

# ZH\_OBERGERICHT SB170165 vom 27. Februar 2018

ZH Obergericht, 2018-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB170165](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170165)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB170165 du 27 février 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT SB170165 del 27 febbraio 2018

## Erwägungen

### E. 10

Februar 2017 fristgerecht Berufung an (Urk. 43). Nach Erhalt des begründeten erstinstanzlichen Entscheids am 7. April 2017 (Urk. 48 Blatt 2) reichte sie mit Eingabe vom 18. April 2017, hier eingegangen am 19. April 2017, wiederum innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 53). Anschlussberufung wurde weder seitens des Beschuldigten noch seitens der Privatklägerin erhoben (vgl. Urk. 54 f.). 1.2. Mit Beschluss vom 14. Juni 2017 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet (Urk. 56). Am 21. Juni 2017 reichte die Staatsanwaltschaft innert Frist ihre (mit dem offensichtlich unzutreffenden Datumsvermerk "15. Februar 2017" versehen) Berufungsbegründung ein, mit welcher sie auf ihre ausführliche Berufungs-

- 5 - erklärung verwies (Urk. 58). Der Verteidiger des Beschuldigten verzichtete auf eine Berufungsantwort und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 62). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 61). 2.1. Die Staatsanwaltschaft verlangt mit ihrer Berufung ausschliesslich, in Abänderung der vorinstanzlichen Dispositivziffer 8 sei von der Zusprechung einer Genugtuung an den Beschuldigten für die erlittene Haft abzusehen (Urk. 53). Berufungsthema ist somit einzig die Frage des Haftausgleichs. 2.2. Der vorinstanzliche Entscheid ist demnach betreffend die Dispositivziffern 1 (Feststellung der erfüllten Tatbestände sowie Freispruch), 2 (Absehen von Strafe aufgrund nicht selbst verschuldeter Schuldunfähigkeit), 3 (ambulante Behandlung), 4 (Bewährungshilfe), 5 (Zivilpunkt) sowie 6-7 (Kostenregelung) nicht angefochten worden und entsprechend in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO). Dies ist vorab mit Beschluss festzustellen. 3. Anlässlich der internen Urteilsberatung äusserten die Referentin und der Gerichtsschreiber je eine abweichende Meinung. Diese Minderheitsvoten wurden mit Begründung ins Protokoll aufgenommen (Prot. II S. 8 ff. und S. 13 ff.) und werden den Parteien zusammen mit dem vorliegenden Urteil zugestellt (§ 124 GOG; vgl. Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, Art. 232 N 7). II. 1.1. Unbestritten und ausgewiesen ist, dass der Beschuldigte im Rahmen des vorliegenden Verfahrens insgesamt 292 Tage in Haft verbracht hat (Urk. D1/7/1; Urk. D1/8/1 und D1/8/6; Urk. D1/9/1; Urk. 39). 1.2. Fest steht weiter, dass diese Haft nicht durch Anrechnung an eine Strafe kompensiert werden kann, nachdem eine solche aufgrund der nicht selbstverschuldeten Schuldunfähigkeit des Beschuldigten nicht ausgesprochen werden konnte.

- 6 - 1.3. Damit stellt sich die Frage, ob und wie die erlittene Haft anderweitig angerechnet werden kann, oder ob dem Beschuldigten als Ausgleich eine Genugtuungssumme zugesprochen werden muss. 2. Die Vorinstanz hielt zunächst dafür, dass die Haft des Beschuldigten nicht als rechtswidrige Haft im Sinne von Art. 431 Abs. 1 StPO oder als Überhaft im Sinne von Art. 431 Abs. 2 StPO, sondern als ungerechtfertigte Haft im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO zu qualifizieren und die Frage des Haftausgleichs bzw. der

Haftentschädigung deshalb unter diesem Titel zu beurteilen sei (Urk. 51 S. 32). Sie erwog sodann, dass in Anbetracht der ungünstigen wirtschaftlichen Lage eine Billigkeitshaftung des Beschuldigten für die Verfahrenskosten im Sinne von Art. 419 StPO nicht in Frage komme. Damit könne offen bleiben, ob der damit verbundene Ausschluss einer Prozessentschädigung auch für den Genugtuungsanspruch gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO gelte (a.a.O. S. 32 f.). In der Folge (a.a.O. S. 33 f.) sprach die Vorinstanz dem Beschuldigten als Genugtuung Fr. 50.– pro Hafttag zu, insgesamt also Fr. 14'600.–, zuzüglich Zins von 5% ab dem 20. September 2016 (mittlerer Verfall). Mit der Frage einer Anrechnung der erstandenen Haft auf die gleichzeitig ausgesprochene Massnahme setzte sich die Vorinstanz nicht auseinander. 3.1.1. Die Staatsanwaltschaft erhebt mit ihrer Berufung den Einwand, es sei nicht einzusehen, weshalb im vorliegenden Fall die vom Beschuldigten erstandene Haft zu lange oder überhaupt ungerechtfertigt gewesen sein solle. Der Beschuldigte sei einzig und allein wegen Fortsetzungsgefahr (Art. 221 lit. c StPO) in Untersuchungs- und Sicherheitshaft versetzt worden. Dass die Vorinstanz mit ihrem Urteil vom 10. Februar 2017 keinen vollständigen Freispruch ausgesprochen, sondern eine ambulante Massnahme angeordnet habe, zeige deutlich auf, dass auch das Gericht zur Überzeugung gelangt sei, der Beschuldigte dürfe nicht unbehandelt in Freiheit entlassen werden, wolle man nicht gleichartige Delikte riskieren und damit die öffentliche Sicherheit gefährden. Der von der Vorinstanz gezogene Vergleich mit dem Urteil des Obergerichts Zürich, II. Strafkammer, vom 15. Januar 2016 (Proz.-Nr. SB140444) hinke, weil in jenem Urteil gerade keine Massnahme im Sinne der Art. 56 ff. StGB angeordnet worden sei (Urk. 53).

- 7 - 3.1.2. Der Einwand der Staatsanwaltschaft zielt an der Sache vorbei. Die Frage des Haftausgleichs stellte sich selbst dann, wenn von vollständig gerechtfertigter Haft ausgegangen werden müsste. Ob und in welchem Umfang Haft allenfalls an eine Sanktion anzurechnen und/oder zu entschädigen ist, ist ungeachtet der Qualifikation ihrer Rechtsnatur immer zu prüfen. Diese Prüfung ist bei rechtswidriger Haft oder Überhaft im Rahmen von Art. 431 StPO, bei ungerechtfertigter Haft im Rahmen von Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO und bei gerechtfertigter Haft im Rahmen von Art. 51 StGB vorzunehmen. Wie nachstehend zu zeigen ist, sind diese Bestimmungen im Ergebnis weitgehend kongruent (vgl. unten Ziff. 3.2.). Auch fliessen sie teilweise ineinander über; gerechtfertigte Haft wird zu rechtswidriger oder ungerechtfertigter Haft, soweit sie nicht an eine aus dem gleichen Verfahren resultierende Sanktion (im umfassenden Sinne) angerechnet werden kann. Die Frage nach der Rechtsnatur der vorliegend zu beurteilenden Haft könnte deshalb grundsätzlich auch offengelassen werden. Die erstinstanzliche Bewertung als ungerechtfertigte Haft im Sinne von Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO entspricht indessen der traditionellen Qualifikation einer Haft, welcher keine Strafe (Sanktion im engen Sinne) gegenübersteht, und ist deshalb zu übernehmen. 3.2. Art. 429 StPO behandelt die Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche der beschuldigten Person bei (teilweiser) Verfahrenseinstellung sowie bei (Teil-)Freispruch und gelangt zur Anwendung, wenn die Haft ursprünglich rechtmässig angeordnet wurde und sich nachträglich als (volumfänglich) ungerechtfertigt erweist. Art. 431 StPO gewährleistet demgegenüber Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung bei rechtswidrigen Zwangsmassnahmen (Abs. 1) oder bei Überhaft (Abs. 2). Letztere liegt vor, wenn die Untersuchungs- und/oder Sicherheitshaft unter Einhaltung der formellen und materiellen Voraussetzungen rechtmässig angeordnet wurde, aber länger dauert als die hernach ausgefallene Sanktion. 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. Das steht im Einklang mit der allgemeinen Regel von Art. 51 StGB, wonach das Gericht dem Täter die Untersuchungshaft, die er im selben oder in einem anderen Verfahren ausgestanden hat, auf die Strafe anrechnet. Als Untersuchungshaft gilt dabei jede in einem Strafverfahren verhäng-

- 8 - te Haft, Untersuchungs-, Sicherheits- und Auslieferungshaft (Art. 110 Abs. 7 StGB). Anzurechnen ist sie sowohl auf unbedingte als auch auf bedingte Strafen. Art. 51 StGB liegt der Grundsatz der umfassenden Haftanrechnung zugrunde (so schon Urteil 6S.421/2005 vom 23. März 2006 zu aArt. 69 StGB). Der Ausgleich erstandener Haft soll in erster Linie als Realersatz erfolgen. Es ist dabei in erster Linie auf Freiheitsstrafen, sekundär aber auch auf allfällige Nebensanktionen wie Geldstrafen, Arbeitsstrafen oder Bussen anzurechnen. Nur wenn eine Anrechnung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft an eine Sanktion nicht möglich ist, stellt sich die Frage der finanziellen Entschädigung. Der Ausgleich in Form einer Entschädigung ist subsidiär. Der Betroffene hat diesbezüglich kein Wahlrecht (vgl. zum Ganzen bis hierhin BGE 141 IV 236 E. 3.3 m.w.H.; vgl. auch Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Art. N 5 f.). 3.3. Zur Frage der Anrechnung erstandener Haft an Massnahmen im Sinne von Art. 56 ff. StGB enthält das Gesetz keine Regelung. 3.3.1. Die Meinungen in der Lehre sind diesbezüglich geteilt (vgl. hierzu im Detail: BGE 141 IV 236 E. 3.4). Nach einer Auffassung ist Haft sowohl an stationäre als auch an ambulante Massnahmen anzurechnen (so etwa Schmid, Handbuch StPO, 2. Aufl., N 1828). Nach einer anderen Ansicht ist die Anrechnung von Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft an stationäre sowie ambulante Massnahmen des StGB hingegen ausgeschlossen (so etwa BSK StPO - Wehrenberg/Frank, Art. 431 N 30b und 30c). Eine dritte Lehrmeinung, welche sich allerdings lediglich mit den stationären Massnahmen befasst, nimmt eine im Ergebnis mittlere Position ein, wonach auf die Art bzw. den Zweck der Massnahme abgestellt werden soll. Soweit der Behandlungs- bzw. Heilungszweck im Vordergrund steht, soll eine Anrechnung nicht in Frage kommen. Steht hingegen der Sicherungszweck bzw. der Schutz der Öffentlichkeit im Zentrum, müsse angerechnet werden können (so BSK StPO - Mettler/Spichtin, Art. 51 N 45 ff.). 3.3.2. Das Bundesgericht entschied in seinem Leitentscheid BGE 141 IV 236 vom 23. April 2015, dass Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft an freiheitsentziehende Massnahmen gemäss Art. 56 ff. StGB, konkret an stationäre therapeutische Massnahmen im Sinne von Art. 59 StGB, grundsätzlich anzurech-

- 9 - nen ist. Das Bundesgericht erachtete die Anrechnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft aufgrund von drei Kriterien als folgerichtig und gerechtfertigt. Erstens hielt es eine solche Anrechnung aufgrund des Wortlautes von Art. 431 Abs. 2 StPO für angezeigt. Zweitens fand es, dass diese auch dem Willen des historischen Gesetzgebers entspreche. Drittens erwog es, dass einer solchen Anrechnung auch der Massnahmezweck nicht entgegenstehe. Eine konkrete Prüfung nahm das Bundesgericht lediglich hinsichtlich der stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 59 StGB vor. Welche weiteren Massnahmen unter den Begriff "freiheitsentziehende Massnahmen gemäss Art. 56 ff. StGB" zu subsumieren sind, liess es offen. 3.3.3. Mit Urteil SB160300 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Mai 2017 entschied die hiesige Kammer, dass Untersuchungs- und Sicherheits- haft grundsätzlich auch an ambulante therapeutische Massnahmen im Sinne von Art. 63 StGB anzurechnen sind. Sie hielt dafür, dass die anhand der vorgenannten drei Auslegungskriterien erarbeitete Argumentation des Bundesgerichts hinsichtlich stationärer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB (Behandlung psychischer Störungen) auch auf eine

ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung psychischer Störungen) übertragen werden könne. Auch eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB stelle eine Sanktion (im weiteren Sinne) dar, weshalb sie vom Wortlaut von Art. 431 Abs. 1 StPO erfasst sei. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, S.1330) sei Haft an sämtliche Massnahmen anzurechnen, soweit diese mit einem Freiheitsentzug verbunden sind, also auch an eine ambulante Massnahme, welcher eine freiheitsbeschränkende – und damit jedenfalls in einem weiteren Sinne freiheitsentziehende – Element innewohne. Sodann werde auch bei einer ambulanten therapeutischen Massnahme (nicht anders als bei stationären therapeutischen Massnahmen nach Art. 59 StGB) stets an die Rückfallgefahr angeknüpft und gehe es bei der Anordnung der Massnahme letztlich immer auch um Sicherung, weshalb der Massnahmepurpose ebenfalls für eine Haftanrechnung spreche.

- 10 - 3.4.1. Das Bundesgericht sprach sich im vorstehend (Erw. 3.3.2.) genannten Entscheid zwar dezidiert dafür aus, dass die erstandene Haft auf die hernach ausgesprochene Massnahme anzurechnen sei. Es wickelt aber der Frage aus, wie dies geschehen soll (BGE a.a.O., Erw. 4). 3.4.2. Eine praktikable Lösung lässt sich dafür nicht finden. Im Zeitpunkt der Anordnung einer Massnahme – ob stationär oder ambulant – steht deren Dauer nicht fest. Wie lange die Behandlung fortzusetzen ist, hängt vom Fortschritt der Therapie ab (Art. 62 Abs. 1 bzw. Art. 63a Abs. 1 StGB). Das Gesetz sieht sowohl für die stationäre Therapie als auch für die ambulante Behandlung (Art. 63 Abs. 4 StGB) lediglich eine Höchstdauer vor. Beide Massnahmen können zudem verlängert werden, wenn der Täter nach Ablauf der Höchstdauer nach wie vor rückfallgefährlich ist, von einer weiteren Therapie aber eine Besserung dieses Zustandes erwartet werden kann (Art. 59 Abs. 4 StGB bzw. Art. 63 Abs. 4 StGB). An die Stelle der ambulanten Behandlung kann, wenn dies nötig ist, um der Rückfallgefahr zu begegnen, sogar eine stationäre Massnahme treten (Art. 63b Abs. 5 StGB). Nach Beendigung der Massnahme wird die erstandene Massnahmedauer auf die Strafe angerechnet, sofern auch eine solche ausgefällt wurde (Art. 62b Abs. 3 StGB, vgl. auch Art. 63b Abs. 4 StGB), was bei gänzlich schuldunfähigen Tätern nicht der Fall ist. 3.4.3. Das Umgekehrte – die Anrechnung eines bereits erstandenen Freiheitsentzugs auf die anzuordnende Massnahme – ist im Urteilszeitpunkt schon aus mathematischen Gründen unmöglich, weil dazu eine bestimmte von einer noch völlig unbestimmten Zeitdauer abgezogen werden müsste. Die effektive Dauer des Massnahmevollzugs steht erst fest, wenn er zu Ende ist. Dann kann aber nichts mehr darauf angerechnet werden, denn die Zeit, welche der Verurteilte bereits im Massnahmevollzug verbracht hat, kann ihm nicht mehr zurückgegeben werden. Möglich wäre einzig, die erstandene Haft von der ordentlichen Höchstdauer der Massnahme abzuziehen. Dies führt aber in zweierlei Hinsicht zu einem unsinnigen Ergebnis. Erlaubt der Therapiefortschritt eine Entlassung des Täters aus der Massnahme, bevor diese die um die Dauer der zuvor erlittenen Haft verminderte Höchstdauer erreicht hat, so bleibt die Anrechnung eine Farce.

- 11 - Der Täter erhält für die Haft keinen Ausgleich, sondern bleibt genau gleich lange in der Massnahme, wie wenn er nie inhaftiert gewesen wäre. Erweist sich andererseits nach Ablauf der zufolge der Anrechnung von Haft verkürzten Höchstdauer, dass der Täter wegen fortbestehender Rückfallgefahr weiter therapiert werden muss, so wird die Massnahme verlängert. Auch in diesem Fall dauert sie so lange, bis sie entweder erfolgreich abgeschlossen oder endgültig gescheitert ist, und hat die "Anrechnung" nur zur Folge, dass

die Verlängerung der Massnahme früher erfolgt. Ein Ausgleich für die erlittene Haftzeit bleibt auch diesfalls aus. 3.4.4. Dieser Ausgleich liesse sich letztlich nur erreichen, indem die Massnahme nicht so lange vollzogen würde, bis sie nicht mehr nötig oder definitiv erfolglos ist, sondern so viele Tage vor diesem Zeitpunkt beendet würde, wie der Täter in Haft war. Dies ist aber bei einer längeren Haftdauer – etwa bei den 292 Tagen, die vorliegend anzurechnen wären – schon deshalb nicht praktikabel, weil sich der Zeitpunkt, bis zu dem die Massnahme an sich (d.h. ohne Haftanrechnung) noch dauern müsste, kaum je so lange im voraus bestimmen lässt. Hinzu kommt, dass eine erhebliche Verkürzung der unter therapeutischen Gesichtspunkten erforderlichen Massnahmedauer dem spezialpräventiven Zweck der Massnahme diametral zuwiderliefe. Im Extremfall, bei sehr langer Untersuchungs- und Sicherheitshaft, müsste man sich sogar von vornherein die Frage stellen, ob die an sich indizierte, aber zufolge Anrechnung der Haft stark verkürzte Massnahme überhaupt noch erfolgversprechend sei, was an sich Voraussetzung für ihre Anordnung ist (Art. 59 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 63 Abs. 1 lit. b StGB). Damit der Massnahmezweck gleichwohl erreicht werden könnte, bliebe sodann wiederum nur der Ausweg über die Verlängerung der ordentlichen Höchstdauer der Massnahme, womit aber nach dem bereits Gesagten die Anrechnung nur noch eine scheinbare wäre. 3.4.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die vom Bundesgericht geforderte Anrechnung erlittener Haft auf eine stationäre (und erst recht auf eine ambulante) Massnahme nicht möglich ist, ohne dass entweder der Massnahmezweck gefährdet wird oder aber die Anrechnung der Haft nur pro forma, d.h. ohne tatsächliche Verkürzung des Massnahmevollzugs im entsprechenden Umfang er-

- 12 - folgt. Anders verhält es sich nur bei einer kurzen Dauer der anzurechnenden Haft, wie sie im vorstehend erwähnten Fall SB160300 vorlag, wo letztlich noch 19 Tage auf die Massnahme anzurechnen waren. Um eine so kurze Zeitspanne lässt sich eine Massnahme wohl in aller Regel ohne Beeinträchtigung des Therapieerfolgs verkürzen. Ebenso kann der Zeitpunkt der ordentlichen Beendigung der Massnahme in solchen Fällen so frühzeitig bestimmt werden, dass eine tatsächliche Anrechnung der Haft mittels entsprechend vorzeitiger Entlassung aus dem Massnahmevollzug noch möglich ist. 3.4.6. In allen anderen Fällen bleibt, weil eine effektive Anrechnung der Haft unmöglich ist, nur der Ausweg des finanziellen Ausgleichs, d.h. der Zusprechung einer angemessenen Genugtuungssumme. 3.5.1. Bei deren Festsetzung ist nach der Praxis des Bundesgerichts von einem Ansatz von Fr. 200.– pro Hafttag auszugehen (BGE 139 IV 243 E. 3). Dieser ist sodann an die konkreten Umstände des Falles anzupassen. Bei einer längeren Haftdauer nimmt die Schwere des Eingriffs in die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen nicht proportional zu und ist deshalb ein niedrigerer Tagessatz anzuwenden. Die Vorinstanz erwog in casu zu Recht auch, die Haft habe vorliegend nicht zur Folge gehabt, dass der Beschuldigte aus dem Erwerbsleben herausgerissen worden sei. 3.5.2. Der Beschuldigte hat zwar mit seiner fortgesetzten Delinquenz selber bewirkt, dass er schliesslich in Untersuchungshaft versetzt und sodann bis zur erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung in Sicherheitshaft behalten wurde. Er handelte indessen nicht schuldhaft. Zu diskutieren wäre daher einzig, ob analog zur Möglichkeit einer Kostenauflage gemäss Art. 419 StPO auch die Genugtuungssumme aus Billigkeitsgründen gekürzt werden könnte. Dies fällt indessen vorliegend schon deshalb ausser Betracht, weil die Vorinstanz aufgrund der wirtschaftlichen Situation von einer Kostenauflage abgesehen und die Staatsanwaltschaft diesen Entscheid nicht angefochten hat (Erw. II/2; Urk. 51 S. 33). 3.5.3. Bei dieser Sachlage ergibt sich, dass die Vorinstanz die Genugtuung mit lediglich Fr. 50.– pro Hafttag sehr niedrig

angesetzt hat. Nachdem der Be-

- 13 - schuldigte diesen Entscheid akzeptiert hat, muss es aber dabei bleiben. Als Ausgleich für die erlittene Haft sind ihm Fr. 14'600.- (zuzüglich Zins zu 5 % ab 20. September 2016) als Genugtuung aus der Gerichtskasse zuzusprechen. III. Da die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung unterliegt, sind die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Demzufolge gehen auch die Kosten der amtlichen Verteidigung von Fr. 360. 70 (vgl. Urk. 64) im Berufungsverfahren definitiv zu Lasten des Staates. Es wird beschlossen:

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