

ZH_OBERGERICHT UH130036 vom 26. März 2013

ZH Obergericht, 2013-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UH130036

FR: ZH_OBERGERICHT UH130036 du 26 mars 2013

IT: ZH_OBERGERICHT UH130036 del 26 marzo 2013

Erwägungen

E. 19

Ziff. 1 Abs. 5 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, der mehrfachen Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 und Art. 27 WG sowie des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 SVG schuldig gesprochen. Er wurde mit einer Freiheitsstrafe von neun Jahren bestraft, unter Anrechnung von 959 Tagen erstandener Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Das Urteil erwuchs in Rechtskraft (Urk. 9/3/2/2/1.3). 1.2 Der Beschwerdeführer verbüsst den Strafvollzug zuerst in der Justizvollzugsanstalt B._____ und anschliessend im offenen Vollzug im C._____. Mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug (JuV) vom 27. Juni 2012 wurde er per 6. Juli 2012 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen (Urk. 9/3/2/9/10.3). Für die Dauer der Probezeit bezüglich des nicht verbüsstes Strafrests von 945 Tagen wurde eine Bewährungshilfe angeordnet und dem Beschwerdeführer die Weisung erteilt, auf den Konsum von Alkohol und sämtlichen Drogen zu verzichten, wobei er sich regelmässigen Blut- und Urinkontrollen zu unterziehen habe. Der Beschwerdeführer wurde darauf aufmerksam gemacht, dass er in den Strafvollzug zurückversetzt werden könnte, wenn er während der Probezeit erneut straffällig würde, sich der Bewährung entziehen oder die ihm auferlegten Weisungen missachten würde. 1.3 Mit Verfügung vom 31. August 2012 wurde der Beschwerdeführer vom JuV zufolge Verstosses gegen die auferlegten Weisungen und zum Schutz der Öffentlichkeit in Sicherheitshaft versetzt (Urk. 9/2/1/38). Gestützt auf einen Antrag des JuV (Urk. 9/2/1/39) ordnete das Zwangsmassnahmengericht Winterthur am 4. September 2012 Sicherheitshaft (bis längstens 4. Dezember 2012) für den Beschwerdeführer an (Urk. 9/2/40). Das JuV beantragte am 27. September 2012

- 3 - beim Bezirksgericht Winterthur die Rückversetzung des Beschwerdeführers in den Strafvollzug, zudem ersuchte es um Prüfung, ob die Voraussetzungen für die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 60 StGB, nämlich einer suchttherapeutischen Massnahme, gegeben seien und der Vollzug der Reststrafe zugunsten der stationären Massnahme aufgeschoben werden könne (Urk. 9/1). Mit Beschluss vom 14. November 2012 des Bezirksgerichts Winterthur (Urk. 9/16 bzw. 5) wurde der Beschwerdeführer in den Vollzug der mit Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 19. September 2008 ausgefallten Freiheitsstrafe von 9 Jahren zurückversetzt; es wurde der Vollzug der Reststrafe von 945 Tagen Freiheitsstrafe, unter Anrechnung von 76 Tagen Sicherheitshaft, angeordnet (Disp.-Ziff. 1). Zudem wurde eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 60 StGB angeordnet und der Vollzug der Reststrafe zwecks Durchführung dieser Massnahme aufgeschoben (Disp.-Ziff. 2). Mit Beschluss vom gleichen Tag ordnete das genannte Bezirksgericht die Fortdauer der mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 4. September 2012

angeordneten Sicherheitshaft bis zum Massnahmeantritt an (Urk. 9/17). Gestützt auf ein entsprechendes Gesuch des Beschwerdeführers bewilligte ihm die Verfahrensleitung des Bezirksgerichts Winterthur mit Verfügung vom 5. Dezember 2012 den vorzeitigen Massnahmeantritt; es wurde festgehalten, dass der Massnahmeantritt erfolgen könne, sobald das JuV eine geeignete Vollzugseinrichtung zur Aufnahme des Beschwerdeführers gefunden habe, unter dannzumaliger Entlassung des Beschwerdeführers aus der Sicherheitshaft (Urk. 9/27). 1.4 Gegen den erstgenannten Beschluss vom 14. November 2012 betreffend Rückversetzung in den Strafvollzug und Anordnung einer stationären Massnahme liess der Beschwerdeführer durch seinen Verteidiger rechtzeitig Beschwerde bei der hiesigen Kammer erheben (Urk. 2). Darin wird unter anderem die Aufhebung des Beschlusses und das Absehen von der Rückversetzung in den Strafvollzug und von der Anordnung einer stationären Massnahme beantragt (Urk. 2 S. 2 f.). Während die Vorinstanz auf Äusserung zur Beschwerde verzichtete (Urk. 11), beantragte die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde (Urk. 21). Der Be-

- 4 - schwerdeführer reichte eine Replik ein (Urk. 26). Die Beschwerdegegnerin hat sich nicht mehr geäussert (vgl. Urk. 28 f.). 1.5 Gestützt auf einen entsprechenden, nachträglich gestellten Antrag des Beschwerdeführers, dem sich die Beschwerdegegnerin nicht widersetze, wurde das JuV mit Präsidialverfügung vom 25. Februar 2013 angewiesen, bis zum rechtskräftigen Entscheid über die gegen den Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. November 2012 gerichtete Beschwerde keine Vollzugshandlungen im Zusammenhang mit einer stationären Massnahme durchzuführen (Urk. 18). 1.6 In der Beschwerde wurde zudem die sofortige Entlassung des Beschwerdeführers aus der Sicherheitshaft beantragt (Urk. 2 S. 2 Antrag 3). Mit Präsidialverfügung vom 11. März 2013 wurde dieses Gesuch abgewiesen, unter dem Hinweis, dass nach dem Entscheid über die Beschwerde von der Verfahrensleitung über die Aufrechterhaltung der Sicherheitshaft zu befinden sei (Urk. 24). 2.1 Vorab stellt sich in zweierlei Hinsicht die Frage der Zuständigkeit der hiesigen Kammer. a) Der angefochtene Entscheid stützt sich auf Art. 95 Abs. 3 und Abs. 5 StGB. Während die in Art. 95 Abs. 4 StGB genannten Massnahmen vom Gericht oder der Strafvollzugsbehörde erlassen werden können, statuiert Art. 95 Abs. 5 StGB für die darin vorgesehenen Massnahmen die Zuständigkeit des Gerichts. Das JuV ging in seinem Antrag an die Vorinstanz davon aus, beim Entscheid über die Rückversetzung in den Strafvollzug im Sinne von Art. 95 Abs. 5 StGB handle sich um einen selbstständigen nachträglichen gerichtlichen Entscheid im Sinne der Art. 363 ff. StPO, den - da das Geschworenengericht nicht mehr existiert - das Bezirksgericht Winterthur zu fällen habe (Urk. 2/1 S. 6). Die Vorinstanz geht implizit ebenfalls davon aus, und der Beschwerdeführer bringt nichts anderes vor. Die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2005 S. 1297 f.) enthält eine Liste derjenigen Entscheide, die als selbstständige nachträgliche gerichtliche Entscheide zu gelten haben. Darin sind Entscheide im Sinne von Art. 95 Abs. 4 und Abs. 5 StGB explizit aufgeführt. Zudem wird in der Botschaft festgehalten, das Strafrecht sehe im Kontext mit dem Strafvollzug

- 5 - vor, dass das Gericht sein Urteil nachträglich ergänzen oder abändern müsse (S. 1297 unten); mit anderen Worten geht die Botschaft insofern von der Zuständigkeit eines Strafgerichts und nicht - obwohl es um den Straf- oder Massnahmenvollzug geht (vgl. Heer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, Art. 363 N 4) - eines Verwaltungsgerichts aus. Jedenfalls durch

das Anordnen einer stationären Massnahme änderte die Vorinstanz das Urteil des Geschworenengerichts zumindest indirekt ab, da in jenem Urteil keine Massnahme angeordnet worden war. Die Lehre ist sich einig, dass sich das Verfahren der gestützt auf Art. 95 Abs. 5 StGB zu ergehenden Entscheide nach den Art. 363 ff. StPO richtet (Heer, a.a.O., Art. 363 N 1; Schwarzenegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 363 N 2; Riklin, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 393 N 1; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rz. 1390; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, Rz. 2680). Im Lichte der Botschaft und der genannten Literatur war somit über den Antrag des JuV durch ein Strafgericht zu entscheiden. Art. 363 Abs. 1 StPO bestimmt, dass die einer gerichtlichen Behörde übertragenen selbstständigen nachträglichen Entscheide das Gericht trifft, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat. Nach der Abschaffung des Geschworenengerichts gelten für Nachverfahren zu geschworenengerichtlichen Urteilen - wie auch allgemein für frühere geschworenengerichtliche Verfahren, die nach der Rückweisung der Sache durch eine Rechtsmittelinstanz weiter zu führen sind - die Zuständigkeitsregeln der StPO und des GOG. Da über die vom Geschworenengericht beurteilte Anklage im heutigen Zeitpunkt das Bezirksgericht Winterthur hätte entscheiden müssen (vgl. die zutreffenden Ausführungen in Urk. 2/1 Ziff. 6), hat sich die Vorinstanz im vorliegenden Fall zu Recht als zuständig erachtet. b) Ferner stellt sich die Frage, welches kantonale Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ergriffen werden kann. Die Art. 363 ff. StPO bestimmen nicht, ob ein gestützt auf diese Bestimmungen zu erlassender Entscheid in Urteils- oder Beschluss- bzw. Verfügungsform zu fassen ist. Die StPO spricht neutral von Entscheid (Art. 364 Abs. 1 und 3 StPO sowie die Überschrift von Art. 365

- 6 - und der dortige Abs. 2). Die Vorinstanz hat den Entscheid in Form eines Beschlusses gefällt. In der genannten Botschaft wird ausgeführt, Entscheide im Sinne der Art. 363 ff. StPO könnten nicht in Form eines Urteils ergehen, da - mit Ausnahme des Widerrufs ausgesetzter Strafen oder bedingter Sanktionen sowie (des Widerrufs von) Entlassungen nach Begehung neuer Straftaten - kein neues Sachurteil anstehe (Botschaft, a.a.O., S. 1298); soweit solche Entscheide in Form einer Verfügung oder eines Beschlusses und im schriftlichen Verfahren ergingen, sei die Beschwerde zulässig (S. 1299). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug Kokain konsumiert und somit gegen das BetmG verstossen. Ob dieses Verhalten strafrechtliche Folgen hat, ergibt sich nicht aus den Akten. Jedenfalls hat die Vorinstanz nur über die Frage der Rückversetzung in den Strafvollzug entschieden und keine neuen Straftaten beurteilt. Die Doktrin folgt mehrheitlich der in der Botschaft vertretenen Auffassung, dass Entscheide im Sinne der Art. 363 ff. StPO - jedenfalls soweit sie nicht zusammen mit neuen Straftaten in einem Urteil zu beurteilen seien - als Beschlüsse (oder Verfügungen) zu ergehen haben, und sie leitet daraus die Zulässigkeit der Beschwerde ab (Heer, a.a.O., Art. 365 N 4 und N 6; Eugster, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, a.a.O., Art. 399 N 14; Schwarzenegger, a.a.O., Art. 365 N 2; Hug, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O. Art. 393 N 21; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 365 N 3; ders., Handbuch, a.a.O., Rz 1395; ders., Nochmals zum Rechtsmittel gegen selbstständig gefällte Entscheide nach Art. 365 StPO, forumpoenale 2011, S. 222 ff.; Perrin, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret (éd.), Commentaire Romand Code de procédure pénale suisse, Bâle 2010, Art. 365 N 11; Guidon, Die

Beschwerde gemäss Schweizer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 163; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 1141; Jositsch, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, Rz. 559; vgl. auch Stamm, Rechtsmittel bei selbstständigen nachträglichen Entscheiden nach Art. 363 ff. StPO [weitere Überlegungen], *forum* 2012, S. 318 ff.). Ein anderer Teil der Lehre hingegen hält dafür, dass der Entscheid in Form eines Urteils zu ergehen habe und dagegen entgegen der vorherrschenden Auffassung im

- 7 - Schrifttum Berufung erhoben werden könne (Riedo/Fiolka/Niggli, a.a.O., Rz. 2695 und Rz. 2697 f.; Schnell, Entscheide nach Art. 365 StPO - berufungsfähig oder nur der Beschwerde zugänglich?, *forum* 2011, S. 111 ff.; Geth, Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts nach Art. 363 ff. StPO, *AJP* 2011 S. 313 ff.; vgl. auch Oberholzer, Das Rechtsmittelsystem der Schweizerischen Strafprozessordnung - Beschwerde, Berufung, Revision, *AJP* 2011 S. 40 f.). Goldschmid/Maurer/Sollberger (Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008) sowie Riklin (a.a.O.) äussern sich widersprüchlich; während sie zu Art. 365 StPO ausführen, gegen selbstständige nachträgliche Entscheide sei die Beschwerde zulässig (S. 360 bzw. Art. 365 N 2), halten sie zu Art. 398 StPO fest, solche Entscheide unterlägen der Berufung (S. 391 bzw. Art. 398 N 1). In mehreren Kantonen bezeichnet die Praxis die Berufung als zulässiges Rechtsmittel gegen Entscheide im Verfahren nach den Art. 363 ff. StPO (vgl. etwa AGVE Nr. 23 S. 82 ff., CAN 2013 Nr. 8 und die dortigen Bemerkungen sowie die Hinweise in Riedo/Fiolka/Niggli, a.a.O., FN 62 zu Rz. 2698, und den Sachverhalt in BGE 6B_293/2012). Zu bemerken ist ferner, dass für Entscheide im Nachgang zu einem Strafbefehl die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörden zuständig sind (Art. 363 Abs. 2 StPO); gemäss Botschaft ergeht der nachträgliche Entscheid wiederum in Form eines Strafbefehls, gegen den Einsprache erhoben werden kann (Botschaft, a.a.O., S. 1298 f.). Bei Strafbefehlen erfolgen somit Nachtragsentscheide in derselben Form und können mit dem gleichen Rechtsbehelf wie der Strafbefehl selbst angefochten werden. Damit liegt der Schluss nahe, dass der Einspracheentscheid mittels Berufung angefochten werden kann (vgl. auch Geth, a.a.O., S. 318 f.). Die I. Strafkammer des zürcherischen Obergerichts hat sich mit der Thematik des zulässigen Rechtsmittels gegen Entscheide im genannten Sinne befasst und ist zum Schluss gelangt, es sei Beschwerde zu erheben (ZR 110 Nr. 53). Die I. Strafkammer hat im damaligen Fall die Sache zur Beurteilung der hiesigen Kammer überwiesen, und diese hat das Rechtsmittel als Beschwerde behandelt (Proz.-Nr. UH110163). Das Bundesgericht hat nunmehr in Erw. 2 des Urteils vom

E. 21

Februar 2013 (6B_293/2012) - ohne sich allerdings mit der abweichenden Lehrmeinung und Praxis in einigen Kantonen auseinander zu setzen - ebenfalls

- 8 - die Beschwerde als zulässiges Rechtsmittel gegen Entscheide im Verfahren nach Art. 363 ff. StPO bezeichnet; im vom Bundesgericht beurteilten Fall ging es um die Verlängerung einer zuvor im Urteil angeordneten ambulanten Massnahme, mithin nicht um ein das Urteil abändernden Entscheid. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz - wie erwähnt - durch die (erstmalige) Anordnung einer stationären Massnahme das geschworenengerichtliche Urteil nachträglich indirekt abgeändert. Man könnte sich daher ernsthaft fragen, ob nicht in denjenigen Fällen, in denen durch einen selbstständigen nachträglichen Entscheid das ursprüngliche Urteil zufolge Anwendung materiellen Rechts

abgeändert wird, der Entscheid gemäss Art. 80 Abs. 1 StPO in Form eines Urteils, gegen welches Berufung zu erheben wäre, zu ergehen hat. Angesichts der (momentanen) zürcherischen Praxis und weil die Sache aufgrund der Inhaftierung des Beschwerdeführers dringlich zu behandeln ist, rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall jedoch von der Zulässigkeit der Beschwerde auszugehen. 2.2 Die Vorinstanz legte in Erw. II des angefochtenen Beschlusses dar, weshalb ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen für die Rückversetzung des Beschwerdeführers in den Strafvollzug gegeben seien und der Strafreist von 945 Tagen Freiheitsstrafe zu vollziehen sei. In Erw. III begründete sie, weshalb eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 60 StGB anzuordnen sei. In der Beschwerde wird zusammengefasst im Wesentlichen geltend gemacht, die Voraussetzungen für eine Rückversetzung in den Strafvollzug seien nicht gegeben; zudem hätte ohne Einholung eines (neuen) Gutachtens eine stationäre Massnahme nicht angeordnet werden dürfen (Urk. 2 Ziff. 3 ff.). 2.3 In der Beschwerde wird die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Zur Begründung wird unter Hinweis auf Art. 390 Abs. 5 StPO vorgebracht, die persönlichen Umstände des Beschwerdeführers seien für den Ausgang des Beschwerdeverfahrens von besonderer Bedeutung (Urk. 2 Ziff. 17). Der Beschwerdeführer befindet sich in Sicherheitshaft, da der bewilligte vorzeitige Massnahmenantritt noch nicht erfolgt ist. Gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid ist er in den Strafvollzug zurück zu versetzen, und er hat sich - unter Auf-

- 9 - schub des Vollzugs der Reststrafe von 945 Tagen - einer stationären Massnahme zu unterziehen. Mit anderen Worten droht ihm ein längerer Freiheitsentzug. Somit ist das vorliegende Beschwerdeverfahren vergleichbar mit demjenigen, in welchem über die Zulässigkeit einer Haftanordnung oder Haftverlängerung zu entscheiden ist. Bezüglich derartigen Fällen hat die Kammer im Beschluss vom 20. Juni 2012 (ZR 111 Nr. 99 Erw. II/1) erwogen, dass sich weder aus Verfassungs- noch aus Konventionsrecht im Rechtsmittelverfahren ein Anspruch auf persönliche Anhörung ableiten lasse. Wenn der Beschwerdeführer Gelegenheit gehabt habe, sich vor Vorinstanz mündlich zu äussern, und sich im Beschwerdeverfahren im Wesentlichen Rechtsfragen stellten und insofern von einer erneuten Anhörung des Beschwerdeführers keine weiteren wesentlichen Erkenntnisse zu erwarten seien, bestehe kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung bzw. mündliche bzw. persönliche Anhörung des Beschwerdeführers. Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer vor Zwangsmassnahme gerichtet, das - wie erwähnt - Sicherheitshaft anordnete, angehört (vgl. Urk. 9/2/40 Ziff. 2). Vor Vorinstanz fand eine einlässliche Befragung des Beschwerdeführers zu den entscheiderelevanten Sachverhalten, einschliesslich zu seinen persönlichen Verhältnissen während des Strafvollzugs und nach seiner bedingten Entlassung, statt (Urk. 2 Prot. S. 4-17). Dabei hatte er auch Gelegenheit, sich zu den Gründen, weshalb er nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug mehrfach Kokain konsumiert und durch dieses Verhalten gegen die ihm auferlegten Weisungen verstossen hat, zu äussern. In der Beschwerde werden im Wesentlichen Rechtsfragen aufgeworfen; soweit Sachverhaltsfragen zur Diskussion stehen, wird in der Beschwerde auf die Akten verwiesen.