Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 338/2018

Urteil vom 22. Mai 2018

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Gregor Münch,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstrasse 15/17, 8004 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme,

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 20. November 2017 (UH170180).

Sachverhalt:

A.

A.a. Das Bezirksgericht Zürich hatte X. _____ (Jg. 1991) am 16. Januar 2013 wegen versuchter schwerer Körperverletzung, Raufhandels, Raubs und versuchten Raubs, Angriffs und qualifizierter einfacher Körperverletzung zu einer fünfjährigen Freiheitsstrafe verurteilt und gleichzeitig eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme angeordnet. Den Schuldsprüchen lagen drei vom Beschwerdeführer aus Gruppen heraus begangene Tatkomplexe zunehmenden Schweregrades vom 15. April, 12. Juni und 4. September 2011 zugrunde.

Dr. med. A. _____ hatte in ihrem Gutachten vom 3. August 2012 eine schwerwiegende Persönlichkeitsstörung des antisozialen Typus mit deutlichen psychopathischen Anteilen sowie eine persistierende Aufmerksamkeits-/Hyperaktivitäts-Störung des vorwiegend hyperaktiven-impulsiven Typus diagnostiziert. Sie prognostizierte ein deutliches strukturelles Rückfallrisiko für Gewaltdelikte im bisherigen Spektrum sowie eine begrenzte Erwartung an eine deliktpräventive Wirkung einer Behandlung. Sie empfahl eine Massnahme gemäss Art. 61 StGB, aufgrund der Schwere der Störung kombiniert mit einer stationären Massnahme gemäss Art. 59 StGB.

Das Bezirksgericht hatte indes erwogen, X. _____ habe die Massnahme gemäss Art. 61 StGB konsequent verweigert, bereits diverse Unterstützungsmassnahmen durchlaufen und mehrfach demonstriert, wie er sich verhalte, wenn ihm eine Unterbringung nicht passe. Auch wenn eine solche Massnahme eigentlich angezeigt erscheine, wäre sie nicht zielführend. Die wenigen Therapieplätze leisteten motivierten Jungen bessere Dienste.

Am 4. Februar 2013 wurde dem sich in Sicherheitshaft befindlichen X. _____ der vorzeitige Straf- und Massnahmenvollzug bewilligt. Die Massnahme wurde am 7. Februar 2013 in Vollzug gesetzt. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 22. Oktober 2013 das bezirksgerichtliche Urteil.

A.b. Im Therapiebericht vom 12. Juni 2015 wurde aufgrund einer leicht positiven, reiferen Haltung die Fortführung der ambulanten Massnahme als sinnvoll bezeichnet. Im Therapiebericht vom 15. Februar 2016 zeigte sich eine Stagnation, das Setting reiche nicht aus, es werde empfohlen, die Massnahme

zu überprüfen. Nach dem Protokoll der Vollzugsplansitzung vom 14. August 2015 erschien fraglich, inwiefern an der Vollzugsplanung festgehalten werden sollte. Am 30. November 2015 wurde die Versetzung ins offene Strafregime bewilligt. Die Auswertung eines am 18. November 2015 aufgefundenen internetfähigen Mobiltelefons ergab die Verabredung mit Freunden während des Sachurlaus, die Bestellung eines Mobiltelefons sowie die Bestellung und Konsumation verbotener Medikamente und Drogen. Am 19. und 20. Dezember 2015 wurden in seiner Zelle ein weiteres Mobiltelefon, ein Fläschchen Anabolika sowie Spritzen und Nadeln entdeckt. Er wurde in das geschlossene Strafregime versetzt.

A.c. Dr. med. A. _____ erstellte ein Gutachten vom 7. April 2016.

Das Amt für Justizvollzug hob am 13. Juni 2016 die ambulante Massnahme als aussichtslos auf (und beantragte dem Bezirksgericht eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB, welches das Nachverfahren infolge eines Rekurses am 18. Juli 2016 sistierte). Die Direktion der Justiz und des Innern wies den Rekurs und in der Folge das Verwaltungsgericht am 3. Januar 2017 die Beschwerde ab.

X. _____ hatte am 1. August 2016 seine fünfjährige Strafe verbüsst. Das Amt für Justizvollzug beantragte die Fortführung der Sicherheitshaft. Das Zwangsmassnahmengericht ordnete am 4. August 2016 die Entlassung an. Das Obergericht des Kantons Zürich hob am 6. September 2016 die Anordnung auf und bestätigte die Sicherheitshaft. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, mit welcher X. _____ u.a. seine sofortige Haftentlassung beantragt hatte (Urteil 1B 371/2016 vom 11. November 2016).

B.

Das Amt für Justizvollzug beantragte am 31. Januar 2017 erneut die nachträgliche Anordnung der stationären Massnahme.

Das zuständige (Urteil 1B 371/2016 vom 11. November 2016 E. 4.5) Bezirksgericht ordnete am 10. Mai 2017 die nachträgliche stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 i.V.m. Art. 63b Abs. 5 StGB an (und beschloss die Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft).

An der Verhandlung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. November 2017 liess sich X. _____ durch den (heutigen) amtlichen Verteidiger und seine erbetene Rechtsanwältin verteidigen. Der amtliche Verteidiger rügte den Antrag der Vollzugsbehörde als verspätet, das Gutachten vom 7. April 2016 als ungenügend, bestritt eine schwerwiegende Gefährdung, rügte den Grundsatz "ne bis in idem" und Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK als verletzt und machte geltend, die Massnahme sei mangels Therapiewilligkeit nicht geeignet und sie sei nicht angemessen.

Das Obergericht wies die Beschwerde ab.

C.

X. _____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, den vorinstanzlichen Beschluss aufzuheben, von der nachträglichen Massnahme abzusehen und ihn umgehend aus der Sicherheitshaft zu entlassen, eventualiter die Sache an die Vorinstanz zur neuerlichen Beurteilung zurückzuweisen, seinen Rechtsvertreter als amtlichen Verteidiger einzusetzen und zu entschädigen oder ihm eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) zu gewähren.

Erwägungen:

1.

Nach der Angabe in der Beschwerde vom 20. März 2018 befindet sich der Beschwerdeführer seit über 18 Monaten in Sicherheitshaft. Er begründet den Entlassungsantrag nicht selbstständig. Dieser ist demnach nach Massgabe des Ausgangs der Beurteilung seines materiellrechtlichen Primäranspruchs auf Aufhebung der Massnahme und nicht vorweg als solcher zu prüfen (vgl. Urteil 1B 371/2016 vom 11. November 2016).

2.

2.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 56 Abs. 3 StGB, Art. 183 Abs. 3 i.V.m. Art. 56 lit. b und lit. f StPO sowie Art. 3 und 184 Abs. 3 StPO hinsichtlich der Wahl und Unabhängigkeit der Gutachterin sowie des "Parteigutachtens".

2.1.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Gutachterin sei vom Amt für Justizvollzug (AJV) beauftragt und er sei von der Wahl in Kenntnis gesetzt worden. Seine Intervention habe das AJV mit der Bemerkung abgetan, es handle sich um ein Parteigutachten, weshalb er sich zur Wahl nicht vernehmen lassen könne. Der Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 3 StPO) gebiete, dass das

Gutachten dann tatsächlich als Parteigutachten behandelt werde. Die Vorinstanz habe ausgeführt, die Gutachterin sei auf Art. 307 und 320 StGB hingewiesen worden und die Begründung des AJV tangiere Qualität, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gutachterin nicht; eine allfällige Verletzung des Anspruchs aus Art. 184 Abs. 3 StPO sei durch die nachträglich mögliche Stellungnahme geheilt worden. Nach dem Verwaltungsgericht im vorausgehenden Verwaltungsverfahren (oben Sachverhalt A.c) müsste sich das AJV hingegen bei der Aussage ("Parteigutachten") behaften lassen, das infolge der Intervention grundsätzlich einen anfechtbaren Zwischenentscheid hätte fällen müssen.

Die Gutachterin habe ihn bereits im Jahre 2012 exploriert (oben Sachverhalt A.a). Sie habe im Gutachten 2016 (oben Sachverhalt A.c) nicht nur die Würdigung des Vollzugsverlaufs, sondern zumindest faktisch auch die früheren Diagnosen und Massnahmenempfehlungen zu überprüfen gehabt und sei daher vorbefasst (mit Hinweis auf MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auf. 2014, N. 33 zu Art. 183 StPO). Die Vorinstanz billige diese Begutachtung der kompetenten und erfahrenen Gutachterin zu (Urteil S. 22). Im Erstverfahren seien die Gerichte der Gutachterin aber nicht gefolgt, weil sie die empfohlene Massnahme als "nicht zielführend" erachtet hätten. Es könne nicht ernsthaft erwartet werden, dass die Gutachterin von ihren früheren Empfehlungen abweichen würde. Selbst wenn dieses Gutachten wider Erwarten als amtliches Gutachten gelten sollte, erwiese es sich als ungeeignete Grundlage für die nachträgliche Anordnung der Massnahme.

2.1.2. Die Vorbringen sind nicht stichhaltig. Zunächst ist zu ergänzen, dass bereits das Bezirksgericht die stationäre Massnahme als "eigentlich angezeigt" beurteilt, aber angesichts der konsequenten Verweigerungshaltung darauf verzichtet hatte (oben Sachverhalt A.a; Urteil S. 22). 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). Ob und welche Massnahme anzuordnen ist, hat auf der Grundlage des Gutachtens das Gericht zu bestimmen (Urteil 6B 1397/2017 vom 26. April 2018 E. 1.1.3 in fine). In diesem Zusammenhang lässt sich eine Befangenheit der Gutachterin nicht begründen.

Auch nach dem Beschwerdeführer unterscheiden sich die beiden Gutachtensaufträge nur unwesentlich (Beschwerde S. 11); damit war aber auch der Gegenstand der Begutachtung bestimmt. Wie MARIANNE HEER (a.a.O., N. 32) darlegt, kann eine Sachverständige nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil sie die Person bereits früher begutachtet hat. Die betroffene Person hat keinen Anspruch auf einen Gutachter ihrer Wahl (Urteile 6B 799/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.4.1 und 1B 343/2016 vom 3. Oktober 2016 E. 2.5). Die Verfahrensleitung bestimmt die sachverständige Person und gibt vorgängig den Parteien Gelegenheit, sich zu äussern (Art. 184 Abs. 3 StGB), was vor allem bei psychiatrischen Begutachtungen Sinn macht (zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil 6B 835/2017 vom 22. März 2018 E. 4.2.3). Es handelt sich dabei um eine Frage des rechtlichen Gehörs, das dem Beschwerdeführer gewährt wurde (vgl. zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil 6B 918/2017 vom 20. Februar 2018 E. 2.2 und 2.5 sowie Urteile 6B 799/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.3.2, 6B 100/2017 vom 9. März 2017 E. 3.6).

Für Sachverständige verweist Art. 183 Abs. 3 StPO auf Art. 56 StPO, wonach Voreingenommenheit und Befangenheit bejaht werden, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu wecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des Sachverständigen oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen (BGE 141 IV 178 E. 3.2.1 S. 179; Urteil 6B 799/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.3.1).

Art. 56 lit. f StPO ("aus anderen Gründen") findet subsidiär Anwendung (BGE 138 IV 142 E. 2.1 S. 144; Urteil 1B 343/2016 vom 3. Oktober 2016 E. 2.6), kann aber aufgrund der Verweisung in Art. 183 Abs. 3 StPO bei Mehrfachbefassung eines Sachverständigen relevant werden (Urteil 1B 185/2017 vom 21. August 2017 E. 2). Der Beschwerdeführer behauptet insbesondere weder Freundschaft noch Feindschaft im Sinne von Art. 56 lit. f StPO, und diese Bestimmung wird etwa auch nicht tangiert durch sich in der Folge als irrig erweisende Handlungen oder Entscheidungen als solchen, sofern nicht gegenteilige Anhaltspunkte vorliegen (BGE 143 IV 69 E. 3.2 S. 74 f.), die eine schwere Verletzung

der Gutachterpflicht und eine auf fehlende Distanz und Neutralität beruhende Haltung offenbaren (vgl. Urteil 6B 803/2017 vom 26. April 2018 E. 2.2 zu Art. 30 BV i.V.m. Art. 34 BGG). Art. 56 Abs. 3 StGB kommt hier keine weitergehende Tragweite zu. Die Rüge erscheint als vollauf unbegründet.

2.1.3. Seltsam mutet hingegen die Zurückweisung der Intervention des Beschwerdeführers durch das

AJV mit dem Argument "Parteigutachten" an. Selbst wenn das Gutachten als Vollzugsgutachten für den "internen Gebrauch" zunächst vorgesehen gewesen sein sollte, geht die Bezeichnung fehl. Eine Vollzugsbehörde bestellt ein amtliches und kein "Parteigutachten". Das Argument kontrastiert denn auch unvereinbar mit der Verpflichtung der Gutachterin auf Art. 307 und 320 StGB. Es handelt sich um einen offenkundig unbedarften Lapsus, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. Dem Beschwerdeführer erwuchs daraus kein Nachteil. Das rechtliche Gehör wurde gewährt, indem er informiert wurde und sich gegenüber dem AJV äussern und seine Einwände im Administrativverfahren wie im Nachverfahren mehreren Instanzen vortragen konnte (vgl. auch Urteil 6B 799/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.4).

2.2. Der Beschwerdeführer rügt einen Verstoss gegen den Grundsatz der abgeurteilten Sache im Sinne einer Verletzung von Art. 11 StPO.

2.2.1. Als Entscheide im Nachverfahren gemäss Art. 363 ff. StPO gelten solche, in denen sich ein Gericht im Nachgang an ein in Rechtskraft erwachsenes Strafurteil hauptsächlich bezüglich Massnahmen oder den Vollzug der Strafe nochmals mit der Sache zu befassen hat. Das ursprüngliche Verfahren wird fortgesetzt. Es geht um die nachträgliche Abänderung oder Ergänzung der Sanktionsfolgen von rechtskräftigen Strafurteilen. Es soll damit einer späteren Entwicklung Rechnung getragen werden. Die Grundlage für die Anordnung einer nachträglichen stationären therapeutischen Massnahme findet sich im materiellen Recht (BGE 141 IV 396 E. 3.1 S. 398), so in casu in Art. 63b Abs. 5 i.V.m. Art. 59 StGB.

2.2.2. Der Beschwerdeführer wirft die Frage einer doppelten Strafverfolgung (Art. 11 StGB) oder des Grundsatzes "ne bis in idem" auf und beruft sich dazu auf BGE 142 IV 307 E. 2.3 S. 309, wo auf das Urteil 6B 597/2012 vom 28. Mai 2013 betreffend Art. 4 des 7. Protokolls zur EMRK hingewiesen wird. In diesem Urteil ging es um die nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 59 i.V.m. Art. 65 Abs. 1 StGB. Das Urteil wurde vor den Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gezogen. Die Dritte Kammer bejahte am 9. Januar 2018 in der Affaire Kadusic c. Suisse (Req. 43977/13) eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 EMRK und verneinte eine Verletzung von Art. 7 EMRK und Art. 4 des 7. Protokolls zur EMRK (vgl. den bundesgerichtlichen Revisionsentscheid 6F 8/2018 vom 22. Mai 2018).

Die Entscheidung Kadusic ist grundsätzlich relevant, auch wenn in casu kein Anwendungsfall von Art. 65 Abs. 1 StGB vorliegt (BGE 142 IV 307 E. 2.3 S. 310). Zu beurteilen ist eine Entscheidung im Rahmen von Art. 63b Abs. 5 StGB.

2.2.3. Eine Massnahme, für welche die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, ist aufzuheben (Art. 56 Abs. 6 StGB). Die Aufhebung einer ambulanten Massnahme wegen Aussichtslosigkeit (Art. 63a Abs. 2 lit. b StGB) darf nicht leichtthin angenommen werden (BGE 143 IV 445 E. 2.2 S. 447). Das ist entschieden (oben Sachverhalt A.c).

Erscheint die in Freiheit durchgeführte ambulante Behandlung für Dritte als gefährlich, so wird sie aufgehoben und während des Vollzugs der Freiheitsstrafe weitergeführt (Art. 63b Abs. 3 StGB). Diese Bestimmung findet auch bei vollzugsbegleitenden ambulanten Massnahmen Anwendung. Wird die Massnahme infolge Aussichtslosigkeit aufgehoben, hat das Gericht zu bestimmen, ob die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen (Art. 63b Abs. 2 StGB) oder gemäss Art. 63b Abs. 5 StGB an Stelle des Strafvollzugs eine stationäre Massnahme nach den Art. 59-61 StGB anzuordnen ist (wenn zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer, mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Verbrechen und Vergehen begegnen). Es ist mithin möglich, eine ambulante Massnahme gemäss Art. 63b Abs. 5 StGB in eine stationäre therapeutische Massnahme umzuwandeln und diese in der Folge in Anwendung von Art. 62c Abs. 4 StGB in eine Verwahrung zu konvertieren (BGE 143 IV 445 E. 2.2 S. 448). Die Konversion einer Massnahme in eine andere ist jeweils im Gesetz spezifisch geregelt, so für die ambulanten Massnahmen in Art. 63b Abs. 5 StGB (BGE 143 IV 445 E. 3.3 S. 449). Die Umwandlung einer ambulanten in eine stationäre Massnahme ist ebenfalls im

Rechtsmittelverfahren zulässig (zur Veröffentlichung vorgesehenes Urteil 1B 136/2018 vom 9. April 2018 E. 4.3-4.6).

2.2.4. Der Beschwerdeführer hatte am 1. August 2016 seine fünfjährige Freiheitsstrafe verbüsst. Das Amt für Justizvollzug hatte bereits am 13. Juni 2016 die ambulante Massnahme wegen Aussichtslosigkeit aufgehoben und dem Bezirksgericht eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB beantragt. Die Aufhebung wurde mit dem verwaltungsgerichtlichen Entscheid vom 3. Januar 2017 rechtskräftig (oben Sachverhalt A.c). Die anschliessend am 31. Januar 2017 vom AJV erneut beantragte Massnahme gemäss Art. 59 StGB wurde vom Bezirksgericht angeordnet und

vorinstanzlich bestätigt (oben Sachverhalt B). Seit dem 1. August 2016 stützt sich der Freiheitsentzug auf eine jeweils verlängerte strafprozessuale Sicherheitshaft, da die Massnahmenanordnung infolge Anfechtung bis heute nicht rechtskräftig wurde und entsprechend keinen materiellen Hafttitel für einen massnahmenrechtlichen Freiheitsentzug bildet (BGE 142 IV 105 E. 5.7 S. 114; Urteil 1B 548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.1).

Im Nachverfahren wird das ursprüngliche Verfahren fortgesetzt (oben E. 2.2.1). Es ist nicht zwingend erforderlich, dass noch eine Reststrafe zu vollziehen ist, wenn eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet werden soll. Nach ständiger Rechtsprechung (zum früheren Recht Urteil 6B 68/2016 vom 28. November 2016 E. 2.5) kann das Gericht in Ausnahmefällen gestützt auf Art. 63b Abs. 5 StGB abweichend vom Gesetzeswortlaut eine stationäre Massnahme auch anordnen, wenn eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme als aussichtslos aufgehoben und die Strafe bereits verbüsst worden ist (BGE 143 IV 1 E. 5.4 S. 4; 136 IV 156 E. 2.6 S.159 f.).

2.2.5. Im Rahmen einer späteren Abänderung einer Massnahme ist Art. 5 EMRK zu berücksichtigen. In materieller Hinsicht bedarf es einer inhaltlichen Verknüpfung zwischen Verurteilung und Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK. Die spätere Sanktion muss vom ursprünglichen Zweck der Verurteilung inhaltlich noch getragen sein (Urteil 6B 68/2016 vom 28. November 2016 E. 2.5). Die Umwandlung stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit dar, weshalb (prognostisch) eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit vorauszusetzen ist. Eine schwere Gefährdung bestimmt sich namentlich nach Art und Schwere der begangenen und der zu erwartenden Taten, der Nähe und dem Ausmass der vom Täter ausgehenden Gefahr und der Bedeutung des bei einem allfälligen Rückfall bedrohten Rechtsguts (Urteil 6B 68/2016 vom 28. November 2016 E. 4.3.1). Eine schwere psychische Störung (vgl. Urteil 6B 1406/2017 vom 9. April 2018 E. 5.3) per se genügt nicht; psychische Krankheit ist für sich allein betrachtet nicht mit Gefährlichkeit gleichzusetzen (Urteil 6B 45/2018 vom 8. März 2018 E. 1.4).

Weiter muss feststehen, dass nur eine langfristige stationäre Behandlung die Rückfallgefahr vermindern kann. Das macht eine strikte Verhältnismässigkeitsprüfung im Sinne der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (einziges Mittel zum Zweck der angestrebten Gefahrenabwehr) erforderlich. Die Begründung der Umwandlung ist im Scheitern der ambulanten Therapie zu sehen. Es müssen im Verlauf des Vollzugs neue Tatsachen angeführt werden können, welche eine andere Beurteilung der Erfolgsaussicht der Behandlung nahelegen, als dies ursprünglich im Strafverfahren anzunehmen war. Die Notwendigkeit neuer Vorkehren hat sich dabei klar aus dem Gutachten zu ergeben. Die Umwandlung ist unzulässig, wenn sich im Vergleich zur ambulanten Massnahme kein legalprognostischer Mehrwert ergibt (Urteil 6B 68/2016 vom 28. November 2016 E. 4.4).

2.2.6. Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK verlangt einen hinreichenden kausalen und nicht bloss chronologischen Zusammenhang zwischen Strafurteil und Freiheitsentzug. Gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK ist ein Freiheitsentzug gerechtfertigt, wenn dieser notwendig ist, um die Begehung neuer Straftaten zu verhindern (Urteil Kadusic [oben E. 2.2.2], Ziff. 39-41). Bei "psychisch Kranken" als solchen ist der Freiheitsentzug unter dem Titel von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK unter drei Bedingungen zulässig: die psychische Störung muss beweismässig erstellt sein, der Freiheitsentzug muss durch den Charakter oder den Schweregrad der Störung legitimiert sein und der Freiheitsentzug darf nur bei persistierender Störung aufrecht erhalten bleiben (Urteil Kadusic Ziff. 42). Die Störung muss durch einen medizinischen Experten erstellt werden, das Gutachten muss genügend aktuell sein und der Freiheitsentzug muss in einer geeigneten Einrichtung durchgeführt werden (Urteil Kadusic Ziff. 43-45). Der strafrechtliche massnahmenrechtliche Freiheitsentzug erfordert somit die Bejahung der drei Voraussetzungen gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. a, c und e EMRK.

2.2.7. Der Gerichtshof führte unter dem Titel von Art. 4 des 7. Protokolls zur EMRK ("ne bis in idem") aus, das Bundesgericht sei [bei der Beurteilung gemäss Art. 65 Abs. 1 StGB] in analoger Anwendung von Art. 62 Abs. 2 StPO vorgegangen. Die Konvention hindere nicht die nachträgliche Wiedereröffnung des Verfahrens gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB auf der Basis einer schweren psychischen Störung, die im Ausgangsverfahren bereits bestand und nicht erkannt worden sei (Kadusic Ziff. 84). Gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB und demnach ebenso gemäss Art. 65 Abs. 1 StGB ist ein Freiheitsentzug somit auch unter den konventionsrechtlichen Kautelen von Art. 5 Ziff. 1 EMRK in der Auslegung des EGMR rechtmässig. Dies muss umso mehr für die Umwandlung einer Massnahme gemäss Art. 63b Abs. 5 StGB gelten. Die Rechtmässigkeit einer Umwandlung ist allerdings im Einzelfall zu beurteilen (nicht einzugehen mangels Relevanz ist auf den Begriff "Strafe" in Kadusic Ziff. 82; vgl. Urteil 6B 100/2017 vom 9. März 2017 E. 4).

2.2.8. Die Entscheidung verstösst (entgegen der Beschwerde S. 16) nicht gegen den Grundsatz "ne bis in idem".

2.3. Der Beschwerdeführer rügt Art. 59 i.V.m. Art. 56 Abs. 3 lit. a StGB wegen fehlender Erfolgsaussicht der Behandlung als verletzt.

2.3.1. 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. Das Gericht ist nicht an den Befund oder die Stellungnahme des Gutachters gebunden, darf aber in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von ihm abrücken (oben E. 2.1.2). Die Anordnung der Massnahme gemäss Art. 59 StGB setzt insbesondere voraus, dass die Person ein therapeutisches Setting bewältigen kann, eine deliktorientierte Therapie überhaupt möglich ist und sich die Legalprognose in der Normdauer von Art. 59 Abs. 4 Satz 1 StGB deutlich verbessern lässt (Urteil 6B 1343/2017 vom 9. April 2018 E. 2.8 und 2.9).

2.3.2. Der Beschwerdeführer bringt vor, die stationäre Behandlung verlange ein Mindestmass an Kooperationsbereitschaft; die Vorinstanz lasse eine minimale Motivierbarkeit genügen (Urteil S. 41 f. mit Hinweis auf Urteil 6B 463/2016 vom 12. September 2016 E. 1.3.3). Er habe bereits im Jahr 2012 klar zum Ausdruck gebracht, dass er sich jeglicher stationärer Behandlungsversuche widersetzen werde. Die konsequente Verweigerungshaltung sei ausschlaggebend für den Verzicht auf die Massnahme gewesen (Beschwerde S. 16).

Nach der Gutachterin befindet sich der Beschwerdeführer noch vor der Präkontemplationsphase (in der es aus therapeutischer Sicht darum geht, beim Patienten Zweifel und Dissonanzen zu wecken; Gutachten S. 37). In einer nächsten Phase wird es darum gehen, durch eine motivierende Gesprächsführung eine Veränderungsbereitschaft und Absichtsbildung aufzubauen. Aufgrund der Schwere der Störung und der kritischen Behandlungsbereitschaft ist mit einer mehrjährigen Behandlungsdauer in einem intensiven Setting zu rechnen. Der Beschwerdeführer wendet ein, die Gerichte schlossen sich plötzlich diesem Gutachten an, nachdem sie das früher deutlich verworfen hätten. So nehme die Vorinstanz an, es könne damit gerechnet werden, dass er sich auf eine Behandlung einlasse und diese Chance erkenne, wenn er sehe, dass er mit Obstruktion nichts erreichen könne, insbesondere unter dem Eindruck einer allenfalls drohenden Verwahrung (mit Hinweis auf Urteil S. 43 f.).

Der Beschwerdeführer räumt ein, es möge während der vollzugsbegleitenden Massnahmen durchaus zu einigen wenigen therapeutischen Fortschritten gekommen sein, doch seien diese Fortschritte stets im Kontext endlicher Strafen gestanden. Auf eine gewisse Motivierbarkeit zu schliessen, erscheine blauäugig, widersprüchlich und aktenwidrig (Beschwerde S. 18). Nach dem Therapiebericht vom 9. August 2016 habe sich bei ihm nach dem Umwandlungsantrag eine spürbare Therapiemüdigkeit breitgemacht. Weder die Gutachterin noch die Vorinstanz setzten sich mit diesen gewichtigen Relativierungen adäquat auseinander, was eine Gehörsverletzung darstelle (Beschwerde S. 19). Die öffentliche Sicherheit würde bei einer Entlassung nicht in "schwerer Weise" gefährdet (Beschwerde S. 20).

2.3.3. Die Umwandlung ist in der Folge des Scheiterns einer ambulanten Massnahme möglich (oben E. 2.2.5). Das anerkennt der Beschwerdeführer, doch wirft er der Vorinstanz vor, sie versuche "hier neue Tatsachen zu konstruieren, wo keine sind", denn das Scheitern der ambulanten Massnahme sei von der Gutachterin bereits im Jahre 2013 prognostiziert worden (Beschwerde S. 15). Für die Umwandlung im Sinne von Art. 63b Abs. 5 StGB sind keine revisionsrechtlich erheblichen "neuen Tatsachen" im Sinne von Art. 65 Abs. 1 StGB erforderlich, wohl aber hat sie bei vollständiger Strafverbüssung Ausnahmecharakter (oben E. 2.2.4). Es wird "einer späteren Entwicklung Rechnung getragen" (oben E. 2.2.1). Die Wahl der Massnahme ist gesetzlich bestimmt und steht weder im Belieben des Betroffenen noch im Belieben der Behörden. Ebenso wenig liegt die Therapiearbeit im Strafvollzug im Belieben des Insassen. Dieser ist vollzugsrechtlich dazu verpflichtet. Er hat "aktiv mitzuwirken" (Art. 75 Abs. 4 StGB; Urteil 6B 240/2017 vom 6. Juni 2017 E. 1.5.4). Die Vorinstanz weist darauf hin, dass dem Beschwerdeführer allenfalls in letzter Konsequenz eine Verwahrung drohen könnte, falls er in seiner "nicht bloss taktischen Obstruktion" (Beschwerde S. 18) verharren sollte (vgl. oben E. 2.2.3 sowie Urteil 6B 463/2016 vom 12. September 2016 E. 1.4).

Hinsichtlich einer Umwandlung müssen im Verlauf des Vollzugs neue Tatsachen angeführt werden können, welche eine andere Beurteilung der Erfolgsaussicht der Behandlung nahelegen, als dies ursprünglich im Strafverfahren anzunehmen war (oben E. 2.2.5). Die Notwendigkeit neuer Vorkehren hat sich dabei klar aus dem Gutachten zu ergeben, vorliegend also aus dem Gutachten vom 7. April 2016. Nach dem Gutachten ist die Diagnose einer antisozialen Persönlichkeitsstörung nach wie vor gegeben und besteht eine unveränderte, hohe Ausprägung psychopathischer

Persönlichkeitseigenschaften, die sich auch im Vollzugsverhalten manifestiert habe; mittlerweile sei das Störungsbild deutlich chronifiziert und gefestigt, so dass von einer schweren Persönlichkeitsstörung auszugehen sei, während entwicklungsbedingte Aspekte nicht mehr im Vordergrund stünden. Legalprognostisch habe die bisherige Behandlung die deliktrelevanten Problembereiche nicht nachhaltig beeinflussen können, sodass aktuell von einem deutlichen strukturellen Rückfallrisiko auszugehen sei (Urteil S. 27 f., 35).

Bei einer Entlassung ohne weitere Therapie sind Delikte gleicher Art zu erwarten, mithin Gewaltdelikte bis hin zu schwerer Körperverletzung mit Messereinsatz. Es geht um Leib und Leben, damit um ein hochwertiges Rechtsgut. Willkürfrei geht die Vorinstanz deshalb von einer schwerwiegenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit aus (Urteil S. 29). Nach der Rechtsprechung soll jungen und noch wenig gereiften Personen die durch das Massnahmenrecht gegebene Chance einer heute noch möglichen Förderung ihrer Persönlichkeitsentwicklung eröffnet werden. Eine Verwahrung als ultima ratio fällt zurzeit jedenfalls ausser Betracht. Die gesetzlichen Reaktionsmöglichkeiten sind beschränkt. Die für eine deliktorientierte Therapiearbeit hinsichtlich einer positiven Legalprognose wesentliche, aber oftmals zunächst fehlende Einsicht und Motivierbarkeit kann zum typischen Krankheitsbild gehören (Urteil 6B 866/2017 vom 11. Oktober 2017 E. 1.6.3). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (Schlusswort im vorinstanzlichen Protokoll S. 24) ist nicht bereits deshalb von der Anordnung der Massnahme abzusehen, nur weil er sie kategorisch ablehnt (Urteil 6B 1287/2017 vom 18. Januar 2018 E. 1.4.3). Die eingeschränkte Therapieindikation ist den diagnostizierten psychischen Störungen inhärent (Urteil 6B 240/2017 vom 6. Juni 2017 E. 1.5.5). Es wurde dem Beschwerdeführer zunächst die weniger eingriffsintensive ambulante Massnahme angeboten. Mittlerweile zeigen sich deutliche Chronifizierungserscheinungen, und es ist von einer schweren Persönlichkeitsstörung auszugehen (Gutachten S. 30, 41). Die stationäre therapeutische Massnahme ist das Mittel der Wahl.

2.4. Die vorinstanzliche Entscheidung stützt sich auf den gutachterlichen Befund und folgt der Empfehlung der Gutachterin (Gutachten S. 37, 41 [Massnahme], S. 33, 37, 42 ["Aufgrund der vorsichtig optimistisch zu bezeichnenden Entwicklung im therapeutischen Gruppensetting wäre eine Motivierbarkeit des Exploranden durchaus zu erwarten."]). Die Vorinstanz setzt sich eingehend mit der Sache auseinander. Eine Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 BGG) ist zu verneinen.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer wirft die Frage auf, ob im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren ein Anspruch auf die amtliche Verteidigung bestehe. Die StPO ist im bundesgerichtlichen Verfahren nicht anwendbar (Urteile 6B 1070/2015 vom 2. August 2016 E. 2, 6B 682/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3, 6F 25/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 4). Vorbehältlich Art. 41 BGG (Unfähigkeit zur Prozessführung) kommt die Bestellung eines Anwalts nur im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege in Betracht (Urteil 6B 1406/2017 vom 9. April 2018 E. 2; zu verfassungs- und konventionsrechtlichen Gesichtspunkten BGE 143 I 164 S. 166 ff.; Urteil 6B 847/2017 vom 7. Februar 2018 E. 5). Darauf ist nicht einzugehen. Die unentgeltliche Rechtspflege ist dem Beschwerdeführer zu bewilligen (bereits Urteil 1B 371/2016 vom 11. November 2016 E. 7). Es sind keine Kosten zu erheben und dem Anwalt aus der Bundesgerichtskasse die übliche Entschädigung zuzusprechen (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 Kosten erhoben.

4.

Rechtsanwalt Gregor Münch wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 22. Mai 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw