

# **BGer 6B\_564/2018 vom 2. August 2018**

Bundesgericht, 2018-08-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_564\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_564_2018)

FR: TF 6B\_564/2018 du 2 août 2018

IT: TF 6B\_564/2018 del 2 agosto 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Staatsanwaltschaft ist ohne Einschränkung gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. a und b Ziff. 3 BGG zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert ( BGE 134 IV 36 E. 1.4.3; 142 IV 196 E. 1.5), mithin auch betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen ( Art. 81 Abs. 4 lit. b StPO ). Ihre Legitimation ist nicht an den Nachweis eines rechtlich geschützten Interesses gebunden, sondern leitet sich direkt aus dem staatlichen Strafanspruch ab, den sie zu vertreten hat (Urteil 6B\_85/2017 vom 16. Oktober 2017 E. 1).

### **E. 2.1**

Die Staatsanwaltschaft rügt die Verletzung von Art. 431 Abs. 2 StPO in Verbindung mit Art. 419 StPO . Der Ausgleich erstandener Haft habe primär als Realersatz zu erfolgen. Die Haft sei auf die Sanktion anzurechnen, bevor eine Entschädigung auszurichten sei.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdegegner wurde zu Geldstrafe und ambulanter Massnahme verurteilt und nicht ganz oder teilweise freigesprochen. Es liegt damit kein Anwendungsfall von Art. 429 Abs. 1 lit. b und c StPO vor. In Betracht kommt die Anwendung von Art. 431 Abs. 2 StPO (Urteil 6B\_1468/2017 vom 11. Mai 2018 E. 1.4).

### **E. 2.3**

Art. 431 Abs. 2 StPO regelt die Überhaft, bei welcher sich der rechtmässig angeordnete Freiheitsentzug, insbesondere in seiner Dauer, nachträglich als ungerechtfertigt herausstellt. Art. 431 Abs. 2 StPO stellt die Grundregel auf, dass Überhaft nur zu entschädigen ist, wenn sie nicht an die wegen anderer Straftaten ausgesprochenen Sanktionen angerechnet werden kann ( BGE 141 IV 236 E. 3.2 S. 238).

### **E. 2.4**

Nicht geregelt ist im Gesetz die Frage der Anrechnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft an freiheitsentziehende Massnahmen im Sinne von Art. 56 ff. StGB ( BGE 141 IV 236 E. 3.4 S. 239). Nach der Rechtsprechung sind Untersuchungs- und Sicherheitshaft grundsätzlich auf die stationäre therapeutische Massnahme anrechenbar ( BGE 141 IV 236 E. 3.8 S. 242). Die jüngere Rechtsprechung hat diesen Grundsatz verallgemeinert.

### **E. 2.5**

Diesbezüglich kommt M ARIANNE HEER zum kritischen Ergebnis, unter massnahmenrechtlichen Aspekten sei allerdings nicht hinzunehmen, dass diese Praxis auch für die Untersuchungs- und Sicherheitshaft gelten solle (Die Dauer der therapeutischen Massnahmen und die Tücken deren Berechnung, in: forumpoenale 3/2018, S. 186).

### **E. 2.5.1**

Die Autorin bezieht sich auf das Urteil 6B\_1213/2016 vom 8. März 2017. Die Rechtsprechung zusammenfassend wurde im Urteil 6B\_1203/2017 vom 1. November 2017 E. 4.1.3 angenommen, der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug sei auf die (Freiheits-) Strafe anzurechnen und umgekehrt ebenso die Untersuchungs- und Sicherheitshaft auf die Massnahme, und in E. 4.1.4 eingeräumt, die effektive Behandlungsdauer werde in der Tat um die Dauer der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft "verkürzt" und entsprechend werde die Resozialisierung durch eine geeignete Behandlung "unterlaufen" ( BGE 142 IV 105 E. 5.8.1 S. 115 und 117). Dabei handle es sich um eine unter Umständen nicht leicht zu lösende Problematik des Vollzugsmanagements. Diese Problematik ändere nichts daran, dass einer Person die Freiheit nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden dürfe ( Art. 31 Abs. 1 BV ). Deshalb werde die Massnahmendauer durch die anrechenbare Untersuchungs- oder Sicherheitshaft verkürzt.

### **E. 2.5.2**

Stationäre wie ambulante Massnahmen werden von den Betroffenen als Eingriffe in ihre verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsrechte wahrgenommen (auch wenn sie in ihrem objektiven Interesse liegen; BGE 144 IV 113 E. 4.3 S. 117). Daran ändert ein Hinweis wie derjenige wenig, dass noch jungen Straftätern die durch das Massnahmenrecht gegebene Chance einer heute noch möglichen Förderung ihrer Persönlichkeitsentwicklung eröffnet werden soll (Urteil 6B\_356/2018 vom 4. Juni 2018 E. 4.7) mit der Zielsetzung, eine Verwahrung möglichst zu vermeiden. Dissoziale, narzisstische und andere Persönlichkeitsanteile sowie ein oftmals therapie- und psychiatriekritisches Umfeld erschweren wesentlich die Einsicht in die Notwendigkeit der Intervention in der akuten Phase und einer psychiatrischen Nachbetreuung. Eine Besserung des Täters interessiert das Strafrecht grundsätzlich nur insoweit, als sich diese im Erlöschen der Gefährlichkeit des Täters auswirkt, sich also auf den Schutz der Öffentlichkeit vor weiterer Delinquenz bezieht ( BGE 141 IV 236 E. 3.7 S. 2.4.2; 124 IV 246 E. 3b S. 251). Auch kommen strafrechtliche Massnahmen in aller Regel erst zum Zug, wenn nichtstrafrechtliche therapeutische Möglichkeiten nicht ergriffen wurden oder bereits gescheitert sind. Dies alles führt zu Vollzugsschwierigkeiten und aufwändigen Verfahren.

### **E. 2.5.3**

Stationäre Massnahmen entziehen die persönliche Freiheit, ambulante Massnahmen schränken die Freiheit bzw. die Bewegungsfreiheit in unterschiedlichem Masse ein. Beides sind Zwangsmassnahmen. Anordnung und Modalitäten strafrechtlicher Massnahmen müssen sich letztlich in verfassungskonformer Auslegung rechtfertigen lassen. In der Literatur wird von einem numerus clausus hinsichtlich der Freiheitsgründe und -arten gesprochen (OPPLIGER/HEIMGARTNER, in: Donatsch/Jaag/Zimmerlin, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich [PolG], 2018, N. 8 zu § 25 PolG; FRANK SCHÜRMAN, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 15 zu Art. 31 BV ). Der Freiheitsentzug ist die Ausnahmesituation. Deshalb gilt der Grundsatz des Realausgleichs. Auf dieser Grundlage beruht die kritisierte jüngere Rechtsprechung. Das zentrale Faktum ist der Entzug der persönlichen Freiheit, mag der Freiheitsentzug nun unter dem Begriff der strafprozessualen Haft, der Freiheitsstrafe oder der Massnahme firmieren (zum vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzug vgl. BGE 143 IV 160 ). Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, die Dauer von strafrechtlichen

Massnahmen zu begrenzen ( Art. 36 Abs. 3 BV ; Art. 56 Abs. 2 StGB ; DANIEL JOSITSCH ET AL., Strafrecht II, 9. Aufl. 2018, S. 171).

#### **E. 2.5.4**

In der Rechtsprechung wird die nicht leicht zu lösende Problematik des "Vollzugsmanagements" nicht verkannt. Zu betonen ist indes, dass das Beschleunigungsgebot für alle strafrechtlich involvierten Behörden gilt ( Art. 29 Abs. 1 BV ; Art. 5 StPO ). Auch zur Begutachtung ist nicht beliebig Zeit einzuräumen. Weiter können unterschiedliche Zuständigkeiten (MARIANNE HEER, Beendigung therapeutischer Massnahmen: Zuständigkeiten und Verfahren, in: AJP 5/2017, S. 92) sowie das Ausschöpfen von Rechtsmitteln die Verfahrensdauer verlängern. Die Problematik lässt sich nicht lösen, indem die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft massnahmenrechtlich als "Überhaft" entschädigt wird. Damit hätten die Kantone zunächst die Kosten der strafprozessualen Inhaftierung sowie des Massnahmenvollzugs zu bezahlen ( Art. 380 Abs. 1 StGB ; THOMAS MAURER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 3. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 380 StGB ) und anschliessend Entschädigung und Genugtuung für Untersuchungs- und Sicherheitshaft unter dem Titel der Überhaft gemäss Art. 341 Abs. 2 StPO zu leisten.

#### **E. 2.5.5**

Entscheidend ist, dass sich ein Freiheitsentzug weder konstitutiv von der Rechtsfolge des Art. 341 Abs. 2 StPO her noch mit blossen administrativen Umständen begründen lässt. Die sogenannte "Organisationshaft" (Wartezeiten für einen Platz in einer geeigneten forensischen Einrichtung) beurteilt MARIANNE HEER unter ethischen und psychiatrischen Aspekten als nicht vertretbar (in: forumpoenale, a.a.O., S. 182). Einen diesbezüglichen Haftgrund statuiert das Zürcher Recht, wenn die freiheitsentziehende Massnahme vorübergehend undurchführbar ist und dies zu einer erheblichen Gefährdung der Öffentlichkeit oder des Massnahmenzwecks führt; die Sicherheitshaft wird nach den Regeln des Vollzugs von Freiheitsstrafen durchgeführt (§ 22a Straf- und Justizvollzugsgesetz, in Kraft seit 1. Januar 2011 [StJVG/ZH; LS 331]). Die Organisationshaft ist Sicherheitshaft und damit Freiheitsentzug und muss diesen gesetzlichen Voraussetzungen genügen. Nur eine in Grenzen flexible Praxis ist umsetzbar.

#### **E. 2.5.6**

Gemäss Art. 221 StPO sind Untersuchungs- und Sicherheitshaft nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ein im Gesetz genannter Haftgrund vorliegt. Nach Art. 221 Abs. 1 lit. a-c StPO ist Haft bei Flucht-, Fortsetzungs- oder Kollusionsgefahr zulässig. Überdies hat die Haft wie alle strafprozessualen Zwangsmassnahmen verhältnismässig zu sein (vgl. Art. 197 StPO ) und darf nicht länger dauern als die zu erwartende Freiheitsstrafe ( Art. 212 Abs. 3 StPO ; BGE 144 IV 113 E. 3.1 S. 115). Nach Art. 237 StPO sind anstelle der Haft eine oder mehrere mildere Massnahmen anzuordnen, wenn sie den gleichen Zweck wie die Haft erfüllen. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots kann indes nur zur Haftentlassung führen, wenn die Verfahrensverzögerung geeignet ist, die Rechtmässigkeit der Untersuchungshaft in Frage zu stellen. Das ist nur der Fall, wenn sie besonders schwer wiegt und die Strafverfolgungsbehörden erkennen lassen, dass sie nicht gewillt oder in der Lage sind, das Verfahren nunmehr mit der für Haftfälle verfassungs- und konventionsrechtlich gebotenen Beschleunigung voranzutreiben (Urteile 1B\_434/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 3.2 und 1B\_270/2018 vom 27. Juni 2018 E. 6.2; konstante Praxis). Gegebenenfalls kann

vollzugsrechtliche Sicherheitshaft angeordnet werden, wobei nicht schon jede Verletzung einer Frist oder des Beschleunigungsgebots zur Haftentlassung führen kann (Urteil 1B\_201/2018 vom 15. Mai 2018 E. 3.3, 4.2 und 4.3 mit Hinweis auf BGE 140 IV 74 E. 3.2 S. 80 betreffend Ersatzmassnahmen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt sodann auch das Fehlen eines nach den gesetzlichen Vorschriften im Sinne von Art. 31 Abs. 1 BV und Art. 5 Ziff. 1 EMRK ergangenen Hafttitels während einer gewissen Zeitdauer für sich allein eine Haftentlassung nicht, wenn und solange die materiellen Voraussetzungen eines Freiheitsentzugs erfüllt sind (Urteil 6B\_1213/2016 vom 8. März 2017 E. 3.2 mit Hinweis auf Urteil 1B\_458/2016 vom 19. Dezember 2016 E. 2.3). So erweist sich eine Haftdauer nicht schon als unverhältnismässig, wenn die Sicherheitshaft bis zur Entscheidung über die stationäre Massnahme über die Dauer der ausgesprochenen Freiheitsstrafe hinaus andauert (Urteil 6B\_608/2018 vom 28. Juni 2018 E. 1.4). Ist schliesslich mit einer stationären Massnahme zu rechnen, ist auch nicht entscheidend, dass die zurzeit drohende Freiheitsstrafe bereits verbüsst ist, wenn der Vollzug der Massnahme deutlich länger dauern könnte als die bisher erstandene strafprozessuale Haft ( BGE 144 IV 113 E. 4.1 S. 116).

### **E. 2.6**

Auch die ambulanten Massnahmen sind Zwangsmassnahmen, selbst wenn sie zum Wohle des Kranken angeordnet werden, etwa zur Kontrolle einer Medikation, die bei optimaler Einstellung ein vergleichsweise "normales" Leben zu führen ermöglichen könnte (zu den in der Praxis auftretenden Schwierigkeiten beispielsweise das Urteil 6B\_356/2018 vom 4. Juni 2018 E. 4.3, 4.4 und 4.7).

### **E. 2.7**

Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdegegner sitze im Urteilszeitpunkt seit rund 638 Tagen in Haft. Davon seien 160 Tage auf die angeordnete und die widerrufenen Geldstrafe anzurechnen. Der Rest, 478 Tage, verblieben als Überhaft. Das Bundesgericht habe die Anrechnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft an die stationäre Massnahme bejaht, da diese neben der Behandlung auch der Sicherung dienen ( BGE 141 IV 236 E. 3.3 S. 238 f. und E. 3.8 S. 242). Ob auch eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB Anrechnungsgrundlage einer Überhaft bilden könne, sei höchstrichterlich nicht entschieden. Das erweise unter Hinweis auf die Botschaft, wonach eine Anrechnung an Massnahmen freiheitsentziehender Natur erfolgen solle, und namentlich gestützt auf den Zweck einer ambulanten Massnahme nach Art. 63 StGB nicht gerechtfertigt. Demnach sei diese Anrechnung im Ergebnis zu verneinen (Urteil S. 37).

Ohne Medikamenten-Compliance wäre nach dem Gutachten eine stationäre Massnahme erforderlich gewesen. Nachdem sich der Beschwerdegegner erst ab März/April 2017 der Medikation unterzogen habe, erweise bis zu diesem Zeitpunkt folglich eine stationäre Massnahme als erforderlich, womit die erstandene Haft nach Massgabe von BGE 141 IV 236 an die stationäre Massnahme hätte angerechnet werden können. Mit dem Beginn der Medikamenteneinnahme ab April 2017 sei indes die Grundlage zur Aufrechterhaltung der Haft weggefallen. Ab diesem Zeitpunkt sei die Haft in zeitlicher Hinsicht übermässig und damit ungerechtfertigt geworden. Ab diesem Zeitpunkt habe der Beschwerdegegner eine entschädigungspflichtige Überhaft im Sinne von Art. 431 Abs. 2 StPO erlitten. Er sei am (vorinstanzlichen) Urteilstag, am 29. März 2018, aus der Sicherheitshaft entlassen worden. Damit seien ihm seit dem 1. April 2017 363 Tage ungerechtfertigte Haft entstanden. Eine

Genugtuung von Fr. 100.-- pro Tag erscheine als angemessen. Entsprechend sei dem Beschwerdegegner eine Genugtuung von Fr. 36'300.-- zuzusprechen.

Weiter bestehe ein Entschädigungsanspruch für den Ausfall des Erwerbseinkommens. Der Beschwerdegegner habe ein steuerbares Einkommen von Fr. 40'000.-- und mithin ein monatliches Einkommen von Fr. 3'333.-- ausgewiesen. Davon seien ersparte Lebenshaltungskosten und damit das gerichtsbliche Existenzminimum abzuziehen. Es resultiere ein monatlicher Netto-Erwerbsausfall von ca. Fr. 1'000.--. Der Beschwerdegegner sei für die während ca. 1 Jahr zu Unrecht erlittene Haft mit Fr. 12'000.-- zu entschädigen (Urteil S. 38).

### **E. 2.8**

Die Vorinstanz verweist für ihre Entscheidung, die ambulante Massnahme nicht anzurechnen, auf die

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2006 1085, S. 1330). Dort wird zu Art. 431 Abs. 2 StPO ausgeführt, falls möglich erfolge die Anrechnung auch auf die freiheitsentziehenden Massnahmen; Aufgabe der Rechtsprechung werde es sein, von Fall zu Fall eine angemessene Anrechnung vorzunehmen.

Gemäss Art. 63b Abs. 4 StGB entscheidet das Gericht darüber, inwieweit der mit der ambulanten Behandlung verbundene Freiheitsentzug auf die Strafe angerechnet wird. Die ambulante Massnahme ist in dem Masse anrechenbar, "wie eine tatsächliche Beschränkung der persönlichen Freiheit vorliegt" ( BGE 124 IV 1 E. 2b S. 4). Dem Gericht steht in der Frage, ob und in welchem Umfang die Behandlung anzurechnen ist, ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu (STEFAN HEIMGARTNER, in: Andreas Donatsch et. al., StGB/JStGB, 20. Aufl. 2018, Rz. 9 zu Art. 63b StGB ) bzw. ein sehr grosses Ermessen (MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 3. Aufl. 2013, N. 9 zu Art. 57 StGB [S. 1236]). Nach der einschlägigen Botschaft soll, wie bei der stationären Massnahme, auch der mit der ambulanten Massnahme verbundene Freiheitsentzug nach Art. 63b Abs. 4 StGB grundsätzlich auf die Freiheitsstrafe angerechnet werden, und zwar in dem Ausmass, "als der Betroffene in seiner persönlichen Freiheit tatsächlich eingeschränkt war" (

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes [...] vom 21. September 1998, BBl 1999 1979, S. 2093).

### **E. 2.9**

Nach Gesetz und Rechtsprechung steht dem Gericht in der Frage, "ob und in welchem Umfang" die Behandlung anzurechnen ist, ein sehr grosses Ermessen zu. Dieses Ermessen ist dem Gericht zuzugestehen, weil ambulante Massnahmen sich freiheitsrechtlich sehr unterschiedlich auswirken können. Die Vorinstanz hat sich entschieden, auf eine Anrechnung zu verzichten.

Entgegen der Argumentation der Staatsanwaltschaft sind auch für eine analoge Anwendung von Art. 419 StPO (vgl. Urteile 6B\_1395/2017 vom 30. Mai 2018 E. 1.1 und 6B\_1404 vom 13. Juni 2017 E. 1.1) in dieser Sache keine tragfähigen Gründe ersichtlich. Damit hat es beim vorinstanzlichen Ermessensentscheid sein Bewenden.

### **E. 3**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Es werden keine Kosten erhoben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung auszurichten. Das im Sinne einer Geschäftsführung ohne Auftrag gestellte und nicht begründete ( BGE 125 IV 161 E. 4 S. 164 f.) Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Rechtsvertreters des Beschwerdegegners im kantonalen Verfahren ist gegenstandslos geworden (im Übrigen Urteil 1B\_110/2018 vom 8. Mai 2018 E. 3.2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.