



---

Geschäfts-Nr. UK100078/U/mp

**III. Strafkammer**

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Vorsitzender, lic. iur. M. Ruggli und  
lic. iur. St. Volken sowie der juristische Sekretär lic. iur. R. Amsler

**Beschluss vom 6. August 2010**

in Sachen

**A.**

Rekurrent

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. B.

gegen

**Staatsanwaltschaft C.**

Rekursgegnerin

betreffend **Stationäre therapeutische Massnahme**

**Rekurs gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes D. vom 25. März 2010**

## **Das Gericht erwägt:**

### **I. Verfahrensgang**

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts D. (nachfolgend: Vorinstanz) vom 12. Dezember 2007 wurde A. (nachfolgend: Rekurrent) des banden- und gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1, 2 und 3 StGB sowie weiterer Delikte schuldig gesprochen und unter Einbezug einer gleichzeitig widerrufenen bedingten Vorstrafe von 30 Tagen Gefängnis mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von 12 Monaten, abzüglich 97 Tage erstandener Haft, und einer Busse von Fr. 500.– bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben. Diese Freiheitsstrafe wurde nach einer Verhaftung des Rekurrenten in anderem Zusammenhang am 13. März 2009 zusammen mit diversen kürzeren Freiheitsstrafen in Vollzug gesetzt. Das Strafende fiel auf den 15. Februar 2010. Kurz zuvor stellte das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich indessen mit Verfügung vom 21. bzw. 27. Januar 2010 bei der Vorinstanz gestützt auf Art. 65 Abs. 1 StGB Antrag auf nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB, unter Aufschub der Restfreiheitsstrafe, sowie auf Anordnung von Sicherheitshaft für die Dauer des diesbezüglichen gerichtlichen Verfahrens. Mit Verfügung der Haftrichterin des Bezirkes D. vom 8. Februar 2010 wurde der Rekurrent in Sicherheitshaft versetzt. Am 25. März 2010 beschloss das Bezirksgericht D. nach einer persönlichen Anhörung des Rekurrenten die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB und schob den Vollzug der Restfreiheitsstrafe zu diesem Zweck auf. Der Beschluss wurde den Parteien zunächst nur im Dispositiv eröffnet. Am 19. Mai 2010 wurde dem Rekurrenten die begründete Ausfertigung des Beschlusses zugestellt.

2. Am 8. Juni 2010 reichte der Rekurrent innert Frist bei der hiesigen Kammer Rekurs gegen den vorinstanzlichen Beschluss ein, mit welchem er beantragt, von einer Massnahme nach den Art. 59 – 61 StGB sei abzusehen, er sei aus der Haft zu entlassen, es sei festzustellen, dass das Bezirksgericht D. Art. 5 EMRK verletzt habe und ihm sei für die seit dem 16. Februar bis 8. Juni 2010 erlittene Haft eine Umtriebsentschädigung von Fr. 10'000.– sowie eine Genugtuung

von Fr. 20'000.– auszurichten, nebst Zins zu 5 % seit dem 10. April 2010. Mit Präsidialverfügung vom 10. Juni 2010 wurde die Rekurschrift der Staatsanwaltschaft zur Stellungnahme zum Haftentlassungsgesuch sowie zur Sache zugestellt. Am 16. Juni 2010 beantragte die Staatsanwaltschaft die Abweisung des Haftentlassungsgesuchs und in der Sache die Bestätigung des Beschlusses der Vorinstanz, unter Verweis auf dessen Begründung. Die Eingabe der Staatsanwaltschaft wurde sodann der Verteidigung zugestellt, welche mit Eingabe vom 23. Juni 2010 an ihren Anträgen festhielt.

3. Mit Präsidialverfügung vom 28. Juni 2010 wurde auf das Haftentlassungsgesuch des Rekurrenten nicht eingetreten und das Amt für Justizvollzug wurde aufgefordert, umgehend den sofortigen Massnahmevollzug oder Sicherheitshaft anzuordnen oder den Rekurrenten aus der Haft zu entlassen. Ferner wurde die Rekurschrift der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt. Das Amt für Justizvollzug ordnete hierauf mit Verfügung vom 29. Juni 2010 den sofortigen Vollzug der mit Beschluss der Vorinstanz vom 25. März 2010 angeordneten stationären Massnahme an. Die Vorinstanz verzichtete am 1. Juli 2010 auf eine Vernehmlassung zum Rekurs.

4. Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

## **II. Standpunkt Vorinstanz und Verteidigung**

1. Die Vorinstanz begründete die nachträgliche Anordnung der stationären Massnahme in ihrem Beschluss vom 25. März 2010 zusammengefasst wie folgt:

Der Antrag des Sonderdienstes datiere vom 21. Januar 2010 und sei am 29. Januar 2010 beim Gericht eingegangen. Der Sonderdienst habe als Strafende den 15. Februar 2010 festgesetzt, was vom Verteidiger unbestritten geblieben sei. Der Antrag sei damit vor Ablauf des Strafvollzuges gestellt worden und es resultiere eine Reststrafe, welche aufgeschoben werden könne. Damit könne nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich eine nachträgliche stationäre Massnahme gemäss Art. 65 Abs. 1 StGB angeordnet werden (BGer. v. 21.1.2010, 1B\_4/2010,

Erw. 3.2., m.w.H.). Dass die Reststrafe – wie von der Verteidigung gefordert – eine gewisse Dauer aufweisen müsse, um die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme zu rechtfertigen, gehe aus dem Gesetzeswortlaut nicht hervor. Massgebend sei einzig, dass der Antrag vor Vollzugsende gestellt werde, wie dies vorliegend der Fall gewesen sei.

Somit sei konkret zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Anordnung einer stationären Massnahme gegeben seien. Dazu sei eine Gesamtbetrachtung über die vorhandenen Gutachten über den Rekurrenten sowie den bisherigen Massnahmeverlauf vorzunehmen. Die erste psychologische Begutachtung des Rekurrenten sei im Rahmen eines Jugendstrafverfahrens wegen SVG-Delikten, Raub und sexueller Nötigung im Jahr 2004 erfolgt. Die damalige Gutachterin habe beim Rekurrenten eine dissoziale Persönlichkeitsentwicklungsstörung gemäss ICD-10 F 60.2 diagnostiziert. Sie sei damals von einem hohen Rückfallrisiko bezüglich Eigentums-, Verkehrs- und Gewaltdelikten ausgegangen. Der Rekurrent sei daraufhin vom Kreisgericht E. mit Urteil vom 17. Juni 2005 in ein Erziehungsheim eingewiesen und es sei bei ihm eine psychotherapeutische Behandlung angeordnet worden. In der Folge habe sich der Rekurrent in verschiedenen Institutionen befunden, insbesondere seit dem 7. März 2006 im Massnahmezentrum F., wobei er in dieser Zeit wegen disziplinarischen Vorfällen und Weglaufens wiederholt in Sicherheitshaft versetzt worden sei. Am 26. Oktober 2006 sei der Rekurrent mit Strafbefehl des Bezirksamtes G. wegen mehreren SVG-Delikten zu einer Gefängnisstrafe von 30 Tagen verurteilt worden. Schliesslich sei er von der Vorinstanz mit Urteil vom 12. Dezember 2007 wegen mehreren Delikten ‚auf Kurve‘ vom 8. März bis 5. Juli 2007 mit 12 Monaten Freiheitsstrafe unbedingt bestraft worden. Zwischenzeitlich sei die jugendstrafrechtliche Massnahme mit Verfügung der Jugendanwaltschaft H. vom 2. Oktober 2007 mangels erzieherischer und therapeutischer Wirkung vorzeitig abgebrochen, mithin als gescheitert erklärt worden. Im Jahr 2008 habe sich der Rekurrent ohne engere Betreuung in Freiheit befunden, da der Strafantritt der 12-monatigen Freiheitsstrafe gemäss Urteil vom 12. Dezember 2007 nicht zustande gekommen sei. Am 30. April 2008 sei der Rekurrent vom Untersuchungsamt I. wegen mehreren SVG-Delikten zu einer bedingten Geldstrafe und einer Busse verurteilt worden. Am 18. November 2008 sei er

von der Staatsanwaltschaft J. wegen Hausfriedensbruchs, Vergehens gegen das Waffengesetz und Gewalt und Drohung gegen Beamte mit einer unbedingten Geldstrafe bestraft worden. Schliesslich sei er am 26. Januar 2009 von der Staatsanwaltschaft K. erneut wegen Gewalt und Drohung gegen Beamte verurteilt und unter Einbezug des Widerrufs der bedingten Geldstrafe vom 30. April 2008 mit einer Gesamtstrafe von 240 Tagen gemeinnütziger Arbeit bestraft worden.

Am 10. März 2009 habe der Rekurrent dann eine ihm aus früheren Verfahren bekannte Kantonspolizistin kontaktiert. Gegenüber der Polizistin habe der Rekurrent sinngemäss geäussert, er verspüre ein Verlangen zu delinquirieren. Am 11. März 2009 habe sich der Rekurrent dann freiwillig in die Klinik L. begeben, wo er aber wieder nach Hause geschickt und ihm erklärt worden sei, man werde sich wieder bei ihm melden und ihm eine passende Institution empfehlen. Gleichentags sei er aber, nachdem ihn die Kantonspolizei zur Verhaftung ausgeschrieben hatte, am Hauptbahnhof M. verhaftet und nun per FFE erneut in die Klinik L. eingewiesen worden. Am 13. März 2009 habe ein Arzt der Klinik L. den Justizvollzug darüber informiert, dass sich der Rekurrent aggressiv und drohend verhalte und die Akutstation der Klinik L. nicht den richtigen Rahmen für den Rekurrenten biete. Darauf sei der Rekurrent am 13. März 2009 in der Klinik L. verhaftet und vom Amt für Justizvollzug in den Strafvollzug eingewiesen worden.

