

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1343/2017

Urteil vom 9. April 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Brunner,
Beschwerdeführerin,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Verwahrungsüberprüfung; Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme,

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 6. September 2017 (UH170073-O/U/HEI).

Sachverhalt:

A.
Die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich verurteilte X._____ am 18. Dezember 2001 wegen mehrfachen Mordes, vollendeten und unvollendeten Mordversuchs, strafbarer Vorbereitungshandlungen zu mehrfachem Mord und weiterer Straftaten unter Annahme einer mittelgradig verminderten Zurechnungsfähigkeit zu lebenslänglichem Zuchthaus. Es verwahrte sie gemäss aArt. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB und schob den Vollzug der Freiheitsstrafe auf.

B.
Das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich leitete mit Schreiben vom 14. Februar 2007 das Verwahrungsüberprüfungsverfahren ein.
Die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich verneinte bei der Überprüfung der altrechtlichen Verwahrung am 21. Februar 2008 die Voraussetzungen der beantragten therapeutischen Massnahme (Art. 59 StGB) und erkannte auf die neurechtliche Verwahrung.
Das Bundesgericht hiess die von X._____ erhobene Beschwerde in Strafsachen gut und wies die Sache zur ergänzenden Begutachtung und neuen Entscheidung an die III. Strafkammer zurück (Urteil 6B 263/2008 vom 10. Oktober 2008, publ. in BGE 134 IV 315).

C.
Die III. Strafkammer beschloss nach Einholung des Gutachtens am 15. März 2010, keine therapeutische Massnahme anzuordnen.
Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hiess die von X._____ eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde gut und wies die Sache zur Ergänzung des Gutachtens und Neuurteilung zurück.
In der Folge erstatteten Dr. A._____ ein Ergänzungsgutachten vom 8. April 2011 sowie Prof. Dr. B._____ ein Obergutachten vom 18. März 2013 und ein Ergänzungsgutachten vom 31. März 2014.
Die III. Strafkammer beschloss am 13. Oktober 2014, keine therapeutische Massnahme anzuordnen

und die Verwahrung weiterzuführen.

Die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an welche die von X._____ eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde zufolge neuer Zuständigkeitsordnung überwiesen wurde, hiess am 24. September 2015 die Beschwerde teilweise gut und wies die Sache zur Anhörung von X._____ und Neubeurteilung an die III. Strafkammer zurück. Diese überwies die Sache am 5. November 2015 zuständigkeitshalber an das Bezirksgericht Zürich.

D.

Das Bezirksgericht Zürich setzte am 20. Januar 2016 im Anschluss an die öffentliche Verhandlung den Entscheid zur Verwahrungsüberprüfung aus und beauftragte Prof. Dr. B._____ (nachfolgend: Gutachter) mit einem Ergänzungsgutachten, das dieser am 28. Juni 2016 erstattete und auf Ersuchen des Bezirksgerichts am 17. November 2016 ergänzte.

Das Bezirksgericht beschloss am 27. Januar 2017, keine therapeutische Massnahme anzuordnen und die von der I. Strafkammer am 18. Dezember 2001 angeordnete altrechtliche Verwahrung nach neuem Recht weiterzuführen. Es wies die Beweisanträge auf neue Begutachtung und erneute Anhörung ab.

Die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich führte am 29. August 2017 eine mündliche Verhandlung mit persönlicher Anhörung sowie Befragung des Gutachters durch. Sie wies am 6. September 2017 die von X._____ erhobene Beschwerde ab.

E.

X._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, den vorinstanzlichen Beschluss aufzuheben, eine stationäre therapeutische Massnahme anzuordnen und ihr die unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) zu gewähren.

F.

Die Vorinstanz verzichtet auf eine Stellungnahme.

Die Staatsanwaltschaft beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Von einer geänderten Rechtsprechung könne nicht die Rede sein (vgl. BGE 140 IV 1 E. 3.2.4 S.9). Auch nach BGE 134 IV 315 E. 3.4.1 S. 321 reiche eine blosse Behandlungsfähigkeit nicht aus. Der Gutachter habe mit "Reduktion des Rückfallrisikos" das situative Risiko, das innerhalb von Stunden oder Tagen sich entwickelnde Eskalationspotential, gemeint. Massstab sei die Bewährung in Freiheit (BGE 141 IV 236 E. 3.7 f S. 241 f.). Nur die Verweigerung der notwendigen psychotherapeutischen Betreuung (oder die psychiatrische Grundversorgung analog Art. 64 Abs. 4 StGB) wäre EMRK-widrig.

Die Beschwerdeführerin hält an ihrer Interpretation fest. Die gutachterliche Aussage ("nicht in der Lage") sei entgegen der Staatsanwaltschaft nicht als "negative Prognose" zu verstehen.

