

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B_427/2011

Urteil vom 26. September 2011
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger,
Gerichtsschreiber Bomer.

Verfahrensbeteiligte
M._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Brunner,
Beschwerdeführer,

gegen

Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Amtsleitung, Feldstrasse 42, 8090 Zürich Amtsstellen Kt ZH,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Versetzung in den offenen Vollzug einer Verwahrung (Art. 64 StGB); Willkür, rechtliches Gehör,
persönliche Freiheit,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 3. Abteilung, vom 5. Mai 2011.

Sachverhalt:

A.
Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte M._____ am 4. Juli 2003 wegen mehrfacher sexueller Handlungen mit Kindern und mehrfacher sexueller Nötigung zu vier Jahren und vier Monaten Zuchthaus als Zusatzstrafe zu einem Urteil des Pariser Appellationsgerichts vom 16. Juni 1995. Es schob den Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten einer Verwahrung auf und beschloss am 1. März 2010, diese nach neuem Recht weiterzuführen.

B.
M._____ beantragte am 17. März 2010, er sei aus der Verwahrung bedingt zu entlassen und eventualiter in den offenen Vollzug zu versetzen. Diese Anträge wies der Justizvollzug des Kantons Zürich am 11. August 2011 ab.
Einen Rekurs von M._____ gegen diesen Entscheid wies die Justizdirektion des Kantons Zürich am 24. November 2010 ab.
Die dagegen gerichtete Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich am 5. Mai 2011 ab.

C.
M._____ führt Beschwerde in Strafsachen und beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und er sei in den offenen Vollzug zu versetzen; eventualiter sei das psychiatrische Gutachten zu ergänzen.

Erwägungen:

1.
Die Vorinstanz stützt ihr Urteil sowohl auf das Gutachten vom 30. Juni 2009 (act. 95) als auch auf den Bericht der Fachkommission des Ostschweizer Strafvollzugskonkordates vom 2. Juli 2010 (act. 125) und beurteilt die Rückfall- und Fluchtgefahr (Art. 76 Abs. 2 StGB) des Beschwerdeführers als "nicht unerheblich". Da einer solchen Gefahr in einer offenen Vollzugsanstalt nicht genügend entgegengewirkt werden könne, sei von einer Versetzung dorthin abzusehen (angefochtener Entscheid S. 17 Ziff. 9.4). Der Beschwerdeführer macht geltend, der Gutachter beantworte die Frage, ob die Verwahrung in einer offenen Vollzugseinrichtung verantwortbar sei, vorbehaltlos in zustimmendem Sinn. Die Vorinstanz bringe keine wirklich gewichtigen zuverlässig begründeten Einwände gegen die Überzeugungskraft des Gutachtens vor. Zudem ziehe sie Darstellungen der Fachkommission heran und beantworte so Fachfragen, für deren Beurteilung forensisch-psychiatrisches Fachwissen erforderlich sei. Ob ein pädosexuelles Handeln als "eingeschliffenes Verhaltensmuster" zu qualifizieren sei, inwiefern "weiter zurückliegende auffällige Verhaltensmuster" zu berücksichtigen seien, ob deren vollständiges Ausblenden "eine falsche positive Prognose begünstigen" könnte, seien durchwegs (auch) forensisch-psychiatrisch zu beurteilende Aspekte. Das gleiche gelte für die Annahme, die Bagatellisierungstendenz des Beschwerdeführers habe sich verschlimmert. Wenn die Vorinstanz der Fachkommission hätte folgen wollen, hätte sie vorgängig eine ergänzende Beurteilung des Gutachters einholen müssen.

2.
Der Gutachter selbst relativiert in verschiedener Hinsicht die prognostischen Aussagemöglichkeiten beim Beschwerdeführer und erachtet Vollzugslockerungen offenbar als nur möglich, wenn die Behörde eine Entlassung des Beschwerdeführers aus dem Verwahrungsvollzug bejaht:

2.1 So führt er bei der Beurteilung der Legalprognose u.a. aus:
"Jede veränderte Annahme, der Expl. habe ein ihm vorgeworfenes oder bei ihm vermutetes Delikt begangen oder nicht, jede unterschiedliche Annahme, es bestehe zwischen der Zahl aufgeklärter und tatsächlich begangener Delikte eine wesentliche Diskrepanz (...), und jede unterschiedliche, nur

normativ zu begründende Annahme, inwieweit es sich um spontane oder zielgerichtet vorbereitete Tathandlungen gehandelt hat, hätte Auswirkungen auf prognostische Äusserungen. Dabei stellt sich vorliegendenfalls - bezogen allein auf Tatbestände der sexuellen Handlungen bei Kindern und der sexuellen Nötigung - die Annahme von insgesamt zwei, allenfalls drei Tathandlungen (alle Mitte der 80er Jahre: gegen M. und M.F. sowie O.B.) als der eine Pol dar, während die Annahme geradezu einer Unzahl fortdauernder, geplanter Tathandlungen bei durch aufwendige Organisation und internationale Absprachen geprägter Sexualdelinquenz (mit gleichzeitig hohem Organisationsgrad und oft in Absprache mit Dritten), der erst durch die Verhaftung ein Ende gesetzt werden konnte, den anderen Pol darstellt" (Gutachten, S. 146 f.).

Auf die Frage, "Ist die Gewährung von Vollzugslockerungen aus Ihrer Sicht verantwortbar? Falls ja, wie sähe ein möglicher Stufenvollzug aus (begleitete bzw. unbegleitete 12- oder 28-stündige Urlaube, offener Vollzug, Arbeits- und Wohnexternat) und mit welchen Auflagen müsste die Gewährung von Vollzugslockerungen allenfalls verbunden werden?", antwortete der Gutachter:

"Die Gewährung von Vollzugslockerungen kommt offenbar nur dann in Frage, wenn grundsätzlich eine Entlassung aus dem Verwahrungsvollzug als möglich anerkannt wird (...). Solchenfalls und unter der Voraussetzung, dass eine Entlassung aus dem Verwahrungsvollzug von einer langfristigen ambulanten Behandlung begleitet wäre, liessen sich aus gutachterlicher Sicht zunächst begleitete und dann auch unbegleitete 12- oder 28-stündige Urlaube, die Versetzung in den offenen Vollzug und die Möglichkeit eines Arbeits- und Wohnexternats in rascher Abfolge der einzelnen Lockerungsschritte vertreten. Auflagen beträfen das Vermeiden aller deliktbegünstigender Begegnungs- und Beziehungssituationen, sowie eine Vorbereitung der Urlaube mit Gewährleistung sozialer Kontrolle und nicht kriminogener Kontakte" (Gutachten, S. 167 f.).

2.2 Aus dem Gutachten geht somit klar hervor, dass die Prognose des Beschwerdeführers je nach tatsächlichen Annahmen in seiner Biografie mehr oder weniger belastet ausfällt. Der Gutachter beschreibt auch, von welchen tatsächlichen Gegebenheiten er ausgeht, und beurteilt die Prognose hinsichtlich neuerlicher einschlägiger Handlungen zusammenfassend als deutlich belastet (Gutachten, S. 161).

Die Vorinstanz folgt in weiten Teilen dem Gutachten, berücksichtigt darüber hinaus aber auch Fakten aus der Biografie des Beschwerdeführers, die dessen Prognose zusätzlich belasten. Ob die Vorinstanz derartige Tatsachen als gegeben erachten durfte, prüft das Bundesgericht im Rahmen der Willkür. Bei der Beantwortung (auch) forensisch-psychiatrischer Aspekte hingegen achtet es darauf, ob sich die Vorinstanz bei der Interpretation zusätzlicher Annahmen innerhalb des Rahmens bewegt, den der Gutachter vorgezeichnet hat (E. 2.1).

3.

3.1 Die Vorinstanz beurteilt das pädosexuelle Handeln des Beschwerdeführers als eingeschliffenes Verhaltensmuster und verweist dabei auf Vorfälle, die das Obergericht im Urteil vom 4. Juli 2003 als Indizien dafür anführte, dass sich der Sachverhalt so abgespielt habe, wie ihm in der Anklageschrift vorgeworfen worden war, bzw. die es beim Prüfen der Behandlungsfähigkeit anführte (act. 10/17, S. 121 f. und 234 f.; angefochtener Entscheid S. 14 Ziff. 8.2).

Inwiefern es willkürlich wäre, diese gerichtlich erstellten Handlungen heranzuziehen, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Er verweist auf **BGE 135 IV 87**, wonach überlang zurückliegende Delikte für die richterliche Bewährungsprognose keine Beachtung finden dürfen. Das zitierte Urteil hält aber auch fest, "im Gegensatz zu den Strafbehörden dürfen die medizinischen Gutachter (...) aktenkundige Hinweise auf entfernte Strafen (...) berücksichtigen" (E. 2.5). Nachdem der Gutachter bei seiner Beurteilung lediglich die Übergriffe des Beschwerdeführers Mitte der 80er und Anfang der 90er Jahre berücksichtigt, ist der vorinstanzliche Schluss nicht zu beanstanden.

3.2 Das Obergericht kam - unter anderem gestützt auf Aussagen von H.L. - zum Schluss, der Beschwerdeführer habe mit der Familie G. gezielt Kontakt aufgenommen und die Kindsmutter geheiratet, um Kinder der Familie sexuell missbrauchen zu können. Der Gutachter verneint beim Beschwerdeführer ein rein strategisches Vorgehen. "Vielmehr kann in der Herstellung eines solchen Verhältnisses auch ein wesentliches Moment der erotischen Befriedigung liegen, das eigentliche sexuelle Handlungen überflüssig werden lässt (dann allerdings gleichwohl eine Risikosituation schafft, ..."; Gutachten S. 148). Der Gutachter selbst relativiert jedoch seine Einschätzung, indem er festhält, dass nur normativ zu begründen sei, inwieweit es sich um spontane oder zielgerichtet vorbereitete Taten gehandelt habe, was sich prognostisch entsprechend auswirke (a.a.O., S. 146). Folglich durfte die Vorinstanz - selbst nach Ansicht des Gutachters - die obergerichtliche Beurteilung übernehmen. Inwiefern diese Würdigung willkürlich sein sollte, legt der Beschwerdeführer nicht dar.

3.3 Der Gutachter hält fest, dass sich der Beschwerdeführer trotz mehrjähriger Therapie nicht mit seinen Taten auseinandergesetzt habe. Vielmehr fühle er sich durch die Therapie in seiner Haltung gestützt, die Massnahme begründenden Tathandlungen nie begangen zu haben. Er sehe sich als Opfer eines Justizirrtums sowie einer voreingenommenen Justiz und werde in dieser Haltung durch seine Therapeutin aktiv unterstützt.

Die Fachkommission charakterisiert die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Therapeutin wegen deren Einbezug ihrer Familienmitglieder und deren Beteiligung am Verein zur Befreiung des Beschwerdeführers eher als eine freundschaftliche denn als eine mit der nötigen Distanz geführte Therapie. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, liegt diese Wertung auf der Linie des Gutachters und ist entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers (Beschwerdeschrift, S. 13 Ziff. 21.3) durchaus nachvollziehbar.

3.4 Die Vorinstanz erwägt zum sozialen Empfangsraum bei Vollzugslockerungen unter anderem, dank gewisser Kontakte bestehe beim Beschwerdeführer die Möglichkeit, dass er in ein kriminogenes Milieu (Familie mit Kind, Selbsthilfegruppen mit den von ihnen propagierten kognitiven Verzerrungen) zurückkehre. Die weiterhin bestehenden Kontakte zum Pädophilen M.J. seien daher prognostisch negativ zu werten.

Der Beschwerdeführer kritisiert den Bericht der Fachkommission, von einer "Aufrechterhaltung" der "Einbindung in ein pädophiles Netzwerk" könne nicht die Rede sein. Die Fachkommission schrieb: "Aufgrund der früheren Einbindung in ein pädophiles Netzwerk und der Aufrechterhaltung zumindest eines Teils desselben, können die sozialen Kontakte des Gesuchstellers nicht als legalprognostisch positiv bewertet werden" (act. 10/125, S. 19). Diese Auffassung deckt sich praktisch mit derjenigen der Vorinstanz. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die Vorinstanz erachte die Äusserungen der Fachkommission als haltlos (Beschwerdeschrift, S. 13 Ziff. 21.3), ist abwegig.

3.5 Der Gutachter führt aus, die Beziehung des Beschwerdeführers zu den durch die deliktischen

Handlungen betroffenen Kindern sei als hochspezifisch zu bezeichnen (Gutachten S. 147 f.). Die Vorinstanzen und der Beschwerdeführer schliessen daraus, dass es bei ihm, damit eine Risikosituation entstehen könne, eine gewisse Vorlaufzeit brauche. In Klammern ergänzt der Gutachter, wenn es dem Beschwerdeführer nicht gelinge, vertrauensvolle Begegnungssituationen mit Jungen aufzubauen, könne dies dazu führen, dass er pädosexuelle Handlungen im Rahmen zufälliger Beziehungen oder rasch und in Hinblick auf das sexuelle Handeln zustande gebrachter Beziehungen begehe, wie dies zum Beispiel bei alternden Pädophilen vorkomme, die zunehmend aus ihren sozialen Bezügen gefallen sind (a.a.O. S. 148).

Dass bei allfälligen Vollzugslockerungen verhindert werden muss, dass der Beschwerdeführer vertrauensvolle Begegnungssituationen mit Jungen aufbauen kann, ist unbestritten. Trifft dies aber ein, erachtet der Gutachter sexuelle Übergriffe ohne Vorlaufzeit als möglich. Deshalb durfte die Vorinstanz willkürfrei annehmen, dass der Gutachter betreffend eine längere Vorlaufzeit gewisse Zweifel hatte. Dass es sich dabei um eine Klammerbemerkung von 6 Zeilen handelt, ändert daran nichts.

3.6 Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild:

Der Gutachter legt seiner Beurteilung zugrunde, der Beschwerdeführer habe die beiden Deliktsserien Mitte der 80er und Anfang der 90er Jahre begangen, sieht in dessen Handlungen kein eingeschliffenes Verhaltensmuster und beurteilt die Prognose insgesamt als deutlich belastet.

Die Vorinstanz erwähnt als zusätzlich belastende Elemente, dass der Beschwerdeführer bereits vor den beiden Deliktsserien mehrfach pädosexuell aktiv war (E. 3.1) und dass er die zweite Serie gezielt eingefädelt hat (E. 3.2), weshalb von einem eingeschliffenen Verhaltensmuster auszugehen sei. Unter diesen Umständen dürfte die Vorinstanz von einer mehr als deutlich belasteten Prognose ausgehen. Dass die zusätzlichen Annahmen der Vorinstanz relevant sind, bestreitet der Beschwerdeführer nicht. Da bereits im Gutachten darauf hingewiesen worden war, dass je nach tatsächlicher Annahmen sich auch die Prognose verändere (E. 2.1 Abs. 3), war die Vorinstanz auch nicht gehalten, den Gutachter dazu zu befragen.

Die Vorinstanz gibt an, welche Einschätzungen der Fachkommission sie als zutreffend erachtet. Soweit diese vom Gutachten abweichen, liefert sie auch die Begründung - meist unter Hinweis auf das Urteil des Obergerichts. Eine solche Beurteilung ist nicht zu beanstanden und verletzt die Begründungspflicht nicht.

4.

Der Beschwerdeführer macht geltend, der Gutachter beantworte die Frage, ob die Verwahrung in einer offenen Vollzugseinrichtung verantwortlich sei, vorbehaltlos in zustimmendem Sinn. Als einzige Auflage sei eine psychiatrische und sozialtherapeutische Begleitung zu gewährleisten. Andere Vorbehalte, dass z.B. vorgängig erfolgreich absolvierte Urlaube oder andere Vollzugsschritte zu erfolgen hätten, bringe der Gutachter nicht an.

Von einer vorbehaltlosen Zustimmung des Gutachters kann keine Rede sein. Er diskutiert Vollzugslockerungen nur unter der Voraussetzung, dass die Vollzugsbehörde den Beschwerdeführer bedingt aus dem Verwahrungsvollzug entlässt (siehe E. 2.1 letzter Absatz). Der Willkürvorwurf ist unbegründet.

Die Vorinstanz führt im gleichen Zusammenhang aus, selbst nach Ansicht des Gutachters könne der Beschwerdeführer nicht sofort in den offenen Vollzug versetzt werden, "ohne zuvor erfolgreich Urlaube absolviert zu haben" (angefochtener Entscheid S. 16 Ziff. 9.1). Dabei nimmt sie die Reihenfolge allfälliger Vollzugslockerungen ("zunächst begleitete und dann auch unbegleitete 12- oder 28-stündige Urlaube, die Versetzung in den offenen Vollzug und die Möglichkeit eines Arbeits- und Wohnexternats"; Gutachten, S. 167 f.) als unveränderlich an. Ob sich diese Meinung mit der Ansicht des Gutachters deckt, ist zumindest fraglich. Anlässlich der Vollzugskoordinationssitzung II (VKS) vom 20. April 2010 wurde nämlich die Versetzung in eine offene Vollzugsanstalt als vertretbar erachtet, während begleitete Beziehung Urlaube erst von dort aus möglich sein sollten (act. 113 S. 7 f. Ziff. 10.2/b). Die Reihenfolge allfälliger Vollzugslockerungen ist jedoch für den Ausgang dieses Verfahrens nicht entscheidend. Zum gegebenen Zeitpunkt wird man den Gutachter dazu befragen können.

5.

Der Beschwerdeführer beanstandet die vorinstanzliche Beurteilung der Fluchtgefahr in verschiedener Hinsicht.

5.1 Im Falle einer Flucht bestehe beim Beschwerdeführer kein relevantes Rückfallrisiko.

Die Vorinstanz stellt dem Beschwerdeführer eine mehr als deutlich belastete Prognose, falls er Begegnungssituationen mit Jungen aufbauen kann (E. 3.6). Kommt es nicht dazu, erachtet der Gutachter sexuelle Übergriffe auch ohne Vorlaufzeit als möglich (E. 3.5). Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers ergibt sich damit aus der vorinstanzlichen Begründung, ob und inwiefern bei ihm befürchtet wird, er werde im Zuge einer Flucht rückfällig.

5.2 Der Beschwerdeführer verweist auf die Berichte der VKS und der Direktion der JVA Pöschwies, welche die Fluchtgefahr als gering bzw. niedrig und die Rückfallgefahr kurzfristig bzw. kurz- bis mittelfristig als günstig einschätzten.

Dass die Vorinstanz bei einer allfälligen Flucht des Beschwerdeführers das Risiko selbst eines spontanen Übergriffs als nicht vernachlässigbar einstufen durfte, wurde bereits erwähnt (E. 3.5). Die gegenteiligen Meinungsäusserungen sind nicht stichhaltig, weil sie der besonderen Fluchtsituation nicht Rechnung tragen, in welcher es dem Beschwerdeführer kaum möglich wäre, dauerhafte Begegnungen mit Jungen aufzubauen.

5.3 Die Vorinstanz schliesst sich der Fachkommission an, wonach der Beschwerdeführer oft und über längere Zeit in andern Ländern gelebt bzw. diese bereist habe. Es sei davon auszugehen, dass er dort noch über Kontakte verfüge. Diese Schlussfolgerung bezeichnet der Beschwerdeführer als haltlos. Als junger Erwachsener sei er häufig gereist, doch lasse sich für heute nichts daraus ableiten.

Nach seinen eigenen Angaben lebte und arbeitete der Beschwerdeführer längere Zeit in den USA, Nigeria, Australien, Libyen, England und den Niederlanden. Anfang der 90er Jahre lebte er noch als Mittvierziger längere Zeit in Deutschland und in den Niederlanden und unternahm ausgedehnte Reisen nach Libyen, Tunesien, Italien und Frankreich. Selbst wenn er zurzeit keine Kontakte ins Ausland unterhalten sollte - obwohl er sein grosses Beziehungsnetz beibehalten hat und pflegt (act. 141, S. 6) -, wäre es für ihn jedenfalls ein Leichtes, alte Kontakte wieder aufleben zu lassen. Insofern ist die vorinstanzliche Feststellung nicht haltlos.

5.4 Die Vorinstanz hält fest, die zweimalige Flucht des Beschwerdeführers ins Ausland mit anschliessender Auslieferung an die Schweiz sei unbestritten geblieben.

Inwiefern diese Feststellung willkürlich sein sollte, legt der Beschwerdeführer nicht dar. Sein Einwand,

er sei noch nie aus einer Vollzugsanstalt geflohen, trifft zwar zu. Dies widerlegt jedoch nicht, dass er sich den laufenden Strafverfahren entziehen wollte, ebenso wenig wie sein Argument, dass er in jener Zeit häufig verreist sei.

5.5 Die Vorinstanz führt aus, inwiefern der Beschwerdeführer aufgrund seines Gesundheitszustands fluchtunfähig sei, lege er nicht dar. Er brauche offenbar nur zeitweise Krücken zum Gehen, und Genaueres zu seinem Gesundheitszustand sei nicht bekannt.

Mit dieser Argumentation setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Sein Einwand, die Einschätzung der Vollzugsverantwortlichen sei erheblich fundierter als diejenige der Fachkommission, vermag die vorinstanzliche Sichtweise nicht in Frage zu stellen. Die Vollzugsverantwortlichen verweisen nämlich auf das Gutachten, in dem der körperliche Gesundheitszustand des Beschwerdeführers - ohne genauere Angaben - als deutlich beeinträchtigt bezeichnet wird (act. 113, S. 7, Ziff. 10.1/a; Gutachten, S. 144).

6. Indem die Vorinstanz die Rückfall- und Fluchtgefahr des Beschwerdeführers als nicht unerheblich beurteilt und seine Versetzung in den offenen Vollzug verweigert, verletzt sie kein Bundesrecht. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Da seine Begehren nicht von vornherein aussichtslos erschienen sind und die Bedürftigkeit bejaht werden kann, ist das Gesuch gutzuheissen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Rechtsanwalt Matthias Brunner ist ihm als unentgeltlicher Anwalt beizugeben. Dieser ist aus der Bundesgerichtskasse angemessen zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Für das bundesgerichtliche Verfahren wird dem Beschwerdeführer Rechtsanwalt Matthias Brunner als unentgeltlicher Anwalt beigegeben.
5. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 3'000.-- entschädigt.
6. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 3. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. September 2011

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: Borner