachverhalt:

A.
X. _____ ist seit vielen Jahren sehr stark drogenabhängig. Der Vollzug verschiedener seit 1990 ausgesprochener Freiheitsstrafen wurde wiederholt zugunsten einer ambulanten Massnahme gemäss Art. 44 Ziff. 1 und 6 StGB aufgeschoben. Das letzte Mal traf das Obergericht des Kantons Zürich am 26. September 2000 einen solchen Beschluss.

Am 15. Juli 2003 verfügte der Bewährungsdienst des Justizvollzugs des Kantons Zürich die Einstellung der ambulanten Massnahme, die das Obergericht am 26. September 2000 beschlossen hatte. Zugleich beantragte er dieser Instanz, ein weiteres Mal eine ambulante Massnahme nach Art. 44 Abs. 1 und 6 StGB anzuordnen und den Vollzug von sechs Gefängnisstrafen von je mehreren Monaten bzw. von neun Tagen wiederum aufzuschieben. Das Obergericht folgte diesem Antrag nicht und ordnete am 19. Februar 2004 den nachträglichen Vollzug der sechs Freiheitsstrafen an, unter Anrechnung von 154 Therapiestunden als 39 Tage Strafvollzug.

B.
X. _____ erhebt gegen den zuletzt genannten Beschluss des Obergerichts eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt die Aufhebung dieses Entscheids.
Das Obergericht verzichtet auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde. Eine Vernehmlassung der Staatsanwaltschaft wurde nicht eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Beschwerdeführer rügt zunächst, dass die Vorinstanz auf eine erneute Anordnung einer Massnahme verzichtet und den Vollzug der sechs bisher aufgeschobenen Gefängnisstrafen angeordnet habe.

1.1 Nach Art. 44 Ziff. 6 StGB sind die Bestimmungen für sichernde Massnahmen gegenüber Trunksüchtigen (Art. 44 Ziff. 1-5 StGB) sinngemäss auf Rauschgiftsüchtige anwendbar. Danach kann der Richter bei drogensüchtigen Straftätern eine ambulante Behandlung anordnen. Art. 43 Ziff. 2 StGB, der die ambulante Behandlung geistig Abnormer ordnet, ist dabei entsprechend anwendbar (Art. 44 Ziff. 1 Satz 3 StGB). Nicht ausdrücklich regelt das Gesetz dagegen, unter welchen Umständen eine ambulante Massnahme gegenüber einem drogensüchtigen Straftäter aufzuheben ist und aufgeschobene Strafen zu vollstrecken sind. Nach der Rechtsprechung richten sich der Abbruch einer gestützt auf Art. 44 StGB angeordneten ambulanten Massnahme und die damit zusammenhängenden Fragen ebenfalls nach den für die geistig Abnormen geltenden Vorschriften, also nach Art. 43 Ziff. 3 Abs. 2 und 3 StGB (BGE 125 IV 225 E. 2a S. 228 ff.; 117 IV 398 E. 2b/bb

S. 400).

Nach den zuletzt genannten Bestimmungen ordnet der Richter die Einweisung in eine Heil- oder Pflegeanstalt an, wenn sich die ambulante Behandlung als unzweckmässig oder für andere gefährlich erweist und der Geisteszustand des Täters eine ärztliche Behandlung oder besondere Pflege erfordert. Es ist auch möglich, erneut eine gleichartige ambulante Massnahme anzuordnen (BGE 123 IV 100 E. 3b S. 105; 106 IV 101 E. 2). Sieht der Richter davon ab, wiederum eine sichernde Massnahme vorzusehen, hat er zu entscheiden, ob und wie weit die bisher aufgeschobenen Strafen noch zu vollstrecken sind.

Nach ihrem Scheitern kommt eine erneute Anordnung einer ambulanten Behandlung durch den Richter nur in Frage, wenn die Voraussetzungen, die für die ursprüngliche Festsetzung dieser Massnahme erforderlich waren, immer noch vorliegen. Das bedeutet, dass die ambulante Behandlung weiterhin dazu dienen muss, die Gefahr künftiger Verbrechen oder Vergehen zu verhüten (Art. 44 Ziff. 1 StGB). Auch wenn bei Drogenabhängigkeit das Ziel einer Behandlung nicht allzu hoch angesetzt werden darf, müssen doch mindestens ernsthafte Aussichten für eine Herabsetzung der Rückfallgefahr bestehen (Jörg Rehberg, Strafrecht II, 7. Aufl. 2001, S. 149; vgl. auch Marianne Heer, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 44 N. 32, die gewisse konkrete Anhaltspunkte für einen möglichen Behandlungserfolg verlangt). Davon wird regelmässig nur die Rede sein können, wenn der Täter ein Mindestmass an Kooperationsbereitschaft zeigt (Urteil 6S.69/2002 vom 7. Mai 2002 E. 1.2; Heer, a.a.O., Art. 43 N. 64).