Erwägungen:

1.

Die Vorinstanz hatte im Verwahrungsüberprüfungsverfahren (Sachverhalt B) zu prüfen, ob bei nach bisherigem Recht verwahrten Personen die Voraussetzungen für eine therapeutische Massnahme (Art. 59-61 oder 63) erfüllt waren. Traf dies zu, war die entsprechende Massnahme anzuordnen; andernfalls war die Verwahrung nach neuem Recht weiterzuführen (Ziff. 2 Abs. 2 SchlB StGB vom 13. Dezember 2002). Das Bundesgericht hob den Entscheid mit Rückweisungs Urteil vom 10. Oktober 2008 auf und führte zusammenfassend aus:

Gegenüber einem gefährlichen psychisch gestörten Täter hat das Gericht eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB an Stelle einer Verwahrung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB anzuordnen, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch eine stationäre therapeutische Massnahme über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr von weiteren mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Straftaten im Sinne von Art. 64 StGB deutlich verringert wird. Nicht erforderlich ist hingegen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass bereits über einen Behandlungszeitraum von fünf Jahren ein Zustand erreicht wird, der es rechtfertigt, dem Täter Gelegenheit zu geben, sich in der Freiheit zu bewähren. Soweit die Vorinstanz höhere Anforderungen an das Ausmass, die Wahrscheinlichkeit und/oder die zeitliche Nähe des Erfolgs einer stationären therapeutischen Massnahme stellt, kann ihr nicht gefolgt werden. Ob die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, kann aufgrund der vorliegenden Gutachten nicht entschieden werden. Daher hat die Vorinstanz ein ergänzendes Gutachten zu den Fragen der Behandlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin, der Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Behandlung und der Möglichkeiten des Vollzugs einer solchen Massnahme einzuholen (BGE 134 IV 315 E. 5 S. 327).

Mit dem angefochtenen Beschluss wird das durch die Rückweisung ausgelöste Verfahren

letztinstanzlich (Art. 90 BGG) abgeschlossen.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin sieht sich hinsichtlich der vorinstanzlichen Referierung der früheren Gutachten zu keinen Bemerkungen veranlasst. Das ungewöhnlich lange Verfahren sei in erster Linie dadurch verursacht worden, dass sich die Gutachter in der Unmöglichkeit gesehen hätten, die Wahrscheinlichkeitsprognose zu beantworten. Der Gutachter habe sich im Dilemma befunden, eine stationäre therapeutische Massnahme aus forensisch-psychiatrischer Sicht zu befürworten, dass dieser Befürwortung aber die normative Forderung einer erwartbar deutlichen Rückfallgefahrinderung innerhalb von fünf Jahren entgegenstehen könnte.

Der Gutachter habe sich an der vorinstanzlichen Befragung bemerkenswert anders geäußert: Das Kommunikationsverhalten der Beschwerdeführerin stehe in keinem Vergleich zur Situation, wie er sie in früheren Untersuchungsgesprächen angetroffen habe. Die ihr inzwischen eröffneten Freiheitsgrade seien für sie "gewaltige Fortschritte". Auch 2013 hätte er nicht unbedingt erwartet, dass das möglich sein würde, was nun erreicht werden konnte. Es gebe "keinen Unterschied zwischen Therapie gemäss Art. 59 StGB und der Therapie, wie sie jetzt durchgeführt wird".

Im Hinblick auf extramurale Risiken habe er ausgeführt, das sei die Knacknuss. Das sei schwierig. Es sei wenig seriös, über einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren hinaus zu denken. Wenn er die Situation 2013 mit der heutigen vergleiche, "dann waren deutlichere Fortschritte möglich, als ich sie damals erwartet hätte". Es habe eine Reduktion des Rückfallrisikos stattgefunden. Im Anlassverfahren sei unstrittig gewesen zu sagen, es bestehe auch längerfristig ein hohes Rückfallrisiko, wenn daran nichts verändert werde. Das bedeute, dass es statisch bleibe. Seit 2012 seien jedoch Veränderungsprozesse eingetreten. Es bestehe eine gewisse Dynamik. Diese sei zu berücksichtigen.

2.2. Dem Bezirksgericht lag das ergänzende Gutachten vom 17. November 2016 vor (Sachverhalt D), in welchem der Gutachter ausführte, die aktuell günstige Entwicklung und die damit verbundene verbesserte kurzfristige Kriminalprognose seien eng an das zurzeit bestehende Setting im Übergang zwischen Isolation und Integrationsabteilung geknüpft. In der Fragebeantwortung hielt er fest:

Die schwer psychisch gestörte Beschwerdeführerin habe in den letzten Jahren eine hohe Bereitschaft und Motivation zur Behandlung gezeigt und angesichts des früher massiv eingeschränkten Leistungsvermögens auch aner kennenswerte Therapiefortschritte gezeigt. Dadurch habe sich die intramurale Kriminalprognose in einer Weise verbessert, die im Vollzug erste Lockerungen möglich gemacht habe. Dies sei ein deutlicher Fortschritt gegenüber der Situation im Jahr 2012, und bei optimalem Verlauf sei eine weitere Reduktion des kurzfristigen Risikos von Gewalthandlungen zu erwarten. Andererseits könne im Zeitraum von fünf Jahren nicht mit so deutlichen Fortschritten gerechnet werden, dass ohne das Risiko einer Überforderung und damit einer erhöhten Auftretenswahrscheinlichkeit von Aggressionshandlungen alltagsnahe bzw. auch dem üblichen Vollzugsalltag nahe kommende Umgebungsbedingungen erreicht bzw. gar langfristig etabliert werden.

Das Bezirksgericht führte in seinem Urteil S. 41 abschliessend aus, die Gutachten seien aktuell, in sich schlüssig und nachvollziehbar. Es seien keine triftigen Gründe ersichtlich, von der Expertise des aktuellen Gutachters abzuweichen. Mit diesem sei davon auszugehen, dass im heutigen Zeitpunkt keine hinreichende - und noch nicht einmal die vage - Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sich durch eine stationäre therapeutische Massnahme über die Dauer von fünf Jahren die (extramurale) Gefahr weiterer mit der psychischen Störung zusammenhängender Taten (deutlich) verringern liesse.

2.3. Die Vorinstanz stützt sich zusätzlich auf die Befragung der Beschwerdeführerin (Protokoll vom 29. August 2017, S. 10-29) sowie des Gutachters (Prot. S. 29-42).

2.3.1. Die Vorinstanz stellt fest, der Gutachter habe anlässlich der Verhandlung bestätigt, die Befragung der Beschwerdeführerin veranlasse nicht, von der Quintessenz seines Gutachtens abzuweichen. Die im November 2016 skizzierte positive Entwicklung halte an. Es seien deutlichere Fortschritte möglich gewesen, als damals erwartet, aber innerhalb des überschaubaren Zeitraums von drei bis fünf Jahren bestünde keine alltagstaugliche Perspektive (Beschluss S. 26 f.). Trotz der Fortschritte könne der Gutachter keine extramurale Perspektive skizzieren. Selbst bei ungünstiger Prognose könne man versuchen, Risiken kurzfristig zu minimieren. In dieser Phase befinde man sich zurzeit. Die langfristige Risikobeurteilung sei eine andere. Das deliktkausale Störungsbild habe sich aufgrund der Steigerung der Kommunikationsfähigkeit und Belastbarkeit "schon verbessert". Seit 2012 seien Veränderungsprozesse in Gang gekommen. Für längere Zeit sei die Beschwerdeführerin auf eine sehr gute Passung der Umgebung angewiesen, um Selbstverletzungen und

fremdaggressives Verhalten vermeiden zu können. Das könne unter Alltagsbedingungen nicht vorausgesetzt werden. Bereits eine Integration in den Normalvollzug sei nicht zu erwarten (S. 27 f.).

2.3.2. Nach dem Unterschied zwischen einer Therapie nach Art. 59 StGB und jener, wie sie ihr zuteil werde, gefragt, habe der Gutachter ausgeführt, es werde entsprechend ihren Möglichkeiten therapeutisch gearbeitet. Es gebe keinen Unterschied. Das Prozedere, sie schrittweise mehr Belastungen zuzuführen und ihr mehr Freiheiten zu geben, werde unabhängig vom Entscheid weitergeführt (S. 28). Auf die Frage, ob faktisch schon eine Massnahme nach Art. 59 StGB laufe, die es formaljuristisch umzugliessen gelte, habe er geantwortet, sie erhalte jene Behandlung, die der Störung und ihren momentanen Möglichkeiten gerecht werde. Im Fall einer Massnahme würde nicht das ganze therapeutische Regime umgekrempelt (S. 29). Hinsichtlich einer deliktorientierten Therapie habe er ausgeführt, bei einem optimalen Therapieverlauf sei zu erwarten, dass diese Thematik zugänglicher würde. Im Moment sei das Thema nicht bearbeitbar (S. 29 f.).

2.3.3. Die Vorinstanz kommt zum Ergebnis: Fest stehe, dass in den letzten Jahren persönlich bedeutende Fortschritte erzielt wurden. Die Beschwerdeführerin habe 2015 nach über zehn Jahren im höchsten Sicherheitsregime A ins Regime Hochsicherheit B übertreten können. Voraussichtlich stehe noch dieses Jahr der Übertritt auf die Integrationsabteilung an (S. 30). Nach der gutachterlichen Umschreibung werde einem zurzeit hohen auch kurzfristigen Risikopotential durch adäquate Vorgehensweise Rechnung getragen. Von einem möglichen Wegfall auch nur der intramuralen Rückfallgefahr innerhalb weniger bzw. innerhalb von fünf Jahren sei keine Rede (S. 31). Unwahrscheinlich sei, dass sich mit einer stationären Behandlung über fünf Jahre eine deutliche Verringerung auch der (extramuralen) Rückfallgefahr erreichen lasse (S. 32).

Gemessen am früher massiv eingeschränkten Leistungsvermögen seien anerkennenswerte Fortschritte einer schwer psychisch gestörten und zu einer Behandlung äusserst motivierten Täterin zu verzeichnen. Dennoch seien innert der nächsten fünf Jahre keine so deutlichen Fortschritte zu erwarten, dass alltagsnahe bzw. dem üblichen Vollzugsalltag nahe kommende Umgebungsbedingungen erreicht oder langfristig etabliert werden könnten (S. 32). Der Schweregrad der psychischen Störungen beschlage die Therapiedauer und -fähigkeit. Fortschritte hätten besonders betreffend die therapeutische Erreichbarkeit bewirkt werden können. Eine umfassende Deliktbearbeitung sei zurzeit (noch) nicht möglich. Eine Massnahme würde Perspektiven eröffnen, aber nicht viel ändern, da es keine Alternative zur praktizierten kleinschrittigen Vorgehensweise gebe. Für weitergehende Behandlungsmöglichkeiten bestehe derzeit kein Bedarf (S. 33).

Unabhängig vom Fünfjahreshorizont könne lediglich von einer vagen Möglichkeit ausgegangen werden, dass mit der Massnahme eine deutliche Verringerung der von der Beschwerdeführerin ausgehenden Gefahr von Rückfällen ausserhalb des sichernden Strafvollzugs und letztlich ihre Resozialisierung erreicht werden könnten. Zur Aufrechterhaltung dieser Option bedürfe es aus fachärztlicher Sicht gegenwärtig keiner Änderung des Settings (S. 34).

2.4. Zu entscheiden ist die Anwendung der Art. 59 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB auf die Konstellation, in der sich die Beschwerdeführerin aktuell befindet.

Ist der Täter psychisch schwer gestört, so kann das Gericht eine stationäre Behandlung anordnen, wenn: "zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen" (Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB). Der mit der stationären Behandlung verbundene Freiheitsentzug beträgt in der Regel höchstens fünf Jahre, kann aber verlängert werden (Art. 59 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB). Zu beachten ist, dass die "Kann-Vorschrift" den kantonalen Behörden ein sachrichterliches Ermessen einräumt.

Die massgebende bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB findet sich in BGE 134 IV 315, insb. in E. 3.4.1 S. 321 f. und E. 5 [oben E. 1]) :

"Die stationäre therapeutische Massnahme kann angeordnet werden, wenn im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer Straftaten deutlich verringern. Somit reichen einerseits die bloss vage Möglichkeit einer Verringerung der Gefahr und andererseits die Erwartung einer lediglich minimalen Verringerung nicht aus. Bezogen auf den Zeitraum ist davon auszugehen, dass gemäss Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB die stationäre therapeutische Massnahme in der Regel höchstens fünf Jahre beträgt. [...] Das Gericht kann mithin gegenüber einem psychisch schwer gestörten Täter eine therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB anordnen, wenn im Zeitpunkt des Entscheids die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich durch eine solche Behandlung über die Dauer von fünf Jahren die Gefahr von weiteren mit der psychischen Störung in Zusammenhang stehenden Taten deutlich verringern lässt. Es muss jedoch im Zeitpunkt des Entscheids nicht hinreichend wahrscheinlich sein, dass schon nach einer stationären Behandlung von fünf Jahren ein Zustand erreicht werden kann, der es

rechtfertigt, dem Täter die Gelegenheit zu geben, sich in der Freiheit zu bewähren, und ihn daher aus der stationären Massnahme bedingt zu entlassen."

2.5. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz richte nicht das nötige Augenmerk auf die neuere Rechtsprechung, wonach die hinreichende Wahrscheinlichkeit gefordert werde, "dass sich mit der Behandlung in der Normdauer von fünf Jahren eine tatsächliche Reduktion (une réduction nette) des Rückfallrisikos erreichen lässt".

2.5.1. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Urteile 6B 866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.5 und 6B 300/2017 vom 6. Juni 2017 E. 3.2, welche auf die Urteile 6B 409/2017 vom 17. Mai 2017 E. 1.4.2 und 6B 1307/2015 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1.3 verweisen.

In diesem Urteil 6B 1307/2015 wird erwogen, es gelte zu vermeiden, einen Täter a priori als unbehandelbar ("incurable") zu erklären und in eine Strafanstalt einzuweisen; Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB erfordere aber eine hinreichende Wahrscheinlichkeitsprognose ("[...] entraînera, dans les cinq ans de sa durée normale, une réduction nette du risque"); die vage Möglichkeit einer Verringerung des Risikos oder die Hoffnung einer nur minimalen Verringerung des Risikos genügten dagegen nicht. Diese Erwägungen stützen sich auf BGE 134 IV 315 E. 3.4.1 S. 321 und die Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [...], BBl 1999 2097.

2.5.2. Die Vorinstanz stellt fest, "nette" in der Formulierung "une réduction nette du risque" bedeute korrekterweise "deutlich" oder "klar" (und nicht "tatsächlich"). Dennoch ist nicht "von einer unpräzisen Übersetzung" (der französische Wortlaut ist mit Quellenangabe zitiert), jedoch zutreffend von "einer nicht geänderten Rechtsprechung auszugehen" (Beschluss S. 16). Das Wort "nette" steht für das Wort "deutlich" in BGE 134 IV 315 E. 3.4.1 S. 321: "deutlich verringern". Der Wortlaut ist im juristischen Kontext nach seinem Sinn zu verstehen. Bleiben verschiedene Interpretationen möglich, muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden (BGE 143 I 272 E. 2.2.3 S. 277). Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz (BGE 142 IV 105 E. 5.1 S. 110). In casu handelt es sich um die Legalprognose, bei welcher es sich um eine Wahrscheinlichkeitsaussage hinsichtlich der Wirkung einer Behandlung in der Normdauer von fünf Jahren im Sinne von Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB handelt. Das Gesetz setzt dazu voraus, dass "zu erwarten ist", durch die Massnahme "lasse sich der Gefahr [...] begegnen" (Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB). Dieser normative Wortlaut wird in BGE 134 IV 315 E. 3.4.1 S. 321 mit der erwähnten Formulierung ausgelegt. Es geht um eine deutliche Verringerung der Gefahr weiterer mit der psychischen Störung zusammenhängender Straftaten, eine Verringerung, die tatsächlich "zu erwarten ist", nicht um eine theoretische, bloss supponierte.

"Deutlich" hat neben der Bedeutung "gut wahrnehmbar, scharf umrissen, klar, genau, erkennbar" oder "eindeutig, unmissverständlich, ausdrücklich" ebenso den Sinngehalt, "jemandem etwas deutlich machen, verdeutlichen, erklären, vor Augen führen" (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011). Der letztere Sinngehalt ist für die forensische Praxis ebenfalls hervorzuheben. Das Gutachten hat sich "schlüssig und klar auszusprechen" (Urteil 6B 989/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2), so dass das Gericht die Überzeugung gewinnen kann (Art. 10 Abs. 2 StPO), ob sich der Gefahr mit der Massnahme "begegnen" lässt (Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB), ob sie sich also dadurch "deutlich verringern" lässt.

Somit kann von einer geänderten Rechtsprechung oder einer vorinstanzlichen Verkennung der neueren Rechtsprechung nicht die Rede sein. Die von der Beschwerdeführerin angeführten Urteile und besonders das Urteil 6B 1307/2015 vom 9. Dezember 2016 E. 4.1.3, auf das sich diese neueren Urteile mit der Formel "une réduction nette du risque" beziehen, stützen sich auf BGE 134 IV 315 E. 3.4.1 S. 321.

2.5.3. Wie sich seinem vierten Gutachten, dem ergänzenden Gutachten vom 17. November 2016, entnehmen lässt, wurde der Gutachter harsch kritisiert. Dieser führte dazu aus (S. 15), er habe zwar eine psychische Störung, eine Therapiewilligkeit und Therapierbarkeit gesehen, hinsichtlich der Erfolgsaussichten einer stationären Massnahme jedoch ausgeführt, dass die Voraussetzungen für eine Entlassung innerhalb von fünf Jahren nicht erreichbar seien. Die Oberstaatsanwaltschaft und der Anwalt hätten kritisch geäußert, er habe an der Rechtsprechung des Bundesgerichts vorbeizugeworfen, die keinesfalls eine Entlassbarkeit nach fünf Jahren, sondern vielmehr eine Verringerung der Rückfallgefahr gefordert habe. Der Anwalt habe die Rechtsprechung dahingehend interpretiert, Erfolgsaussichten im Sinne des Gesetzes seien auch dann zu bejahen, wenn die Therapie keinen Einfluss auf das extramurale Rückfallrisiko hätte, wenn erwartet werden könne, dass die Behandlung eine deutliche Senkung des intramuralen Rückfallrisikos bewirke. Wenn eine

Behandlung zu einer deutlichen Verringerung des intramuralen Risikos wesentlich beitragen könne, so sei dies selbst bei fehlenden Erfolgsaussichten bezüglich extramuraler Rückfallrisiken nicht zu ignorieren.