Am 4. Mai 2009 habe eine vom Sonderdienst vorgenommene Beurteilung des aktuellen Rückfallrisikos beim Rekurrenten bezüglich Raub und sexueller Nötigung eine mittlere bis hohe Rückfallgefahr und bezüglich Vermögensdelikten, SVG-Delikten und Gewalt und Drohung gegen Beamte eine hohe bis sehr hohe Rückfallgefahr ergeben, weshalb die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens empfohlen worden sei. Ein solches sei am 12. Oktober 2009 von Frau Dr. med. N. abgeschlossen worden und habe beim Rekurrenten eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit unreifen und emotional instabilen Anteilen gemäss ICD-10 F 61.0, eine Lese-Rechtschreibschwäche gemäss ICD-10 F 81.0 sowie ein Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätssyndrom (ADHS) gemäss ICD-10 F 99.0 diagnostiziert. Die Gutachterin habe die Massnahmefähigkeit des Rekurrenten grundsätzlich bejaht. Die Rückfallgefahr für ein Delikt gegen die sexuelle Selbstbestim-

mung wie auch für SVG-Delikte habe die Gutachterin als leicht bis mittelgradig eingestuft.

Noch vor dem Abschluss des psychiatrischen Gutachtens habe der Sonderdienst beim Psychiatrisch-Psychologischen Dienst des Justizvollzugs (PPD) eine sogenannte Vorabklärung oder Triage über den Rekurrenten veranlasst. In seinem Triagebericht vom 10. November 2009 habe der PPD beim Rekurrenten wie die Gutachterin eine Legasthenie gemäss ICD-10 F 81.0 festgestellt. In Abweichung zum Gutachten habe der PPD beim Rekurrenten eine dissoziale Persönlichkeitsstörung gemäss ICD-10 F 60.2 diagnostiziert. Ein ADHS sei vom PPD nicht diagnostiziert worden. Ferner habe der PPD die Massnahmefähigkeit des Rekurrenten grundsätzlich in Frage gestellt und eine moderate bis deutliche Rückfallgefahr für Sexualdelikte sowie eine deutliche Rückfallgefahr für Eigentums- und Verkehrsdelikte beim Rekurrenten in Aussicht gestellt. Angesichts der divergierenden Einschätzungen des PPD sei die Gutachterin Dr. N. vom Sonderdienst mit einem Ergänzungsgutachten beauftragt worden.

In ihrem Ergänzungsgutachten vom 30. Dezember 2009 habe sich Dr. N. im Einzelnen mit dem Triagebericht des PPD vom 10. November 2009 auseinandergesetzt und dabei an der von ihr gestellten Diagnose einer kombinierten Persönlichkeitsstörung mit emotional instabilen und unreifen Anteilen festgehalten. Die vom PPD gestellte Diagnose einer dissozialen Persönlichkeitsstörung gehe an der Problematik des Rekurrenten vorbei. Ein ADHS habe von ihr mit den feineren Mitteln der Testpsychologie nun ausgeschlossen werden können, was legalprognostisch günstig zu werten sei. Einen deliktrelevanten Suchtmittelmissbrauch habe sie beim Rekurrenten in Übereinstimmung mit dem PPD nicht festgestellt. Die Massnahmefähigkeit habe sie grundsätzlich weiter als gegeben erachtet, sofern therapeutisch auf die emotional instabilen und unreifen Persönlichkeitszüge des Rekurrenten eingegangen werde.

Bezüglich der unterschiedlichen psychiatrischen Beurteilungen erwog die Vorinstanz, für den Entscheid über die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme sei einzig auf die beiden psychiatrischen Gutachten von Dr. N. abzustellen, da dem Triagebericht des PPD nicht die Qualität eines Gutachtens zu-

komme. Der Triagebericht sei allenfalls „ergänzend“ in die Beurteilung miteinzubeziehen. Bezüglich der Verwertbarkeit der psychiatrischen Gutachten sei festzuhalten, dass die Gutachterin im Einklang mit BGE 135 IV 87 sowohl die nicht mehr im Strafregister aufgeführten jugendstrafrechtlichen Verurteilungen als auch das psychologische Gutachten vom 3. November 2004 habe miteinbeziehen dürfen. Die gutachterlichen Ausführungen erschienen insgesamt schlüssig, nachvollziehbar und überzeugend. Die Widersprüche zum Triagebericht des PPD würden im Ergänzungsgutachten geklärt. Somit sei beim Rekurrenten von einer emotional instabilen und unreifen Persönlichkeitsstörung gemäss ICD-10 F 61.0 auszugehen. Wie hoch die Rückfallgefahr beim Rekurrenten konkret einzuschätzen sei, könne offenbleiben, da die Anordnung einer stationären Massnahme gemäss Art. 59 Abs. 1 StGB nicht unbedingt eine hohe Rückfallgefahr voraussetze.

Bezüglich der Form der therapeutischen Massnahme habe die Gutachterin in ihrem ursprünglichen Gutachten eine ambulante Massnahme empfohlen und eine stationäre Massnahme demgegenüber als wenig erfolgversprechend bezeichnet. Im Ergänzungsgutachten habe sie diese Ausführungen relativiert und eingeräumt, dass eine ambulante Therapie bei dem vorliegenden Störungsbild von vornherein schwierig sei, jedoch im Prinzip erfolgversprechender als eine stationäre Massnahme, bei welcher die Gefahr bestehe, dass – wie sich dies schon in früher von ihm durchlaufenen Einrichtungen gezeigt habe – die vom Rekurrenten zuletzt in Freiheit gezeigten Bemühungen um Anpassung und Integration einem sich entziehenden und verweigernden Verhalten weiche. Entscheidend sei letztlich, ob ein „gesellschaftlicher Konsens“ bestehe, das beim Rekurrenten vorhandene Restrisiko zu tragen, um eine ambulante Therapie in Freiheit durchzuführen. Werde ein solcher Konsens verneint, könne das Restrisiko nicht dem Therapeuten aufgebürdet werden.

Dazu erwog die Vorinstanz, aus den Ausführungen der Gutachterin lasse sich entnehmen, dass beide Massnahmen belastet seien und nicht vorbehaltlos eine bestimmte Massnahme empfohlen werden könne. Werde das erwähnte Restrisiko bei einer ambulanten Massnahme ausgeklammert, so erscheine eine ambulante Massnahme zur Behandlung des Rekurrenten als adäquat. Aus den Akten lasse

sich jedoch entnehmen, dass der Rekurrent im Jahr 2004, im Alter von 17 Jahren, zu delinquieren begonnen habe. Aus diesem Jahr datiere auch die erste Diagnose einer dissozialen Persönlichkeitsentwicklungsstörung. Die darauffolgende Zeitspanne bis Ende 2007 habe der Rekurrent in verschiedenen Massnahmeeinrichtungen verbracht. Die verschiedenen zwischenzeitlich erwirkten Vorstrafen zeigten aber, dass es der Rekurrent trotz intensiver therapeutischer Betreuung nicht geschafft habe, deliktsfrei zu leben. Seit dem 13. März 2009 befinde sich der Rekurrent in der Strafanstalt O. und es sei seither zu drei Disziplinierungen gekommen. Vor diesem Hintergrund und zusammen mit der diagnostizierten Persönlichkeitsstörung verbleibe bei einer ambulanten Massnahme ein zu grosses Restrisiko für die Öffentlichkeit, wofür eben kein gesellschaftlicher Konsens mehr bestehe. Die Anordnung bloss einer ambulanten Massnahme falle daher ausser Betracht. Mit der Anordnung einer stationären Massnahme werde entgegen der Verteidigung auch das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht verletzt. Sie erscheine nicht unangemessen, namentlich unter dem Aspekt einer potentiellen Gefährdung der Öffentlichkeit und der damit verbundenen Frage der Schwere und Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten. So sei nochmals auf die diversen Vorstrafen des Rekurrenten hinzuweisen, welche „grösstenteils mit seinem Hang zu Gewalttätigkeiten“ in Zusammenhang stünden. Der Raub mit sexueller Nötigung dürfe dem Rekurrenten zwar nicht mehr als Vorstrafe entgegengehalten werden, dennoch könne diese Tat in die Beurteilung der Verhältnismässigkeit miteinbezogen werden. Zusammenfassend sei somit eine stationäre therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB anzuordnen und die Reststrafe zwecks Durchführung dieser Massnahme aufzuschieben.

2. Die Verteidigung bringt dagegen in ihrer Rekurschrift zusammengefasst folgendes vor (Urk. 2):

Die Verteidigung habe die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass mit dem vom Sonderdienst gestellten Antrag juristisches Neuland betreten werde. Die Auslegung von Art. 65 StGB lasse im vorliegenden Fall die nachträgliche Anordnung einer stationären Behandlung nach Art. 59 StGB gar nicht zu, da zufolge vollständiger Strafverbüssung gar nicht von einer Änderung der Sanktion gesprochen

werden könne. Die nachträgliche Anordnung einer Internierung gemäss Art. 59 StGB lasse sich gemäss herrschender Lehre generell nicht mit den übergeordneten Verfassungs- und EMRK-Prinzipien vereinbaren. Die Verteidigung habe auch auf einen überaus gründlich begründeten Leitentscheid des EGMR hingewiesen, in welchem festgestellt worden sei, dass ein nachträglich angeordneter Freiheitsentzug, wie er im vorliegenden Verfahren beantragt werde, in mehrfacher Hinsicht gegen die EMRK verstosse. Sämtliche rechtlichen Bedenken der Verteidigung habe die Vorinstanz auf weniger als zwei Seiten vom Tisch gewischt. Sie habe ihre Entscheidung ausschliesslich auf einen BGE vom 21. Januar 2010 gestützt, in welchem es aber um die Anordnung von Sicherheitshaft gegangen sei und nicht um die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme. Die Begründung der Vorinstanz setze sich nicht mit den Vorbringen des Rekurrenten auseinander und verletze damit den Anspruch des Rekurrenten auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Um weitere Verfahrensverzögerungen zu vermeiden, werde aber darauf verzichtet, die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur rechtsgenügenden Begründung zu beantragen.

Die grammatische, historische und teleologische Auslegung von Art. 65 StGB liessen im vorliegenden Fall die Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB nicht zu. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei eine solche nachträgliche Anordnung nur dann zulässig, wenn zumindest der erstinstanzliche Richter noch vor oder während des Vollzugs entschieden habe (BGer. vom 20.6.2008, 6B\_237/2008, Erw. 1.2), wovon hier nicht die Rede sein könne. Der Vorinstanz sei vorzuwerfen, dass ihre Argumentation sehr formalistisch sei und keine Rücksicht auf die ratio legis nehme. Vorliegend sei in aller Eile – sieben Tage vor Verbüsung der Vollstrafe – noch Sicherheitshaft angeordnet worden. Ob es sich beim Freiheitsentzug ab dem 8. Februar 2010 aber tatsächlich um Sicherheitshaft gehandelt habe, sei höchst fraglich, da sämtliche Haftzwecke bis am 15. Februar 2010 durch den Strafvollzug abgedeckt worden seien. Für die Anordnung von Sicherheitshaft habe gar kein Anlass bestanden. Es sei des Weiteren offenkundig, dass gar keine Reststrafe mehr zu vollziehen sei, da diese erstanden sei, selbst wenn man den Freiheitsentzug zwischen dem 8. bis 15. Februar 2010 als Sicherheitshaft qualifizieren würde.

Unter Hinweis auf den Leitentscheid des EGMR vom 17. Dezember 2009 habe die Verteidigung vor Vorinstanz dargelegt, dass die nachträgliche Anordnung der stationären Behandlung nicht mit Art. 5 Ziff. 1 EMRK vereinbar sei. Gleichzeitig habe sie auf die herrschende Lehre verwiesen, welche bereits zuvor diese Rechtsauffassung vertreten habe. Ein Freiheitsentzug sei gemäss Art. 5 EMRK nur dann konventionskonform, wenn eine der in Art. 5 Ziff. 1 lit. a – f EMRK abschliessend aufgeführten Voraussetzungen gegeben sei. Im vorliegenden Fall komme in erster Linie ein Freiheitsentzug nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht nach Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK in Betracht. Der EGMR habe in seinem Entscheid ausführlich dargelegt, dass ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen dem ursprünglich schuldig sprechenden Erkenntnis und dem aktuellen Freiheitsentzug bestehen müsse. Ein solcher Kausalzusammenhang sei im vorliegenden Fall offensichtlich nicht gegeben. Die Vorinstanz habe den Rekurrenten mit Urteil vom 12. Dezember 2007 schuldig gesprochen und abschliessend sämtliche Sanktionen festgelegt. Von einem Kausalzusammenhang zwischen jenem Urteil und dem heutigen Freiheitsentzug könne nicht die Rede sein. Zu beachten sei dabei, dass die dem seinerzeitigen Urteil zu Grunde liegenden Delikte selbstverständlich nicht nach Verbüsung der gerichtlich verhängten Strafen doch noch als Legitimation für einen weiteren Freiheitsentzug herangezogen werden dürften. Die von der Vorinstanz angeordnete nachträgliche Internierung nach Art. 59 StGB finde in Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK keine Rechtfertigung. Der EGMR habe in seinem Leitentscheid auch die Anwendung von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK verworfen, wonach ein Freiheitsentzug nur dann gerechtfertigt sei, wenn es um die Abwendung einer konkreten und spezifischen Straftat gehe, deren Ausführung bevorstehe. Mithin gehe es nur um Fälle der sogenannten Ausführungsgefahr wie sie in § 58 Abs. 2 StPO als Haftgrund umschrieben sei. Nicht näher zu prüfen sei sodann, ob allenfalls Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK zum Zug komme, da von einer FFE-Konstellation nicht die Rede sein könne. Demnach sei festzustellen, dass der Freiheitsentzug des Rekurrenten ohne konventionskonformen Grund angeordnet worden sei. Dieser erweise sich mithin als EMRK-widrig. Der Rekurrent befinde sich widerrechtlich in Haft. Gemäss ständiger Praxis habe der Rekurrent Anspruch auf Feststellung der Verletzung von Art. 5 EMRK.

Nicht zutreffend sei die Auffassung der Verteidigung vor Vorinstanz gewesen, der EGMR habe auch einen Verstoss gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ gerügt. Der EGMR habe eine Verletzung des – hier nicht tangierten – Rückwirkungsverbot es gerügt. Eine Prüfung des Grundsatzes „ne bis in idem“ habe der EGMR in seinem Urteil vom 17. Dezember 2009 gar nicht vorgenommen. Selbstverständlich bleibe es aber beim Standpunkt, dass die nachträgliche Anordnung einer stationären Behandlung nach Art. 59 StGB einer nochmaligen Bestrafung gleichkomme, was gegen den genannten Grundsatz verstosse. Dieser Auffassung sei auch die herrschende Lehre. Zudem habe das Bundesgericht auch in diesem Zusammenhang klargemacht, dass aus der Zulässigkeit der Sicherheitshaft in Nachverfahren – im Lichte des Grundsatzes „ne bis in idem“ – keineswegs auf die Zulässigkeit einer nachträglichen Internierung nach Art. 59 StGB geschlossen werden dürfe (BGE vom 1.6.2010, 6B\_160/2010, Erw. 1.3).

Die Vorinstanz stütze ihren Rechtsstandpunkt ausschliesslich auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 21.1.2010 (1B\_4/2010), obwohl in jenem Verfahren ausschliesslich die Rechtmässigkeit von Sicherheitshaft in einem Nachverfahren betreffend Umwandlung einer vollzugsbegleitenden ambulanten in eine nachträgliche stationäre Massnahme zu beurteilen gewesen sei. Das Bundesgericht habe in seinem Entscheid festgehalten, dass der Sachrichter im Rahmen der Beurteilung der Notwendigkeit einer stationären Behandlung zu gewährleisten haben werde, dass den Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK entsprochen werde. Es erscheine zudem sehr fraglich, ob das Bundesgericht – sobald es Kenntnis vom EGMR-Urteil vom 17. Dezember 2009 erlange – noch an der bisherigen Praxis festhalte, nachdem der EGMR die Vertragsstaaten klar darauf hingewiesen habe, dass ein über die Dauer der schuldangemessenen Freiheitsstrafe hinausgehender Freiheitsentzug im verurteilenden Sachurteil enthalten sein müsse. Sei aber – wie im vorliegenden Fall – im ursprünglichen Urteil nicht einmal eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme angeordnet worden, so erlaube es Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK von vornherein nicht, unmittelbar vor der Verbüssung der Vollstrafe eine nochmalige Internierung anzuordnen. So habe das Bundesgericht auch in seinem Entscheid vom 26.9.2006, 6S.297/2006, Erw. 2.3., betont, dass im

ursprünglichen Strafurteil die Option einer nachträglichen Abänderung in eine sichernde Massnahme vorbehalten worden sei.

Bezüglich der Verhältnismässigkeit der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme stelle das Bundesgericht bereits im weniger heiklen Fall der Umwandlung einer ambulanten in eine stationären Massnahme hohe Anforderungen. So habe das Bundesgericht im Entscheid vom 23.1.2006, 6P.130/2005, E. 2. und 3.2. festgehalten, die Umwandlung einer ambulanten Therapie in eine stationäre Massnahme nach vollständiger Verbüsung der Strafe sei nur in klaren Ausnahmefällen zulässig. Sie dürfe nicht schon angeordnet werden, wenn die Gefahr weiterer Straftaten drohe, die für sich betrachtet die erstmalige Anordnung einer stationären Massnahme rechtfertigen würde. Vielmehr sei erforderlich, dass der Täter die öffentliche Sicherheit in schwerer Weise gefährden würde. Es müsse das ernsthafte Risiko schwerwiegender Delinquenz bestehen, d.h. erst die hohe Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung hochwertiger Rechtsgüter reiche für die Begründung der Gefährlichkeit aus. Diese vom Bundesgericht geforderten Voraussetzungen lägen hier nicht vor und seien von der Vorinstanz auch nicht behauptet worden. Die Vorinstanz habe zusammenfassend lediglich festgestellt, es bestehe eine Rückfallgefahr, nachdem sie zuvor festgestellt habe, es könne letztlich offen bleiben, wie konkret die Rückfallgefahr beurteilt werde. An anderer Stelle werde lediglich pauschal von einer potenziellen Gefährdung der Öffentlichkeit gesprochen. Von einem klaren Ausnahmefall könne somit nicht die Rede sein, ebenso wenig von einer schweren Gefährdung höchster Rechtsgüter im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die vorinstanzlichen Ausführungen selbst machten deutlich, dass die qualifizierten Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht beachtet worden seien. Die Vorinstanz habe stattdessen eine Null-Risiko-Strategie verfolgt, welche mit der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips und der dafür erforderlichen Güterabwägung nichts zu tun habe.

Die Gutachterin Dr. N. habe in ihren beiden Gutachten festgestellt, dass eine ambulante Therapie einer stationären Behandlung vorzuziehen sei, da die längerfristige Prognose im Falle einer ambulanten Behandlung eher günstiger sei, als im Falle einer stationären Behandlung. Der Vorteil einer stationären Massnahme be-

schränke sich nach Auffassung der Gutachterin im Wesentlichen darauf, dass damit das leicht- bis mittelgradige Restrisiko nicht dem Therapeuten aufgebürdet werden müsste. Diese Überlegung führe aber nicht weiter, da bei jedem massnahmebedürftigen Täter ein Restrisiko bestehe. Zudem habe die Gutachterin diesem Argument eine ganze Reihe von Argumenten gegen eine stationäre Behandlung gegenüber gestellt. So habe die Analyse des bisherigen Behandlungsverlaufs gezeigt, dass der Rekurrent deutlich besser auf seine Ressourcen zurückgreifen und gesellschaftlich erwünschte, prosoziale Lösungsstrategien entwickeln könne, wenn er in Freiheit sei und in eigener Verantwortung handle. In der stationären Massnahme bestünden diverse Gefahren, die sich letztlich legalprognostisch ungünstig auswirken würden. Aus all diesen Gründen habe die Gutachterin die Legalprognose im Falle einer ambulanten Massnahme als günstiger eingestuft, als bei Anordnung einer stationären Behandlung. Damit habe sich die Vorinstanz nicht ansatzweise auseinandergesetzt. Das Bundesgericht habe in ganz verschiedenen Zusammenhängen dargelegt, dass eine strafrechtliche Sanktion vor allem deliktpräventiv sein soll. Dabei habe es immer wieder betont, dass eine kurzsichtige Betrachtungsweise, welche ausschliesslich die Rückfallvermeidung durch Freiheitsentzug im Auge habe, verfehlt sei. Die Vorinstanz habe aber bei ihrer Entscheidung offensichtlich ausschliesslich eine solche kurzfristige „Null-Risiko-Strategie“ vor Augen gehabt.

Die Abweichung von der gutachterlichen Empfehlung habe die Vorinstanz ausschliesslich mit der bisherigen Delinquenz des Rekurrenten begründet. Die vom Rekurrenten vor Strafmündigkeit (recte wohl: vor Volljährigkeit) begangenen Delikte, insbesondere das einzige schwerwiegende Delikt im Jahre 2004, dürften im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden, da die entsprechenden Verurteilungen aus dem Strafregister entfernt seien. Nach der Entfernung aus dem Strafregister dürften Eintragungen gemäss Art. 369 Abs. 7 StGB nicht mehr rekonstruierbar sein. Entfernte Urteile dürften dem Betroffenen nicht mehr entgegengehalten werden. Die Vorinstanz habe hierzu eine gegenteilige Meinung vertreten und gemeint, dies gälte nicht für die Beurteilung betreffend Verhältnismässigkeit. Damit widerspreche die Vorinstanz der klaren Rechtsprechung des Bundesgerichts im BGE vom 7.1.2009, 6B\_538/2008, Erw. 2.5. Danach dürfe zwar

der medizinische Gutachter für die (medizinische) Realprognose aktenkundige Hinweise auf entfernte Strafen berücksichtigen. Demgegenüber dürfe die (gerichtliche) Legalprognose nur mit noch eingetragenen Vorverurteilungen begründet werden. Die Vorinstanz habe nach ihren eigenen Worten genau das gemacht, was das Bundesgericht untersagt habe. Sie habe im Rahmen ihrer normativen Prüfung der Verhältnismässigkeit, mithin im Zuge der (gerichtlichen) Legalprognose Vorverurteilungen berücksichtigt, die bereits aus dem Strafregister entfernt worden seien. Dies sei nicht statthaft. Die erhebliche Delinquenz des Rekurrenten im Bereich der Vermögensdelikte im Jahre 2007 sei mit Urteil der Vorinstanz vom 12. Dezember 2007 beurteilt worden, ohne dass die Vorinstanz damals Anlass gesehen hätte, neben der Freiheitsstrafe eine Massnahme anzuordnen. Es bestehe kein Anlass, rückwirkend in diesen Entscheid einzugreifen. Bei den anschliessenden Delikten des Rekurrenten habe es sich um relativ geringfügige Vorfälle gehandelt, welche mit entsprechend mässigen Sanktionen geahndet worden seien. Der Rekurrent habe sich weder ein Vergehen oder Verbrechen gegen Leib und Leben noch ein solches gegen die sexuelle Integrität zuschulden kommen lassen. Von gravierenden Delikten gegen besonders hochwertige Güter könne nicht die Rede sein. Die beiden einzigen Vorfälle, die eine gewisse Aggressionsneigung des Rekurrenten andeuten würden (Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte) habe der Rekurrent im Rahmen seiner Anhörung vor Vorinstanz erläutert und relativiert.

Zusammenfassend widerspreche die Anordnung einer stationären Behandlung nach Art. 59 StGB dem Bundesrecht bzw. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, den völkerrechtlichen Bestimmungen der EMRK und des IPBPR bzw. der Rechtsprechung des EGMR und missachte eklatant das Verhältnismässigkeitsprinzip. Der Rekurrent sei demzufolge unverzüglich aus der Haft zu entlassen.

### **III. Auseinandersetzung mit den Standpunkten/Entscheid**

1. Sind bei einem Verurteilten vor oder während des Vollzuges einer Freiheitsstrafe (...) die Voraussetzungen einer stationären therapeutischen Massnahme gegeben, so kann das Gericht diese Massnahme nachträglich anordnen.

Zuständig ist das Gericht, das die Strafe (...) ausgesprochen hat. Der Vollzug einer Reststrafe wird aufgeschoben (Art. 65 Abs. 1 StGB).

Diese Regelung stellt eine Weiterentwicklung von Art. 44 Ziff. 6 aStGB dar, wonach bei Rauschgiftsüchtigen, bei denen sich im Verlauf des Vollzuges einer Freiheitsstrafe nachträglich die Massnahmefähigkeit resp. –bereitschaft einstellte, auf deren Gesuch hin, die ursprünglich angeordnete Freiheitsstrafe in eine stationäre Massnahme für Suchtkranke umgewandelt werden konnte. Nach Art. 65 Abs. 1 StGB kann eine Freiheitsstrafe nunmehr nachträglich in eine beliebige stationäre Massnahme umgewandelt werden und dies neu auch gegen den Willen des Verurteilten. Mit dieser Neuregelung sollte gemäss Botschaft eine grösstmögliche Flexibilität im Bereich der sozialtherapeutischen Hilfen erreicht werden. Diese Neuregelung wurde und wird von der Lehre jedoch einhellig als zumindest problematisch, wenn nicht klar EMRK-widrig kritisiert, namentlich falls diese zur nachträglichen Umwandlung einer zeitlich befristeten Freiheitsstrafe in eine zeitlich unbefristete stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB führe. Es stelle sich die Frage, ob der nachträgliche Freiheitsentzug diesfalls an die ursprüngliche richterliche Verurteilung angeknüpft werden könne, wie dies der EGMR in seiner Praxis zu Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK verlange. Fraglich sei ferner, ob die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme nicht einen Verstoss gegen das (in Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK verankerte) Verbot der Doppelbestrafung (*ne bis in idem*) darstelle. Zu fordern sei jedenfalls, dass ein solches nachträgliches Vorgehen besonders qualifizierten Anforderungen unterliegen müsse. Namentlich sei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ganz besondere Beachtung zu schenken (vgl. zum Ganzen: Marianne Heer in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, N 14 ff. zu Art. 65 StGB; Stratenwerth/Wohlens, StGB-Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2009, N 1 zu Art. 65 StGB; Trechsel/Pauen Borer, StGB-Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, N 1 ff. zu Art. 65 StGB).

2. Die Verteidigung beruft sich insbesondere auf das Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 in Sachen M. gegen Deutschland (Beschwerde Nr. 19359/04; das Urteil ist im Originaltext abrufbar in der Entscheiddatenbank des EGMR unter: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>).

Diesem Urteil des EGMR lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zu Grunde:

2.1. Der bereits mehrfach wegen Vermögens- und schweren Gewaltdelikten vorbestrafte M. war am 17. November 1986 vom Landgericht Marburg wegen versuchten Mordes und Raub zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren und anschliessender „Sicherungsverwahrung“ verurteilt worden. Seit dem 18. August 1991 befand sich M. nach der Verbüßung seiner Freiheitsstrafe im Vollzug der Sicherungsverwahrung im Gefängnis Schwalmstadt. Die maximale Dauer einer erstmaligen Sicherungsverwahrung gemäss deutschem Strafrecht war nach den zum Tat- und Urteilszeitpunkt in Kraft stehenden Gesetzesbestimmungen auf 10 Jahre begrenzt. Spätestens nach Ablauf dieser 10 Jahre musste ein erstmals Verwahrter von Gesetzes wegen ohne Weiteres entlassen werden. Am 31. Januar 1998 trat in Deutschland eine Gesetzesänderung in Kraft, gemäss welcher das zuständige Gericht die Sicherungsverwahrung nach 10 Jahren nur dann als beendet erklärt, wenn keine Gefahr besteht, dass der Verwahrte aufgrund seiner kriminellen Neigungen weitere schwerwiegende Delikte begehen wird, die beträchtlichen psychischen oder physischen Schaden bei den Opfern zur Folge haben. Am 10. April 2001 wies das Landgericht Marburg ein Gesuch von M. um bedingte Entlassung aus der Sicherungsverwahrung ab und ordnete gestützt auf die zwischenzeitlich geänderten Gesetzesbestimmungen die Fortführung der Sicherungsverwahrung über die ursprüngliche Maximaldauer von 10 Jahren hinaus an. Dieser Entscheid des Landgerichts wurde am 26. Oktober 2001 vom Oberlandesgericht Frankfurt a.M. bestätigt. Am 5. Februar 2004 wies das deutsche Bundesverfassungsgericht eine von M. gegen diese Entscheide erhobene Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurück. Dagegen liess M. am 24. Mai 2004 eine Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wegen Verletzung der Art. 5 Ziff. 1 und Art. 7 Ziff. 1 EMRK führen. Der EGMR stellte am 17. Dezember 2009 eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 wie auch von Art. 7 Ziff. 1 EMRK fest und verpflichtete Deutschland, an M. eine Genugtuung von EUR 50'000.– nebst Zinsen zu bezahlen.

2.2. Die Verteidigung wies in ihrer Rekursschrift selbst zutreffend darauf hin, dass eine Verletzung von Art. 7 Ziff. 1 EMRK (Legalitätsprinzip / Rückwirkungsverbot) im vorliegenden Fall nicht in Betracht fällt, stand Art. 65 Abs. 1 StGB doch sowohl im Zeitpunkt der Delikte des Rekurrenten im Jahr 2007 als auch im Zeitpunkt des wegen diesen Delikten ergangenen Urteils des Bezirksgerichts D. am 12. Dezember 2007 bereits in Kraft.

2.3. Bezüglich der Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 EMRK hielt der EGMR in seinem Urteil zusammengefasst folgendes fest (Rz. 86 ff.):

Art. 5 Ziff. 1 lit. a – f EMRK enthalte eine abschliessende Aufzählung der zulässigen Gründe für einen Freiheitsentzug. Kein Freiheitsentzug sei rechtmässig, wenn er nicht unter mindestens einen dieser Gründe falle. Bezüglich Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK („rechtmässiger Freiheitsentzug nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“) sei unter „Verurteilung“ ein Schuldspruch und die Ausfällung einer Freiheitsstrafe oder einer anderen freiheitsentziehenden Massnahme zu verstehen. Das Wort „nach“ bedeute nicht einfach, dass der „Freiheitsentzug“ zeitlich nach der „Verurteilung“ stattfinden müsse. Vielmehr müsse sich der Freiheitsentzug aus der Verurteilung ergeben, ihr folgen und von ihr abhängen bzw. kraft der Verurteilung stattfinden. Kurz gesagt müsse ein ausreichender Kausalzusammenhang zwischen der gerichtlichen Verurteilung und dem in Frage stehenden Freiheitsentzug bestehen. Mit zunehmender Dauer werde die Verbindung zwischen der ursprünglichen Verurteilung und einem weiteren Freiheitsentzug jedoch schwächer. Der erforderliche Kausalzusammenhang könne schliesslich gar unterbrochen werden, wenn sich ein späterer Entscheid, den Inhaftierten nicht zu entlassen oder wieder zu inhaftieren, auf Gründe stütze, die sich mit der Zielsetzung des ursprünglichen Entscheides durch das verurteilende Gericht nicht vereinbaren liessen [im Originaltext: „based on grounds that were inconsistent with the objectives of the initial decision (by the sentencing court)“]. Unter diesen Umständen werde eine ursprünglich rechtmässig angeordnete Inhaftierung nachträglich zu einem willkürlichen Freiheitsentzug, der nicht mehr mit Art. 5 EMRK vereinbar sei.

Der EGMR kam für den ihm vorgelegten Fall zum Schluss, dass das verurteilende Sachgericht bei seinem ursprünglichen Urteil im Jahre 1986 aufgrund der damals geltenden Rechtslage davon ausgehen müssen, dass die von ihm angeordnete Sicherungsverwahrung höchstens 10 Jahre andauern würde. Die Verlängerung der Sicherungsverwahrung über diesen Zeitraum hinaus sei erst durch die nachträgliche Gesetzesänderung möglich geworden. Diese habe den Kausalzusammenhang zwischen der ursprünglichen Verurteilung im Jahre 1986 und der über die damalige Maximaldauer von 10 Jahren andauernden Sicherungsverwahrung unterbrochen. Die Fortdauer der Sicherungsverwahrung lasse sich deshalb nicht auf die ursprüngliche Verurteilung zurückführen und damit auch nicht auf Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK stützen.

Der EGMR prüfte sodann, ob sich die andauernde Sicherungsverwahrung von M. auf eine der lit. b – f von Art. 5 Ziff. 1 EMRK stützen lasse, wobei er die lit. b, d und f als für den konkreten Fall offensichtlich irrelevant bezeichnete. Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK erlaube u.a. einen Freiheitsentzug, „wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie [=die inhaftierte Person] an der Begehung einer Straftat (...) zu hindern“. Die Rechtsprechung des Gerichts verlange diesbezüglich aber, dass die zu befürchtende Straftat bezüglich Zeit und Ort ihrer Begehung und ihrer Opfer konkret bestimmbar sei. Dies sei beim Verwahrten M. nicht der Fall.

Ferner zog der EGMR in Betracht, ob sich die anhaltende Sicherungsverwahrung von M. auf Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK [„rechtmässiger Freiheitsentzug (...) bei psychisch Kranken“] stützen lasse. Er erwog hierzu, es lasse sich nicht ausschließen, dass eine Sicherungsverwahrung bestimmter Täter auf diese Bestimmung gestützt werden könnte. Im vorliegenden Fall habe das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. jedoch festgestellt, dass M. nicht mehr an einer schweren psychischen Störung leide. Jedenfalls hätten die deutschen Gerichte den anhaltenden Freiheitsentzug nicht mit einer psychischen Störung bei M. begründet, weshalb sich die Inhaftierung nicht unter Berufung auf Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK rechtfertigen lasse.

Da sich die andauernde Sicherungsverwahrung von M. somit nicht unter einen der in Art. 5 Ziff. 1 EMRK angeführten Gründe subsumieren lasse, liege eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 EMRK vor.

2.4. Was der Rekurrent aus diesem Urteil zu seinen Gunsten herleiten will, ist nicht recht ersichtlich. Vorab ist festzustellen, dass sich der dem Urteil des EGMR vom 17. Dezember 2009 zu Grunde liegende Sachverhalt von dem im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden doch erheblich unterscheidet. Namentlich besteht im vorliegenden Fall – wie bereits ausgeführt – keine Rückwirkungsproblematik. Gerade damit begründete der EGMR aber nicht nur die Verletzung von Art. 7 Ziff. 1 EMRK, sondern auch die Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK, wenn er festhielt, die nachträgliche Gesetzesänderung habe den Kausalzusammenhang zwischen der ursprünglichen Verurteilung und dem andauernden Freiheitsentzug unterbrochen, weil das verurteilende Gericht auf Grund der zum Urteilszeitpunkt geltenden Rechtslage davon habe ausgehen müssen, die von ihm angeordnete Sicherungsverwahrung werde höchstens 10 Jahre dauern. Im vorliegenden Fall war aber Art. 65 Abs. 1 StGB im Urteilszeitpunkt bereits in Kraft und mag in der Urteilsberatung des Bezirksgerichtes D. am 12. Dezember 2007 – beim angesichts seiner Vorgeschichte wohl massnahmebedürftigen, aber angesichts der kurz zuvor abgebrochenen jugendstrafrechtlichen Massnahme zur damaligen Zeit wohl nicht massnahmefähigen Rekurrenten einzig eine unbedingte Freiheitsstrafe und keine therapeutische Massnahme auszufallen – durchaus eine Rolle gespielt haben. Da das Urteil vom 12. Dezember 2007 in Anwendung von § 160a GVG ohne schriftliche Begründung ausgefällt wurde, lässt sich dies zwar nicht mehr mit Sicherheit feststellen. Belegt ist jedenfalls, dass die Anordnung einer Massnahme bereits im damaligen Verfahren ein Thema war und dass sich der Rekurrent dagegen sträubte. Der von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK geforderte Kausalzusammenhang zwischen einer mit Beschluss des Bezirksgerichts D. (mithin des verurteilenden Gerichts) vom 25. März 2010 nachträglich angeordneten stationären Massnahme und der ursprünglichen Verurteilung durch das Bezirksgerichtes D. vom 12. Dezember 2007 lässt sich im vorliegenden Fall also nicht ohne Weiteres in Abrede stellen. Darüber hinaus begründete die Vorinstanz die nachträgliche Anordnung der stationären Massnahme explizit mit einer schweren psychischen

Störung des Rekurrenten. Gemäss den unbestrittenen Feststellungen in den psychiatrischen Gutachten von Dr. N. leidet der Rekurrent denn auch nach wie vor an einer kombinierten Persönlichkeitsstörung mit emotional instabilen und unreifen Anteilen gemäss ICD-10 F 61.0. Die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme gemäss Art. 59 StGB liesse sich somit (angesichts der zitierten Erwägungen des EGMR hierzu) auch auf Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK stützen. Eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 EMRK durch die Vorinstanz ist damit – entgegen der Verteidigung – hier nicht ersichtlich und kann daher auch nicht in diesem Entscheid festgestellt werden (Antrag 3 der Verteidigung).

3. Das Bundesgericht hat sich in seiner bisherigen Praxis – soweit ersichtlich – noch nie explizit zur grundlegenden Problematik der Vereinbarkeit von Art. 65 Abs. 1 StGB mit der EMRK geäussert. In mehreren Entscheiden betreffend die (grundrechtlich ähnlich problematische) nachträgliche Umwandlung einer ambulanten in eine stationäre Massnahme hat das Bundesgericht jedoch – wie von der Verteidigung ausgeführt – besonderen Wert auf die Verhältnismässigkeit der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme im konkreten Fall gelegt. Schon unter der Herrschaft des alten Rechts war aber gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes die Umwandlung einer ambulanten in eine stationäre Massnahme selbst dann noch zulässig, wenn die Strafe vollständig verbüsst war (vgl. BGE 128 I 184, E. 2.3.2, mit Hinweis), wobei die Möglichkeit nur in klaren Ausnahmefällen und unter strenger Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgebotes zulässig sein sollte. Eine solche Ausnahmesituation wurde etwa angenommen, wenn ein entlassener Straftäter nach dem Scheitern der Therapie die öffentliche Sicherheit in schwerer Weise gefährdete und nur eine langfristige stationäre Behandlung die Rückfallgefahr vermindern konnte (BGer. vom 23. Januar 2006, 6S.408/2005, E. 2, mit Hinweisen; BGer. vom 21. Oktober 2008, 6B\_375/2008, E. 4.2). Im zuletzt zitierten Entscheid des Bundesgerichtes, welcher unter dem neuen Recht zur Anwendung von Art. 65 Abs. 1 StGB erging, entschied das Bundesgericht, die Vorinstanz habe die Frage der Verhältnismässigkeit unvollständig gewürdigt, indem sie einzig festgehalten habe, die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB sei nicht mehr verhältnismässig, weil die zweijährige Freiheitsstrafe bis auf wenige Tage vollständig

verbüsst sei. Die Vorinstanz unterlasse es darzutun, wie sie das deutliche bis sehr hohe Risiko weiterer Gewaltdelikte in ihre Gewichtung einbeziehe (a.a.O., E. 4.5). Das Bundesgericht wies das Verfahren deshalb zur Prüfung der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme an die Vorinstanz zurück. Es sah in diesem Vorgehen offenbar keinen Konflikt mit dem Grundsatz „ne bis in idem“.

4. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fällt demnach eine Anwendung von Art. 65 Abs. 1 StGB im vorliegenden Fall nicht schon deshalb ausser Betracht, weil bei Anrechnung der Sicherheitshaft die Freiheitsstrafe inzwischen vollständig verbüsst wäre. Die diesbezügliche Argumentation der Verteidigung erweist sich zumindest als ebenso formalistisch wie diejenige der Vorinstanz. Der Wortlaut von Art. 65 Abs. 1 StGB verlangt lediglich, dass „die Voraussetzungen einer stationären therapeutischen Massnahme“ vor oder während der Vollzuges einer Freiheitsstrafe gegeben sind. Das Gesetz verlangt weder einen entsprechenden Antrag, geschweige denn einen erstinstanzlichen Entscheid noch während des Vollzugs der Freiheitsstrafe. Im von der Verteidigung angeführten BGE 6B\_237/2008 vom 20. Juni 2008 hat das Bundesgericht in E. 1.2 lediglich festgehalten, die nachträgliche Anordnung der stationären Massnahme sei in jenem Verfahren sicherlich rechtzeitig erfolgt, da sie erstinstanzlich noch während des Vollzugs der Freiheitsstrafe erfolgt sei. Daraus lässt sich nun aber nicht der Umkehrschluss ziehen, der erstinstanzliche Entscheid müsse noch während des Vollzugs der Freiheitsstrafe vorliegen, ansonsten die Anwendung von Art. 65 Abs. 1 StGB ausgeschlossen sei. Die Vorinstanz berief sich hierzu im Übrigen auch mit Recht auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 21. Januar 2010 (1B\_4/2010), in welchem die Anordnung von Sicherheitshaft im Hinblick auf ein Verfahren nach Art. 65 Abs. 1 StGB bestätigt wurde. Das Bundesgericht setzte sich in diesem Entscheid in E. 3.2 explizit mit demselben Einwand auch des damaligen Beschwerdeführers auseinander, es liege gar kein Nachverfahren vor, da die Strafverbüsung beendet sei und keine Reststrafe im Raum stehe. Es erwog hierzu, wesentlich sei, dass der Antrag des Amtes für Justizvollzug gemäss Art. 65 Abs. 1 StGB vor vollständiger Verbüsung der Freiheitsstrafe gestellt worden sei. Dies war auch hier der Fall.

Genauer zu prüfen ist nun aber, ob die Anordnung einer nachträglichen stationären Massnahme im vorliegenden Fall noch als verhältnismässig eingestuft werden kann. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die zur Diskussion stehende nachträgliche Anordnung einer unbefristeten stationären Massnahme gemäss Art. 59 StGB anstelle der vom Rekurrenten faktisch bereits vollständig verbüsstes Freiheitsstrafe nicht nur einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit des Rekurrenten darstellen würde, sondern auch einen schweren Eingriff in die Rechtssicherheit, würde damit doch nachträglich in das rechtskräftige Urteil des Bezirksgerichts D. vom 12. Dezember 2007 eingegriffen. Sowohl der Rekurrent als auch die Staatsanwaltschaft akzeptierten dieses Urteil. Eine nachträgliche Abänderung dieses Urteils zu Ungunsten des Rekurrenten und erst noch nach bereits erfolgter Strafverbüsung liesse sich nur dann rechtfertigen, wenn die vom Rekurrenten aktuell ausgehende Gefahr diesen massiven Eingriff in die persönliche Freiheit des Rekurrenten und in die allgemeine Rechtssicherheit aufzuwiegen vermöchte. Mit anderen Worten müsste vom Rekurrenten (wie vom Bundesgericht gefordert) eine anhaltende schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ausgehen, welcher sich nur durch die Anordnung einer stationären Massnahme begegnen liesse.

5. Die Gefährlichkeit, d.h. die aktuelle Rückfallgefahr des Rekurrenten ist anhand der aktuellen psychiatrischen Gutachten von Dr. N. und nicht etwa anhand des sog. Triageberichts des PPD zu beurteilen (vgl. hierzu die grundsätzlich zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Beschluss; § 161 GVG).

5.1. Dr. N. führte in ihrem Hauptgutachten vom 12. Oktober 2009 zur Rückfallgefahr des Rekurrenten zusammengefasst Folgendes aus:

Die Basisrückfallrate für Raub und sexuelle Nötigung liege zwischen 10% und 25%. Der Rekurrent habe im Alter von 17 Jahren [Anmerkung des Gerichts: Der Rekurrent ist heute 23 Jahre alt.] ein Delikt der sexuellen Nötigung an einer ihm unbekanntem, zufällig gewählten Frau begangen. Zu dem Sexualdelikt habe er sich offenbar eher spontan entschlossen, als sich ihm die Gelegenheit hierfür geboten habe, weil er im Zuge eines länger geplanten Raubüberfalls Macht und Ver-

fügungsgewalt über eine junge Frau erlebt habe. Es sei dies das erste und einzige bekannt gewordene Raubdelikt und ebenso das einzige bekannt gewordene Sexualdelikt des Rekurrenten gewesen. Obwohl er schon in den zwei Jahren der Unterbringung in Massnahmenzentren auf häufigen Fluchten hierzu Gelegenheit gehabt hätte und anschliessend unter teils chaotischen sozialen Bedingungen 16 Monate in Freiheit gelebt habe, sei bei ihm diesbezüglich keine Rückfälligkeit und damit auch keine Progredienz zu verzeichnen gewesen. Dass sich diese Fragen heute überhaupt stellten, hänge mit seinem im März 2009 gezeigten Verhalten [gemeint: sein Anruf bei der Kantonspolizistin und seine versuchte Selbsteinweisung in die Klinik L.] und der darin deutlich werdenden Unsicherheit des Rekurrenten seiner eigenen Normbindung gegenüber zusammen. Mittelbar lasse dies rückschliessen auf eine Verunsicherung des Rekurrenten hinsichtlich ihm möglicherweise innewohnender aggressiver oder sexuell grenzüberschreitender Verhaltensbereitschaften, die in der Therapie bearbeitet werden müssten. Bereits ohne therapeutische Anbindung habe der Rekurrent aber, als er unter Druck geraten sei, letztlich verantwortlich gehandelt und Hilfe gesucht. Vor dem Hintergrund eines einzelnen, ich-dyston erlebten Delikts gegen die sexuelle Selbstbestimmung im Alter von 17 Jahren, anschliessender Rückfallfreiheit über mehrere Jahre und einer erkennbaren Stabilisierung der Persönlichkeit seit jener Taten sei das konkrete Rückfallrisiko hinsichtlich eines erneuten Delikts gegen die sexuelle Selbstbestimmung als leicht- bis mittelgradig einzustufen. Es könne mit einer ambulanten Massnahme, nämlich mit einer deliktzentrierten Einzeltherapie bei einem männlichen, forensisch und möglichst auch psychiatrisch erfahrenen Therapeuten, der auch die Besonderheiten in der Persönlichkeit des Rekurrenten zu behandeln wisse, deutlich gesenkt werden. In zwei Phasen seines Lebens, mit 17 und mit 20 Jahren, habe der Rekurrent Fahrzeuge für risikoträchtige Fahrten verwendet. Für dieses Verhalten bestehe ein leicht- bis mittelgradiges Rückfallrisiko.

Ferner vermerkte die Gutachterin auf entsprechende Frage des Amtes für Justizvollzug, die Legalprognose des Rekurrenten habe sich in den letzten Jahren massgeblich verbessert. Der Rekurrent habe einige Möglichkeiten erlernt und entwickelt, mit seiner Impulsivität und emotionalen Instabilität besser umzugehen, Schwierigkeiten frühzeitiger zu erkennen und insgesamt vorausschauender zu re-

agieren. Vergleiche man Verhaltensbeschreibungen von 2004/2005 mit zuletzt gezeigtem Auftreten auch in belastenden und angespannten Situationen, so zeichne sich eine massgebliche Verbesserung ab, die allerdings weiter ausgebaut und stabilisiert werden müsse.

5.2. In ihrem Ergänzungsgutachten vom 30. Dezember 2009 führte Dr. N. sodann in Kenntnis des Triageberichtes des PPD zur Rückfallgefahr zusammengefasst Folgendes aus (Urk. 18 S. 17 ff.):

Gemäss ihrem Gutachten bestehe ein leicht- bis mittelgradiges Risiko, dass der Rekurrent erneut mit einer Straftat gemäss Anhang zu den Richtlinien der Ostschweizer Strafvollzugskommission über den Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen bei gemeingefährlichen Straftätern und Straftäterinnen vom 27.10.2006 straffällig werde. Diese Einschätzung sei von der Einschätzung des PPD (moderat bis deutlich) „nicht weit entfernt“. Bei einem leicht- bis mittelgradigen Risiko sei ein Rückfall erkennbar nicht ausgeschlossen. Die Prognose des Rekurrenten sei insbesondere deshalb belastet, weil bei ihm eine kombinierte Persönlichkeitsstörung (emotional instabil und unreif) vorliege. Der bisherige Verlauf in den Massnahmevollzugseinrichtungen habe – bei allen aus der Persönlichkeitsstörung resultierenden Komplikationen – sein gutes Ansprechen auf eine Einzeltherapie bei einer männlichen Bezugsperson gezeigt, was dazu beigetragen habe, dass der Rekurrent seither kein schwerwiegendes Delikt (SVG- oder Sexualdelikt) mehr begangen habe. Es müsse aber eingeräumt werden, dass die ambulante Einzeltherapie eines Menschen mit diesem Störungsbild von vornherein schwierig sei. Problematisch seien unter anderem das fehlende Durchhaltevermögen und die Schwierigkeit im Eingehen enger vertrauensvoller Beziehungen, die Wechselhaftigkeit der Stimmungen und Zielvorstellungen sowie das ständige Austesten der Belastbarkeit der Beziehung. Eine solche Therapie gehöre in die Hände eines forensisch und psychotherapeutisch erfahrenen und für diese Form der Therapie motivierten Psychiaters oder Psychologen. Ein zentraler und grundlegender Faktor einer solchen Therapie sei der Aufbau einer belastbaren, positiv getönten Beziehung. Wenn ein gesellschaftlicher Konsens bestehe, in einem solchen Fall das bestehende Restrisiko zu tragen, sei bei dem

Rekurrenten eine – im Prinzip erfolgversprechende – Einzeltherapie im ambulanten Setting in Freiheit durchzuführen. Wenn dieser Konsens nicht bestehe, werde man das bestehende Restrisiko – sei es nun leicht- bis mittelgradig oder moderat bis deutlich – dem Therapeuten nicht aufbürden können. Eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB biete die Möglichkeit, in einem sicheren Rahmen die Beziehung zum Rekurrenten in der Einzeltherapie aufzubauen. Dies sei ein Vorteil. Zu bedenken sei ferner, dass mit jedem fehllaufenden Beziehungsaufbau (wie zum Beispiel in dem „Triagegespräch“, aber auch in den fehlgeschlagenen Versuchen des Rekurrenten im März 2009) Vertrauensvorschuss und Beziehungsbereitschaft aufgebraucht würden und zukünftiger Beziehungsaufbau mit dem Rekurrenten erschwert werde, was inzwischen ein Problem darstellen könnte. Gegen eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB spreche, dass die differenzierte Analyse des bisherigen Behandlungsverlaufs gezeigt habe, dass der Rekurrent deutlich besser auf seine Ressourcen zurückgreifen und gesellschaftlich erwünschte, prosoziale Lösungsstrategien entwickeln könne, wenn er in Freiheit sei und in eigener Verantwortung handle. In der stationären Massnahme bestehe bei ihm die Gefahr, dass – wie schon in den AEAs – die zuletzt in Freiheit von ihm zunehmend konstruktiv eingesetzten Bemühungen um Anpassung und Integration einem sich entziehenden und verweigernden Verhalten weichen würden, zumal er sich – unreif und damit ohne innere Orientierung und stabiles Selbstbild – eher an seine dortige peer-group von dissozialen Inhaftierten anlehnen und entsprechende Grundhaltungen und Zielvorstellungen übernehmen dürfte. Solange eine stationäre Massnahme vollzogen werde, biete sie das grösstmögliche Mass an Sicherheit. Ob am potenziellen Ende einer stationären Massnahme eine gleich gute Prognose erreicht sein werde, wie dies bei Durchführung einer ambulanten Massnahme (die eben zu Beginn mit dem leicht- bis mittelgradigen Risiko eines Rückfalls bzgl. eines Sexualdelikts und eines mittelgradigen Risikos bzgl. der sonstigen Delinquenz belastet wäre) der Fall wäre, müsse vor dem Hintergrund der Diagnose des Rekurrenten und des bisherigen Therapieverlaufs in den AEAs bezweifelt werden.

6. Aus den ausführlichen Gutachten von Dr. N., welche sich als nachvollziehbar, schlüssig und überzeugend erweisen und von welchen deshalb mangels

triftiger Gründe nicht abgewichen werden darf, geht hervor, dass beim Rekurrenten gegenwärtig ein leicht- bis mittelgradiges Rückfallrisiko bezüglich neuerlicher schwerer Gewaltstraftaten (Raub bzw. sexuelle Nötigung) besteht. Ein mittelgradiges Rückfallrisiko besteht bezüglich den „übrigen“ Delikten, worunter angesichts der Vorstrafen des Rekurrenten SVG- sowie einfache Vermögensdelikte zu verstehen sind. Dieses „Restrisiko“ reicht nicht aus, um die mit der nachträglichen (nach faktisch vollständiger Verbüßung der ausgefallten Freiheitsstrafe) Anordnung einer unbefristeten stationären Massnahme gemäss Art. 59 StGB verbundenen schweren Eingriffe in die persönliche Freiheit des Rekurrenten bzw. in die allgemeine Rechtssicherheit zu rechtfertigen, zumal aus den Ausführungen von Dr. N. auch klar hervorgeht, dass beim Rekurrenten aus therapeutischer bzw. legalprognostischer Sicht eindeutig eine ambulante und nicht eine stationäre Therapie indiziert ist.

Die Argumentation der Vorinstanz überzeugt demgegenüber nicht. Eine eigentliche Güterabwägung zur Begründung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne, wie sie von Art. 56 Abs. 2 StGB und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangt wird, geht aus den Erwägungen im Beschluss vom 25. März 2010 nicht hervor. Vielmehr hinterlassen diese den Eindruck – wie die Verteidigung zu Recht moniert – die Vorinstanz habe statt des Verhältnismässigkeitsprinzips das „Null-Risiko-Prinzip“ angewendet. Besonders irritiert, wenn die Vorinstanz zur Begründung den (von der psychiatrischen Gutachterin ins Spiel gebrachten) Begriff des „gesellschaftlichen Konsens“ heranzieht, mit dem sich angesichts des im Strafrecht herrschenden Legalitätsprinzips ausserhalb einer konkreten gesetzlichen Grundlage, welche den „gesellschaftlichen Konsens“ verbindlich normiert, nichts begründen lässt. Die Vorinstanz durfte zwar gemäss BGE 135 IV 87 E. 3.2 ff. die aus dem Strafregister entfernten altrechtlichen Jugendstrafen des Rekurrenten aus dem Jahre 2004 für die Prognosestellung verwerten (und zwar entgegen ihrer Ansicht wie auch der Ansicht der Verteidigung vollumfänglich), jedoch scheint sie dabei übersehen zu haben, dass die Gutachterin diese bei ihrer Prognose der Rückfallgefahr des Rekurrenten – nebst anderen Faktoren – bereits berücksichtigt hat. Die Vorinstanz setzt sich mit anderen Worten ohne Not in Widerspruch zur Einschätzung der Gutachterin, wenn sie die Rückfallgefahr für schwerwiegende

Delikte unter alleiniger Betonung der Vorstrafen des Rekurrenten (mithin eines einzelnen legalprognostischen Faktors) sinngemäss als erheblich einstuft und dem Rekurrenten pauschal einen „Hang zu Gewalttätigkeiten“ attestiert, der aus den Gutachten so nicht hervorgeht.

7. Damit erweist sich der Rekurs als begründet. Der Beschluss des Bezirksgerichts D. vom 25. März 2010 ist deshalb aufzuheben und der Antrag des Sonderdienstes des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 21. bzw. 27. Januar 2010 um nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 59 StGB unter Aufschub des Vollzugs der Restfreiheitsstrafe ist abzuweisen.

8. Eine ambulante Massnahme kann gestützt auf Art. 65 Abs. 1 StGB nicht nachträglich angeordnet werden, weil dies die Bestimmung nicht vorsieht. Hierfür ist auch keine andere gesetzliche Grundlage ersichtlich. Der Rekurrent hat sich indessen mehrfach bereit erklärt, nach seiner Entlassung freiwillig eine ambulante Psychotherapie aufzunehmen. Dies ist ihm nun, auch in seinem eigenen Interesse, dringend anzuraten, um weitere Rückfälle mit für ihn einschneidenden strafrechtlichen Konsequenzen künftig zu vermeiden. Für das Therapiesetting sind dabei die Empfehlungen im psychiatrischen Gutachten von Dr. N. zu beachten.

#### **IV. Umtriebsentschädigung/Genugtuung**

1. Der Rekurrent befindet sich seit dem 8. Februar 2010 in Sicherheitshaft bzw. im stationären Massnahmevollzug. Damit hat er im Rahmen des vorliegenden Nachverfahrens bis und mit heute (6. August 2010) 180 Tage an Haft bzw. stationärem Vollzug erstanden. Davon sind – entsprechend dem Zeitraum zwischen der Anordnung der Sicherheitshaft am 8. Februar 2010 und dem vom Amt für Justizvollzug auf den 15. Februar 2010 terminierten Ende des Strafvollzuges – 8 Tage an den noch nicht vollzogenen bzw. aufgeschobenen Strafreist anzurechnen, welcher damit vollständig erstanden ist. Der Rekurrent ist demnach unverzüglich aus der Haft bzw. aus dem stationären Massnahmevollzug zu entlassen.

2. Für den erlittenen Freiheitsentzug von 172 Tagen ist dem Rekurrenten eine Genugtuung auszurichten, da jener sich nachträglich als ungerechtfertigt, wenn auch – entgegen der Verteidigung – nicht als widerrechtlich erwiesen hat, waren doch wie gezeigt die formellen Voraussetzungen der Anwendung von Art. 65 Abs. 1 StGB durchaus erfüllt und liegt auch kein Verstoss gegen Art. 5 Ziff. 1 EMRK vor. Der Rekurrent liess sodann in der Rekurschrift selbst ausführen, er habe auf eine Beschwerde gegen die Anordnung der Sicherheitshaft verzichtet, da ihm bekannt gewesen sei, dass er kaum Erfolgsaussichten gehabt hätte. Von widerrechtlich erlittener Haft kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein.

Der Rekurrent verlangt die Zusprechung einer Genugtuung von Fr. 20'000.– zuzüglich 5 % Zins.

Analog der Praxis des Bundesgerichts zur Bemessung der Genugtuung bei unschuldig erlittener Untersuchungshaft ist für kürzere Freiheitsentzüge in der Regel von einer Genugtuung von Fr. 200.– pro Tag auszugehen. Bei längerer Haftdauer ist der Tagessatz zu senken. Der Umstand, dass es sich um rechtmässig angeordnete Haft handelte, ist sodann grundsätzlich bei der Bemessung der Genugtuung zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen BGer. vom 9.9.2003, 8G.122/2002, E. 6.1.4 ff., m.w.H.).

Auch bei rechtmässig angeordneter Untersuchungshaft geht es indessen nicht an, einen bestimmten Grundbetrag einfach mit der Anzahl der abgessenen Tage zu multiplizieren. Bei kurzer Haftdauer würden sonst unverhältnismässig tiefe, bei langer Haftdauer hingegen überaus hohe Genugtuungssummen resultieren. Es wäre insbesondere stossend, für unschuldig erlittene oder zu lange Haft im Ergebnis höhere Genugtuungen zuzusprechen, als sie in der Praxis Opfern mit schweren oder gar irreparablen körperlichen und psychischen Folgeschäden zugesprochen werden. Auch hier ist dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. In der Regel erscheint es jedenfalls kaum angebracht, unter dem Titel Genugtuung oder Ausgleich immaterieller Unbill für unschuldig erlittene Haft Beträge zuzusprechen, welche ein in der gleichen Zeit bei

realistischer Betrachtung erzielbares Einkommen des Betroffenen bei Weitem übersteigen würden.

Zweifellos bedeutet jede Inhaftierung einen empfindlichen Einschnitt in die persönlichen Verhältnisse, und es ist müssig zu unterscheiden, ob ein solcher Einschnitt eine jüngere oder ältere Person trifft. Vorliegend ist vorab zu beachten, dass der Rekurrent durch die Fortsetzung der Haft über das ordentliche Vollzugsende hinaus nicht aus einem wohlgeordneten Familien- oder Berufsleben herausgerissen wurde. Schon gar nicht war das Verfahren und insbesondere die Inhaftierung mit einer besonderen oder gar nachhaltigen Publizität verbunden. Zu berücksichtigen ist andererseits, dass sich die Rückenschmerzen des Rekurrenten gemäss Arztbericht vom 9. März 2010 aufgrund der Haftbedingungen verschlechtert haben.

Insgesamt erscheint hier unter Berücksichtigung aller Umstände die Zusprechung einer Genugtuung von Fr. 12'000.– für die erlittene Überhaft als angemessen. Dieser Betrag ist wie beantragt praxisgemäss mit 5 % ab dem gewichteten mittleren Verfall zu verzinsen. Das mittlere Verfallsdatum ist hier auf den 10. Mai 2010 festzusetzen.

3. Der Rekurrent verlangt ferner die Zusprechung von Fr. 10'000.– Schadenersatz aufgrund der erlittenen Haft und begründet dies damit, aufgrund den der Vorinstanz eingereichten Unterlagen sowie der Ausführungen des Rekurrenten vor Vorinstanz sei erstellt, dass der Rekurrent ab dem 15. Februar 2010 eine Arbeitsstelle gehabt und ein monatliches Einkommen von ca. Fr. 3'500.– erzielt hätte.

Bei der Entschädigungspflicht des Staates geht es allein um den Ausgleich des Schadens im haftpflichtrechtlichen Sinn. Eine Entschädigung ist demnach geschuldet, wenn der Betroffene eine Vermögensverminderung erlitten hat, wobei das (Straf-)Verfahren für diese adäquat kausal gewesen sein muss. Dem Betroffenen muss dabei tatsächlich und nicht nur theoretisch ein Schaden entstanden sein, was er konkret zu belegen hat. Die rein theoretische Möglichkeit, dass der Betroffene in der Zeit der Haft ein Einkommen hätte erzielen können, genügt nicht

(vgl. Zindel, Kosten- und Entschädigungsfolgen im Strafverfahren des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1972, S. 80 ff.).

Vor Vorinstanz liess der Rekurrent in der Tat eine „Arbeitsbestätigung“ der Firma Q. vom 17. Februar 2010 einreichen, wonach der Rekurrent ab ca. Mitte März 2010 „bei unserer Firma im Schausteller-Gewerbe bei einem Lohn von 3'500.– plus Logis eine Stellung antreten“ könne. Im gegenseitigen Einverständnis werde eine Probezeit von drei Monaten in Betracht gezogen. Ebenso liege ein Angebot des früheren Arbeitgebers vor, wieder als Velokurier zu arbeiten. Der Rekurrent selbst erwähnte diese Stellenangebote in seiner persönlichen Befragung vor Vorinstanz allerdings nicht. Er führte vielmehr aus, er beabsichtige nach seiner Freilassung wieder zu seinen Eltern zu ziehen, die ambulante Therapie fortzusetzen und die begonnene Lehre als Forstwart abzuschliessen. Dazu müsse er zuerst einen Ausbildungsplatz finden, wo er unterstützt werde. Er müsse auch gewisse Kurse, ev. das ganze erste Jahr wiederholen. Die Lehre dauere insgesamt drei Jahre.

Angesichts der Ausführungen des Rekurrenten vor Vorinstanz ist keinesfalls erstellt, dass der Rekurrent während der Dauer seiner ungerechtfertigten Inhaftierung tatsächlich ein monatliches Einkommen von Fr. 3'500.– erzielt hätte. Der Antrag des Rekurrenten, ihm nebst der Genugtuung für die erlittene Haft auch Schadenersatz von Fr. 10'000.– zuzusprechen, ist somit mangels eines belegten, tatsächlichen Schadens abzuweisen.

#### **V. Kostenfolge**

Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens, inkl. amtlicher Verteidigung, sind ausgangsgemäss auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a StPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Der Rekurs wird gutgeheissen und der Beschluss des Bezirksgerichts D. vom 25. März 2010 wird aufgehoben.
2. Der Antrag des Sonderdienstes des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 21. bzw. 27. Januar 2010 um nachträgliche Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 59 StGB unter Aufschub des Vollzugs der Restfreiheitsstrafe wird abgewiesen.
3. Es wird festgestellt, dass der Rekurrent im vorliegenden Verfahren bis und mit heute (6. August 2010) 180 Tage Überhaft erstanden hat, wovon 8 Tage auf den noch zu vollziehenden Strafrest von 8 Tagen angerechnet werden.
4. Der Rekurrent wird unverzüglich aus der Haft bzw. dem stationären Massnahmenvollzug entlassen.
5. Dem Rekurrenten werden Fr. 12'000.– nebst 5 % Zins seit dem 10. Mai 2010 als Genugtuung für erstandene Überhaft aus der Staatskasse zugesprochen.

Im Mehrbetrag wird das Schadenersatz-/Genugtuungsbegehren des Rekurrenten abgewiesen.

6. Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens, inkl. amtliche Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
7. Schriftliche Mitteilung an:
  - RA lic. iur. B., zweifach, für sich und den Rekurrenten
  - die Staatsanwaltschaft C.
  - das Amt für Justizvollzug, Sonderdienst
  - die Strafanstalt O., unter Beilage eines separaten Entlassungsbefehls sowie nach Eintritt der Rechtskraft an:
    - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular B
    - das Bezirksgericht D., unter Rücksendung der beigezogenen Akten.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Der juristische Sekretär:

lic. iur. R. Amsler

versandt am: