

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
6B\_364/2009

Urteil vom 19. August 2009  
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Favre, Präsident,  
Bundesrichter Wiprächtiger, Ferrari,  
Gerichtsschreiber Faga.

Parteien  
X.\_\_\_\_\_, vertreten durch Advokatin Dr. Eva Weber,  
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, 4001 Basel,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Verwahrung,

Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 4. Februar 2009.

Sachverhalt:

A.

Das Strafgericht Basel-Stadt sprach X.\_\_\_\_\_ mit Urteil vom 3. September 2007 schuldig der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern, der mehrfachen versuchten sexuellen Handlungen mit Kindern sowie der mehrfachen Pornographie. Es verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 3½ Jahren unter Anrechnung der seit dem 27. Juli 2005 ausgestandenen Untersuchungshaft. Ferner ordnete es die Verwahrung an. Die von X.\_\_\_\_\_ erhobene Berufung wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 4. Februar 2009 ab.

B.

X.\_\_\_\_\_ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 4. Februar 2009 sei aufzuheben und eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB durchzuführen. Eventualiter sei die Sache zwecks Anordnung eines ergänzenden Gutachtens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Des Weiteren ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

C.

Vernehmlassungen wurden keine eingeholt.

Erwägungen:

1.

Am 1. Januar 2007 sind der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs (Erstes Buch) und die revidierten Bestimmungen über die Einführung und Anwendung des Gesetzes (Drittes Buch) vom 13. Dezember 2002 in Kraft getreten.

Der Beschwerdeführer wendet sich ausschliesslich gegen die Anordnung der Verwahrung. Nach Ziff. 2 Abs. 1 SchlBest. StGB der Änderung vom 13. Dezember 2002 sind die Bestimmungen des neuen Rechts über die Massnahmen gemäss den Art. 56-65 StGB und über den Massnahmenvollzug nach Art. 90 StGB auch auf die Täter anwendbar, die vor deren Inkrafttreten eine Tat begangen haben oder

beurteilt worden sind. Da im vorliegenden Fall keine nachträgliche Verwahrung in Frage steht (vgl. Ziff. 2 Abs. 1 lit. a SchlBest. StGB), ist in Bezug auf die Massnahmen das neue Recht anzuwenden.

2.

Dem Beschwerdeführer werden im Wesentlichen mehrfache sexuelle Handlungen mit Knaben im Alter von 12 bis 16 Jahren zur Last gelegt. Der Zeitraum der Taten reicht von Mai 2003 bis Juli 2005. Die Tathandlungen umfassen verschiedene sexuelle Übergriffe bis hin zu Oral- und Analverkehr. Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz und in Deutschland mehrfach einschlägig vorbestraft.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht seine Therapierbarkeit verneint und die Verwahrung angeordnet. Dadurch habe sie Art. 64 StGB verletzt. Die Massnahmefähigkeit und der Massnahmewille würden vorliegen. Die Überzeugungskraft der Gutachten von Dr. G. \_\_\_\_\_ vom 29. Dezember 2006 und vom 27. Januar 2009 sei gering, weshalb erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der darin gezogenen Schlussfolgerungen bestünden. Er sei seit 23 Jahren nicht mehr medikamentös behandelt worden. In dieser Zeitspanne habe er sich in verschiedener Hinsicht verändert, was die Gutachterin nicht bedacht habe und eine Expertise neueren Datums nötig mache. Das Alter sei bei der medikamentösen Behandlung zu berücksichtigen. Es sei unklar, weshalb eine solche Behandlung aktuell keinen Erfolg versprechen sollte. Auch sei er, entgegen der Feststellung der Gutachterin, therapiewillig. Im Übrigen rechtfertige die Schwere der Taten keine Verwahrung, da er gegenüber den Opfern nie Gewalt angewendet habe.

Neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 64 StGB) rügt der Beschwerdeführer zumindest sinngemäss eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz.

3.2

3.2.1 Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB ordnet das Gericht bei Vorliegen einer Anlasstat die Verwahrung an, wenn auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB keinen Erfolg verspricht.

Diese Bestimmung setzt für die Verwahrung psychisch gestörter Täter die Behandlungsunfähigkeit bzw. Nichtbehandelbarkeit voraus. Nach neuem Recht können Täter, bei denen längerfristig Heilungschancen bestehen, von denen aber kurz- oder mittelfristig im Vollzug oder ausserhalb der Anstalt eine erhebliche Gefahr ausgeht, anders als unter der Geltung des früheren Rechts nicht mehr verwahrt werden (BGE 134 IV 121 E. 3.4.2 S. 130). Bei derartigen Tätern ist nunmehr nach Art. 59 Abs. 3 StGB zu verfahren und eine in gesichertem Rahmen zu vollziehende stationäre therapeutische Massnahme anzuordnen (vgl. hierzu Hans Wiprächtiger, Grundzüge des neuen Massnahmenrechts 2002, in: La revisione della parte generale del Codice penale, 2005, S. 43 ff.; MARIANNE HEER, Das neue Massnahmenrecht im Überblick, in: Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, 2007, S. 115 f.; dieselbe, Basler Kommentar, Strafrecht, 2. Aufl. 2007, N. 101 ff. zu Art. 59, N. 87 und 93 ff. zu Art. 64 StGB; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Strafen und Massnahmen, 2. Aufl. 2006, § 9 N. 23).

Die Verwahrung ist angesichts der Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen subsidiär und ultima ratio. Sie darf nicht angeordnet werden, wenn die bestehende Gefährlichkeit auf andere Weise behoben werden kann (BGE 134 IV 121 E. 3.4.4 S. 131).

Gemäss Art. 56 Abs. 3 StGB stützt sich das Gericht beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme nach den Art. 59-61, 63 und 64 StGB sowie bei der Änderung der Sanktion nach Art. 65 StGB auf eine sachverständige Begutachtung. Diese äussert sich über die Notwendigkeit und die Erfolgsaussichten einer Behandlung des Täters, die Art und die Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten und die Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme. Hat der Täter eine Tat im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB begangen, so ist die Begutachtung durch einen Sachverständigen vorzunehmen, der den Täter weder behandelt noch in anderer Weise betreut hat (Art. 56 Abs. 4 StGB).

3.2.2 Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung einzig vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht bzw. im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 135 V 2 E. 1.3 S. 4 f.; 134 I 140 E. 5.4 S. 148; je mit Hinweisen).

Das Gericht würdigt Gutachten grundsätzlich frei. Jedoch darf es in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe vom Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen. Das Abstellen auf nicht schlüssige Gutachten kann gegen Art. 9 BV verstossen, so wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern (BGE 130 I 337 E. 5.4.2 S. 345 f.; 129 I 49 E. 4 S. 57 f.; 128 I 81 E. 2 S. 86).

3.3 Am 29. Dezember 2006 wurde zur Frage der Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers und der Möglichkeit einer stationären oder ambulanten Massnahme ein Gutachten zuhanden der ersten Instanz erstattet (vorinstanzliche Akten pag. 2638). Dieses wurde unter Berücksichtigung des neuen Rechts erstellt. Zusätzlich hat die Vorinstanz zur Frage der Therapiefähigkeit ein Ergänzungsgutachten bei den Universitären Psychiatrischen Kliniken (UPK) Basel eingeholt, das vom 27. Januar 2009 datiert (vorinstanzliche Akten pag. 3145 ff.). Mithin lag der ersten Instanz (nebst den mündlichen Ausführungen der Gutachterin) eine rund acht Monate alte und der Vorinstanz zusätzlich eine rund einen Monat alte Expertise vor. Beide Gutachten wurde von Prof. F. \_\_\_\_\_ und Dr. G. \_\_\_\_\_, Leitender Arzt respektive Oberärztin der Abteilung Forensische Psychiatrie der UPK Basel, verfasst. Gestützt auf die genannten Gutachten ordnet die Vorinstanz, wie schon das Strafgericht Basel-Stadt, eine Verwahrung des Beschwerdeführers an.

Die Vorinstanz führt im Einzelnen aus, das Gutachten aus dem Jahre 2006 diagnostiziere, wie bereits verschiedene Gutachten aus den Jahren 1986, 1990, 1998 und 2001, beim Beschwerdeführer eine homosexuelle Pädophilie im Sinne der Internationalen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme (ICD-10) F 65.4. Die Gefahr ähnlicher Delikte (sexuelle Handlungen mit minderjährigen Knaben und Pornographie) sei als sehr hoch einzustufen. Es sei kein therapeutischer, psychiatrischer, psychotherapeutischer oder psychopharmakologischer Ansatz zu erkennen, mit dem der Gefahr neuerlicher Straftaten mit hinreichender Aussicht auf Erfolg begegnet werden könne. Auch sei keine hinreichende Therapiemotivation erkennbar. Weder eine ambulante noch eine stationäre Massnahme seien hinreichend geeignet, weitere Straftaten zu verhindern.

Die Vorinstanz erwägt weiter, mit Ergänzungsgutachten aus dem Jahre 2009 habe Dr. G. \_\_\_\_\_ zur Frage der Therapiefähigkeit des Beschwerdeführers erneut Stellung genommen und die Schlussfolgerungen des Gutachtens aus dem Jahre 2006 bestätigt. Die Gutachterin habe dabei verschiedene wissenschaftliche Kurzberichte (Abstracts) sowie den Therapiebericht von lic. phil. H. \_\_\_\_\_ vom 23. Dezember 2008 berücksichtigt. Ein medikamentöser Therapieversuch mit Lucrin erscheine nach dem Scheitern der Behandlungen mit Androcur als nicht hinreichend aussichtsreich, die Legalprognose des Beschwerdeführers bessern zu können. Auch sei keine tragfähige Therapiemotivation erkennbar.

Die Vorinstanz gelangt zum Ergebnis, es seien keine Gründe ersichtlich, von den Schlussfolgerungen der Gutachterin abzuweichen. Beim Beschwerdeführer sei deshalb von einer hohen Rückfallgefahr auszugehen. Entsprechende Einwände des Beschwerdeführers - wonach er an Knaben unter 13 Jahren kein Interesse mehr habe, seit 2003 die "Beziehungsfähigkeit" zu über 16-Jährigen erlangt und im Rahmen des Strafvollzugs erfüllende sexuelle Beziehungen zu erwachsenen Mitinsassen geführt habe, weshalb er die Schutzaltersgrenze in Zukunft werde einhalten können - habe die Gutachterin in ihren Ausführungen berücksichtigt. Der Beschwerdeführer sei wiederholt auf Grund einschlägiger Straftaten verurteilt worden. Weder die Strafen, der Freiheitsentzug, die Therapien noch eine angedrohte Verwahrung hätten an seinem Verhalten etwas zu ändern vermögen. Auch liege eine Behandlungsunfähigkeit bzw. Unbehandelbarkeit im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB vor. Der Beschwerdeführer sei bereits während knapp dreieinhalb Jahren psychotherapeutisch und medikamentös ohne Erfolg behandelt worden. Er zeige keinen wirklichen Willen zu einer erfolgsversprechenden Therapie.

### 3.4

3.4.1 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers steht im zu beurteilenden Fall ausser Frage, dass die von ihm begangenen Delikte die psychische und sexuelle Integrität der Opfer schwer beeinträchtigt haben und die Anforderungen an die Anlasstat gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB erfüllt sind (angefochtenes Urteil S. 17 f.). Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

Ebenso ausser Frage steht, dass der Beschwerdeführer eine ausgeprägte homosexuelle Pädophilie (ICD-10 F 65.4) respektive eine psychische Störung von erheblicher Schwere im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB aufweist, mit der die Taten im Zusammenhang stehen (vorinstanzliche Akten pag. 2638 S. 37).

3.4.2 Zu prüfen ist, ob als weitere Voraussetzung gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB auch die voraussichtliche Erfolglosigkeit einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB

erfüllt ist (E. 3.2.1 hievor). Hier mag grundsätzlich zutreffen, dass die Therapie von Sexualdelinquenten im Massnahmenvollzug nicht von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg ist (Urteil 6B\_162/2007 vom 21. August 2007 E. 6.4; NORBERT NEDOPIL, Forensische Psychiatrie, 3. Aufl. 2007, S. 242 ff.). Die Vorinstanz folgt in der Feststellung einer fehlenden Therapierbarkeit den Beurteilungen der Gutachterin in den schriftlichen Expertisen. Dr. G.\_\_\_\_\_ wurde zudem anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung eingehend befragt (vorinstanzliche Akten pag. 2824 S. 18 ff.).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Gutachterin habe verschiedene Veränderungen in seiner Person in den letzten 23 Jahren nicht berücksichtigt. Auch sei den diesbezüglichen Ausführungen des Therapeuten lic. phil. H.\_\_\_\_\_ im Bericht vom 23. Dezember 2008, welche den Wandel der letzten zwei Jahre schildern würden, nicht genügend Rechnung getragen worden. Diese Rügen sind unzutreffend und im Übrigen ungeeignet, Mängel der Gutachten substantiiert aufzuzeigen und deren Überzeugungskraft in Frage zu stellen. Die vom Beschwerdeführer wiederholt geltend gemachten Umstände (wie beispielsweise die im Rahmen des Strafvollzugs erlebten sexuellen Kontakte zu erwachsenen Männern, die seit 2003 erlangte "Beziehungsfähigkeit" zu 16-jährigen und älteren Jugendlichen) wurden nach den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (angefochtenes Urteil S. 19 f.) in den Gutachten erwähnt und gewürdigt. Dr. G.\_\_\_\_\_ führt beispielsweise aus, dass unter 16-jährige Knaben im Strafvollzug nicht verfügbar gewesen seien. Deshalb habe sich der Beschwerdeführer an erwachsene Männer halten müssen, wobei er solche ausgewählt habe, die jung ausgesehen hätten (vorinstanzliche Akten pag. 3162). Es ist auch nicht ersichtlich, was der Beschwerdeführer zu seinen

Gunsten aus den von ihm erwähnten Beziehungen seit dem Jahre 2003 abzuleiten vermag, erfolgten doch die hier interessierenden Delikte ab demselben Jahr.

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, das Alter sei bei einer medikamentösen Behandlung von Relevanz und die Gutachterin beantworte die Frage nicht, weshalb eine aktuelle medikamentöse Behandlung keinen Erfolg verspreche, kann auf die entsprechenden Ausführungen der Gutachterin verwiesen werden: Im Gutachten aus dem Jahre 2006 wird festgestellt, dass die erfolgte Applikation einer Androcur-Medikation während eines Jahres nicht den erwarteten Effekt (sondern nur depressive Verstimmung und körperliche Schwäche) bewirkt hat, dass bereits ein Gutachten aus dem Jahre 1998 eine Indikation zur medikamentösen Behandlung verneinte und dass die frühere, erfolglose antiandrogene Androcur-Behandlung über einen hinreichend langen Zeitraum und in ausreichender Dosierung erfolgte (vorinstanzliche Akten pag. 2638 S. 9, 11, 17, 28 und 33 ff.). Die Gutachterin gelangt zum Ergebnis, dass kein therapeutischer, psychiatrischer, psychotherapeutischer oder psychopharmakologischer Ansatz erkennbar sei, durch den sich der Gefahr neuerlicher Straftaten mit hinreichender Aussicht auf Erfolg begegnen lasse (vorinstanzliche Akten pag. 2638 S. 39). Zum nämlichen Schluss gelangt Dr. G.\_\_\_\_\_ zwei Jahre später: Sie verneint im Gutachten aus dem Jahre 2009

erneut die Therapiefähigkeit des Beschwerdeführers und legt eingehend dar, weshalb der Einsatz des LHRH-Agonisten Lucrin nicht indiziert sei; insbesondere sei Lucrin bei Vorliegen einer Pädophilie nicht zugelassen, mithin würde es sich um einen Therapieversuch ausserhalb des Indikationsgebietes handeln ("off label use"), der stets von einer psychotherapeutischen Behandlung begleitet werde und vor allem bei einer - beim Beschwerdeführer nicht bestehenden - Hypersexualität Aussicht auf Erfolg habe (vgl. vorinstanzliche Akten pag. 3160 ff.). Die Gutachterin hält fest, in der Abteilung Forensische Psychiatrie der UPK Basel werde Lucrin seit dem Jahre 2002 therapeutisch eingesetzt. Mit Lucrin und weiteren, neueren Medikamenten habe die UPK Basel schweizweit am meisten Erfahrungen (vorinstanzliche Akten pag. 2824 S. 21). Die Gutachterin gilt somit in der hier entscheidenden Frage der Therapiefähigkeit des Beschwerdeführers ohne weiteres als Sachverständige im Sinne von Art. 56 Abs. 3 und 4 StGB. Sie gelangt zum Ergebnis, dass eine medikamentöse Behandlung aktuell nicht indiziert ist. Der Beschwerdeführer vermag keine triftige Gründe aufzuzeigen, weshalb das Gutachten in dieser Frage als nicht schlüssig zu werten und deshalb davon

abzuweichen wäre. Sein Hinweis, wonach der erfolglose, medikamentöse Behandlungsversuch zeitlich weit zurückliege, ist zwar zutreffend. Die Gutachterin legt jedoch dar, weshalb eine Behandlung mit Androcur nicht indiziert sei (u.a. auf Grund einer fehlenden Hypersexualität). Insbesondere vermag sie seit der erfolglosen Androcur-Medikation keine veränderten Verhältnisse zu Gunsten des Beschwerdeführers, mithin keine seither eingetretenen positiven Behandlungsansätze auszumachen. Vielmehr hält sie im Rahmen des erstinstanzlichen Hauptverfahrens mündlich fest, zum damaligen Zeitpunkt (1986) sei der Beschwerdeführer wesentlich formbarer gewesen und eine erneute Behandlung sei deshalb aussichtslos respektive nicht hinreichend aussichtsreich (vorinstanzliche Akten pag. 2824 S. 22 und 25). Zudem wurde der Beschwerdeführer bereits während 3½ Jahren erfolglos psychotherapeutisch behandelt. Mithin stützt sich die Gutachterin nicht auf vage

Prognosen, sondern auf frühere, unbestritten adäquate und gescheiterte Versuche ab und verfügt sie somit über entsprechendes Erfahrungswissen im konkreten Fall (vgl. zur Beurteilung der Behandelbarkeit HEER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 106 zu Art. 64 StGB; Stratenwerth, a.a.O., § 8 N. 8). Aus diesen

Gründen erweist sich die Rüge des Beschwerdeführers in diesem Punkt als unbegründet.

3.4.3 Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, er sei entgegen der Auffassung der Gutachterin therapiewillig, und es liege keine hohe Rückfallgefahr vor, setzt er sich mit den Ausführungen der Sachverständigen und der vorinstanzlichen Beweiswürdigung nicht genügend auseinander und zeigt er nicht substantiiert auf, inwiefern die Beweiswürdigung auch im Ergebnis offensichtlich unhaltbar sei (BGE 133 IV 286 E. 1.4 S. 287; 133 II 249 E. 1.4 S. 254 f.). Seine persönlichen Schilderungen, auf welche die Vertreterin verweist, erschöpfen sich in weitschweifigen Wiederholungen seiner eigenen Sicht der Dinge. Sie genügen den Begründungsanforderungen gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nicht, weshalb auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist.

3.4.4 Die Gutachten von Dr. G. \_\_\_\_\_ aus den Jahren 2006 und 2009 sowie die mündlichen Ausführungen der Expertin anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung sind somit schlüssig und überzeugend. Gestützt darauf hat die Vorinstanz willkürfrei die Behandlungsunfähigkeit des Beschwerdeführers bejaht und die Möglichkeit einer stationären Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB verneint. Aus diesem Grund besteht für die Anordnung eines zusätzlichen Gutachtens kein Anlass. Schliesslich verletzt die Anordnung der Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB auch kein Bundesrecht.

4.

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, da die Beschwerde von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG e contrario).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Seinen angespannten finanziellen Verhältnissen ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'600.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. August 2009

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts  
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Favre Faga