Jeder Freiheitsentzug steht in der Entlassungsperspektive (Art. 31 BV; Art. 75 Abs. 1 StGB; Art. 5 EMRK). Intramural hat jeder Insasse Anspruch auf die notwendige psychiatrische Betreuung im Sinne von Art. 64 Abs. 4 und Art. 74 StGB. Anspruch auf die Massnahme gemäss Art. 59 StGB hat nur, wer deren Eingangsbedingungen erfüllt. Die intramurale Risikoeinschätzung betrifft bereits begrifflich das anstaltsinterne Risikomanagement. Art. 59 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 59 Abs. 4 StGB betrifft das "extramurale Risiko", die Legalprognose. Zu diesem Zweck kann die Massnahme bereits angeordnet werden, wenn dadurch innert der Normfrist die Gefahr deutlich verringert werden kann. Mit Recht findet der Gutachter seine Verknüpfung der Therapieprognose mit der Entlassungsperspektive weiterhin berechtigt. Für Insassen ist langfristig weniger die intramurale Perspektive als vielmehr die Entlassungsperspektive relevant (Gutachten a.a.O., S. 18; ebenso die Beschwerdeführerin, unten E. 2.7). Das ist auch die Interessenlage der Öffentlichkeit oder der gesetzliche Massnahmenzweck (BGE 137 IV 201 E. 1.3 S. 204: "à réduire le risque de récidive"; Urteil 6B 763/2014 vom 6. Januar 2015 E. 3.1.2: "avant tout [...] une amélioration du pronostic légal"). Die Massnahme dient primär der Verbesserung der Legalprognose (Botschaft a.a.O., S. 2077; BGE 134 IV 315 E. 3.6 S. 323).

Richtig ist, dass nicht vorausgesetzt wird, dass die betroffene Person innert fünf Jahren entlassen werden kann (Art. 59 Abs. 4 Satz 2 StGB). Dies ändert nichts daran, dass die Massnahme eine resozialisierende, spezialpräventive Funktion hinsichtlich der Entlassungsperspektive hat und die Massnahme grundsätzlich auf eine Dauer von fünf Jahren konzipiert ist (Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB).

2.6. Das Gericht kann die stationäre Massnahme nicht allein aus eigener Kompetenz anordnen. Es muss sich auf eine Begutachtung stützen. Die Gutachter sind für ihre Prognose auf die juristische Auslegung oder Konkretisierung des Gesetzes angewiesen. Dabei ist miteinzubeziehen, dass die Unzulänglichkeit prognostischer Entscheidungen vor allem wissenschaftstheoretische Gründe hat, die nicht wesentlich korrigiert werden können; die Möglichkeiten der wissenschaftlichen Vorhersage menschlichen Verhaltens allgemein sind begrenzt und nur für überschaubare Zeiträume möglich (MÜLLER/NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, 5. Aufl. 2017, S. 360; FONJALLAZ/GASSER, Le juge et le psychiatre, 2017, S. 146).

Inhaltlich hat sich ein Gutachten nach Art. 56 Abs. 3 StGB über alle entscheidungsrelevanten Fragen aus fachärztlicher Sicht schlüssig und klar auszusprechen. Es muss insbesondere zur Notwendigkeit und zu den Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters, Art und Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten und zu den Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme Stellung nehmen (Urteil 6B 989/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2). Das Gericht ist nicht an den Befund oder die Stellungnahme des Gutachters gebunden. Es hat vielmehr zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Auch wenn das gerichtlich eingeholte Gutachten grundsätzlich der freien Beweiswürdigung unterliegt (Art. 10 Abs. 2 StPO), darf das Gericht in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von ihm abrücken und muss Abweichungen begründen (BGE 141 IV 369 E. 6.1 S. 372 f.; 142 IV 49 E. 2.1.3 S. 53).

2.7. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Befragung des Gutachters in der Verhandlung. Aus dieser Befragung ergibt sich:

Für den Gutachter bestand kein Anlass, von der Quintessenz seines Gutachtens abzuweichen. Die im November 2016 skizzierte positive Entwicklung halte an. Es gebe keinen Unterschied zwischen Therapie gemäss Art. 59 StGB und der Therapie, wie sie jetzt durchgeführt werde (Prot., S. 31). Auf Fragen der Verteidigung antwortete er, das Thema Leugnung von Delikten werde ausgeklammert und sei für die Beschwerdeführerin auch gar nicht bearbeitbar. Das sei letztlich ein Schutzmechanismus und hänge mit der Schwere der Persönlichkeitsproblematik zusammen (S. 36). Er sei immer noch nicht in der Lage, eine extramurale Perspektive zu skizzieren, auch nicht gestützt auf die bisher geleisteten Fortschritte (S. 37). Man habe ihr früher kaum Freiheitsgrade eröffnen können. Nun könnten Personen mit ihr in einem Raum sein, und auch er (der Gutachter) habe sie bei der letzten Untersuchung auf dem Besucherareal treffen können. Das seien für sie gewaltige Fortschritte (S. 37 f.). All dies aber sei mit alltagsnahen Bedingungen nicht in Einklang zu bringen. Ob dies reiche oder nicht, sei eine juristische Frage. Einem hohen auch kurzfristigen Risikopotential werde im Moment durch eine adäquate Vorgehensweise Rechnung getragen. Die längerfristige Risikobeurteilung sei eine andere, weil diese stärker von den weiterhin eingeschränkten persönlichen Ressourcen der Beschwerdeführerin abhängen (S. 38). Es geschehe das, was im Moment umsetzbar sei. Das sei aber schon noch zu unterscheiden von dem, was ein stationäres Setting in einer Klinik bedeuten würde. Das wäre eine Überforderung. Es gebe in der Schweiz keine Klinik, die sie

behandeln könnte. Die JVA Hindelbank sei alternativlos und die befähigte Institution (S. 39). Bereits eine Integration in den Normalvollzug sei nicht zu erwarten (S. 41). Der Gutachter bejahte die abschliessende Frage der Oberstaatsanwaltschaft, ob die Antwort im ergänzenden Gutachten vom 17. November 2016 (oben E. 2.2) nach der Verhandlung und Kenntnis der neuen Unterlagen aus Hindelbank nach wie vor Gültigkeit habe (Prot. S. 42).

Die Beschwerdeführerin erklärte, sie sei seit Mai 1998 in Haft. Sie üben in Hindelbank, damit sie nur noch ab und zu und immer weniger oft Handschellen tragen müsse. Mit einer stationären Massnahme würde sich, abgesehen vom Status, die Perspektive ändern; sie möchte eine Entlassungsperspektive. Es sei schwierig, die Motivation aufrecht zu erhalten (Prot., S. 10, 25 f., 43).

2.8. Von einer "tatsächlichen" Reduktion der Rückfallgefahr im Sinne der Rechtsprechung kann demnach nicht die Rede sein. Damit wird nicht verkannt, dass Fortschritte erzielt wurden. Es kann sich lediglich fragen, ob die heutige Betreuung im Sinne von Art. 64 Abs. 4 StGB, welche die momentanen Möglichkeiten ausschöpft, "formaljuristisch umzugliessen" wäre in eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 59 StGB (oben E. 2.3.2).

Mit Recht verweist die Beschwerdeführerin auf die Botschaft, wonach die Verwahrung nicht in Frage kommt, solange eine therapeutische Massnahme sinnvoll erscheint (Botschaft a.a.O., S. 2097). Das ist Gesetz (Art. 64 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 56 Abs. 2 StGB). Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt ähnlich dem Schuldprinzip eine Begrenzungsfunktion zu (Urteil 6B 409/2017 vom 17. Mai 2017 E. 1.2.2). Es ist ihr zuzustimmen, dass die gutachterliche Ausführung, nicht in der Lage zu sein, eine extramurale Perspektive zu skizzieren, nicht dahingehend zu interpretieren ist, eine Therapie sei in legalprognostischer Sicht nicht sinnvoll (Beschwerde S. 10). Der Gutachter befürwortet die therapeutischen Bemühungen. Ebenso wenig ist von einer fehlenden Therapiefähigkeit oder -bereitschaft die Rede (ergänzendes Gutachten vom 17. November 2016, S. 21).

Hingegen steht fest, dass die Beschwerdeführerin ein therapeutisches Setting nicht bewältigen kann, dass sie dazu nicht in der Lage ist (Prot., S. 32), und dass sich die in Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB vorausgesetzte positive Legalprognose nicht einmal für den aktuellen Zeitraum stellen lässt. Daran ändert nichts, dass der Gutachter nicht erwartet hatte, was nun erreicht werden konnte (Beschwerde S. 11). Die Fortschritte sind vergleichsweise im Verhältnis ihrer damaligen und ihrer aktuellen persönlichen Situation "gewaltig", indessen als prekär einzuschätzen. Es ist der tatsächliche Kontext der gutachterlichen Aussage zu beachten (oben E. 2.7). Nach der Botschaft (a.a.O.) trägt die Massnahme mit der Neuerung in Art. 59 Abs. 3 StGB der öffentlichen Sicherheit in demselben Masse Rechnung wie die Verwahrung. Die Behandlung liesse sich in der bisherigen Weise in der JVA Hindelbank fortführen. Es ginge mithin um eine formelle Änderung des Status, ohne dass die damit verbundene effektive Therapiearbeit möglich wäre. Es würde sich um eine lediglich symbolische Umbenennung handeln, die tatsächlich den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge.

2.9. "Wir haben es mit einer ausgesprochen ungewöhnlichen und auch schwerwiegenden Persönlichkeitsproblematik zu tun" (so der Gutachter, Prot., S. 37). Eine therapeutische Betreuung im Freiheitsentzug ist notwendig und wird alternativlos in der JVA Hindelbank gewährt. Dass es "keinen Unterschied" zur Massnahme gibt, besagt, dass bereits geschieht, was machbar ist (oben E. 2.7), und betrifft das "Prozedere" (oben E. 2.3.2). Zurzeit ist nur möglich, störungsorientiert die besonders schwierigen Persönlichkeitszüge zu bearbeiten (Prot., S. 36). Eine deliktorientierte Therapie ist nicht möglich. Eine Massnahanordnung hätte keine sachliche Substanz (vgl. Urteil 6B 704/2017 vom 28. Dezember 2017 E. 3.2.1). Hinsichtlich des Delinquenzrisikos spielt die Situation, in der sich ein Täter befindet, eine grosse Rolle (MÜLLER/ NEDOPIL, a.a.O., S. 360; vgl. Urteil 6B 300/2017 vom 6. Juni 2017 E. 5.3.6). Bei der Kriminalprognose geht es nicht nur um Persönlichkeitseigenschaften und Therapieoptionen bzw. -effekte; zusätzlich sind die Umgebungsbedingungen relevant (ergänzendes Gutachten vom 17. November 2016, S. 17). Erst im Falle einer günstigen Legalprognose, welche eine realistische Entlassungsperspektive aufzuzeigen vermöchte, wäre die

Umwandlung in eine therapeutische Massnahme zu prüfen (vgl. BENJAMIN F. BRÄGGER, Der Verwahrungsvollzug [...], in: Nicolas Queloz et al., Überwachen und Strafen: Neuere Entwicklungen im Justizvollzug, 2018, S. 140).

Die Rechtslage ist eindeutig: Im Entscheidzeitpunkt besteht keine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass sich mit der stationären therapeutischen Massnahme die Gefahr weiterer Straftaten deutlich verringern lässt. Die Gefahr müsste sich "tatsächlich" verringern, erforderlich ist, "dans les cinq ans de sa durée normale, une réduction nette du risque" (Urteil 6B 763/2014 vom 6. Januar 2015 E. 3.1.2; BGE 141 IV 236 E. 3.7 f. S. 241 f.). Der aktuelle Zustand erfüllt die Voraussetzung nicht. Das Gericht kann die Massnahme nicht anordnen.

Ein angesichts der massgebenden tatsächlichen Umstände (Art. 105 Abs. 1 BGG) lediglich

"formaljuristisches Umgiessen" in die Form einer stationären therapeutischen Massnahme würde zu einer gesetzwidrigen symbolischen Entscheidung führen und der Beschwerdeführerin eine lediglich illusorische Perspektive eröffnen. Es wäre unethisch, Therapieziele in Aussicht zu stellen, die letztlich nicht realisiert werden können (ergänzendes Gutachten vom 17. November 2016, S. 19).

2.10. Die Vorinstanz thematisiert ausführlich den auf Wiedereingliederung und Resozialisierung ausgerichteten Strafvollzug. Auch im Vollzug der lebenslänglichen Freiheitsstrafe (Art. 64 Abs. 2 StGB) sei auf weitere Vollzugslockerungen hinzuarbeiten. Die Beschwerdeführerin erhalte die für sie bestmögliche Betreuung. Deren Intensivierung wäre kontraproduktiv (Beschluss S. 35-39). Darauf ist zu verweisen. Diese vollzugsrechtlichen Grundsätze sind zu beachten. Sie derogieren der gesetzlichen Vollzugsordnung nicht (Urteile 6B 1082/2016 vom 28. Juni 2017 E. 2.4 und 6B 241/2009 vom 8. Mai 2009 E. 2.4).

3.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege ist gutzuheissen. Entsprechend sind keine Kosten zu erheben. Ihr Anwalt ist aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4.
Rechtsanwalt Matthias Brunner wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 3'000.-- entschädigt.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. April 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw