

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00598 vom 16. Dezember 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-12-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00598](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00598)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00598 du 16 décembre 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00598 del 16 dicembre 2021

## Regeste

Stationäre Massnahme Wiederaufnahme von VB.2020.00890 | Aufhebung der stationären Massnahme infolge Aussichtslosigkeit: Rekurslegitimation. Wiederaufnahme als Kammergeschäft nach Rückweisung durch das Bundesgericht (E. 1). Das Strafgericht ist nicht an den Aufhebungsentscheid der Vollzugsbehörde gebunden und könnte anstelle der (von der Vollzugsbehörde beantragten) Verwahrung eine andere oder gar dieselbe Massnahme anordnen. Ist es dem Strafgericht mithin erlaubt, zum Status quo ante zurückzukehren, wie er vor der Ausgangsverfügung bestand, ist nicht ersichtlich, inwieweit die Verfügung, mit welcher die Vollzugsbehörde die stationäre Massnahme aufhebt, die Rechtsstellung des Betroffenen verschlechtern könnte, mit Ausnahme dessen, dass er sich einem selbständigen nachträglichen Entscheidverfahren stellen muss. Ein drohendes weiteres Verfahren, welches durch die Ausgangsverfügung nicht präjudiziert wird, begründet für sich allein noch kein schutzwürdiges Interesse. Da der Aufhebungsentscheid des Beschwerdegegners keine präjudiziellen Wirkungen für das Urteil des Strafgerichts hat, hätte die Vorinstanz mangels Legitimation begründenden schutzwürdigen Interesses nicht auf den Rekurs des Beschwerdeführers gegen die Verfügung des Beschwerdegegners eintreten dürfen (E. 3). Abweisung im Sinn der Erwägungen.

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung VB.2021.00598 Urteil der 3. Kammer vom 16. Dezember 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident André Moser (Vorsitz), Verwaltungsrichter Matthias Hauser, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiberin Cornelia Moser. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Justizvollzug und Wiedereingliederung, Beschwerdegegnern, betreffend stationäre Massnahme Wiederaufnahme von VB.2020.00890, hat sich ergeben: I. A. A wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 1. November 2016 wegen versuchten Mordes, versuchten Raubes, mehrfacher Vergewaltigung, sexueller Nötigung etc. zu einer Freiheitsstrafe von 15 Jahren, abzüglich 509 Tage bereits erstandenen Freiheitsentzugs, verurteilt. Gleichzeitig wurde eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinn von Art. 59 des Strafgesetzbuchs (StGB) angeordnet und der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten dieser Massnahme aufgeschoben. B. Mit Verfügung vom 26. August 2020 hob das Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung (im Folgenden: JuWe) die stationäre Massnahme wegen Aussichtslosigkeit auf, ordnete gestützt auf § 22 Abs. 1 des Straf- und Justizvollzugsgesetzes vom 19. Juni 2006 (StJVG) Sicherheitshaft an und ersuchte den zuständigen Haftrichter des Bezirksgerichts Bülach, über die Weiterführung der Sicherheitshaft für die Dauer des Nachverfahrens zu entscheiden. Nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung werde dem Bezirksgericht

Bülach die Prüfung einer Verwahrung nach Art. 64 StGB beantragt. C. Mit Verfügung vom 23. September 2020 versetzte das Zwangsmassnahmengericht des Bezirks Bülach A (im zweiten Rechtsgang) in Sicherheitshaft, einstweilen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachverfahrens beziehungsweise bis spätestens 23. März 2021. Auf Beschwerde von A hin hob das Obergericht Dispositiv-Ziffer 1 dieser Verfügung mit Beschluss vom 9. November 2020 auf und wies den Antrag des JuWe auf Weiterführung der Sicherheitshaft für die Dauer des Nachverfahrens ab. Es hielt fest, dass A die Freiheit gestützt auf die mit Urteil vom 1. November 2016 angeordnete stationäre Massnahme entzogen sei. II. Gegen die Verfügung des JuWe vom 26. August 2020 gelangte A am 28. September 2020 mit Rekurs an die Direktion der Justiz und des Innern (im Folgenden: Justizdirektion) und beantragte die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung vom 26. August 2020, die Fortführung der Massnahme und die Aufhebung der angeordneten Sicherheitshaft. Die Justizdirektion wies den Rekurs mit Verfügung vom 6. November 2020 ab, soweit sie darauf eintrat. Die Kosten wurden A auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verfahrensführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. III. A. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2020 liess A gegen die Verfügung der Justizdirektion vom 6. November 2020 Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben und (zusammengefasst) im Hauptpunkt die Aufhebung der Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz beantragen. Eventualiter sei die stationäre Massnahme bis zum zeitlich vorgesehenen Ablauf weiterzuführen und die Anordnung der Sicherheitshaft aufzuheben. Sodann sei die Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 lit. e der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) festzustellen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Weiter sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung zu gewähren. B. Die Justizdirektion beantragte am 22. Dezember 2020 unter Verzicht auf eine Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Das JuWe beantragte mit Beschwerdeantwort vom 6. Januar 2021 die Abweisung der Beschwerde. A reichte am 25. Januar 2021 eine weitere Stellungnahme ein. Sein Rechtsvertreter reichte am 15. April 2021 seine Honorarnote ein. C. Mit Urteil der Einzelrichterin vom 3. Mai 2021 (VB.2020.00890) wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Dispositiv-Ziffer 1). Die Gerichtskosten wurden A auferlegt und es wurde ihm keine Parteientschädigung zugesprochen (Dispositiv-Ziffer 4 und 5). Das Verwaltungsgericht gewährte A die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung (Dispositiv-Ziffer 3 und 6). IV. A. Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts erhob A am 24. Juni 2021 Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht und beantragte (unter anderem), das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache an die Justizdirektion zurückzuweisen. Subeventualiter stellte A den Antrag, die Sache sei an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen, damit dieses in korrekter Besetzung entscheide. B. Mit Urteil 6B\_764/2021 vom 18. August 2021 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 3. Mai 2021 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an dieses zurück. Es erhob keine Kosten und verpflichtete den Kanton Zürich, den Rechtsvertreter von A mit Fr. 3'000.- für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen. V. Am 6. Oktober 2021 reichte das JuWe einen aktuellen Therapiebericht ein. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Bundesgericht hob mit Urteil vom 18. August 2021 (6B\_764/2021) den verwaltungsgerichtlichen Entscheid vom 3. Mai 2021 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurück. 1.2 In seinen Erwägungen kam das Bundesgericht zum Schluss, die bisherige Auffassung des Verwaltungsgerichts, wonach sämtliche Streitigkeiten betreffend den Justizvollzug in die Entscheidkompetenz des Einzelrichters fallen würden (vgl. § 38b lit. d Ziff. 2 des

Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]), sei unzutreffend. Das Bundesgericht erwog (zusammengefasst), die vorzeitige Aufhebung der stationären Massnahme nach Art. 59 StGB betreffe deren (Weiter-)Bestand, womit es sich – im Gegensatz zu Streitigkeiten über die Durchführung einer Strafe oder Massnahme sowie Entscheide über eine bedingte Entlassung – nicht um eine Vorkehr des Vollzugsalltags handle, sondern um eine Angelegenheit mit erheblicher Tragweite für die Rechtsstellung der betroffenen Person und/oder für das öffentliche Sicherheitsinteresse. Deshalb dürfe die Aufhebung der stationären therapeutischen Massnahme nicht unter den Begriff "Justizvollzug" im Sinn von § 38b lit. d Ziff. 2 VRG subsumiert werden. Somit fehle es an einer gesetzlichen Grundlage zur Beurteilung einer solchen Streitigkeit in einzelrichterlicher Kompetenz. Im Weiteren widerspreche die Beurteilung einer Streitigkeit über die Aufhebung der stationären therapeutischen Massnahme Art. 19 Abs. 2 lit. b der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO), wonach Einzelgerichte für die Beurteilung von Verbrechen und Vergehen, für welche (unter anderem) eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren, eine Verwahrung nach Art. 64 StGB oder eine Behandlung nach Art. 59 Abs. 3 StGB beantragt wurde, ausgeschlossen sind; dieser Ausschluss eines Einzelgerichts sei auch im Fall der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle eines vollzugsbehördlichen Aufhebungsentscheids beachtlich. Mit anderen formellen oder materiellen Aspekten des Falls befasste sich das Bundesgericht nicht. Insbesondere liess es die Legitimationsfrage ausdrücklich offen. 1.3 Die Erwägungen des Bundesgerichts sind für die erneute Beurteilung durch die kantonalen Instanzen verbindlich (Johanna Dormann, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], 3. A., Basel 2018, Art. 107 N. 18; VGr, 23. August 2018, VB.2018.00312, E. 1.2). Das Verfahren VB.2020.00890 wird dementsprechend unter der neuen Nummer VB.2021.00598 als Kammergeschäft wiederaufgenommen. Das kantonale Verfahren wird in dem Zustand wiederaufgenommen, in welchem es sich unmittelbar vor dem Erlass des aufgehobenen Entscheids befunden hat.

2. 2.1 Das (Straf-)Gericht kann gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB eine stationäre Behandlung anordnen, wenn der Täter psychisch schwer gestört ist und das von ihm begangene Verbrechen oder Vergehen mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang steht (lit. a), und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit seiner psychischen Störung in Zusammenhang stehender Taten begegnen (lit. b). Erweist sich eine stationäre therapeutische Massnahme als erfolglos, weil die Erreichung des damit verfolgten Zwecks nach den gemachten Erfahrungen als aussichtslos erscheint, ist sie aufzuheben (Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB). Dies ist namentlich der Fall, wenn sich im Lauf des Massnahmenvollzugs herausstellt, dass eine therapeutische Besserung nicht mehr zu erwarten ist bzw. eine deutliche Verminderung der Gefahr weiterer Taten nicht mehr erreicht werden kann (BGr, 31. März 2014, 6B\_928/2013, E. 2). Das Scheitern einer Massnahme soll nicht leichthin angenommen werden. Erforderlich ist, dass sich eine Massnahme definitiv als undurchführbar erweist. Eine vorübergehende Krise des Betroffenen allein genügt nicht (Marianne Heer, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Strafrecht I, 4. A., Basel 2018 [BSK StGB I], Art. 62c N. 18; BGE 141 IV 49 E. 2.3; BGr, 29. Dezember 2015, 6B\_1001/2015, 6B\_1147/2015, E. 5.2; BGr, 18. April 2011, 6B\_771/2010, E. 1.1). Die Aufhebung der stationären Massnahmen hat zur Folge, dass entweder die Reststrafe vollzogen wird, soweit nicht die Voraussetzungen der bedingten Entlassung erfüllt sind, eine andere Massnahme angeordnet, oder die Erwachsenenschutzbehörde informiert wird, wenn eine Massnahme des Erwachsenenschutzes für angezeigt gehalten wird (vgl. Art. 62c Abs. 2–5 StGB). Diese

Folgen der Aufhebung einer stationären Massnahme werden auf Antrag der Vollzugsbehörde vom (Straf-)Gericht angeordnet (vgl. Art. 62c Abs. 4; Heer, BSK StGB I, Art. 62c N. 42; BGE 141 IV 49 E. 2.5). 2.2 Beim Entscheid, ob die Massnahme aussichtslos ist, handelt es sich um einen Vollzugsentscheid, welcher von der Vollzugsbehörde zu treffen ist (Heer, BSK-StGB I, Art. 62 N. 11). Der Entscheid der Vollzugsbehörde ändert am Urteil, mit welchem die Massnahme angeordnet wurde, nichts (vgl. BGr, 23. Juli 2015, 6B\_253/2015, E. 2.3.1). Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist die Zweiteilung der Kompetenzen zulässig: Erweist sich die Massnahme als zweck- und aussichtslos, ist sie von der "zuständigen Behörde" aufzuheben (Art. 62c Abs. 1 StGB). Nach rechtskräftiger Aufhebung der stationären Massnahme hat das in der Sache zuständige Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde über die Rechtsfolgen, d.h. unter anderem darüber, ob der Betroffene gegebenenfalls zu verwahren ist, zu befinden (BGE 141 IV 49 E. 2.6; BGE 145 IV 167 E. 1.3; kritisch: Stefan Trechsel/Barbara Pauen Borer, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 4. A., Zürich/St. Gallen 2021, Vor Art. 56 N. 4a). Das Bundesrecht schliesst aber nicht aus, dass dieselbe gerichtliche Behörde sowohl über die Aufhebung der Massnahme als auch über die Rechtsfolgen der Aufhebung entscheidet (BGE 145 IV 167 E. 1.5). 2.3 Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Gleichermassen von Amtes wegen prüft die obere Rechtsmittelinstanz, ob die Prozessvoraussetzungen bei der unteren Rechtsmittelinstanz gegeben waren (vgl. Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 53 und 57). Gemäss § 21 Abs. 1 VRG ist zum Rekurs berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat. Die Elemente des Berührtseins und der Betroffenheit in schutzwürdigen Interessen sind der sogenannten materiellen Beschwer zuzuordnen. Diese setzt voraus, dass die betreffende Person über eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache verfügt und einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids zieht. Mithin muss die rekurrierende Person stärker als beliebige Dritte oder die Allgemeinheit betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zum Streitgegenstand stehen und ihr das erfolgreiche Rechtsmittel einen praktischen Nutzen eintragen bzw. einen ideellen, materiellen, wirtschaftlichen oder anderweitigen Nachteil abwenden, den der negative Entscheid zur Folge hätte. Dieser Nutzen muss ein eigener, persönlicher sein. Die Wahrnehmung der Interessen Dritter oder öffentlicher Interessen genügt nicht. Das Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein. Ob ein "tatsächliches" Interesse vorliegt, ergibt sich dabei nicht direkt aus einer Tatsachenfeststellung, sondern aus einer rechtlichen Würdigung. Entsprechend wird über Art und Ausmass des Interesses gemäss einer objektivierten Betrachtung entschieden. Ein ideell motiviertes Engagement, eine rein emotionale Bindung oder eine bloss subjektive Empfindlichkeit sind nicht zu berücksichtigen (Bertschi, § 21 N. 10 ff.).

### **E. 3.1**

Mit der dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegenden Verfügung vom 26. August 2020 hob der Beschwerdegegner in der Hauptsache die stationäre therapeutische Massnahme wegen Aussichtslosigkeit derselben auf und stellte in Aussicht, dem Strafgericht (anstelle dieser Massnahme) die Verwahrung nach Art. 64 StGB zu beantragen; im Hinblick auf das nachträgliche richterliche Entscheidungsverfahren ordnete er Sicherheitshaft an. Das die stationäre Massnahme anordnende Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom

1. November 2016 (das Sachurteil) blieb somit unberührt (oben, E. 2.2). Damit wird zwar der mit der Massnahme einhergehende Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers nicht beseitigt (vgl. BGr, 21. Juli 2021, 6B\_486/2021, E. 1.3); die vor Vorinstanz angefochtene Verfügung hat jedoch insofern auch keine direkten Auswirkungen auf den Beschwerdeführer. Über die Folgen der Aufhebung der stationären Massnahme hat nämlich das Strafgericht zu entscheiden. Zwar kann sich das Rechtsschutzinteresse unter Umständen auch aus einem mittelbaren Nutzen ergeben, wie es beispielsweise der Fall wäre, wenn die angefochtene Verfügung bindende Wirkung für weitere Anordnungen hätte ( Bertschi, § 21 N. 17; VGr, 8. April 2020, VB.2019.00712, E. 1.3). Die Aussicht darauf, dass ein weiteres Verfahren auf die betroffene Person zukommt, stellt indes keinen Nachteil dar, dessen Beseitigung ein schutzwürdiges Interesse darstellen würde (vgl. BGE 131 II 587 E. 4.1.1; VGr, 7. Juni 2018, VB.2017.00667, E. 2.5.1). Das Verwaltungsgericht verneint regelmässig ein Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung des Antrags auf Verwahrung (vgl. VGr, 17. März 2016, VB.2016.00010, E. 3; VGr, 31. Oktober 2018, VB.2018.00492, E. 7; VGr, 24. Juni 2019, VB.2019.00029, E. 6). Dem Betroffenen bleibt es unbenommen, seine Rechte im späteren Verfahren betreffend den Folgeentscheid zu wahren. Zwar unterscheidet sich die vorliegende Konstellation von jenen Fällen, in denen die betroffene Person aufgrund der Aufhebung der Massnahme infolge deren erfolgreichen Abschlusses nicht mit einem gerichtlichen Nachverfahren zu rechnen hat, sondern aus dem Strafvollzug entlassen wird, und schon deshalb kein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Aufhebungsverfügung hat (vgl. BGr, 21. Juli 2021, 6B\_486/2021, E. 1.3; VGr, 13. Dezember 2010, VB.2010.00625, E. 2.3.2). Dass mit der Aufhebung der Massnahme der Weg freigemacht wird für einen allenfalls eingriffsintensiveren Folgeentscheid, stellt indes lediglich ein Motiv dar, das nicht Bestandteil des Rechtsschutzinteresses ist (Marianne Heer, Beendigung therapeutischer Massnahmen: Zuständigkeiten und Verfahren, AJP 2017, S. 593 ff.). Vielmehr ist darauf abzustellen, ob sich aus der angefochtenen Verfügung selber Nachteile ergeben, die nur unter Zuhilfenahme eines Rechtsmittels gegen diese Verfügung abgewendet werden können, wie dies beispielsweise bei der bedingten Entlassung unter Auflagen der Fall ist (vgl. BGE 101 Ib 452 E. 1). Damit stellt sich vorliegend die Frage, ob im vorinstanzlichen Verfahren überhaupt ein Rechtsschutzinteresse und damit die Eintretensvoraussetzungen gegeben waren.

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 62c Abs. 4 StGB kann das Gericht auf Antrag der Vollzugsbehörde die Verwahrung anordnen, falls bei Aufhebung einer stationären Massnahme, die aufgrund einer Straftat nach Art. 64 Abs. 1 StGB angeordnet wurde, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht. Das Gericht ordnet die Verwahrung an, wenn der Täter eine in Art. 64 Abs. 1 StGB ausdrücklich genannte Katalogtat oder eine im Sinne der Generalklausel andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat begangen hat, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer andern Person schwer beeinträchtigt hat oder beeinträchtigen wollte, und wenn aufgrund einer anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, mit der die Tat in Zusammenhang stand, ernsthaft zu erwarten ist, dass der Täter weitere Taten dieser Art begeht und die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB keinen Erfolg verspricht (Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB).

#### **E. 3.2.1**

Die im selbständigen Nachverfahren zu prüfende Verwahrung darf angesichts der Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit des Betroffenen nur subsidiär und als ultima ratio angeordnet werden. Sie muss in jedem Fall verhältnismässig sein. Das Strafgericht hat insofern zu prüfen, ob die bestehende oder eine andere stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB Erfolg verspräche bzw. die Legalprognose noch massgeblich zu beeinflussen vermöge oder ob von einer Nichttherapierbarkeit auszugehen sei (vgl. BGr, 6. Juni 2017, 6B\_300/2017, E. 3.2 und E. 5.4; BGr, 16. Oktober 2019, 6B\_796/2019, E. 3.2.4; vgl. BGE 134 IV 315 E. 3.4; OGr ZH, 17. Januar 2014, UH130255, E. 7).

### **E. 3.2.2**

Das Gericht kann eine andere stationäre Massnahme anordnen, wenn zu erwarten ist, mit der neuen Massnahme lasse sich die Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Verbrechen und Vergehen offensichtlich besser begegnen (Art. 62c Abs. 6 StGB). Ein solcher Entscheid müsste sich ebenfalls damit auseinandersetzen, inwiefern eine andere Massnahme besser geeignet und damit erfolgversprechender wäre als die bisherige.

### **E. 3.2.3**

Kommt das Strafgericht zum Schluss, dass die bisherige Massnahme die am besten geeignete ist, muss es ihm im Sinn des von Art. 62c StGB zugrunde liegenden Systems der flexiblen Lösungen und unter Ausübung seiner vollen Kognition gar möglich sein, entgegen dem Aufhebungsentscheid der Vollzugsbehörde, eine gleichartige Massnahme erneut anzuordnen (vgl. Heer, BSK-StGB I, Art. 62d N. 1a; Trechsel/Pauen Borer, Art. 62c N. 8; Daniel Jositsch/Gian Ege/Christian Schwarzenegger, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. A., Zürich 2018, S. 278; Günter Stratenwerth/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 3. A., Bern 2020, § 8 N. 59; Durin Bonin, Anordnung einer gleichartigen Massnahme im Rahmen von Art. 62c Abs. 3 StGB, Jusletter 31. Mai 2010, Rz. 13 ff.; Noémi Biro, Kritische Überlegungen zu den administrativen Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug, recht 2020, S. 221 ff., Fn. 37). Die Anordnung derselben Massnahme kommt auch deshalb infrage, weil das Strafgericht immer unter dem Aspekt der Verhinderung der als ultima ratio gedachten Verwahrung entscheidet und eine strengere Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen hat als die Vollzugsinstanzen. Es wäre störend, wenn sich das Strafgericht nur deshalb veranlasst sähe, eine Verwahrung anzuordnen, weil die einzig geeignete stationäre Massnahme durch die Vollzugsbehörden infolge Aussichtslosigkeit aufgehoben wurde und dies für das Gericht bindend wäre (vgl. BGE 143 IV 1 E. 5.4 im Verhältnis von ambulanten zu stationären Massnahmen).

### **E. 3.3**

Zwar stellte der Beschwerdegegner in Aussicht, nach rechtskräftiger Aufhebung der Massnahme beim Bezirksgericht Bülach die Prüfung einer Verwahrung nach Art. 64 StGB zu beantragen. Da das Strafgericht aber nicht an den Antrag bzw. die Empfehlung der Vollzugsbehörde gebunden ist (BGE 141 IV 49 E. 2.5; Heer, BSK StGB I, Art. 62 N. 19), bedeutet die Aufhebung der Massnahme und der damit einhergehende Antrag an das Strafgericht noch keinen Nachteil für den Beschwerdeführer. Sodann lässt die Antragsstellung der Verwahrung an das Strafgericht regelmässig kein Rechtsschutzinteresse begründen (oben, E. 3.1). Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Nachteil träte damit erst (wenn überhaupt) mit Entscheid des Strafgerichts ein. Ist der Eintritt des

Nachteils von einer weiteren Verfügung bzw. einem weiteren Entscheid abhängig, so besteht nur ein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung der ersten Verfügung, wenn der zweite Entscheid durch den ersten präjudiziert würde (Bertschi, § 21 N. 17; VGr, 15. Juli 2021, VB.2020.00675, E. 1.3; VGr, 17. Dezember 2008, VB.2007.00398, E. 3.3; ähnlich BGE 108 Ib 376 E. 2). Ein drohendes weiteres Verfahren begründet für sich allein jedenfalls noch kein schutzwürdiges Interesse. Da der Aufhebungsentscheid des Beschwerdegegners keine präjudiziellen Wirkungen für das Urteil des Strafgerichts hat, hätte die Vorinstanz mangels Legitimation begründenden schutzwürdigen Interesses nicht auf den Rekurs des Beschwerdeführers gegen die Verfügung des Beschwerdegegners eintreten dürfen. Ginge man davon aus, dass der Beschwerdeführer durch den Aufhebungsentscheid von einem Eingriff in seine Freiheitsrechte befreit würde, fehlte es ihm erst recht an einem rechtlich geschützten Interesse, gegen die Aufhebung der stationären Massnahmen zu opponieren (Heer, AJP 2017, S. 604).

### **E. 3.4**

Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach ein rechtskräftiger Entscheid betreffend die Aufhebung der Massnahmen unabdingbare Voraussetzung für einen Folgeentscheid darstellt (vgl. BGE 141 IV 49, E. 2.5; BGr, 25. September 2014, 6B\_685/2014, E. 2.1; sowie zur ambulanten Massnahme: BGE 134 IV 246 E. 3.4). Denn die Verfügung des Beschwerdegegners, mit welcher die Aussichtslosigkeit der Massnahme festgestellt wurde, wird mit dem Nichteintretensentscheid ohne Weiteres rechtskräftig. Da dem Strafgericht eine umfassende Überprüfungsbefugnis zukommt und es sich im Rahmen der Prüfung, ob anstelle der Verwahrung mildere Massnahmen in Betracht kommen, vorab auch mit den Erfolgsaussichten einer stationären therapeutischen Massnahme und damit mit deren Aussichtslosigkeit auseinandersetzen muss, entgeht dem Betroffenen bei einem Nichteintreten auf den verwaltungsrechtlichen Rekurs keine gerichtliche Überprüfung. Vielmehr erscheint es sachgerecht, die Koordination der sich stellenden Fragen beim Strafgericht zu erzielen und so widersprüchliche Entscheide zu vermeiden: Zwar ist das Strafgericht nicht an die Entscheide der Vollzugsbehörde gebunden und könnte anstelle der (von der Vollzugsbehörde beantragten) Verwahrung eine andere oder gar dieselbe Massnahme anordnen (vgl. oben, E. 3.2.3). Würde das Verwaltungsgericht als letzte kantonale Instanz die Aufhebung der Massnahme bestätigen, besteht aber die Gefahr, dass die Strafgerichte faktisch ihre Kognition nicht mehr voll ausschöpfen und sich am Verwaltungsgerichtsentscheid orientieren würden. Steht in derselben Sache nur ein Instanzenzug zur Verfügung, reduziert dies nicht nur die Gefahr widersprüchlicher Entscheide, sondern verkürzt dies zusätzlich auch massgeblich den Entscheidungsprozess (Heer, BSK-StGB I, Art. 62d N. 1a; Heer, AJP, S. 604). Das Bundesrecht erlaubt denn auch die Entscheidung eines einzigen Gerichts sowohl über die Frage der Aussichtslosigkeit als auch über deren Rechtsfolgen (oben, E. 2.1; BGE 145 IV 167 E. 1.5). Schliesslich wird dadurch die Kompetenzverteilung zwischen den Vollzugs- und Strafbehörden nicht in Frage gestellt: Die Verfügung, mit welcher die Massnahme aufgehoben wird und Antrag an das Strafgericht gestellt wird, bleibt weiterhin ein Vollzugsentscheid.

### **E. 3.5**

Zusammengefasst ergibt sich folgender Befund: Ob eine stationäre therapeutische Massnahme wegen Erfolglosigkeit abubrechen ist, hängt in Konstellationen, in denen der Beschwerdegegner an deren Stelle eine Verwahrung beantragen will, massgeblich davon

ab, ob die beantragte Verwahrung als einschneidendere Massnahme gerechtfertigt ist. Letzteres kann nur das Strafgericht beurteilen, weshalb es auch diesem obliegen muss, über die Weiterführung bzw. den definitiven (Nicht-)Abbruch der bisherigen stationären Massnahme als milderes Mittel zu befinden. Den diesbezüglichen Vorabentscheid, wie ihn die Ausgangsverfügung des Beschwerdegegners darstellt, einer rechtsmittelweisen Überprüfung zuzuführen, entspricht keinem Rechtsschutzinteresse. Die betreffende Verfügung stellt im Ergebnis lediglich einen einleitenden Schritt auf dem Weg zu einer möglichen Massnahmenanpassung durch das Strafgericht dar, sei es einer Verwahrung, deren Zulässigkeit aber zu diesem Zeitpunkt noch in keiner Weise feststeht, sei es einer anderen oder wiederum einer gleichartigen Massnahme. Ist es dem Strafgericht mithin erlaubt, zum Status quo ante zurückzukehren, wie er vor der Ausgangsverfügung bestand, ist nicht ersichtlich, inwieweit diese Verfügung die Rechtsstellung des Betroffenen verschlechtern könnte, mit Ausnahme dessen, dass er sich einem selbständigen nachträglichen Entscheidverfahren stellen muss, dessen Ausgang aber komplett offen und von einer ohnehin vorzunehmenden umfassenden Prüfung durch die Strafgerichte abhängig ist. Auch spricht das Beschleunigungsgebot dagegen, den Instanzenzug in derartigen Konstellationen bereits gegen die Aufhebungsverfügung zu öffnen. Auf entsprechende Rechtsmittel nicht einzutreten, wird denn auch ausdrücklich von der einschlägigen Lehre gefordert (Heer, AJP 2017 S. 604; dieselbe, in BSK-StGB I, Art. 62 N. 11 und 62d N. 1a). Infolgedessen hätte die Vorinstanz auf den Rekurs nicht eintreten dürfen und ist das Verwaltungsgericht nicht veranlasst, die Voraussetzungen der Aufhebung der Massnahme materiell zu prüfen.

#### **E. 4.1**

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine betroffene Person trotz fehlender Legitimation in der Sache zur Rüge berechtigt, ihr zustehende Verfahrensgarantien seien verletzt worden. Nicht zu hören sind dabei aber Vorbringen, die im Ergebnis auf die Überprüfung des Sachentscheids abzielen, wie die Behauptung, die Begründung sei unvollständig oder zu wenig differenziert bzw. die Vorinstanz habe sich nicht oder in willkürlicher Weise mit den Argumenten der Partei auseinandergesetzt und Beweisanträge in offensichtlich unhaltbarer antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt (sogenannte "Star-Praxis"; BGE 137 II 305 E. 2; BGr, 12. September 2019, 2C\_751/2019, E. 2.3.2).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer rügt, dass sich die Vorinstanz teilweise nicht mit seinen Sachverhaltsvorbringen und Rügen auseinandergesetzt habe. Insbesondere habe sie sich nicht zu seinen Vorbringen geäussert, dass er lediglich 17 % der Haftdauer in einer geeigneten Einrichtung verbracht habe sowie dass der Gutachter die Massnahme nicht als aussichtslos bezeichnet habe. Sodann habe sich die Vorinstanz nicht mit der beantragten Aufhebung der Sicherheitshaft auseinandergesetzt. Damit rügt der Beschwerdeführer zwar eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) und damit die Verletzung eines ihm zustehenden Verfahrensrechts. Da die Behandlung dieser Rüge indes eine Überprüfung des Sachentscheids bedingen würde, erweist sie sich als unzulässig und es ist nicht darauf einzugehen.

#### **E. 4.3**

Anders einzuordnen ist demgegenüber der Einwand des Beschwerdeführers, ihm sei keine Gelegenheit gegeben worden, dem Gutachter Fragen zu stellen. Diese Rüge ist trotz der

fehlenden Legitimation in der Sache zu behandeln:

#### **E. 4.3.1**

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV ergibt sich das Recht des Betroffenen, sich vor einer Entscheidung zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2021, Rz. 232). Im Zusammenhang mit Sachverständigengutachten ist dem bundesrechtlichen Gehörsanspruch Genüge getan, wenn die Parteien vor Ergehen des Entscheids zum gestellten Gutachten Stellung nehmen können und dabei Gelegenheit haben, ihre Einwände gegen die Person des Experten vorzubringen oder Ergänzungsfragen zu beantragen (BGr, 19. Juli 2013, 1C\_77/2013, E. 3.4; René Wiederkehr/Kaspar Plüss, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020, Rz. 660). Das kantonale Verwaltungsverfahrensrecht sieht – im Gegensatz zum Verwaltungsverfahren des Bundes (Art. 19 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG] in Verbindung mit Art. 57 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP]) – keine darüber hinausgehenden Rechte im Zusammenhang mit Sachverständigengutachten vor.

#### **E. 4.3.2**

Der Beschwerdeführer wurde Ende Dezember 2019 sowohl über den Gutachtensauftrag an Dr. med. C als auch über die dem Gutachter zu stellenden Fragen informiert, bevor die Begutachtung stattfand. Sodann wurde der Beschwerdeführer am 14. August 2020 im Beisein seines Rechtsvertreters zum Ergebnis des Gutachtens angehört. Damit ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer genügend Möglichkeiten hatte, sich zum Gutachten zu äussern und allfällige Ergänzungsfragen vorzubringen; der Umstand, dass der Beschwerdegegner den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer nicht explizit dazu aufgefordert hatte, stellt keine Verletzung seines rechtlichen Gehörs dar. So ist auch nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer konkrete Vorschläge für Ergänzungsfragen an den Gutachter vorgebracht hätte.

#### **E. 4.3.3**

Die Beschwerde ist bezüglich dieser Gehörsrügen des Beschwerdeführers abzuweisen.

#### **E. 5.1**

Art. 13 EMRK schliesslich verleiht jeder Person, welche die Verletzung einer Konventionsgarantie geltend macht, einen verfahrensrechtlichen Anspruch auf eine "wirksame Beschwerde" an eine innerstaatliche Instanz. Dabei muss es sich im Unterschied zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht um eine gerichtliche Instanz handeln; eine Verwaltungsbehörde kann genügen. Mindestvoraussetzung ist jedoch, dass die Behörde unabhängig und unparteiisch ist (Alain Griffel, Kommentar VRG, § 26 N. 6). Wie oben ausgeführt, muss das Strafgericht die Angelegenheit umfassend und so auch die EMRK-Rügen des Beschwerdeführers prüfen. Damit ist Art. 13 EMRK Genüge getan.

#### **E. 5.2**

Dasselbe gilt in Bezug auf das durch den Beschwerdeführer gestellte Feststellungsbegehren, die Verfügung des Beschwerdegegners sowie seine Unterbringung würden gegen die

EMRK verstossen. Da das Strafgericht gemäss obigen Erwägungen nicht an die Verfügung des Beschwerdegegners gebunden ist und erneut eine stationäre Massnahme anordnen könnte, kann es auch überprüfen, ob die vom Beschwerdegegner geltend gemachten Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der stationären Massnahme auf die Unterbringung des Beschwerdeführers zurückzuführen wären und demnach die erneute Anordnung einer stationären Massnahme geeignet erschiene.

### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet zudem die durch den Beschwerdegegner gestützt auf § 22 Abs. 1 StJVG angeordnete Sicherheitshaft und die damit einhergehende Verletzung von Art. 5 EMRK. Die Vorinstanz trat nicht auf das entsprechende Begehren des Beschwerdeführers ein.

### **E. 6.2**

Gemäss § 22 Abs. 1 StJVG kann die für den Vollzug zuständige Amtsstelle eine Person vor oder mit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlass eines nachträglichen richterlichen Entscheids nach Art. 363 ff. StPO in Sicherheitshaft setzen, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass es zur Rückversetzung in den Straf- oder Massnahmenvollzug oder zur Anordnung des Vollzugs einer freiheitsentziehenden Massnahme oder der Freiheitsstrafe kommt und die Öffentlichkeit erheblich gefährdet ist (lit. a), die Erfüllung des Massnahmenzwecks nicht anders gewährleistet werden kann (lit. b) oder Fluchtgefahr vorliegt (lit. c). Soll eine Person in Haft bleiben, beantragt die für den Vollzug zuständige Amtsstelle spätestens innert 48 Stunden nach der Festnahme beim Einzelgericht gemäss § 29 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG), mithin das Zwangsmassnahmengericht am Ort des für den Erlass des nachträglichen richterlichen Entscheides zuständigen Gerichts die Anordnung von Sicherheitshaft. Für das Verfahren sind Art. 222 und 229 ff. StPO sinngemäss anwendbar (§ 22 Abs. 2 StJVG). Seit 1. März 2021 stützt sich die Sicherheitshaft im Hinblick auf einen nachträglichen richterlichen Entscheid auf die neue Bestimmung in Art. 364a StPO, welche sich an der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts orientiert (vgl. BGr, 25. März 2021, 1B\_96/2021, E. 3.2).

### **E. 6.3**

Über die Frage, ob es gerechtfertigt ist, den Beschwerdeführer in Sicherheitshaft zu versetzen, wird gemäss Art. 364a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 226 Abs. 1 StPO (bzw. gemäss § 22 Abs. 2 StJVG) das Zwangsmassnahmengericht (bzw. das Obergericht als Beschwerdeinstanz) auf den von der für den Vollzug zuständigen Amtsstelle innert 48 Stunden zu stellenden Antrag hin und nicht die Rekursinstanz bzw. das Verwaltungsgericht zu befinden haben. Zu Recht erachtete sich die Vorinstanz als unzuständig und ist insofern auf den Rekurs nicht eingetreten. Soweit der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Verfügung diesbezüglich beanstandet, ist die Beschwerde abzuweisen und es erübrigt sich, auf seine Ausführungen zur Sicherheitshaft und auf die Rüge, die Sicherheitshaft verletze Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK, einzugehen.

### **E. 7.1**

Zusammengefasst hätte die Vorinstanz mangels schutzwürdigen Interesses nicht auf den Rekurs des Beschwerdeführers gegen die Verfügung des Beschwerdegegners vom 26. August 2020, womit dieser die stationäre Massnahme wegen Aussichtslosigkeit aufhob, eintreten dürfen. Im Übrigen ist ihr Entscheid zu bestätigen. Damit ist die Beschwerde im

Sinn der Erwägungen abzuweisen.

### **E. 7.2**

Die Kosten des Verfahrens sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und es steht ihm keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand des Gerichts, der Schwierigkeit des Falls und dem Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 [GebV VGr]).

### **E. 7.3**

Zu prüfen bleibt das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung. Die Mittellosigkeit kann gerade noch als knapp genügend substantiiert betrachtet (vgl. VGr, 20. März 2020, VB.2020.00052, E. 7.2) und die Beschwerde nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden. Auch der Beizug eines Rechtsvertreters erscheint gerechtfertigt. Demnach ist dem Beschwerdeführer für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren; die ihm aufzuerlegenden Gerichtskosten sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Zudem ist ihm in der Person von RA B ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

#### **E. 7.3.1**

Gemäss § 9 Abs. 1 GebV VGr 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 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 in der seit 1. August 2015 geltenden Fassung für amtliche oder unentgeltliche Rechtsvertretungen Fr. 220.-.

#### **E. 7.3.2**

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers weist in seiner am 15. April 2021 eingereichten Honorarnote für das Verfahren vor Verwaltungsgericht (VB.2020.00890) einen zeitlichen Aufwand von 9 Stunden und 55 Minuten sowie Barauslagen von Fr. 68.- aus. Da das vorliegende Verfahren nach dem Rückweisungsentscheid durch das Bundesgericht im selben Zustand wiederaufgenommen wurde, in welchem es sich unmittelbar vor dem Erlass des aufgehobenen Entscheids befunden hat, und der Rechtsvertreter keine neue Honorarnote eingereicht hat, ist für die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters von der vom 15. April 2021 datierenden Honorarnote auszugehen. Im Zeitaufwand des Rechtsvertreters sind 30 Minuten für die Kenntnisnahme des Rekursentscheids ausgewiesen, was zum Verfahrensaufwand des Rekursverfahrens gehört und dementsprechend dort geltend zu machen gewesen wäre. Da der Zeitaufwand aber die Nachbearbeitung des Beschwerdeentscheids noch nicht enthält, wofür ebenso etwa 30 Minuten anfallen dürften, fällt dies nicht ins Gewicht. Allerdings lässt sich der Honorarnote entnehmen, dass der Rechtsvertreter nach Abschluss des Schriftenwechsels diverse mündliche und schriftliche Korrespondenz mit dem Beschwerdeführer geführt hat. Zwar erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der Kontakt zum Klienten auch nach Abschluss des Schriftenwechsels notwendig sein kann, allerdings erscheint der hierfür in Rechnung gestellte Aufwand als zu hoch. Im Weiteren ist die Erstellung der Honorarnote nicht zu entschädigen (§ 22 der Verordnung über die Anwaltsgebühren) und hat die Gerichtsschreiberin des Verwaltungsgerichts entgegen der Angabe in der Honorarnote nicht

mit dem Rechtsvertreter, sondern mit dessen Sekretariat telefoniert und die Honorarnote eingeholt; Sekretariatsarbeiten sind aber bereits im Stundenansatz von Fr. 220.- enthalten (vgl. BGE 132 I 201 E. 7.4.1) und nicht gesondert zu entschädigen. Damit erscheint für das Verfahren VB.2020.00890 und VB.2021.00598 ein Gesamtaufwand von 8 Stunden und 30 Minuten als angemessen und ist der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 1'870.- plus Auslagen von Fr. 68.- zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer (Fr. 149.20) zu entschädigen, was einen Gesamtbetrag von Fr. 2'087.20 ergibt.

### **E. 7.3.3**

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

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