

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00541 vom 18. Dezember 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00541](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00541)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00541 du 18 décembre 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00541 del 18 dicembre 2018

## Regeste

Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug | Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug Sofern der vorzeitige Strafvollzug überhaupt in einer offenen Anstalt zulässig sein sollte, könnte ihn allein das zuständige Gericht - und nicht die Vollzugsbehörde - als Ersatzmassnahme zur strafprozessualen Haft im geschlossenen Vollzug anordnen (E. 5.3). Der Beschwerdeführer hätte sein Gesuch um Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug daher an die Verfahrensleitung richten sollen. Soweit § 20 Abs. 2 Satz 3 JVV die Kompetenz zum Entscheid über die Gewährung des offenen vorzeitigen Strafvollzugs der Vollzugsbehörde zuweist, ist die Bestimmung bundesrechtswidrig und daher nicht anzuwenden (E. 5.4). Abweisung im Sinn der Erwägungen.

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung VB.2019.00541 Urteil der 3. Kammer vom 9. Januar 2020 Mitwirkend: Verwaltungsrichter Rudolf Bodmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter André Moser, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiber Yannick Weber. In Sachen A, zzt. JVA B, vertreten durch RA C, Beschwerdeführer, gegen 1. Justizvollzug Kanton Zürich, Rechtsdienst der Amtsleitung, 2. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerschaft, betreffend Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug, hat sich ergeben: I. A. Die Staatsanwaltschaft bewilligte A am 19. Januar 2018 den vorzeitigen Strafvollzug und verfügte, ihm werde bis zur Rechtskraft des Strafurteils kein Urlaub gewährt. Mit Verfügung vom 4. April 2018 wies das Bezirksgericht D ein Gesuch von A auf Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug ab. Am 18. Dezember 2018 wies das Bezirksgericht D ein Gesuch von A um Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug ab, weil Fluchtgefahr bestehe. B. Mit Urteil des Bezirksgerichts D vom 18. Dezember 2018 wurde A wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und weiterer Delikte mit einer Freiheitsstrafe von 11 Jahren, unter Anrechnung von 631 Tagen Untersuchungshaft, und einer Geldstrafe bestraft. Gegen dieses Urteil meldete A Berufung an. C. Am 28. Januar 2019 stellte A beim Amt für Justizvollzug ein Gesuch um Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug. Mit Verfügung vom 5. März 2019 lehnte das Amt für Justizvollzug dieses Gesuch ab, weil die zuständige Verfahrensleitung Einspruch gegen die Gewährung von Vollzugslockerungen erhoben habe. II. Gegen diese Verfügung vom 5. März 2019 erhob A Rekurs bei der Direktion der Justiz und des Innern. Er beantragte seine Versetzung in den offenen Vollzug sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Beiordnung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin. Mit Verfügung vom 19. Juli 2019 wies die Direktion der Justiz und des Innern den Rekurs sowie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und

Rechtsverbeiständung ab und auferlegte ihm die Verfahrenskosten. III. A gelangte dagegen am 22. August 2019 mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Er beantragte seine Versetzung in den offenen Vollzug und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Rekursverfahren; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Direktion der Justiz und des Innern zurückzuweisen. Ferner beantragte er eine Parteientschädigung und stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und um Bestellung seiner Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin. Die Direktion der Justiz und des Innern und das Amt für Justizvollzug beantragten unter Verzicht auf Vernehmlassung am 28. August bzw. 25. September 2019 die Abweisung der Beschwerde. Die Oberstaatsanwaltschaft reichte am 22. Oktober 2019 eine Stellungnahme ein, wozu sich A mit Eingaben vom 4. und 7. November 2019 äusserte. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zur Beurteilung der Beschwerde gegen den angefochtenen Rekursentscheid zuständig. Der Fall ist aufgrund der Bedeutung der nachfolgend von Amtes wegen vorzunehmenden konkreten Normenkontrolle von der Kammer zu beurteilen (§ 38b Abs. 2 VRG), womit sich eine Prüfung erübrigt, ob die Angelegenheit andernfalls in die einzelrichterliche Zuständigkeit fiele. 2. 2.1 Beim vorzeitigen Sanktionsvollzug handelt es sich um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme auf der Schwelle zwischen Strafverfolgung und Sanktionsvollzug, welche strafprozessuale Haftgründe nach Art. 221 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) voraussetzt (BGE 143 I 241 E. 3.5). Gemäss Art. 236 Abs. 1 StPO kann die Verfahrensleitung einer beschuldigten Person bewilligen, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehende Massnahmen vorzeitig anzutreten, sofern der Stand des Verfahrens es erlaubt. Die Verfahrensleitung im gegen den Beschwerdeführer geführten Strafverfahren lag zunächst bis zur Anklageerhebung bei der Staatsanwaltschaft und danach beim Bezirksgericht D (Art. 61 lit. a und c StPO); an das Obergericht geht die Verfahrensleitung mit dem dortigen Eingang der Berufungsanmeldung und des schriftlich begründeten Urteils des Bezirksgerichts samt Akten über (vgl. Adrian Jent in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014 [BSK StPO], Art. 61 N. 14). 2.2 Da der vorzeitige Strafvollzug die Sicherungsbedürfnisse der Untersuchungshaft mit zu gewährleisten hat, kommt ein Verlassen der geschlossenen Anstalt während des vorzeitigen Strafvollzugs grundsätzlich nicht in Betracht; Urlaub sowie die Zulassung zum Arbeits- oder Wohnexternat muss den ordentlichen Strafgefangenen vorbehalten bleiben (Matthias Härrli, BSK StPO, Art. 236 N. 26; vgl. auch BGr, 9. Februar 2018, 1B\_20/2018, E. 2.1). Für die Bewilligung von Besuchen (Art. 235 Abs. 2 StPO) und die Briefkontrolle (Art. 235 Abs. 3 StPO) bleibt auch nach dem vorzeitigen Antritt der Sanktion die Verfahrensleitung zuständig (Härrli, N. 27). 2.3 Mit dem Eintritt in die Vollzugsanstalt tritt die beschuldigte Person ihre Strafe oder Massnahme an; sie untersteht von diesem Zeitpunkt an dem Vollzugsregime, wenn der Zweck der Untersuchungs- oder der Sicherheitshaft dem nicht entgegensteht (Art. 236 Abs. 4 StPO). Gemäss § 20 Abs. 1 der Justizvollzugsverordnung vom 6. Dezember 2006 (JVV) sorgt das Amt für die Durchführung des vorzeitigen Strafvollzugs und die erforderlichen Vollzugsregelungen. Der vorzeitige Antritt erfolgt vorbehaltlich besonderer einschränkender Anordnungen der Verfahrensleitung gemäss Art. 236 StPO in einer geschlossenen Vollzugseinrichtung nach den Regeln und Zuständigkeiten für den Vollzug rechtskräftiger Urteile (§ 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 JVV).

### **E. 3.1**

Gemäss § 20 Abs. 2 Satz 3 JVV können Vollzugslockerungen gewährt werden, wenn die Verfahrensleitung nicht wegen strafprozessualen Haftgründen dagegen Einspruch erhebt.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwog, dass der vorzeitige Strafvollzug zwar grundsätzlich auf geschlossene Anstalten bzw. geschlossene Abteilungen von offenen Anstalten zu beschränken sei; Ausnahmen von diesem Grundsatz seien gestützt auf § 20 Abs. 2 JVV jedoch möglich. Vorliegend habe allerdings die Verfahrensleitung Einspruch gegen die Bewilligung des offenen Vollzugs erhoben; dieser Einspruch sei für die Vollzugsbehörde bindend. Zudem dürfe dem Beschwerdeführer der offene Vollzug infolge Fluchtgefahr ohnehin nicht bewilligt werden.

### **E. 4**

Nach Art. 79 Abs. 1 der Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 (KV) wenden die Gerichte und die vom Volk gewählten kantonalen Behörden Bestimmungen, die gegen übergeordnetes Recht verstossen, nicht an. Das Verwaltungsgericht ist aufgrund dieser Bestimmung sowie des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen zur Vornahme einer konkreten Normenkontrolle auch ohne entsprechendes Vorbringen einer Verfassungsklage berufen (Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 50 N. 43 f.). Im Rahmen der akzessorischen (konkreten) Normenkontrolle ist einer Bestimmung die Anwendung dann zu versagen, wenn sie sich – so wie sie im konkreten Fall angewendet wurde – jeder mit dem übergeordneten Recht konformen Auslegung entzieht (Donatsch, § 20 N. 34 mit Hinweisen).

### **E. 5.1**

Kraft Bundesrecht ist für die Bewilligung von Kontakten einer Person im vorzeitigen Strafvollzug zur Aussenwelt allein die Verfahrensleitung zuständig (hiervor E. 2.2). Diese kann besser als die Vollzugsorgane beurteilen, inwieweit der Haftzweck durch Kontakte des Gefangenen mit Drittpersonen gefährdet wird (Härri, N. 27). Eine Kompetenz der Vollzugsbehörden zur Bewilligung des offenen Vollzugs, welcher dem Gefangenen im vorzeitigen Strafvollzug die Kontaktaufnahme zu Dritten ermöglicht, wäre mit dieser Zuständigkeitsordnung nicht vereinbar.

### **E. 5.2**

§ 20 Abs. 2 Satz 3 JVV weist der Vollzugsbehörde die Zuständigkeit zum Entscheid über Vollzugslockerungen zu, aber sieht zugleich vor, dass die Verfahrensleitung gegen deren Gewährung Einspruch erheben und damit sicherstellen kann, dass der Haftzweck durch den Entscheid der Vollzugsbehörde nicht gefährdet wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Gabelung der Zuständigkeiten und Rechtswege im strafprozessualen Haftrecht jedoch grundsätzlich ausgeschlossen, da eine solche das Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Art. 5 Abs. 2 StPO) tangieren und zu einer bundesrechtswidrigen Komplizierung und Verzögerung des Rechtsschutzes im strafprozessualen Haftrecht führen würde (BGE 143 I 241 E. 4.4). Konkret betrachtete es das Bundesgericht im genannten Fall als unzulässig, einer kantonalen Strafvollzugsbehörde die Zuständigkeit für die Bewilligung von Hafturlauben eines Gefangenen im vorzeitigen Strafvollzug zuzuweisen. Diese Rechtsprechung muss auch eine Unterscheidung zwischen

der Zuständigkeit zur Bewilligung von Kontakten der Person im vorzeitigen Strafvollzug mit der Aussenwelt und der Zuständigkeit zur Bewilligung des offenen vorzeitigen Strafvollzugs ausschliessen, zumal der offene Vollzug notwendigerweise mit der faktischen Möglichkeit einer Kontaktaufnahme mit Dritten verbunden ist. Eine solche parallele Zuständigkeit der Vollzugsbehörde und der Verfahrensleitung zur Bewilligung von Kontakten einer Person im vorzeitigen Strafvollzug mit Dritten würde zu einer unzulässigen Komplizierung des Rechtsschutzes in strafprozessualen Haftangelegenheiten führen.

### **E. 5.3**

Für eine Zuständigkeit einer kantonalen Strafvollzugsbehörde zur Bewilligung des offenen vorzeitigen Strafvollzugs besteht im durch die StPO geschaffenen System zudem von vornherein kein Raum, weil sich Personen im vorzeitigen Strafvollzug grundsätzlich nicht im offenen Vollzug befinden dürfen. Letzteres folgt aus dem Umstand, dass sich eine Person vor ihrer rechtskräftigen Verurteilung nur bei Vorliegen von Haftgründen nach Art. 221 StPO in Haft befinden darf und der offene Vollzug alle zulässigen Haftzwecke vereiteln würde, weil dem Gefangenen in diesem Haftregime das Verlassen der Anstalt möglich ist (vgl. auch E. 2.2 vorstehend). Ist die strafprozessuale Haft (im geschlossenen Vollzug) nicht notwendig, um den Haftzweck zu erfüllen, so ordnet das zuständige Gericht – und nicht die Vollzugsbehörde – Ersatzmassnahmen nach Art. 237 StPO an, wie beispielsweise den Hausarrest verbunden mit Electronic Monitoring (Abs. 2 lit. c Variante 1 in Verbindung mit Abs. 3). Ob die Versetzung einer Person in strafprozessualer Haft in den offenen Vollzug eine zulässige Ersatzmassnahme zur Haft im geschlossenen Vollzug darstellen würde, welche in der nicht abschliessenden Aufzählung des Art. 237 Abs. 2 StPO (vgl. Härrli, BSK StPO, Art. 237 N. 7 mit Hinweisen) nicht aufgeführt ist, wäre vom zuständigen Gericht zu entscheiden. Einer Vollzugsbehörde darf jedenfalls nicht zustehen, über die Anordnung von Ersatzmassnahmen zu entscheiden, was sie mit einem Entscheid über die Gewährung des offenen Vollzugs im Ergebnis jedoch täte. Das kantonale Recht kann folglich keine Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde zur Bewilligung des offenen vorzeitigen Strafvollzugs vorsehen, ohne damit der bundesrechtlichen Regelung der strafprozessualen Haft und der in der StPO vorgesehenen Zuständigkeitsordnung in strafprozessualen Haft Sachen in fundamentaler Hinsicht zu widersprechen. Dies zeigt sich exemplarisch im vorliegenden Fall. Bestünde eine Zuständigkeit des Amtes für Justizvollzug als Verwaltungsbehörde zum Entscheid über die Frage, ob einer Person im vorzeitigen Strafvollzug der Vollzug in einer offenen Vollzugsanstalt gewährt werden könne, könnte das Verwaltungsgericht als für öffentlich-rechtliche Angelegenheiten zuständige (in aller Regel zweite) Instanz (§ 1 VRG) unter anderem in die Lage kommen, das Vorgehen der strafgerichtlichen Verfahrensleitung überprüfen zu müssen. Schon aufgrund der Ferne des Verwaltungsgerichts zum konkreten Strafverfahren, hier im Berufungsstadium vor Obergericht, erwiese sich ein solches Vorgehen als wenig zweckmässig. Zudem würde das Verwaltungsgericht letztlich in die Rolle versetzt, das Vorgehen eines Strafgerichts (Verfahrensleitung) überprüfen zu müssen, wofür es – anders als etwa im Gewaltschutzverfahren gegenüber dem Zwangsmassnahmengericht (§§ 8 Abs. 2 und 11a Abs. 1 des Gewaltschutzgesetzes vom 19. Juni 2006) – an einer gesetzlichen Grundlage fehlte. Weiter wäre das Verwaltungsgericht darauf angewiesen, sich aufgrund der Akten ein Bild der Beschwerde führenden Person im Hinblick auf die Gewährung des offenen Vollzugs im vorzeitigen Strafvollzug zu machen. Hierzu erscheint indes die mit dem konkreten Strafverfahren befasste Verfahrensleitung weitaus geeigneter, zumal damit auch ein rascherer Entscheid sichergestellt würde, was wiederum der ansprechenden Person

zugutekäme. Auch dies spricht gegen die von § 20 Abs. 2 Satz 3 JVV vorgesehene Zuständigkeitsordnung.

#### **E. 5.4**

Die in § 20 Abs. 2 Satz 3 JVV verankerte Zuständigkeitsordnung erweist sich nach dem Ausgeführten als bundesrechtswidrig, zumindest insoweit der Vollzugsbehörde darin die Kompetenz zum Entscheid über die Anordnung des offenen vorzeitigen Strafvollzugs zugesprochen wird. Der Beschwerdeführer hätte sich mit seinem Gesuch um Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug an die zuständige strafprozessuale Verfahrensleitung wenden müssen.

#### **E. 5.5**

Der Beschwerdeführer ist nach den vorstehenden Erwägungen nicht in den offenen Vollzug zu versetzen, zumal das Verwaltungsgericht solches gar nicht anordnen dürfte. Auch eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Neuurteilung einer derartigen Versetzung fällt angesichts der Unzuständigkeit des Beschwerdegegners für einen derartigen Entscheid ausser Betracht. Die Beschwerde ist daher insoweit im Sinn der Erwägungen abzuweisen. Über die Rechtsnatur des Einspruchs nach § 20 Abs. 2 Satz 3 JVV bzw. die Frage, in welcher Form und unter Beachtung welcher Begründungsanforderungen dieser zu erheben ist, braucht unter diesen Umständen nicht befunden zu werden, ebenso wenig über die weiteren Rügen des Beschwerdeführers.

#### **E. 6.1**

Die Vorinstanz verweigerte dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung, weil seine Mittellosigkeit nicht erwiesen sei. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, seine Mittellosigkeit ergebe sich aus den Akten, namentlich der Eintrittserhebung der JVA B vom 1. Februar 2019, wonach er kein Vermögen besitze, der Anklageschrift, welche alle seine Vermögenswerte als illegal erworben betrachte, sowie dem erstinstanzlichen Urteil im Dispositiv, welches die Kosten der amtlichen Verteidigung vorbehaltlich Nachforderung nach Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen habe und damit von seiner Mittellosigkeit ausgegangen sei.

#### **E. 6.2**

Gemäss § 16 Abs. 1 VRG ist Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, die Bezahlung von Verfahrenskosten zu erlassen. Ob der Beschwerdeführer als mittellos hätte betrachtet werden müssen, kann infolge offensichtlicher Aussichtslosigkeit seiner Rekursbegehren offenbleiben. Von offensichtlicher Aussichtslosigkeit ist auszugehen, weil zum Zeitpunkt der Rekuserhebung keinerlei Aussicht zu obsiegen bestand. Die Versetzung einer Person im vorzeitigen Strafvollzug in den offenen Vollzug ist nämlich grundsätzlich ausgeschlossen (dazu vorstehend E. 2.2 und 5.3). Das Bezirksgericht D behandelte am 4. April 2018 ein erstes Gesuch des Beschwerdeführers auf Versetzung in den offenen vorzeitigen Strafvollzug und wies dieses ab, nachdem das ursprünglich an den Beschwerdegegner 1 gestellte Gesuch der Staatsanwaltschaft E zur Stellungnahme weitergeleitet und von der Staatsanwaltschaft zuständigkeitshalber der Verfahrensleitung zugestellt worden war. Für den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ergab sich somit ohne Weiteres bereits aus den Akten, das ein – in der Sache ohnehin aussichtsloses – Gesuch um Bewilligung des offenen vorzeitigen Strafvollzugs nicht an den Beschwerdegegner 1 hätte gestellt werden sollen, sondern er zur Geltendmachung seines Anliegens beim dannzumal zuständigen Bezirksgericht D die

Anordnung einer Ersatzmassnahme nach Art. 237 StPO hätte verlangen sollen. Weder den Beschwerdegegner noch die Vorinstanz traf im Übrigen eine Pflicht nach § 5 Abs. 2 VRG zur Weiterleitung der Eingabe an die Verfahrensleitung zur Behandlung als Gesuch um Anordnung von Ersatzmassnahmen, zumal ein solches Gesuch nicht fristgebunden ist und die Weiterleitungspflicht nach § 5 Abs. 2 VRG in Bezug auf Strafbehörden nicht gilt (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 5 N. 54, 59).

#### **E. 7.1**

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Infolge Unterliegens steht ihm keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer ersuchte für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Beiordnung seiner Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin. Da die Beschwerde aus denselben Gründen wie der Rekurs (dazu oben E. 6.2) als offensichtlich aussichtslos zu betrachten ist, sind die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteiständung für das Beschwerdeverfahren abzuweisen.

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