

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00859 vom 27. April 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-04-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00859

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00859 du 27 avril 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00859 del 27 aprile 2018

Regeste

bedingte Entlassung nach Art. 86 StGB | Bedingte Entlassung nach Art. 86 StGB Dem Beschwerdeführer wurde der Beizug der Risikobeurteilung der AFA für den Entscheid über die bedingte Entlassung nicht angezeigt und er konnte sich nicht dazu äussern. Insofern liegt eine Gehörsverletzung vor (E. 3.3). Die aus dem Strafregister gelöschten Vorstrafen des Beschwerdeführers wurden nicht zu seinen Ungunsten berücksichtigt (E. 4.3). Der Beschwerdegegner 1 und die Vorinstanz hätten nicht auf das Gutachten und die Risikobeurteilung der AFA abstellen dürfen, da aufgrund der positiv zu würdigenden Fortschritte des Beschwerdeführers zumindest Zweifel an deren Aktualität besteht (E. 5.5.2). Ohne eine aktuelle Einschätzung einer Fachperson lässt sich die Rückfallgefahr und damit die Gemeingefährlichkeit nicht eindeutig beantworten. Aus diesem Grund hätte die Vorinstanz bzw. bereits der Beschwerdegegner 1 eine Empfehlung der Fachkommission gemäss Art. 75a Abs. 1 lit. b StGB einholen müssen (E. 5.6). Gewährung URB (E. 6.3). Teilweise Gutheissung und Rückweisung.

Erwägungen

E. 3

Abteilung VB.2017.00859 Urteil der Einzelrichterin vom 27. April 2018 Mitwirkend: Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Gerichtsschreiberin Rahel Zehnder. In Sachen A, zzt. Strafanstalt B, vertreten durch RA D, Beschwerdeführer, gegen 1. Justizvollzug Kanton Zürich, 2. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerschaft, betreffend bedingte Entlassung nach Art. 86 StGB, hat sich ergeben: I. A. Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte A am 12. März 2013 wegen versuchter vorsätzlicher Tötung und einfacher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren abzüglich 1'224 Tage bereits erstandener Haft und vorzeitigem Strafvollzugs. Das Bundesgericht wies eine dagegen erhobene Beschwerde am 28. Oktober 2013 ab, soweit es darauf eintrat. Zurzeit befindet sich A in der Justizvollzugsanstalt (JVA) B. Zwei Drittel der Strafe waren am 3. November 2017 verbüsst. Das ordentliche Strafende fällt auf den 3. November 2021. B. Mit Verfügung vom 9. Oktober 2017 lehnte das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (JUV) die bedingte Entlassung von A gemäss Art. 86 des Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB) ab. II. Am 27. Oktober 2017 erhob A Rekurs bei der Direktion der Justiz und des Innern (fortan: Justizdirektion) und beantragte, die Verfügung des JUV vom 9. Oktober 2017 sei aufzuheben und er sei per 3. November 2017 bzw. unverzüglich, evtl. spätestens nach Beendigung des Lernprogramms "Training sozialer Kompetenzen" (TisKo) im Dezember 2017 bedingt aus dem Strafvollzug zu entlassen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des JUV. Zudem sei ihm die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung zu gewähren. Mit Verfügung vom 4. Dezember 2017 wies die

Justizdirektion den Rekurs ab (Dispositivziffer I). Die Verfahrenskosten wurden A auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen (Dispositivziffer III). III. A gelangte daraufhin am 20. Dezember 2017 mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte, unter Aufhebung des angefochtenen Rekursentscheids sei die Verfügung des Beschwerdegegners vom 9. Oktober 2017 betreffend bedingte Entlassung nach Art. 86 StGB aufzuheben, und er sei unverzüglich bedingt aus dem Strafvollzug zu entlassen. Sodann sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, und es sei ihm der Unterzeichnende als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners. Am 4. Januar 2018 beantragte die Justizdirektion die Abweisung der Beschwerde. Denselben Antrag stellten am 17. Januar 2018 bzw. 26. Februar 2018 auch das JUV und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich. Auf telefonische Aufforderung des Verwaltungsgerichts reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 27. April 2018 seine Honorarnote zu den Akten. Die Einzelrichterin erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Die Beurteilung fällt in die einzelrichterliche Kompetenz, da kein Fall von grundsätzlicher Bedeutung gegeben ist (§ 38b Abs. 1 lit. d Ziff. 2 und Abs. 2 VRG). 2. 2.1 Hat der Gefangene zwei Drittel seiner Strafe, mindestens aber drei Monate verbüsst, ist er bedingt zu entlassen, wenn es sein Verhalten im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, er werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen (Art. 86 Abs. 1 StGB). Die zuständige Behörde prüft von Amtes wegen, ob der Gefangene bedingt entlassen werden kann; dabei hat sie diesen anzuhören und einen Bericht der Anstaltsleitung einzuholen (Art. 86 Abs. 2 StGB). Wird die bedingte Entlassung verweigert, so hat die zuständige Behörde mindestens einmal jährlich neu zu prüfen, ob sie gewährt werden kann (Art. 86 Abs. 3 StGB). 2.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt die bedingte Entlassung im letzten Drittel der Strafdauer die Regel dar, von der nur in Ausnahmefällen bzw. aus guten Gründen abgewichen werden darf. In dieser letzten Stufe des Strafvollzugs soll der Entlassene den Umgang mit der Freiheit erlernen. Diesem spezialpräventiven Zweck stehen die Schutzbedürfnisse der Allgemeinheit gegenüber, welchen umso höheres Gewicht beizumessen ist, je hochwertiger die gefährdeten Rechtsgüter sind. Die Prognose über das künftige Wohlverhalten ist in einer Gesamtwürdigung zu erstellen, welche nebst dem Vorleben, der Persönlichkeit und dem Verhalten des Täters während des Strafvollzugs vor allem dessen neuere Einstellung zu seinen Taten, seine allfällige Besserung und die nach der Entlassung zu erwartenden Lebensverhältnisse berücksichtigt (BGr, 22. September 2016, 6B_664/2016, E. 1.2.3; BGE 133 IV 201 E. 2.2 und 2.3). Im Sinn einer Differenzialprognose sind die Vorzüge und Nachteile der Vollverbüsung der Strafe denjenigen einer Aussetzung des Strafrests gegenüberzustellen. Die Strafvollzugsbehörden haben insbesondere zu prüfen, ob die Gefährlichkeit des Täters bei einer Vollverbüsung der Strafe abnehmen, gleichbleiben oder zunehmen wird (BGr, 19. Juli 2017, 6B_215/2017, E. 2.4; BGE 124 IV 193 E. 5b/bb). 2.3 Bei der Beurteilung der Legalprognose kommt der zuständigen Behörde Ermessen zu. Eine Ermessensüberschreitung kann etwa darin liegen, auf eine Gesamtwürdigung aller für die Prognose relevanten Umstände zu verzichten und die günstige Legalprognose allein gestützt auf das Bedenken weckende Vorleben der vom Freiheitsentzug betroffenen Person zu verneinen (BGE 133 IV 201 E. 3.2). Aus dem gleichen Grund darf eine bedingte Entlassung auch nicht einzig aufgrund einzelner günstiger Faktoren – etwa dem

Wohlverhalten des Täters im Strafvollzug – bewilligt werden, wenn gewichtige Anhaltspunkte für die Gefahr neuer Rechtsbrüche sprechen (BGr, 19. Mai 2015, 6B_93/2015, E. 5.3; 12. Juli 2010, 6B_331/2010, E. 3.3.5; vgl. Cornelia Koller, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht I, 3. A., Basel 2013 [Basler Kommentar Strafrecht I], Art. 86 N. 7). Einwandfreies Verhalten in der Anstalt spricht ebenso wenig für künftige Legalbewährung, wie mangelhafte Führung im Vollzug geringere Bewährungsaussichten indiziert (Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. A, Bern 2009, Art. 86 Rz. 5). 2.4 Hat der Gefangene ein Delikt begangen, das unter den Katalog von Art. 64 Abs. 1 StGB fällt, und kann die Vollzugsbehörde die Frage der Gemeingefährlichkeit nicht eindeutig beantworten, so hat hinsichtlich des Entscheids über die bedingte Entlassung die Beurteilung der Gemeingefährlichkeit durch die Kommission nach Art. 62d Abs. 2 StGB zu erfolgen (Art. 75a StGB).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, ihm sei bei der Erstellung der Risikoabklärung der Abteilung für Forensisch-Psychologische Abklärungen der Bewährungs- und Vollzugsdienste des JUV (AFA) das rechtliche Gehör verweigert worden. Er sei weder vorgängig befragt worden noch habe er sonstwie mitwirken oder nachträglich dazu Stellung nehmen können. Jede Verwendung zu seinen Lasten sei nach Treu und Glauben sowie gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) und Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unzulässig. Selbiges machte er bereits im Rekursverfahren geltend.

E. 3.2

Nach Art. 86 Abs. 2 StGB – und als qualifizierte Form des rechtlichen Gehörs im Sinn von Art. 29 Abs. 2 BV – ist der Betroffene vor dem Entscheid über die Gewährung der bedingten Entlassung persönlich und mündlich anzuhören (VGr, 8. November 2012, VB.2012.00569, E. 2.4). Dabei muss er über die Entscheidungsgrundlagen des noch zu fällenden Entlassungsentscheids zumindest dergestalt unterrichtet sein, dass er sich hierzu äussern und Stellung beziehen kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und setzt keinen Nachweis eines materiellen Interesses voraus; eine Gehörsverletzung zieht daher grundsätzlich die Aufhebung der angefochtenen Anordnung nach sich, ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst (BGE 137 I 195 E. 2.2). Gemäss der Rechtsprechung kann aber eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2). Für den Entscheid über eine Rückweisung oder Heilung im Einzelfall ist die konkrete Interessenlage zu berücksichtigen.

E. 3.3

Wie bereits gesagt ist eine persönliche Anhörung des Betroffenen nach Art. 86 Abs. 2 Satz 3 StGB vor der Entscheidung zwar zwingend vorgesehen. Dass aber auch die für

die Entlassung relevanten Berichte und Abklärungen bereits auf einer (aktuellen) persönlichen Anhörung basieren müssen, ergibt sich hieraus nicht (VGr, 12. März 2015, VB.2015.00015, E. 5.3.1). Dafür gibt es keine gesetzliche Grundlage. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die Fachkommissionen in der Regel nicht selber gutachterlich tätig werden, sondern auf vorhandenes Aktenmaterial abstützen. Die betroffene Person hat keinen Anspruch darauf, von der Fachkommission persönlich angehört zu werden (BGr, 3. April 2012, 6B_774/2011, E. 3.2.1; vgl. Marianne Heer, Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 62d N. 23). Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, sind entsprechende Berichte und Abklärungen zu den Akten zu nehmen und der betroffenen Person von der Vollzugsbehörde zur Stellungnahme vorzulegen (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 60 f. und 75). Es stellt daher keine Gehörsverletzung dar, dass der Beschwerdeführer bei der Erstellung der Risikoabklärung der AFA nicht mitwirken konnte und von der AFA nicht angehört wurde. Der Beschwerdeführer wurde im Beisein seines Rechtsvertreters am 15. September 2017 vom fallführenden Mitarbeiter des Amtes für Justizvollzug angehört, um sich vor dem Entscheid über die bedingte Entlassung zu äussern. Gemäss dem hierzu erstellten Protokoll samt handschriftlichen Ergänzungen wurde er dabei auf den Vollzugsbericht der JVA B vom 30. Juni 2016 aufmerksam gemacht. Dazu nahm der Beschwerdeführer denn auch Stellung. Die Risikobeurteilung der AFA vom 7. Mai 2012 und das Gutachten von C, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 10. Februar 2012 wurden bei der Anhörung des Beschwerdeführers hingegen nicht thematisiert. Später wurde der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers darüber informiert, dass bei der bedingten Entlassung auf das Gutachten vom 10. Februar 2012 abgestellt werden soll. In der Folge nahm der Beschwerdeführer zum betreffenden Gutachten Stellung. Soweit aus den Akten ersichtlich ist, wurden aber weder der Beschwerdeführer noch sein Rechtsvertreter darauf aufmerksam gemacht, dass auch die Risikobeurteilung der AFA für den Entscheid über die bedingte Entlassung herangezogen wird. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer der Beizug der Risikobeurteilung der AFA vom 7. Mai 2012 im Rahmen des Verfahrens um bedingte Entlassung nicht angezeigt wurde und er sich nicht dazu äussern konnte. Insofern liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers vor. Da – wie noch zu zeigen sein wird – ohnehin eine aktuelle Risikobeurteilung der AFA einzuholen ist (hinten E. 5.6) und die Sache an den Beschwerdegegner 1 zurückzuweisen ist, kann offenbleiben, ob die Gehörsverletzung im Rekursverfahren geheilt worden ist.

E. 3.4

Soweit der Beschwerdeführer eine Gehörsverletzung darin sieht, dass die Vorinstanz den Abschlussbericht des TisKo nicht eingeholt hat, ist ihm nicht zuzustimmen. Das Zertifikat des erfolgreichen Abschlusses des Lernprogramms TisKo vom 22. November 2017 reichte der Beschwerdeführer im Rekursverfahren mit Eingabe vom 28. November 2017 selber zu den Akten, weshalb insofern keine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz vorliegt. Der Abschlussbericht TisKo datiert vom 6. Dezember 2017 und erging damit erst nach der vorinstanzlichen Verfügung vom 4. Dezember 2017. Mithin kann im Verzicht der Vorinstanz auf Einholung des Abschlussberichts TisKo keine Gehörsverletzung bestehen.

E. 4.1

Sodann macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz hätte die Straftaten aus den Jahren 2001 und 2004, welche spätestens 2014 aus dem Strafregister zu entfernen gewesen seien, für die Frage der bedingten Entlassung nicht berücksichtigen dürfen. Sie habe damit

gegen Art. 369 Abs. 7 StGB und mittelbar gegen Art. 86 Abs. 1 StGB verstossen.

E. 4.2

Gemäss Art. 369 Abs. 7 StGB dürfen aus dem Strafregister entfernte Urteile dem Betroffenen nicht mehr entgegengehalten werden, d. h. die Strafjustizbehörden dürfen keine Rechtsfolgen mehr daran knüpfen. Dieses Verwertungsverbot gilt grundsätzlich auch für das Verfahren um bedingte Entlassung (vgl. VGr, 27. April 2016, VB.2016.00043, E. 5.8). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen aber medizinische Experten entsprechende, für die Begutachtung relevante Vorstrafen sachlich mitberücksichtigen. Der Richter darf sich zwar nicht direkt auf aus dem Strafregister entfernte Vorstrafen stützen, jedoch auf die Diagnosen eines Gutachters (BGE 135 I 71 E. 2.10 f.; Patrik Gruber, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht II, 3. A., Basel 2013 [Basler Kommentar Strafrecht II], Art. 369 N. 10) .

E. 4.3

Die Vorstrafen des Beschwerdeführers aus den Jahren 2001 und 2004 betreffen (widerrufene bedingte) Freiheitsstrafen von unter einem Jahr, weshalb sie zehn Jahre nach Rechtskraft des Urteils aus dem Strafregister zu löschen sind (Art. 369 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 369 Abs. 6 lit. a StGB; Gruber, Art. 369 N. 32). Da das Rechtskraftdatum dieser Urteile aber nicht bekannt ist, ist für die Berechnung der Frist auf das Urteilsdatum abzustellen (Gruber, Art. 369 N. 25 f.). Demzufolge müssten die Vorstrafen aus den Jahren 2001 und 2004 mittlerweile aus dem Strafregister entfernt worden sein. Dies bestreitet die Beschwerdegegnerschaft denn auch nicht. Die Vorstrafen des Beschwerdeführers wurden sowohl im Gutachten von C vom 10. Februar 2012 als auch in der Risikobeurteilung der AFA vom 7. Mai 2012 berücksichtigt. Dies ist jedoch nicht zu beanstanden, dürfen doch bei der Begutachtung relevante Vorstrafen – wie vorliegend im Sinn von Gewaltdelikten gegeben – berücksichtigt werden (soeben E. 4.2). Der Beschwerdegegner 1 stützte sich für die Beurteilung der Rückfallgefahr auf das Gutachten, das er in Erwägung 4 kurz zusammenfasste und das unter anderem eine "delinquente Vorgeschichte" und eine "sukzessive und qualitative Progredienz" festgestellt hat. Damit hat der Beschwerdegegner 1 lediglich das Gutachten zitiert und nicht (direkt) auf die im Strafregister nicht mehr eingetragenen Urteile abgestellt. Darin ist keine Rechtsverletzung zu sehen. Soweit der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe unzulässigerweise auf die mittlerweile aus dem Strafregister gelöschten Vorstrafen abgestellt, verkennt er, dass die vorinstanzliche Erwägung 4.1 lediglich aufgrund seiner Rüge in der Rekursschrift erfolgt ist. Dies ist der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, musste sie sich doch mit den Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandersetzen. Hinzu kommt, dass sich die Vorinstanz im Rahmen der Gesamtwürdigung in Erwägung 4.3 lediglich zum Vollzugsverhalten, der Legalprognose bzw. der Rückfallgefahr – wobei das Gutachten vom 10. Februar 2012 und die Risikobeurteilung der AFA vom 7. Mai 2012 herangezogen wurde – sowie zu den Lebensverhältnissen des Beschwerdeführers nach der Haftentlassung geäußert hat. Das Vorleben bzw. die aus dem Strafregister gelöschten Vorstrafen des Beschwerdeführers wurden demgegenüber nicht thematisiert und insbesondere nicht zu seinen Ungunsten berücksichtigt. Insofern liegt keine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung seitens des Beschwerdegegners 1 oder der Vorinstanz vor.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer hat bereits zwei Drittel seiner Strafe verbüsst, womit die zeitliche Voraussetzung von Art. 86 Abs. 1 StGB erfüllt ist. Das Vollzugsverhalten des Beschwerdeführers ist gemäss den Erwägungen der Vorinstanz – mit Ausnahme verschiedener Disziplinierungen – unbestritten als gut zu bezeichnen. Demnach steht das Vollzugsverhalten einer bedingten Entlassung nicht entgegen. Der Entscheid über die bedingte Entlassung hängt damit einzig davon ab, ob dem Beschwerdeführer eine günstige Prognose im Sinn von Art. 86 Abs. 1 StGB gestellt werden kann.

E. 5.2

Hinsichtlich der zu erwartenden Lebensverhältnisse des Beschwerdeführers ist positiv zu berücksichtigen, dass er regelmässig Besuch von seiner Familie bekommt. Nach der Haftentlassung muss der Beschwerdeführer die Schweiz verlassen. Er werde im elterlichen Landwirtschaftsbetrieb in Land E arbeiten und als Bauer Verantwortung übernehmen. Er habe nicht vor, wieder in die Schweiz zu kommen. Diese positiv zu würdigende Zukunftsperspektive wird allerdings dadurch relativiert, als aufgrund der Rückkehr des Beschwerdeführers in seine Heimat nach der Entlassung aus dem Strafvollzug weder Bewährungshilfe angeordnet noch Weisungen erteilt werden können. Eine stufenweise Entlassung des Beschwerdeführers in die Freiheit ist somit nicht möglich (vgl. VGr, 28. Dezember 2017, VB.2017.00451, E. 5.2 mit Hinweis auf BGr, 19. Mai 2015, 6B_93/2015, E. 5.7). Unter diesen Umständen vermögen sich die zu erwartenden Lebensverhältnisse des Beschwerdeführers nach der Haftentlassung weder positiv noch negativ auf die Legalprognose auszuwirken.

E. 5.3

Die Vorinstanz stützte sich bei der Beurteilung der Legalprognose auf das im Rahmen des Strafverfahrens im Auftrag des Bezirksgerichts Zürich erstellte psychiatrische Gutachten von C vom 10. Februar 2012, die Risikobeurteilung der AFA vom 7. Mai 2012 sowie den Vollzugsbericht der JVA B vom 30. Juni 2017. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gutachter dem Beschwerdeführer keine Persönlichkeitsstörung und keine Suchtmittelkonsumproblematik diagnostiziert hat, was in legalprognostischer Hinsicht günstig sei. Allerdings müsse man in den sich über die Jahre verfestigenden akzentuierten Persönlichkeitszügen einen negativen Einfluss auf die Rückfallwahrscheinlichkeit sehen, zumal sich in der bisherigen delinquenten Vorgeschichte des Beschwerdeführers sukzessive eine qualitative Progredienz widerspiegle und er sich eher in einer Opfer- als Täterrolle sehe. Der Beschwerdeführer zeige eine geringe Frustrationstoleranz mit der Folge aggressiver Handlungen. Er habe sich noch nicht mit seiner Tat auseinandergesetzt, sondern zeige sich verantwortungsabschiebend und bagatellisierend. Gestützt auf diese Überlegungen sowie die Prognoseinstrumente VRAG, SORAG und FOTRES stuft der Gutachter die Rückfallgefahr des Beschwerdeführers für ein Sexualdelikt als mittelgradig und für ein Gewaltdelikt als "knapp deutlich" ein. Eine ambulante, strafbegleitende Therapie sei sinnvoll und Erfolg versprechend, um die Rückfallgefahrwahrscheinlichkeit in eine positiv-günstige Richtung zu beeinflussen. Eine ambulante Behandlung in Freiheit sei hingegen nicht als hilfreich zu erachten, da es dem Beschwerdeführer in der Schweiz an genügend tragenden und für ihn verlässlichen Rahmenbedingungen fehle. Im Rahmen der Beurteilung der Gemeingefährlichkeit attestierte die AFA dem Beschwerdeführer für schwerwiegende Gewaltdelikte (bspw. schwere Körperverletzung) ein mittleres, für mittelgradige Gewaltdelikte (bspw. einfache Körperverletzung) ein hohes und für schwerwiegende Sexualstraftaten (bspw. Vergewaltigung) ein mittelhohes Rückfallrisiko.

Der Beschwerdeführer habe eine starke Tendenz zur Externalisierung seiner eigenen Verantwortung und sei nicht zur Schuldeinsicht fähig. Legalprognostisch negativ komme hinzu, dass der Beschwerdeführer mehrfach vorbestraft und bereits polymorph delinquent in Erscheinung getreten sei. Im Aussageverhalten bezüglich der Vergewaltigung und der früheren Gewaltdelikte habe sich der Beschwerdeführer teilweise nicht geständig bis verleugnend, bagatellisierend, externalisierend und emotional kalt gezeigt. Hinsichtlich der Gewaltdelinquenz müsse beim Beschwerdeführer im Verlauf seiner Delinquenzentwicklung von einer deutlichen qualitativen Progredienz ausgegangen werden. Weitere Faktoren, die für ein erhöhtes Rückfallrisiko sprechen würden, seien die gezeigte Strafunempfindlichkeit, die vom Gutachter als deliktrelevant festgestellte dissoziale Persönlichkeitsakzentuierung, Hinweise auf gewisse psychopathische Persönlichkeitszüge, die Neigung zu regelmässigem Substanzkonsum und die Hinweise für eine starke Identifikation mit krimineller Subkultur.

E. 5.4

Mit der von ihm begangenen versuchten vorsätzlichen Tötung hat der Beschwerdeführer eine Katalogtat nach Art. 64 Abs. 1 StGB begangen (vgl. Heer, Art. 64 N. 30), weshalb vor seiner bedingten Entlassung die Empfehlung der Fachkommission für Strafvollzugsfragen einzuholen ist, falls die Vollzugsbehörde die Frage der Gemeingefährlichkeit nicht eindeutig beantworten kann (Art. 75a Abs. 1 StGB). Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich verneinte zwar in ihrer Beurteilung vom 25. April 2012 die Gemeingefährlichkeit des Beschwerdeführers, kam aber zum Schluss, dass der Beschwerdeführer die öffentliche Sicherheit erheblich gefährde und bejahte die Notwendigkeit einer Vorlage an die Fachkommission. Die AFA kam in ihrer Risikoabklärung vom 7. Mai 2012 zum Schluss, dass vom Beschwerdeführer ein mittleres Delinquenzrisiko hinsichtlich schwerwiegender Gewaltdelikte und ein mittelhohes Risiko für schwerwiegende Sexualstraftaten ausgehe. Demgegenüber stufte der Gutachter das Rückfallrisiko für ein Gewaltdelikt als "knapp deutlich" und für ein Sexualdelikt als mittelgradig ein. Der Beschwerdegegner 1 äusserte sich weder in der Verfügung vom 9. Oktober 2017 noch im darauffolgenden Rekursverfahren explizit zur Gemeingefährlichkeit des Beschwerdeführers. Allerdings verweist der Beschwerdegegner 1 in der Verfügung vom 9. Oktober 2017 bezüglich der Rückfallgefahr auf die legalprognostischen Einschätzungen im Gutachten von C sowie die Risikoabklärung der AFA und geht entsprechend nach wie vor von einem erhöhten Rückfallrisiko aus. Zumindest sinngemäss bejahte er damit die Gemeingefährlichkeit des Beschwerdeführers (vgl. Heer, Art. 75a N. 9 f.). Nachdem der Beschwerdeführer seine Gemeingefährlichkeit bzw. ein erhöhtes Rückfallrisiko bestreitet, ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner 1 die Frage der Rückfallgefahr aufgrund der Aktenlage eindeutig beantworten konnte. In diesem Zusammenhang ist zunächst die vom Beschwerdeführer gerügte Aktualität des Gutachtens und der Risikobeurteilung der AFA zu beurteilen.

E. 5.5.1

Gemäss Rechtsprechung ist bezüglich der Aktualität eines früheren Gutachtens nicht primär auf das formelle Alter des Gutachtens abzustellen. Massgeblich ist vielmehr die materielle Frage, ob Gewähr dafür besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat. Soweit ein früheres Gutachten mit Ablauf der Zeit und zufolge veränderter Verhältnisse an Aktualität eingebüsst hat, sind neue Abklärungen unabdingbar. So gilt es etwa zu beachten, dass nach neuerer forensisch-psychiatrischer Lehre Gefährlichkeitsprognosen lediglich für den Zeitraum eines Jahres zuverlässig gestellt

werden können (BGE 128 IV 241 E. 3.4; BGr, 12. Juli 2010, 6B_331/2010, E. 3.3.3; VGr, 5. September 2013, VB.2013.00406, E. 4.1; Markus Hug, in: Andreas Donatsch [Hrsg.], StGB Kommentar, 19. A., Zürich 2013, Art. 62d N. 4).

E. 5.5.2

Das Gutachten von C wurde vor mittlerweile rund sechs Jahren erstellt. Zwar hat sich der Beschwerdeführer im Rahmen des Strafvollzugs trotz Ermutigung durch den zuständigen Sozialarbeiter keiner freiwilligen Therapie unterzogen. Die mangelnde Therapiebereitschaft erscheint vorliegend insofern massgebend, als der Gutachter eine ambulante, strafbegleitende Therapie als sinnvoll und erfolgversprechend erachtete, um die Rückfallgefahrenwahrscheinlichkeit in eine positiv-günstige Richtung zu beeinflussen. Immerhin nimmt der Beschwerdeführer aber gemäss dem Bericht zur Vollzugskoordinationssitzung I seit Mitte 2016 an (längeren) sozialarbeiterischen Gesprächen teil. Dabei sei über die Umstände der Tat, die Flucht, die Illegalität in der Schweiz, die Rapporte und Mittäter gesprochen worden. Der Beschwerdeführer sei offen, authentisch und positioniere sich gut. Er habe gesagt, dass er jetzt keine Rachegefühle mehr habe. Er sei jetzt eigenverantwortlich und habe gesagt, er hätte jederzeit aussteigen können oder gar nicht in die Schweiz kommen müssen. Der Beschwerdeführer sehe sich aber nach wie vor mehr als Opfer denn als Täter. Sodann sei der Beschwerdeführer psychisch stabil. Gemäss dem Vollzugsbericht der JVA B vom 30. Juni 2017 zeige der Beschwerdeführer eine "gewisse" Verantwortungsübernahme und signalisiere den Willen, eine Veränderungsbereitschaft herbeiführen zu wollen. Positiv zu werten sei, dass sich der Beschwerdeführer sichtlich bemühe, seinen Vollzugsalltag ohne Disziplinierungen zu gestalten. Er sei in der Lage, seinen Vollzugsalltag gewaltfrei zu absolvieren, was aufgrund seiner Vorgeschichte als grosser Fortschritt gewertet werden müsse. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer mittlerweile das Lernprogramm TisKo abgeschlossen hat. Das Lernprogramm ist zwar nicht deliktorientiert. Allerdings konnte der Beschwerdeführer in diesem Rahmen neue soziale Fertigkeiten und Verhaltensweisen und insbesondere neue Strategien zur Verhinderung von negativen Verhaltenskonsequenzen kennenlernen und trainieren. Insofern wird durch das Lernprogramm auch die generelle Legalbewährung unterstützt. Positiv zu berücksichtigen ist ausserdem, dass der Beschwerdeführer monatliche Zahlungen an die Opferhilfe leistet. Vor diesem Hintergrund kann – auch wenn die Akten nicht auf eine erhebliche Veränderung der Rückfallgefahr hinweisen – nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens vor sechs Jahren nicht verändert hat. Die festgestellten positiv zu würdigenden Fortschritte des Beschwerdeführers vermögen zumindest Zweifel an der Aktualität der gutachterlichen Einschätzung hervorzurufen, zumal der Gutachter bereits vor sechs Jahren lediglich eine mittelgradige bzw. "knapp deutliche" Rückfallgefahr festgestellt hat. Dasselbe gilt für die Risikobeurteilung der AFA, welche vom 7. Mai 2012 datiert und damit auch bereits sechs Jahre alt ist. Hinzu kommt, dass sich die Risikobeurteilung massgeblich auf das – wie soeben festgestellt – nicht mehr aktuelle Gutachten von C vom 10. Februar 2012 abstützt. Dementsprechend durften der Beschwerdegegner 1 und die Vorinstanz das Gutachten vom 10. Februar 2012 sowie die Risikobeurteilung der AFA vom 7. Mai 2012 nicht mehr als ausreichend zuverlässige Entscheidungsgrundlagen betrachten. Nachdem bereits aufgrund der fehlenden Aktualität nicht auf das Gutachten und die Risikobeurteilung der AFA hätte abgestellt werden dürfen, erübrigt sich eine Prüfung von deren Qualität.

E. 5.6

Es bleibt zu prüfen, ob die Frage der Gemeingefährlichkeit des Beschwerdeführers auch ohne Berücksichtigung des Gutachtens vom 10. Februar 2012 und der Risikobeurteilung der AFA vom 7. Mai 2012 eindeutig beantwortet werden kann oder ob der Beschwerdegegner 1 ein neues Gutachten bzw. eine neue Empfehlung der Fachkommission gemäss Art. 75a Abs. 1 StGB hätte einholen müssen. Die Beurteilung der Gemeingefährlichkeit bedarf einer umfassenden Prüfung im Sinn einer rechtsgenügenden Risikokalkulation. Im Vordergrund steht dabei die Gefahr weiterer Straftaten, die mit einer schweren Beeinträchtigung der physischen, psychischen oder sexuellen Integrität verbunden sind (Benjamin F. Brägger, Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 75a N. 9 f.). Für die Beurteilung der Rückfallgefahr haben sowohl der Beschwerdegegner 1 als auch die Vorinstanz massgeblich auf das Gutachten und die Risikobeurteilung der AFA aus dem Jahr 2012 abgestellt. Auch die JVA B stützt sich im aktuellen Vollzugsbericht vom 30. Juni 2017 auf das im Gutachten und in der Risikoabklärung der AFA festgestellte Rückfallrisiko. Damit liegen dem Verwaltungsgericht keine Akten vor, die eine zuverlässige Beurteilung der aktuellen Rückfallgefahr ohne Weiteres erlauben würden. Ohne eine aktuelle Einschätzung einer Fachperson lässt sich die Rückfallgefahr und damit die Gemeingefährlichkeit nicht eindeutig beantworten, zumal angesichts des infrage stehenden hochwertigen Rechtsguts von Leib und Leben auch ein geringes Rückfallrisiko nicht in Kauf genommen werden muss (BGr, 31. März 2014, 6B_842/2013, E. 3). Die Vorinstanz bzw. bereits der Beschwerdegegner 1 hätte daher eine aktuelle Empfehlung der Fachkommission gemäss Art. 75a Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 62d Abs. 2 StGB einholen müssen. Insofern ist die Beschwerde gutzuheissen und sind die angefochtenen Verfügungen der Vorinstanz vom 4. Dezember 2017 sowie des Beschwerdegegners 1 vom 9. Oktober 2017 aufzuheben. Angesichts der nicht ausreichend eruierten Rückfallgefahr des Beschwerdeführers ist es jedoch nicht angezeigt, diesen sofort bedingt aus dem Strafvollzug zu entlassen.

E. 6.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Dispositivziffer I der Verfügung der Justizdirektion vom 4. Dezember 2017 sowie Dispositivziffer I der Verfügung des Beschwerdegegners 1 vom 9. Oktober 2017 sind aufzuheben, unter entsprechender Änderung der vorinstanzlichen Kostenverlegung. Die Sache ist an den Beschwerdegegner 1 zur neuen Entscheidung nach Einholung einer Beurteilung gemäss Art. 75a Abs. 1 StGB durch die Fachkommission nach Art. 62d Abs. 2 StGB zurückzuweisen (zur Sprungrückweisung Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 64 N. 4, 14).

E. 6.2

Die Rückweisung zur erneuten Entscheidung bei offenem Ausgang ist in Bezug auf die Verlegung der Gerichts- und Parteikosten als Obsiegen zu behandeln, wenn die Rechtsmittelinstanz reformatorisch oder kassatorisch entscheiden kann (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2 mit Hinweisen; Donatsch, § 64 N. 5). Demnach hat der Beschwerdeführer als obsiegend zu gelten und sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens nach § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG der Beschwerdegegnerschaft je zur Hälfte aufzuerlegen, zumal neben dem Beschwerdegegner 1 auch der Beschwerdegegnerin 2 Parteistellung im vorliegenden Beschwerdeverfahren zukommt (§ 29 Abs. 3 des Straf- und Justizvollzugsgesetzes vom 19. Juni 2006) und sie die

Abweisung der Beschwerde beantragt hat. Entsprechend haben der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten, wobei sich ein Betrag in Höhe von je Fr. 500.- (inkl. Mehrwertsteuer) als angemessen erweist (§ 17 Abs. 2 VRG). Da – wie noch zu zeigen sein wird – dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren ist, ist die Parteientschädigung direkt seinem Rechtsvertreter in Anrechnung auf sein Honorar als unentgeltlicher Rechtsbeistand zuzusprechen (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 16 N. 104, § 17 N. 45; vgl. sogleich E. 6.3).

E. 6.3

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung ist bei diesem Verfahrensausgang als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Zu prüfen bleibt dasjenige um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung.

E. 6.3.1

Gemäss § 16 Abs. 1 und 2 VRG haben Private, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheinen, Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Mittellos ist, wer die erforderlichen Vertretungskosten lediglich bezahlen kann, wenn er jene Mittel heranzieht, die er für die Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie benötigt (Plüss, § 16 N. 18). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Aussichten auf Gutheissung um derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Plüss, § 16 N. 46).

E. 6.3.2

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der sich seit über acht Jahren im Strafvollzug befindende Beschwerdeführer mittellos ist. Sodann können seine Begehren nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden, zumal er teilweise obsiegt. Die Verweigerung der bedingten Entlassung betrifft den Beschwerdeführer zudem in schwerwiegender Weise. Angesichts der nicht einfachen Fragestellungen im vorliegenden Beschwerdeverfahren erscheint die Annahme vertretbar, dass der Beschwerdeführer zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf einen Rechtsvertreter angewiesen war (vgl. Plüss, § 16 N. 80 f.). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung ist deshalb gutzuheissen und dem Beschwerdeführer ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person seines derzeitigen Vertreters, RA D, zu bestellen.

E. 6.3.3

Gemäss § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 wird dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der notwendige Zeitaufwand nach den Stundenansätzen des Obergerichts für die amtliche Verteidigung entschädigt, wobei der notwendige Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses berücksichtigt und Barauslagen separat entschädigt werden. Der Stundenansatz des Obergerichts beträgt gemäss § 3 der obergerichtlichen Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 für unentgeltliche Rechtsvertretungen Fr. 220.-.

E. 6.3.4

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren einen Aufwand von insgesamt 9,25 Stunden zu Fr. 220.- geltend.

Dies erscheint angemessen. Die geltend gemachten Barauslagen in Höhe von Fr. 55.30 sind ausgewiesen. Damit ist der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das Beschwerdeverfahren wie beantragt mit Fr. 2'035.- plus Barauslagen von Fr. 55.30 zuzüglich Mehrwertsteuer auf den Gesamtbetrag zu entschädigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Mehrwertsteuersatz per 1. Januar 2018 von bisher 8 % auf 7,7 % gesunken ist, was vorliegend ein Betrag von Fr. 166.55 ergibt. Dies ergäbe eine Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters von Fr. 2'256.85. Daran ist die Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'000.- (vgl. E. 6.2) anzurechnen. Demnach ist der Rechtsvertreter mit insgesamt Fr. 1'256.85 (inklusive Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

E. 6.3.5

Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 VRG hingewiesen, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Prozessführung und/oder Rechtsvertretung gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

E. 7

Der vorliegende Rückweisungsentscheid stellt einen Zwischenentscheid dar (BGE 133 II 409 E. 1.2). Solche sind nach Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) vor Bundesgericht nur dann anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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