1.2 Die Vorinstanz legt anhand der ärztlichen Therapieberichte vom 12. Dezember 2001 und vom 18. März 2003 näher dar, dass beim Beschwerdeführer die für eine erfolgreiche Behandlung erforderliche Bereitschaft zur Zusammenarbeit nicht vorhanden sei. Trotz der regelmässigen Abgabe von Methadon habe er während der ganzen Behandlungsdauer weiterhin Kokain und Opiate konsumiert. Ausserdem habe er seit der letzten Anordnung der ambulanten Massnahme am 26. September 2000 wiederum mehrere Delikte begangen, obwohl er vom Obergericht ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, eine weitere Verlängerung der Massnahme - und damit ein weiterer Aufschub der Strafen - werde nur noch in Betracht fallen, wenn er sich nichts mehr zu Schulden kommen lasse. Eine erneute Anordnung einer ambulanten Behandlung könne angesichts der deliktsreichen Vorgeschichte zu keiner Verbesserung der Legalprognose führen.

1.3 Der Beschwerdeführer macht in erster Linie geltend, dass die Therapeuten eine Weiterführung der Methadonbehandlung befürworteten und angesichts seiner äusserst schweren Suchterkrankung schon kleine Schritte als Erfolg gewertet werden müssten. Dieser Einwand übergeht, dass die Empfehlung zur Weiterführung der Therapie mit Blick darauf erfolgte, dass dadurch beim Beschwerdeführer eine Schadensminimierung - aber ausdrücklich nicht ein abstinenzorientiertes Leben - erreicht werden könne. Auch in der Beschwerde wird nicht behauptet, dass die ambulante Behandlung zu einer ernsthaften Herabsetzung der Gefahr neuer Delikte führen könne. Das ständige Weiterdelinquieren trotz der nunmehr über zehnjährigen Therapie belegt die Erfolglosigkeit dieser Behandlung.

Es mag freilich zutreffen, dass sich die Situation im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids nicht wesentlich anders präsentiert hat als in früheren Jahren, als das Obergericht jeweils eine Verlängerung der Therapie und den Aufschub der Strafen beschloss. Die früheren Entscheide erfolgten teilweise offensichtlich unter dem Eindruck der AIDS-Erkrankung des Beschwerdeführers, wobei mehr humanitäre als rechtliche Überlegungen ausschlaggebend waren (vgl. namentlich E. 5 des Beschlusses vom 22. März 1995). Beim Entscheid vom 26. September 2000 spielte offenbar eine Rolle, dass dem Beschwerdeführer auf Grund gewisser positiver Anzeichen nochmals eine letzte Chance gegeben werden sollte. Die seitherige Entwicklung zeigt, dass er diese nicht wahrgenommen hat. Im angefochtenen Entscheid wird zudem darauf hingewiesen, dass sich nach Ansicht der behandelnden Therapeuten der nachträgliche Vollzug der Gefängnisstrafen nicht negativ auf die Behandlungsergebnisse auswirkt.

1.4 Nach Ansicht des Beschwerdeführers darf aus den dargelegten ungünstigen Umständen noch nicht abgeleitet werden, dass die Weiterführung der Therapie keine ernsthaften Erfolgsaussichten habe. Eine solche Folgerung sei nur gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten zulässig.

Das Gesetz sieht beim Entscheid, ob nach dem Scheitern einer ambulanten Massnahme aufgeschobene Strafen zu vollziehen sind, keine Pflicht zur Einholung eines Gutachtens vor. Eine solche Pflicht besteht auch bei der Anordnung einer ambulanten Behandlung für Alkohol- oder Drogenabhängige nur "soweit erforderlich" (vgl. Art.44Ziff.1 Abs.2StGB). Auf ein Gutachten kann namentlich in einfachen Fällen verzichtet werden, wenn sich die relevanten Fragen auf Grund eines ärztlichen Berichts beantworten lassen (BGE 128 IV 241 E. 3.1 S. 245).

Im vorliegenden Fall ist nach Auffassung des Beschwerdeführers ein Gutachten notwendig, weil die Therapeuten die Fortsetzung der Behandlung befürworteten. Wie bereits erwähnt erfolgte diese Empfehlung jedoch nicht mit Blick auf die hier interessierende Frage, ob mit einer Weiterführung der Therapie die Rückfallgefahr herabgesetzt werden könne. In dieser Hinsicht enthält der ärztliche Bericht vom 18. März 2003 gerade keine günstige Beurteilung des Beschwerdeführers. Nachdem nun

während Jahren ohne Erfolg versucht wurde, bei ihm mit einer ambulanten Behandlung weiteren Delikten vorzubeugen, ist nicht ersichtlich, was ein Gutachten noch zu erhellen vermöchte (zur Zulässigkeit des Verzichts auf ein Gutachten in einer solchen Situation vgl. auch das nicht veröffentlichte Urteil 6S.125/2004 vom 11. Juni 2004 E. 1.2).

1.5 Bei dieser Sachlage verletzt es kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz von der erneuten Anordnung einer Massnahme absieht und den Vollzug der bisher aufgeschobenen Freiheitsstrafen anordnet. Die Beschwerde erweist sich daher in diesem Punkt als unbegründet.

2.

Der Beschwerdeführer rügt ebenfalls die Bestimmung der Dauer der noch zu vollziehenden Gefängnisstrafen. Er macht geltend, es rechtfertige sich nicht, weit zurückliegende Strafen, deren Vollstreckung in anderen Fällen infolge Verjährung nicht mehr möglich wäre, nun noch zu vollziehen. Werde dies anerkannt, so verblieben nur zwei Gefängnisstrafen von insgesamt sieben Monaten. Sie seien bereits durch den Massnahmenvollzug als getilgt zu betrachten. Es sei deshalb überhaupt keine der aufgeschobenen Freiheitsstrafen zu vollstrecken.

2.1 Nach Art. 74 StGB beginnt die Vollstreckungsverjährung für die Freiheitsstrafe beim vorgängigen Vollzug einer Massnahme an dem Tag zu laufen, an welchem der Vollzug der Strafe angeordnet wird. Diese Regelung schliesst die Verjährung während des Massnahmenvollzugs von vornherein aus und hat zur Folge, dass der nachträgliche Strafvollzug theoretisch zeitlich unbegrenzt angeordnet werden kann. Dies steht im Einklang mit Art. 75 Ziff. 1 StGB, wonach die Vollstreckungsverjährung während des ununterbrochenen Vollzugs von Freiheitsstrafen und Massnahmen ruht, was auch bei der Berechnung der absoluten Verjährungsfrist zu beachten ist (BGE 100 Ib 274 E. 1 S. 275 f.). Auch wenn diese Normen teilweise als fragwürdig angesehen werden und für die Zukunft eine andere gesetzliche Regelung angeregt wird (vgl. Peter Müller, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 74 N. 5), sind sie für den vorliegenden Fall verbindlich.

Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts kann jedoch das Beschleunigungsgebot der Vollstreckung einer aufgeschobenen Freiheitsstrafe entgegenstehen. Wird eine ambulante Behandlung infolge eines behördlichen Fehlverhaltens während vieler Jahre nicht durchgeführt, so wäre es stossend, nach Jahr und Tag eine aufgeschobene Strafe noch anzuordnen, die, wäre sie nicht aufgeschoben worden, schon lange verjährt wäre (zur Publikation bestimmtes Urteil 1P.22/2004 vom 5. Juli 2004 E. 3.4).

Ein solches Fehlverhalten der Behörden ist vorliegend nicht ersichtlich und wird in der Beschwerde denn auch nicht geltend gemacht. Gemäss den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz war es vielmehr der Beschwerdeführer, der es an der erforderlichen Bereitschaft zur Zusammenarbeit fehlen liess (vgl. Art. 277bis Abs. 1 BStP; vgl. E. 1.2). Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots fällt damit von vornherein ausser Betracht. Es sind demnach sämtliche der ausgesprochenen und aufgeschobenen Freiheitsstrafen zu vollziehen.

2.2 Wird eine ambulante Behandlung eingestellt und nachträglich der Vollzug aufgeschobener Freiheitsstrafen angeordnet, so ist die ambulante Massnahme in dem Umfang auf die Strafe anzurechnen, in dem sie eine Beschränkung der persönlichen Freiheit mit sich brachte. Ausschlaggebend ist dabei, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand die Massnahme für den Betroffenen verbunden war. Wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von ambulanter Massnahme und Strafvollzug kommt in der Regel nur eine beschränkte Anrechnung in Frage. Dem Richter steht bei der Bestimmung des Umfangs der Anrechnung ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 122 IV 51 E. 3a S. 54; 121 IV 303 E. 4b S. 307).

Die Vorinstanz kann die genaue Anzahl der Therapiesitzungen, die der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum vom Oktober 1990 bis Juli 2003 besuchte, nicht mehr ermitteln. Sie geht zu seinen Gunsten von 154 solchen Sitzungen aus und rechnet vier als Hafhtag an. Insgesamt gelangt sie so zur Anrechnung von 39 Tagen. Mit diesem Vorgehen verletzt die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen nicht. In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht es sogar als zulässig erachtet, bei einer regelmässigen Abgabe von Methadon mit einem kurzen Behandlungsgespräch mangels erheblicher Einschränkung der persönlichen Freiheit ganz auf die Anrechnung zu verzichten (Urteil 6S.125/2004 vom 11. Juni 2004 E. 1.3).

3.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich demnach in allen Punkten als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (vgl. Art. 278 Abs. 1 BStP). Seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann nicht entsprochen werden, da die erhobenen Begehren von Anfang an aussichtslos waren (vgl. Art. 152 Abs. 1 OG). Angesichts der besonderen Umstände wird jedoch auf die Erhebung der Kosten verzichtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Es werden keine Kosten erhoben.

4.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, dem Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Bewährungsdienst Zürich II, und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. Oktober 2004

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: