

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00726 vom 23. März 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-03-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00726](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00726)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00726 du 23 mars 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00726 del 23 marzo 2020

## Regeste

Strafvollzug mit Electronic Monitoring | Strafvollzug mittels Electronic Monitoring Für den Vollzug von teilbedingten Strafen mittels Electronic Monitoring ist die Gesamtdauer der Strafe, d.h. der bedingte plus der unbedingte Teil, massgebend (E. 3.2.2). Daran ändert nichts, dass beim Vollzug von teilbedingten Strafen in Form von Halbgefängenschaft in ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur an den unbedingten Teil der Strafe angeknüpft wird (E. 3.2.3). Der Beschwerdeführer wurde zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren, davon 18 Monate teilbedingt, verurteilt. Damit erfüllt er die zeitlichen Voraussetzungen gemäss Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB nicht (E. 3.3). Abweisung der Beschwerde.

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung VB.2019.00726 Urteil der 3. Kammer vom 23. März 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsident Rudolf Bodmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Matthias Hauser, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiberin Rahel Zehnder. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Justizvollzug Kanton Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Strafvollzug mit Electronic Monitoring, hat sich ergeben: I. A wurde mit Urteil des Bezirksgerichts C vom 22. Februar 2019 wegen mehrfacher Urkundenfälschung und mehrfacher Täuschung der Behörden sowie des Versuchs dazu zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren, davon 18 Monate teilbedingt (mit einer Probezeit von drei Jahren), verurteilt. Es wurde daher der Vollzug der Freiheitsstrafe über 6 Monate – abzüglich 160 Tage bereits erstandene Haft – angeordnet. Ebenfalls wurde der Vollzug einer Geldstrafe von 135 Tagessätzen zu Fr. 90.- angeordnet. Mit Schreiben vom 1. April 2019 bot das Amt für Justizvollzug (JUV) A an, die zu vollziehende Strafe in Form der Halbgefängenschaft zu verbüssen. Am 18. April 2019 ersuchte A darum, die noch zu vollziehenden 20 Tage Freiheitsstrafe in der besonderen Vollzugsform der elektronischen Überwachung verbüssen zu können. Dieses Gesuch lehnte das JUV mit Verfügung vom 8. Juli 2019 ab. II. Gegen die Verfügung vom 8. Juli 2019 erhob A am 8. August 2019 Rekurs bei der Direktion der Justiz und des Innern und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Bewilligung der besonderen Vollzugsform der elektronischen Überwachung. Die Direktion der Justiz und des Innern wies den Rekurs am 30. September 2019 ab. III. Mit Beschwerde vom 1. November 2019 beantragte A dem Verwaltungsgericht, der Rekursentscheid der Direktion der Justiz und des Innern vom 30. September 2019 sei aufzuheben und sein Gesuch vom 18. April 2019, die noch zu vollziehenden 20 Tage Freiheitsstrafe in der besonderen Vollzugsform der elektronischen Überwachung verbüssen zu können, gutzuheissen. Alles unter Kosten- und

Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdegegners bzw. zulasten der Staatskasse. Die Direktion der Justiz und des Innern beantragte am 18. November 2019 unter Verzicht auf eine Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Mit Beschwerdeantwort vom 9. Dezember 2019 beantragte auch das JUV die Abweisung der Beschwerde. Dazu liess sich A nicht mehr vernehmen. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Beschwerden betreffend Streitigkeiten im Bereich Justizvollzug nach dem Straf- und Justizvollzugsgesetz vom 19. Juni 2006 werden vom Einzelrichter behandelt, sofern sie nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Kammer zur Beurteilung überwiesen werden (§ 38b Abs. 1 lit. d Ziff. 2 in Verbindung mit § 38b Abs. 2 VRG). Da ein Fall von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, ist die Sache durch die Kammer zu beurteilen. 2. 2.1 Der Beschwerdegegner wies das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung des Vollzugs der Strafe mittels elektronischer Überwachung gemäss Art. 79b Abs. 1 lit. a des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB) ab, weil der Vollzug mittels elektronischer Überwachung nur für Freiheitsstrafen von 20 Tagen bis 12 Monate möglich sei. Dabei sei für die Berechnung der Strafdauer bei teilbedingten Strafen die Gesamtdauer der Strafe (bedingter und unbedingter Teil) massgebend. 2.2 Die Vorinstanz schützte diesen Entscheid und erwog zusammengefasst, das Bundesgericht habe mit Entscheid vom 17. März 2016 (6B\_1253/2015) ausdrücklich festgehalten, dass für die Gewährung der elektronischen Überwachung die ausgesprochene Strafe (ab initio) massgebend sei. Diese bundesgerichtliche Praxis gelte auch heute – nach dem Inkrafttreten der Änderungen des Sanktionenrechts des Allgemeinen Teils des StGB – noch, zumal Art. 79b StGB mit den früheren Vorgaben zu den zeitlichen Voraussetzungen der Gewährung des Electronic Monitoring übereinstimme. Im Unterschied zur Halbgefängenschaft sei daher bei teilbedingt ausgesprochenen Strafen beim Electronic Monitoring nach wie vor auf die ausgesprochene Strafe ab initio abzustellen: Massgeblich sei die Gesamtstrafe, d. h. der bedingte und der teilbedingte Teil. Die strengeren zeitlichen Voraussetzungen im Unterschied zur Halbgefängenschaft erschienen abgesehen davon auch insoweit nachvollziehbar, als der Vollzug der elektronischen Überwachung gänzlich ausserhalb einer Vollzugseinrichtung erfolge, wohingegen die verurteilte Person während der Halbgefängenschaft zumindest ihre Ruhe- und Freizeit in der Anstalt verbringe und damit erhöhter Betreuung und Überwachung unterstehe. 2.3 Dagegen wendet der Beschwerdeführer ein, die Auffassung der Vorinstanz und die unterschiedlichen zeitlichen Voraussetzungen für Halbgefängenschaft und Electronic Monitoring verletzen Art. 79b StGB und Art. 8 und 9 BV. Gemäss klarem Wortlaut von Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB sei Electronic Monitoring in zeitlicher Hinsicht für den Vollzug einer Freiheitsstrafe bis zu 12 Monaten möglich. Es sei in dieser Gesetzesbestimmung keine Rede davon, dass die Gesamtdauer der teilbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe massgebend sein soll. Der Beschwerdeführer habe noch eine Freiheitsstrafe von 20 Tagen zu verbüssen. Der vorinstanzliche Entscheid verstosse daher gegen Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB. Der von der Vorinstanz angeführte Entscheid des Bundesgerichts sei vor dem Inkrafttreten von Art. 79b StGB ergangen. Damals habe noch kein bundes- oder kantonaler Anspruch auf Vollzug in Form von Electronic Monitoring bestanden, und die Kantone hätten die Anwendung des Electronic Monitoring festlegen und unter Vorbehalt der Willkür restriktiven Bedingungen unterwerfen können. Seit Inkrafttreten von Art. 79b StGB hätten die Kantone aber keine solch einschränkenden Kompetenzen mehr, weshalb die

Einschränkung in den Richtlinien vom 31. März 2018 der Ostschweizer Strafvollzugskommission und der gestützt darauf ergangene vorinstanzliche Entscheid unzulässig seien. Eine Unterscheidung zwischen bzw. verschiedene Berechnungen für Electronic Monitoring und Halbgefängenschaft seien mit dem Gesetzeswortlaut des StGB und der nicht mehr vorhandenen kantonalen Einschränkungskompetenz nicht mehr zu vereinbaren und auch sachlich nicht gerechtfertigt. Gerade im vorliegenden Fall, wo es noch lediglich um zu verbüssende 20 Tage gehe, komme der allenfalls erhöhten Betreuung und Überwachung keine Bedeutung mehr zu. Zumindest vorliegend sei auch für den Vollzug mittels Electronic Monitoring lediglich auf den unbedingten Teil der Strafe abzustellen.

### **E. 3.1**

Am 1. Januar 2018 traten die Änderungen des Sanktionenrechts des Allgemeinen Teils des StGB in Kraft. Dabei wurde neu schweizweit die besondere Vollzugsform der elektronischen Überwachung (Electronic Monitoring [EM]) eingeführt. Nach Art. 79b Abs. 1 StGB kann nun die Vollzugsbehörde auf Gesuch des Verurteilten hin den Einsatz elektronischer Geräte und deren feste Verbindung mit dem Körper des Verurteilten anordnen für den Vollzug einer Freiheitsstrafe oder einer Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen bis zu 12 Monaten (lit. a; sog. EM-Frontdoor) oder anstelle des Arbeitsexternates oder des Arbeits- und Wohnexternates für die Dauer von 3 bis 12 Monaten (lit. b; sog. EM-Backdoor).

### **E. 3.2**

Strittig ist vorliegend, wie die für den elektronisch überwachten Strafvollzug massgebliche Strafdauer berechnet wird.

#### **E. 3.2.1**

Bei unbedingten Strafen ist sowohl nach den Materialien als auch nach der herrschenden Lehre die vom Richter ausgesprochene Strafdauer (sog. Bruttostrafe) massgebend und nicht die nach Abzug ausgestandener Untersuchungs- oder Sicherheitshaft noch zu verbüssende Reststrafe (sog. Nettostrafe; BBl 2012 4721 ff., 4748; Cornelia Koller, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Strafrecht I, 4. A., 2019 [Basler Kommentar StGB I], Art. 79b N. 11; Benjamin F. Brägger, Vollzugsrechtliche Auswirkungen der jüngsten Revision des Schweizerischen Sanktionenrechts, in: SZK 2/2017 S. 18-32 [Brägger, SZK], 24; Sophie Werninger, Die elektronische Überwachung [Art. 79b StGB], in: ZStrR 2018 S. 214–247, 223 f.; vgl. Stefan Heimgartner, in: Andreas Donatsch [Hrsg.], Orell Füssli Kommentar, STGB/JSTGB, 20. A., Zürich 2018, Art. 79b StGB N. 5; a. A. Jasmine Stössel, Unterschiedliche Massstäbe für Electronic Monitoring und Halbgefängenschaft, in: ContraLegem 2019/2 S. 84-88 [Stössel, ContraLegem]).

#### **E. 3.2.2**

Zur Frage, wie die für den EM-Frontdoor-Vollzug massgebende Strafdauer bei teilbedingten Strafen berechnet wird, lässt sich weder dem Wortlaut von Art. 79b Abs. 1 StGB noch den Materialien eine eindeutige Regelung entnehmen. So äussert sich die Botschaft vom 4. April 2012 dazu nicht ausdrücklich (vgl. BBl 2012 4721 ff., 4748). Indes äusserte sich das Bundesgericht vor Inkrafttreten von Art. 79b StGB dahingehend, dass eine kantonale Bestimmung, wonach bei teilbedingten Freiheitsstrafen zur Berechnung der für den EM-Frontdoor-Vollzug massgeblichen Strafdauer der unbedingt zu

vollziehende Teil massgebend ist, die in der Bewilligung des Bundesrates statuierte Strafmassobergrenze von zwölf Monaten verletze. Die Bestimmung der kantonalen Verordnung sei somit mit Wortlaut, Sinn und Zweck des "übergeordneten Rechts" nicht vereinbar und verletze Bundesrecht. Massgebend sei die ausgesprochene Strafe ab initio. Mit Verweis auf die Botschaft vom 4. April 2012 hielt das Bundesgericht ausserdem fest, dass andernfalls der EM-Vollzug sogar für schwere Delikte offenstehe, sofern nur die zu verbüssende Reststrafe nicht mehr als ein Jahr betragen würde, was dem Willen des Gesetzgebers widerspräche (BGr, 17. März 2016, 6B\_1253/2015, E. 2.6). Das Bundesgericht bestätigte diese Rechtsprechung in den Entscheiden 6B\_51/2016 vom 3. Juni 2016 (E. 5.4) und 6B\_1204/2015 vom 3. Oktober 2016 (E. 1.4). Es ist davon auszugehen, dass diese vom Bundesgericht festgelegte Praxis auch nach Inkrafttreten von Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB ihre Gültigkeit bewahrt, stimmt doch einerseits der Wortlaut von Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB im Hinblick auf den massgeblichen Strafraum mit der Formulierung von Ziff. 1 lit. a der damals geltenden Bewilligung des Bundesrates überein (Bundesratsbeschluss vom 2. September 2015 über die Verlängerung der Bewilligungen für die Kantone Bern, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Tessin, Waadt und Genf, Freiheitsstrafen in Form des elektronisch überwachten Vollzugs ausserhalb der Vollzugseinrichtungen zu vollziehen, BBl 2015 6925; Peter Aebersold, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 79b N. 8). Andererseits bezog sich das Bundesgericht im genannten Entscheid bereits auf die Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 4. April 2012 und damit auf den neuen Art. 79b StGB (BGr, 17. März 2016, 6B\_1253/2015, E. 2.6). Es gibt damit keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bundesgericht nach Inkrafttreten von Art. 79b StGB von seiner Rechtsprechung abweichen wollte. Von der Weitergeltung dieser bundesgerichtlichen Praxis unter neuem Recht geht denn auch die herrschende Lehre aus (Koller, Art. 79b N. 12; Brägger, SZK, S. 24; Werninger, S. 226; Jasmine Stössel, Electronic Monitoring im Schweizer Erwachsenenstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Änderungen des Sanktionenrechts, Zürich/Basel/Genf 2018 [Stössel, Electronic Monitoring], S. 182 f., wobei die Rechtsprechung des Bundesgerichts hernach kritisiert wird; a. A. Stössel, ContraLegem, S. 87 f.). Dementsprechend ist mit der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre davon auszugehen, dass für den Vollzug mittels Electronic Monitoring bei teilbedingten Strafen die Gesamtdauer der Strafe, d. h. der bedingte plus der unbedingte Teil, massgebend ist.

### **E. 3.2.3**

Im Gegensatz zum Vollzug von teilbedingten Strafen mittels Electronic Monitoring wird beim Vollzug in Form von Halbgefängenschaft in ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung an den unbedingten Teil der Strafe anknüpft ( BGr, 1. September 2011, 6B\_175/2011, E. 1.7; BGr, 8. Juni 2011, 6B\_169/2011, E. 3.4.2; BGr, 15. April 2008, 6B\_668/2007, E. 5.4) . An dieser Rechtsprechung hielt das Bundesgericht auch im Hinblick auf die massgebende Strafdauer beim Vollzug von teilbedingten Strafen mittels Electronic Monitoring fest (BGr, 3. Juni 2016, 6B\_51/2016, E. 5.4). Zwar begründete es diese unterschiedliche Behandlung von Electronic Monitoring und Halbgefängenschaft nicht. Grund für die unterschiedliche Behandlung dürfte aber sein, dass die verurteilte Person bei der Halbgefängenschaft ihre Ruhe- und Freizeit in einer Institution eingeschlossen verbringt. Bei der Halbgefängenschaft sind deshalb die Kontrollmöglichkeiten der Behörden wie auch die Eingriffsintensität grösser, weshalb es sich rechtfertigt,

Freiheitsstrafen mit einem grösseren Unrechtsgehalt zu dieser besonderen Vollzugsform zuzulassen (Richtlinien der Ostschweizer Strafvollzugskommission und des Strafvollzugskonkordats Nordwest- und Innerschweiz für die besonderen Vollzugsformen [gemeinnützige Arbeit, elektronische Überwachung, Halbgefängenschaft] vom 31. März 2017, Fn. 5; vgl. Brägger, SZK, S. 25; krit. Stössel, ContraLegem, S. 85 f.). Im Gegensatz dazu soll der Vollzug mittels elektronischer Überwachung nach dem Willen des Gesetzgebers für schwere Delikte eben gerade nicht offenstehen (vgl. BBl 2012 4721 ff., 4748). Ein Teil der Lehre befürwortet – offensichtlich im Bewusstsein um die unterschiedliche Behandlung von Halbgefängenschaft und Electronic Monitoring hinsichtlich der zeitlichen Voraussetzungen – die Anknüpfung an den unbedingten Teil der Strafe bei der Halbgefängenschaft (Koller, Art. 77b N. 8; Heimgartner, Art. 77b N. 6). Indes gibt es auch kritische Stimmen hinsichtlich der unterschiedlichen Behandlung der zeitlichen Voraussetzungen bei der Halbgefängenschaft und beim Electronic Monitoring (Brägger, SZK, S. 25 f.; Benjamin F. Brägger, in: ders. [Hrsg.], Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, S. 238 f.; Werninger, S. 226; Stössel, Electronic Monitoring, S. 183 f.; Stössel ContraLegem, S. 84 ff.). Dabei sind Benjamin F. Brägger und Sophie Werninger der Ansicht, dass auch bei der Halbgefängenschaft – wie beim Electronic Monitoring – an die Gesamtstrafe und nicht an den unbedingten Teil der Strafe angeknüpft werden soll (a. A. Stössel, Electronic Monitoring, S. 184 ff. und Stössel, ContraLegem, S. 84 ff.). Vor diesem Hintergrund erscheint es jedenfalls nicht gerechtfertigt, für die Bemessung der massgeblichen Strafdauer beim Vollzug von teilbedingten Strafen mittels Electronic Monitoring entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre nur an den unbedingten Teil der Strafe anzuknüpfen.

### **E. 3.3**

Nach dem Gesagten ist für den Vollzug mittels Electronic Monitoring auch bei teilbedingten Strafen die Dauer der Gesamtstrafe, d. h. der bedingte plus der unbedingte Teil der Strafe, massgebend. Der Beschwerdeführer wurde zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren, davon 18 Monate teilbedingt, verurteilt. Damit erfüllt er die zeitlichen Voraussetzungen gemäss Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB nicht. Daran vermag auch der Umstand, dass im Fall des Beschwerdeführers aufgrund der Anrechnung schon verbüssteter Untersuchungshaft nur noch 20 Tage Freiheitsstrafe zu vollziehen sind, nichts zu ändern. Der Beschwerdegegner hielt zu Recht fest, dass dieser Umstand es nicht rechtfertige, von den gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich der Bewilligung einer besonderen Vollzugsform abzuweichen. Inwiefern darin eine Verletzung von Art. 8 und 9 BV bestehen soll, ist weder ersichtlich noch wird dies vom anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer dargelegt. Die Entscheide des Beschwerdegegners sowie der Vorinstanz sind folglich nicht zu beanstanden.

### **E. 4**

Damit ist die Beschwerde abzuweisen. Die Gerichtskosten sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Angesichts seines Unterliegens ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdegegner hat eine solche nicht verlangt.