

## Ausgewählte Urteile des Bundesgerichts zum Strafvollzugs- und Massnahmenrecht

zusammengestellt von Daniel Verasani, RA, LL.M., Fachbereichsleiter Sonderdienst im Amt für Justizvollzug des Kantons Aargau.

Die Auswahl der Urteile erfolgt durch den Autor. Sie werden in einer Regeste zusammengefasst mit Hinweisen zu einzelnen relevanten Erwägungen (mit eigenen Hervorhebungen).

### Urteil 6B 770/2020 vom 25.11.2020

#### **Regeste**

**Verletzung der Begründungspflicht und des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufgrund fehlender Würdigung des Vorgutachtens, fehlender Ausführungen zur Verhältnismässigkeit und fehlender Beantwortung des Zusammenhangs der realprognostischen Auswirkung der nicht mehr im Strafregister erscheinenden Vorstrafen mit den neu zu beurteilenden Delikten.**

**Die Einholung eines zweiten Gutachtens führt nicht dazu, dass das erste unbeachtlich wird, zumal das Bundesgericht sich im Rückweisungsurteil - mangels entsprechender Rügen - nicht zur Schlüssigkeit des Gutachtens 2012 äusserte und entsprechend keine umfassende neue Begutachtung des Beschwerdeführers forderte.**

**Indem die Vorinstanz sich jedoch überhaupt nicht mit dem Gutachten 2012 sowie dessen Ergänzung auseinandersetzt und nicht begründet, weshalb sie auf das aktuelle Gutachten abstellt, verletzt sie ihre Begründungspflicht, den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör sowie Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG. Gleiches gilt, soweit sie sich nicht dazu äussert, ob die Anordnung einer Verwahrung verhältnismässig ist.**

**Der Beschwerdeführer bringt schliesslich zutreffend vor, dass sich das Gutachten 2018 und dessen Ergänzung trotz der Anweisung des Bundesgerichts im Rückweisungsurteil nicht dazu äussert, wie stark sich die aus dem Strafregister entfernten Vorstrafen noch realprognostisch auswirken.**

Aus den Erwägungen:

E.1.4.1. Das Bundesgericht ist im Rückweisungsurteil zur Ansicht gelangt, dass aus dem forensisch-psychiatrischen Gutachten vom 19. Juli 2012 (nachfolgend: Gutachten 2012, kantonale Akten, act. 26/16) und dessen Ergänzung vom 25. Juli 2013 (nachfolgend: Ergänzung Gutachten 2012, kantonale Akten, act. 168), auf das sich die Vorinstanz bei der Prüfung der Anordnung der Verwahrung in ihrem ersten Urteil stützte, nicht hervorging, inwiefern die Tötung, der Raub und der Diebstahl des Beschwerdeführers aus dem Jahr 1999, die im Strafregister nicht mehr ersichtlich sind, mit den neu zu beurteilenden (und den jüngeren, noch im Strafregister aufgeführten) Delikten in Zusammenhang stehen und wie stark sie sich noch realprognostisch auswirken. Das Bundesgericht forderte daher die Vorinstanz auf, die entsprechenden Fragen

einer sachverständigen Person zu unterbreiten und gestützt auf das (Ergänzungs-) Gutachten neu über die Anordnung der Verwahrung zu befinden (Urteil 6B\_281/2017 vom 16. Oktober 2017 E. 2.4.3).

Nachdem die Vorinstanz zunächst ein Ergänzungsgutachten beim bisherigen Sachverständigen einholen wollte, beauftragte sie gestützt auf den Antrag des Beschwerdeführers, es sei ein unabhängiger, nicht vorbefasster Gutachter zu bestellen, einen neuen Sachverständigen mit der Erstellung eines umfassenden Gutachtens über den körperlichen und geistigen Zustand des Beschwerdeführers sowie über die Zweckmässigkeit einer Massnahme nach den Art. 56 bis 64 StGB (Urteil S. 7). Das Gutachten datiert vom 16. Oktober 2018 (nachfolgend: Gutachten 2018, kantonale Akten, act. 518); am 13. Januar 2020 ergänzte der Sachverständige sein Gutachten (nachfolgend Ergänzung Gutachten 2018, kantonale Akten, act. 558).

E.1.4.2. Die Vorinstanz prüft das aktuelle Gutachten auf seine Schlüssigkeit und setzt sich dabei mit den Vorbringen des Beschwerdeführers auseinander. Sie gelangt zu der Erkenntnis, dass das Gutachten 2018 und dessen Ergänzung nachvollziehbar sowie schlüssig sind und stellt darauf ab (Urteil S. 14 ff.). Bei ihrer Würdigung geht die Vorinstanz jedoch an keiner Stelle auf das Gutachten 2012 sowie dessen Ergänzung ein und legt nicht dar, weshalb sie einzig auf das aktuelle Gutachten abstellt. Eine solche Auseinandersetzung drängt sich insbesondere deshalb auf, weil die beiden Sachverständigen im Zusammenhang mit der psychischen Störung des Beschwerdeführers zu unterschiedlichen Einschätzungen gelangen. Zwar stellen sie beim Beschwerdeführer übereinstimmend die Diagnose einer dissozialen Persönlichkeitsstörung und attestieren ihm ausgeprägte psychopathische Züge, wobei im Gutachten 2012 von insgesamt 29 Punkten beim PCL-R ausgegangen wird (Gutachten 2012 S. 53 ff.; Ergänzung Gutachten 2012 S. 2) und im Gutachten 2018 von 28 Punkten (Ergänzung Gutachten 2018 S. 2 ff.). Unterschiedlich bewerten die Sachverständigen hingegen den Krankheitswert und die Schwere der beim Beschwerdeführer diagnostizierten Störung. Während der erste Sachverständige zur Ansicht gelangte, die Auswirkungen der Persönlichkeitsstörung auf die psychosoziale Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers seien aktuell nicht als gravierend einzuschätzen und die Störung sei nicht als eine schwerwiegende psychische Störung im Sinne der Art. 59 - 61 und 63 StGB aufzufassen (Gutachten 2012 S. 72 f.; Ergänzung Gutachten 2012 S. 3 f.), führt der zweite Sachverständige aus, die Störung müsse als eine schwere psychische Störung angesehen werden, die den Beschwerdeführer bis anhin in einer sowohl sozial- als auch legalkonform adäquaten Lebensbewältigung beeinträchtigt habe (Gutachten 2018 S. 65; Ergänzung Gutachten 2018 S. 6 ff.).

Die Einholung eines zweiten Gutachtens führt nicht dazu, dass das erste unbeachtlich wird, zumal das Bundesgericht sich im Rückweisungsurteil - mangels entsprechender Rügen - nicht zur Schlüssigkeit des Gutachtens 2012 äusserte und entsprechend keine umfassende neue Begutachtung des Beschwerdeführers forderte. Die Vorinstanz hätte sich im Rahmen der Beweiswürdigung mit beiden Gutachten auseinandersetzen und begründen müssen, weshalb sie auf das eine oder andere abstellt (vgl. MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 74a zu Art. 56 StGB). Nicht zu beanstanden ist, wenn ein Gericht bei widersprüchlichen Gutachten auf das spätere Gutachten abstellt, sofern der zweite Sachverständige in Kenntnis des ersten Gutachtens und nach einlässlicher Auseinandersetzung mit diesem zu seiner Einschätzung gelangte (vgl. Urteil 6B\_162/2007 vom 21. August 2007 E. 6.4). Indem die Vorinstanz sich jedoch überhaupt nicht mit dem Gutachten 2012 sowie dessen Ergänzung auseinandersetzt und nicht begründet, weshalb sie auf das aktuelle Gutachten

abstellt, verletzt sie ihre Begründungspflicht, den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör sowie Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG.

Gleiches gilt, soweit sie sich nicht dazu äussert, ob die Anordnung einer Verwahrung verhältnismässig ist (vgl. Art. 56 Abs. 2 StGB). Mangels entsprechender Ausführungen ist es dem Bundesgericht nicht möglich zu beurteilen, ob sich die Vorinstanz bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von zutreffenden Überlegungen hat leiten lassen. Sie wird sich in ihrem neuen Urteil auch mit der Frage der Verhältnismässigkeit ausführlich auseinandersetzen müssen.

E.1.4.3. Der Beschwerdeführer bringt schliesslich zutreffend vor, dass sich das Gutachten 2018 und dessen Ergänzung trotz der Anweisung des Bundesgerichts im Rückweisungs Urteil nicht dazu äussert, wie stark sich die aus dem Strafregister entfernten Vorstrafen noch realprognostisch auswirken. Wie die Vorinstanz ausführlich darlegt, begründet der zweite Sachverständige sowohl im Gutachten wie auch in dessen Ergänzung, dass es seines Erachtens im vorliegenden Fall nicht möglich sei, diese Frage zu beantworten (Urteil S. 22 ff.; Gutachten 2018 S. 61, 69 f.; Ergänzung Gutachten 2018 S. 8 f.). Sie stellt in der Folge dennoch auf das Gutachten 2018 ab. Um der Bindungswirkung des bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheids nachzukommen, wäre die Vorinstanz indessen verpflichtet gewesen, zu dieser Frage die Meinung eines weiteren Sachverständigen einzuholen.

E.1.4.4. Die Vorinstanz wird die Frage, inwiefern die Tötung, der Raub und der Diebstahl des Beschwerdeführers aus dem Jahr 1999, die im Strafregister nicht mehr ersichtlich sind, mit den neu zu beurteilenden (und den jüngeren, noch im Strafregister aufgeführten) Delikten in Zusammenhang stehen und wie stark sie sich noch realprognostisch auswirken, einer weiteren (oder der ersten) sachverständigen Person unterbreiten und gestützt auf das Ergänzungsgutachten neu über die Anordnung der Verwahrung befinden müssen. Sollte sie zur Ansicht gelangen, dass sie hinsichtlich der Frage des Krankheitswerts und der Schwere der Störung des Beschwerdeführers auf ein Obergutachten angewiesen ist, steht es ihr frei, wiederum ein vollumfängliches Gutachten einzuholen. Dabei ist sie einerseits auf das Beschleunigungsgebot und andererseits auf den Umstand hinzuweisen, dass die Beurteilung, ob eine vom psychiatrischen Sachverständigen diagnostizierte psychische Störung als schwer im Sinne von Art. 59 Abs. 1 StGB zu qualifizieren ist, als Rechtsfrage dem Gericht obliegt (vgl. Urteile 6B\_606/2020 vom 10. September 2020 E. 3.4.2; 6B\_115/2020 vom 30. April 2020 E. 1.3.1; 6B\_1163/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.4.2; 6B\_643/2018 vom 5. September 2018 E. 1.4; je mit Hinweisen).

E.2.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und das obergerichtliche Urteil aufzuheben. Da es nach dem Gesagten an massgeblichen tatsächlichen Feststellungen fehlt, kann, entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers, kein reformatorischer Entscheid ergehen. Die Sache ist daher zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Entschädigung ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten. Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.