

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 720/2019

Urteil vom 22. August 2019

Strafrechtliche Abteilung

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

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Fidel Cavelti,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Appenzell A.Rh., Schützenstrasse 1A, 9100 Herisau,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Stationäre therapeutische Massnahme; Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden, 1. Abteilung, vom 27. November 2018 (O1S 18 5).

Sachverhalt:

A.
Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden verurteilte X._____ am 11. Dezember 2017 wegen mehrfacher versuchter schwerer Körperverletzung und zahlreicher weiterer Straftaten zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 5 Jahren (unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft sowie des vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzugs von 856 Tagen) als Zusatzstrafe zu einer vom Untersuchungsamt St. Gallen am 28. Oktober 2015 unbedingt ausgesprochenen sechsmonatigen Freiheitsstrafe.

Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Berufung, eine stationäre Massnahme i.S.v. Art. 59 Abs. 3 StGB sowie alternativ eine sichernde Massnahme i.S.v. Art. 64 StGB anzuordnen. X._____ beantragte mit Anschlussberufung die vollumfängliche Abweisung der Berufung.

Das Obergericht Appenzell Ausserrhoden stellte am 27. November 2018 u.a. die Rechtskraft der Schuldsprüche fest. Es bestätigte das erstinstanzliche Urteil im Strafpunkt (unter Anrechnung von 1'199 Tagen Freiheitsentzug). Es ordnete eine Massnahme gemäss Art. 59 StGB an und schob die Freiheitsstrafe zu diesem Zwecke auf.

Nach einem Suizidversuch war X._____ in eine Klinik eingewiesen worden, wo er nach einem Freigang am 6. Juni 2018 nicht mehr zurückkehrte. Er konnte am 13. Juni 2018 verhaftet werden.

B.
X._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil bezüglich der Massnahme aufzuheben und auf deren Anordnung zu verzichten sowie eventualiter die Sache zur Ergänzung der Entscheidungsgrundlagen und zur Neuurteilung zurückzuweisen. Er beantragt die unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung).

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer macht geltend:

1.1.1. Die Erstinstanz habe auf eine Massnahme verzichtet, indem sie festgestellt habe, er sei zwar massnahmenbedürftig, die Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Massnahme seien jedoch gering und als zu unbestimmt einzustufen, als dass sich deren Anordnung rechtfertigen würde. Dagegen sei die Vorinstanz bezüglich der insbesondere umstrittenen Frage der Behandlungsfähigkeit davon ausgegangen, dass diese noch nicht abschliessend und definitiv verneint werden könne. Der Gutachter habe diese Frage im Gutachten vom 16. Oktober 2015 wie folgt beantwortet:

"Wie bereits erwähnt, kann mangels Einsicht und Motivationslage weder eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 noch [Art.] 60 StGB mit Erfolgsgarantie empfohlen werden. [...] In diesem Sinne kann nur gesagt werden, dass nicht einmal eine stationäre Behandlung wirklich geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten zu begegnen. [...] So ginge die bestmögliche Deliktprophylaxe wohl doch noch von einer stationären Behandlung aus, sei es in einem Massnahmenzentrum im Sinne von Art. 59 StGB oder allenfalls - haftbegleitend - im Rahmen eines Normalvollzuges, wobei die Länge der Einwirkungsdauer voraussichtlich für den Therapieerfolg massgeblich wäre."

1.1.2. Die Vorinstanz habe ausgeführt, es sei falsch, wegen angeblicher Therapieunfähigkeit auf eine Massnahme zu verzichten. Aus ihrer Sicht könne die Therapiefähigkeit noch nicht abschliessend verneint werden. Die Vorinstanz berufe sich dazu auf HEER/HABERMEYER (in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 69 zu Art. 59 StGB), wonach "Psychotherapien in den meisten Fällen von Persönlichkeitsstörungen aber gewisse Therapieerfolge erwarten" liessen, auch wenn solche Straftäter schwer zu motivieren seien (Urteil S. 32). Die Vorinstanz lasse unerwähnt, dass an gleicher Stelle relativierend festgehalten werde,

"einzig bei der dissozialen [...] Persönlichkeitsstörung sind im Gegensatz dazu bisher nur in sehr begrenztem Umfang erfolgversprechende Therapiemethoden entwickelt worden."

Nach dem Gutachten müsse von einer dissozialen Persönlichkeitsstörung ausgegangen werden (Beschwerde S. 5). Tatsächlich diagnostizierte der Gutachter beim Beschwerdeführer mit Jahrgang 1986 im Tatzeitpunkt

"eine dissoziale Persönlichkeitsstörung mit narzisstischen Zügen und einzelnen Elementen des Charaktersadismus, ein Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätssyndrom, einen langjährigen Cannabis-Missbrauch mit Zügen psychischer Abhängigkeit, einen Missbrauch von Psychostimulanzien wie Amphetaminderivaten und Kokain, eine Nikotinabhängigkeit sowie eine ärztlich geführte Niederdosis-Benzodiazepinabhängigkeit"; bei integrativer Betrachtung könne von einer psychischen Störung mittleren Schweregrades gesprochen werden (Urteil S. 29, 18).

1.1.3. Der Beschwerdeführer macht eine willkürliche Beweiswürdigung geltend, wenn die Vorinstanz trotz der klaren Aussage im Gutachten und den erheblichen grundsätzlichen Zweifeln in der Lehre bezüglich Therapiefähigkeit bei Personen mit dissozialer Persönlichkeitsstörung dennoch davon ausgehe, dass eine stationäre Massnahme allenfalls doch Erfolg haben könnte, zumal sie nicht näher ausführe, welcher Therapieansatz vorliegend denn erfolgversprechend sein könnte; die vorinstanzliche Hoffnung sei äusserst vage und als gering und zu unbestimmt einzustufen, sodass sie sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht rechtfertigen lasse (Beschwerde S. 5 f.). Die gescheiterte Therapie von knapp einem Jahr beweihe vielmehr, dass eine stationäre Therapie nach richtiger Einschätzung des Gutachters und der Erstinstanz keinen Sinn mache; es sei deshalb nur die Schlussfolgerung zulässig, dass eine stationäre Massnahme nicht geeignet sei (Beschwerde S. 8); auch sei richtig, dass die Herstellung der Handlungsbereitschaft als erster Schritt der Therapie zu verstehen sei (Urteil 6B 252/2010 vom 22. Juni 2010 E. 2.4).

Die Therapie habe jedoch rund ein Jahr angedauert, weshalb davon ausgegangen werden müsse, eine stationäre Massnahme würde aussichtslos sein. Im Ergebnis lasse sich festhalten, dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz sich gesamthaft als willkürlich erweise. Die Vorinstanz lasse unberücksichtigt, dass der Gutachter eine stationäre Massnahme als ungeeignet bezeichne, und es sei willkürlich zu behaupten, die knapp einjährige stationäre Massnahme sei kein ernsthafter Versuch einer Therapie gewesen (Beschwerde S. 8).

1.1.4. Sofern das Bundesgericht die Auffassung vertrete, aufgrund des Gutachtens könne eine stationäre Massnahme angeordnet werden, rüge er Mängel des Gutachtens (Beschwerde S. 9 ff.).

Der Beschwerdeführer verweist dazu auf die Urteile 6B 772/2007 vom 9. April 2008 E. 4.3 (wo das alleinige Abstellen auf die FOTRES-Bewertungen als nicht vertretbar beurteilt wurde) und 6B 424/2015 vom 4. Dezember 2015 E. 2.3 (Um die Nachvollziehbarkeit und Transparenz zu gewährleisten, habe der Sachverständige im Gutachten umfassend darzulegen, wie und weshalb er zu den von ihm gefundenen Ergebnissen gelangt.). Der Gutachter stützt sich auf vier Prognoseinstrumente. Der Beschwerdeführer bemängelt, dass der Gutachter nicht nachvollziehbar erläutere, wie er zu seinen Schlüssen komme. Hinsichtlich des psychiatrischen Status stelle er fest, welche Kriterien der Beschwerdeführer jeweils erfülle, nicht aber weshalb er diese erfülle. Zudem sei das dreieinhalb Jahre alte Gutachten nicht mehr aktuell. Gefährlichkeitsprognosen könnten lediglich für den Zeitraum eines Jahres zuverlässig gestellt werden. Der Beschwerdeführer verweist dazu auf BGE 134 IV 246 E. 4.3 S. 254 (es ist nicht primär auf das Alter des Gutachtens abzustellen; massgeblich ist vielmehr die materielle Frage, ob Gewähr dafür besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat) und BGE 128 IV 241 E. 3.4 S. 247 (es ist nicht auf das formale Kriterium des Alters abzustellen; soweit das Gutachten aber an Aktualität eingebüsst hat, sind neue Abklärungen unabdingbar; so können nach neuerer Lehre Gefährlichkeitsprognosen lediglich für den Zeitraum eines Jahres zuverlässig gestellt werden). Es lägen zwei weitere Berichte der forensischen Psychiatrie des Kantons Solothurn vor, die zwar grundsätzlich die Einschätzung des Gutachters bestätigten, aber weit über zwei Jahre alt seien. Auch nach dem Urteil der Dritten Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der *Affaire Kadusic c. Suisse* vom 9. Januar 2018 (Req. 43977/13) sei ein Gutachten von zwei Jahren nicht mehr genügend aktuell (vgl. zu diesem Urteil etwa BGE 145 IV 167 E. 1.8 S. 175 f. sowie Urteil 6B 121/2019 vom 12. Juni 2019 E. 3.2 mit Hinweisen). Die Vorinstanz verletze Art. 189 StGB, wenn sie auf das Gutachten verweise, und Art. 59 StGB, indem sie eine stationäre Massnahme aufgrund eines ungenügenden Gutachtens anordne.

1.2. Der Beschwerdeführer vermischt in seiner Kritik Tat- und Rechtsfragen, die allerdings in diesem Zusammenhang auch nur schwer säuberlich zu trennen sind. Das ist nicht entscheidend, da die Einwände ohne weiteres nachzuvollziehen sind. Von einer willkürlichen Würdigung des oder willkürlichen Abweichung vom Gutachten kann nicht die Rede sein, abgesehen davon, dass das Gericht letztlich über die Anordnung der Massnahme als Rechtsfrage selber zu entscheiden hat und aus triftigen Gründen auch vom Gutachten abweichen kann.

Wie sich bereits aus dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Zitat (oben E. 1.1.1) ergibt, hat der Gutachter mangels Einsicht und Motivation die stationäre Massnahme zwar nicht "mit Erfolgsgarantie empfohlen", aber "die bestmögliche Deliktsprophylaxe wohl doch" in einer stationären Behandlung im Sinne von Art. 59 StGB gesehen, auch wegen der erforderlichen längeren Einwirkungsdauer. Eine Erfolgsgarantie kann bei medizinischen Behandlungen in aller Regel trotz aller ärztlichen und therapeutischen Kunst nicht abgegeben werden, da für eine Heilung weitere nicht in der Macht des Arztes liegende günstig wirkende Faktoren wirksam werden müssen. Ebenso wenig erscheint eine Bundesrechtsverletzung nach Massgabe des vom Beschwerdeführer angeführten Urteils 6B 252/2010 vom 22. Juni 2010 E. 2.4 (oben 1.1.3) offenkundig, wird darin gerade ausgeführt,

eine fehlende Motivation sei häufig symptomatisch. Richtig sei, dass eine stationäre Behandlung grundsätzlich nur Sinn mache, wenn der Betroffene behandlungsbereit sei. Die Anforderungen an die Motivation, sich einer Therapie zu unterziehen, dürften dennoch nicht zu hoch angesetzt werden. Motivieren und Therapieren hingen eng zusammen. Namentlich in einer Anfangsphase könne es deshalb genügen, wenn der Täter motivierbar sei.

1.3.

1.3.1. Die Vorinstanz referiert ausführlich die Erwägungen des erstinstanzlichen Gerichts, die Vorbringen der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers sowie die persönliche Befragung des Beschwerdeführers (Urteil S. 12-18), das psychiatrische Gutachten vom 16. Oktober 2015, den Bericht vom 29. Juni 2016 der Forensischen Psychiatrie des Kantons Solothurn, den Therapieverlaufsbericht vom 12. April 2017 der Forensischen Psychiatrie des Kantons Solothurn (es hätten 36 therapeutische Gespräche à 60 Minuten stattgefunden), den Führungsbericht vom 18. April 2017 des Amts für Justizvollzug Solothurn, den Austrittsbericht vom 17. August 2017 der Psychiatrischen Dienste Solothurn, den Therapiebericht vom 1. September 2017 der B. _____

AG sowie den Führungsbericht vom 26. Oktober 2018 der JVA Pöschwies (Urteil S. 18-26).

1.3.2. Die Vorinstanz legt die rechtlichen Voraussetzungen der Anordnung einer Massnahme dar (Urteil S. 26 ff.) und nimmt an, auf das Gutachten könne vollumfänglich abgestellt werden, es sei schlüssig und immer noch aktuell; im Übrigen seien im Berufungsverfahren keine Bedenken gegenüber der Expertise geäussert worden (Urteil S. 28). Aufgrund des gemeinsamen Auftretens verschiedener Beeinträchtigungen liege in der Summe eine schwere psychische Störung im Sinne des Gesetzes vor (Urteil S. 29). Diese rechtliche Qualifizierung im Rahmen von Art. 59 Ingress StGB verletzt kein Bundesrecht. Wie die Vorinstanz weiter ausführt, attestiert der Gutachter eine hohe Rückfallgefahr gerade auch für Straftaten im sozialen Nahfeld. Sie erachtet das Rückfallrisiko für schwere Straftaten als sehr hoch und bejaht sowohl die Behandlungsbedürftigkeit als auch das öffentliche Sicherheitsbedürfnis.

1.3.3. Zum wesentlichen Beschwerdepunkt stellt die Vorinstanz fest, der Verteidiger stelle die Geeignetheit einer stationären Massnahme grundsätzlich in Frage. Der Beschwerdeführer sei nach dem Gutachten behandlungsbedürftig; darin seien sich sämtliche weiteren Fachpersonen einig (Urteil S. 31). Nach der Rechtsprechung reichten die bloss vage Möglichkeit einer Verminderung der Gefahr und die Erwartung einer lediglich minimalen Verringerung nicht aus (Urteil S. 32). Aber es müsse im Anordnungszeitpunkt auch nicht hinreichend wahrscheinlich sein, dass schon nach einer Behandlung von fünf Jahren ein Zustand erreicht werde, der es rechtfertige, dem Täter Gelegenheit zu geben, sich in Freiheit zu bewähren, und ihn daher aus der Massnahme bedingt zu entlassen; bei Bedarf bestehe die Möglichkeit der (mehrmaligen) Verlängerung (mit Hinweis auf TRECHSEL/PAUEN BORER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 11 zu Art. 59 StGB, sowie den massgebenden BGE 134 IV 315 E. 3.4.1. S. 321 f.). Allzu hohe Hürden dürften hier nicht angelegt werden, da sich die konkrete Behandelbarkeit (erst) dann beurteilen lasse, wenn ein entsprechender Behandlungsversuch mit adäquaten Mitteln unternommen und gescheitert sei (mit Hinweis auf JOSITSCH/ EGE/SCHWARZENEGGER, in: Daniel Jositsch [Hrsg.], Strafrecht II, 9. Aufl. 2018, S. 188). Die Vorinstanz weist darauf hin, dass mangelnde Einsicht bei schweren, langandauernden Störungen häufig zum typischen Krankheitsbild gehört (Urteil 6B 100/2017 vom 9. März 2017 E. 5.2). Die Betroffenen sollen denn auch nicht a priori als nicht behandelbar ("incurable") erklärt und schlicht in den Normalvollzug interniert werden (Urteil 6B 1203/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4 mit Hinweis).

Die Vorinstanz nimmt gestützt auf BGE 124 IV 246 E. 3b und 3c S. 250 ff. und HEER/HABERMEYER (oben E. 1.1.2) an, es sei möglich, auch dann eine Massnahme anzuordnen, wenn sie bezüglich Heilung nicht restlos erfolgversprechend sei; damit sei nicht ausgeschlossen, dass sich eine gewisse Wirkung zeige, denn der Fokus liege auf der künftigen Deliktsfreiheit trotz psychischer Störung (Urteil S. 32 f.). Der Therapieverlauf bestätige, dass ein freiwilliges Setting nicht ausreiche. Erreichung der Therapiemotivation stelle nicht selten den ersten Schritt dar; die Erfahrung zeige, dass bei einem grossen Teil der Täter eine ursprünglich fehlende Therapiewilligkeit im Verlauf der Behandlung erarbeitet werden müsse und könne (mit Hinweis u.a. auf HEER/ HABERMEYER, a.a.O., NN. 78 f. zu Art. 59 StGB). Die Autoren halten überdies fest, bei Gerichten herrsche oft die Auffassung vor, ein grosser Teil der Straftäter zeige sich wenig interessiert an einer Behandlung, was aber in Kreisen der forensischen Psychiatrie in dieser pauschalen Form als falsch bezeichnet werde; demnach solle auch unrichtig sein, dass uneinsichtige Täter nicht behandelbar seien. Von einer Anordnung der stationären Massnahme sei daher nicht bereits deshalb abzusehen, weil der Betroffene diese kategorisch ablehne (a.a.O., N. 79; zu letzterer Ansicht ebenso etwa Urteil 6B 1287/2017 vom 18. Januar 2018 E. 1.4.3). Nach der Vorinstanz wird die Einsicht und Therapiewilligkeit des Beschwerdeführers noch zu schaffen sein (Urteil S. 33). Dessen schwankende Motivation zu einer stationären Therapie bei gleichzeitigem Einverständnis mit einer ambulanten Behandlung [vor der Erstinstanz beantragte er eventualiter eine ambulante Behandlung; Urteil S. 3] zeige klar auf, dass sich seine heute negative Einstellung weniger auf die Behandlung an sich beziehe, als auf die Annahme, wegen der grundsätzlich unbestimmten Dauer der Massnahme werde ihm die Freiheit länger entzogen als mit der blossen Strafe (Urteil S. 34).

Es ist eine Erfahrungstatsache, dass schwere psychische Störungen nicht kurzfristig remittieren. Weil die strafrechtlichen Massnahmen nicht primär die Heilung, sondern die Deliktsprävention bezwecken, besteht die wesentliche Zielsetzung in der Erreichung einer die (bedingte) Entlassung rechtfertigenden Legalprognose (Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB; BGE 124 IV 246 E. 3b S. 251). Nur durch professionelle Hilfe, die vom Staat angeboten wird, lässt sich das Vollzugsziel der Verhinderung oder zumindest der relevanten Verminderung künftiger Straftaten bei deliktskausalen schweren psychischen Störungen im Sinne des Gesetzes erreichen. Jeder Freiheitsentzug steht in der

Entlassungsperspektive (Urteil 6B 1026/2018 vom 1. Mai 2019 E. 1.8).

Es ist verständlich, dass die sich einbürgernde Benennung der stationären therapeutischen Massnahme i.S.v. Art. 59 StGB als "kleine Verwahrung" (vgl. Urteil 6B 708/2015 vom 22. Oktober 2015 E. 2.3) jeden Betroffenen abschrecken muss. Sie ist sachlich unzutreffend und sollte vermieden werden (vgl. Urteil 6B 121/2019 vom 12. Juni 2019 E. 3.6). Es ist vielmehr ein menschenrechtliches Vollzugsziel, eine Therapie und damit den betroffenen Menschen nicht schon aufgrund von Vollzugsschwierigkeiten als gescheitert aufzugeben (Urteil 6B 1026/2018 vom 1. Mai 2019 E. 1.8).

Eine geeignete Einrichtung ist vorhanden (Urteil S. 36). Eine ambulante Behandlung betrachtet die Vorinstanz als nicht adäquat und klar zu wenig wirkungsstark (Urteil S. 35). Die staatsanwaltlich im Berufungsverfahren eventualiter beantragte Verwahrung schied bereits angesichts der Anordnung der stationären therapeutischen Massnahme richtigerweise aus (Urteil S. 37).

1.4. Die Vorinstanz legt die psychiatrisch festgestellten Befundtatsachen zugrunde und beurteilt die Massnahmensituation gestützt auf Literatur und Rechtsprechung mit schlüssiger Begründung. Die Vorinstanz nimmt aufgrund der zahlreichen weiteren Berichte und angesichts der Relativität der Aktualität eines Gutachtens (vgl. auch Urteil 6B 835/2017 vom 22. März 2018 E. 5.3.2, in BGE 144 IV 176 nicht publizierte Erwägung) zutreffend eine hinreichende Aktualität des forensischen Gutachtens an. Dessen Würdigung ist nicht zu beanstanden. Die problematisch erscheinende Massnahmenwilligkeit oder Massnahmenmotivation vermag angesichts der mit der deliktskausalen schweren psychischen Störung indizierten schlechten Legalprognose die Therapienotwendigkeit nicht zu überwiegen. Dieser Kausalzusammenhang (Art. 59 Abs. 1 lit. a StGB) sowie die prognostische Erwartbarkeit, mit der Massnahme lasse sich weiteren Straftaten begegnen (Art. 59 Abs. 1 lit. b StGB), erweisen sich ungeachtet der Kritik an der Statusfeststellung und Gefährlichkeitsprognose (oben E. 1.1.4) als schlüssig, so dass diese Kritik nicht entscheiderelevant durchzudringen vermag (zur Begründbarkeit prognostischer Entscheidungen das Urteil 6B 1343/2017 vom 9. April 2018 E. 2.6).

2.

Die Beschwerde ist abzuweisen.

Der Beschwerdeführer beantragt die unentgeltliche Rechtspflege. Bei konträren kantonalen Strafurteilen erscheint eine Beschwerdeführung regelmässig vertretbar (Urteil 6B 499/2018 vom 15. August 2018 E. 3). In casu wich die Vorinstanz in einem für die Beschwerdeführung und Entscheidung wesentlichen Punkt (oben E. 1.1) von der Erstinstanz ab. Eine Mittellosigkeit erscheint "augenfällig" (vgl. ceteris paribus Urteil 5A 244/2019 vom 15. April 2019 E. 4). Es rechtfertigt sich, das Gesuch gutzuheissen und den Anwalt aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (Art. 64 Abs. 2 BGG). Entsprechend sind keine Gerichtskosten zu erheben.

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 Fidel Cavelti wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 3'000.-- entschädigt.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht Appenzell Ausserrhoden, 1. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 22. August 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw