Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6A.60/2004
6P.118/2004 /pai

Urteil vom 2. Dezember 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Karlen,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Roger Lerf,

gegen

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug, Schermenweg 5, Postfach 5076, 3001 Bern,
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern.

Gegenstand
6P.118/2004
Art. 9 BV (Willkür, rechtliches Gehör),

6A.60/2004
Strafvollzug; Reststrafe nach Unterbrechung des Vollzugs,

staatsrechtliche Beschwerde (6P.118/2004) und Verwaltungsgerichtsbeschwerde (6A.60/2004) gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17. August 2004.

Sachverhalt:
A.
Das Wirtschaftsstrafgericht des Kantons Bern verurteilte X._____ am 21. November 2001 wegen Veruntreuung, mehrfacher qualifizierter Veruntreuung sowie mehrfacher Widerhandlung gegen die AHV-Gesetzgebung zu 3 ½ Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 57 Tagen. X._____ trat die Freiheitsstrafe am 15. April 2002 in der Strafvollzugsanstalt Witzwil an. Aufgrund eines schweren Arbeitsunfalles am 2. August 2002 musste er notfallmässig in das Inselspital Bern verbracht werden, wo er bis zum 22. August 2002 verblieb. Im Anschluss daran hielt er sich bis zum 1. November 2002 in verschiedenen Rehabilitationskliniken auf. Nachdem er aus den Spital- bzw. Pflegeanstalten entlassen worden war, liess er seine persistierenden Beschwerden im Rahmen einer mindestens einmal wöchentlich stattfindenden ambulanten Physiotherapie behandeln.
B.
Am 6. August 2002 verfügte die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug (ASMV) des Kantons Bern die Unterbrechung des Strafvollzugs rückwirkend auf den 2. August 2002. Am 16. April 2004 ordnete die ASMV den Vollzug der Reststrafe ab 1. Juni 2004 an, nachdem sie die Hafterstehungsfähigkeit von X._____ gestützt auf das im Rahmen der amtsärztlichen Untersuchung erstellte Gutachten des Inselspitals Bern vom 11./16. Dezember 2003 bejaht hatte. Sowohl die Polizei- und Militärdirektion (POM) des Kantons Bern als auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern wiesen die dagegen erhobenen Beschwerden X._____s am 17. Juni

bzw. 17. August 2004 im Hauptpunkt ab. Das Verwaltungsgericht reduzierte indessen die noch zu vollziehende Reststrafe um 70 Tage.
C.
X._____ führt staatsrechtliche Beschwerde und Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Mit beiden Rechtsmitteln beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, soweit die Rehabilitation ab 1. November 2002 nicht an die Reststrafe angerechnet werde. Eventualiter sei das Verwaltungsgericht anzuweisen, die anrechenbare Zeit der Rehabilitation an den Strafrest zu ermitteln. Subeventualiter sei die Rehabilitationszeit auf die Dauer des Reststrafvollzugs anzurechnen.

Das Verwaltungsgericht und die POM des Kantons Bern ersuchen in ihren Vernehmlassungen um Abweisung beider Rechtsmittel, mit Bezug auf die staatsrechtliche Beschwerde, soweit überhaupt einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob und inwieweit es auf die bei ihm eingereichten Beschwerden eintreten kann (BGE 128 I 46 E. 1a S. 48, mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer hat vorliegend sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Gemäss Art. 84 Abs. 2 OG ist die staatsrechtliche Beschwerde indes nur zulässig, wenn die behauptete Rechtsverletzung nicht sonst wie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer anderen Bundesbehörde gerügt werden kann. Entsprechend der subsidiären Natur der staatsrechtlichen Beschwerde ist daher zunächst zu prüfen, ob die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben ist.
1.1 Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid des Verwaltungsgerichts. Streitgegenstand bildet die Anordnung des Vollzugs der zu verbüssenden Reststrafe des als hafterstehungsfähig erachteten Beschwerdeführers. Dabei handelt es sich um eine strafvollzugsrechtliche Entscheidung, die sich auf Art. 40 StGB stützt. Diese Bestimmung gehört formell zwar dem Strafrecht an, enthält materiell jedoch Verwaltungsrecht und fällt deshalb unter den Begriff des öffentlichen Rechts des Bundes. Damit steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 98 lit. g und Art. 100 lit. f [e contrario]OG; BGE 122 IV 51 E. 1; 106 IV 330 E. 1).
1.2 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann beim Bundesgericht die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, gerügt, sowie eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 104 lit. a und b OG). Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, da auch die Bundesverfassung zum Bundesrecht im Sinne von Art. 104 OG gehört (BGE 122 IV 8 E. 2a). Für diesen Fall übernimmt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde. Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind auch auf unselbständiges kantonales Ausführungsrecht zum Bundesrecht gestützte Anordnungen zu überprüfen sowie auf übrigem kantonalem Recht beruhende Anordnungen, die einen hinreichend engen Sachzusammenhang mit der im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu beurteilenden Frage des Bundesverwaltungsrechts aufweisen. Soweit dagegen dem angefochtenen Entscheid selbständiges kantonales Recht ohne den genannten Sachzusammenhang zum Bundesrecht zugrunde liegt, steht ausschliesslich die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung (BGE 119 Ib 380 E. 1b, mit
Hinweisen).
1.3 Vorliegend beanstandet der Beschwerdeführer nicht nur eine unrichtige Anwendung und Auslegung von Art. 40 StGB, sondern er macht auch eine Verletzung seiner verfassungsmässigen Rechte im Rahmen des amtsärztlichen Begutachtungsverfahrens geltend. Da er insoweit Bundesrecht als verletzt rügt, sind seine Vorbringen im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu prüfen. Auf die staatsrechtliche Beschwerde ist in diesem Umfang deshalb nicht einzutreten. Weiter trägt der Beschwerdeführer eine Verletzung kantonalen Verfahrensrechts vor. Er kritisiert, dass ihm entgegen der Art. 18 und 20 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern (VRPG/BE) vom 23. Mai 1989 keine Mitwirkungsrechte bei der Gutachtenerstellung gewährt worden seien und der ernannte Sachverständige aufgrund unzulässiger Delegation seine Expertenpflicht gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. g VRPG/BE verletzt habe. Ebenso liege ein Verstoss gegen die Ausstandsvorschriften gemäss Art. 9 VRPG/BE vor, da der Vorsteher der ASMV trotz einer gegen ihn eingereichten Disziplinaranzeige weiter am verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren teilgenommen habe. Auch diese kan-

tonalrechtlichen Verfahrensrügen sind zufolge ihres Sachzusammenhangs mit den zu beurteilenden bundesrechtlichen Fragen im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu behandeln (vgl. BGE 129 II 297 E. 3.2; 122 II 274 E. 1b/aa). Auf die staatsrechtliche Beschwerde ist demnach auch in dieser Hinsicht nicht einzutreten.

2.

Der Beschwerdeführer kritisiert eine unrichtige Feststellung des massgeblichen Sachverhalts gemäss Art. 104 lit. b OG in Verbindung mit Art. 105 Abs. 2 OG. Die Vorinstanz habe aktenwidrig festgehalten, dass er die Hafterstehungsfähigkeit nicht bestreite. Ferner habe sie den Inhalt der Verfügung der ASMV vom 6. August 2002 unzutreffend wiedergegeben.

Ein Blick in den angefochtenen Entscheid und die kantonalen Akten zeigt die offensichtliche Unbegründetheit der Rügen. Es ist deshalb nicht näher darauf einzugehen.

3.

Der Beschwerdeführer stellt das Gutachten vom 11./16. Dezember 2003 in Frage. Dieses genüge den Anforderungen an eine interdisziplinäre Gesamtbeurteilung nicht. Es fehle nicht nur an einer Begutachtung durch einen Neurologen, sondern auch an einer solchen durch einen unabhängigen Orthopäden. Ausserdem habe einer der beiden bestellten Experten seine Aufgabe vollständig an seine Hilfskräfte übertragen, ohne ersichtliche eigene Expertenleistungen zu erbringen. Eine solche Delegation sei gestützt auf Art. 19 VRPG/BE unzulässig. Unter diesen Umständen sei nicht nur der Anspruch des Beschwerdeführers auf das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, sondern auch das Fairnessgebot gemäss Art. 6 EMRK sowie der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 BV und Art. 9 BV.

3.1 Das Verfahren der Begutachtung unterliegt allen einschlägigen Rechtsstaatsprinzipien der Verfassung, namentlich den Garantien eines fairen Verfahrens. Ein Gutachten muss von einem unabhängigen und unparteiischen Sachverständigen nach den Regeln der Kunst erstellt werden (BGE 127 I 196 E. 2b; 125 II 541 E. 4; 118 Ia 144 E. 1c). Wird ein bestimmter Sachverständiger mit der Begutachtung betraut, hat er den Auftrag grundsätzlich persönlich auszuführen (vgl. BGE 127 I 54 E. 2e; Entscheid 6P.40/2001 vom 14. September 2001 E. 4d/ee; 6P.153/1999 vom 27. April 2000 E. 3b/dd). Genügt ein Gutachten diesen Anforderungen nicht, verstossen die Sachverhaltsfeststellungen eines Gerichts, welches bei seiner Entscheidfindung dennoch darauf abstellt, gegen wesentliche Verfahrensbestimmungen im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG (vgl. etwa auch Entscheid 2A.561/1996 vom 25. März 1998 E. 3).

3.2 Das beanstandete Gutachten, welches die Frage der Hafterstehungsfähigkeit des Beschwerdeführers behandelt, besteht aus zwei Kernstücken: Der psychiatrischen Begutachtung vom 11. Dezember 2003 und der somatischen Beurteilung vom 16. Dezember 2003, welche sich namentlich mit den neurologischen und orthopädischen Aspekten der gesundheitlichen Einschränkungen des Beschwerdeführers auseinandersetzt. Das Gutachten vom 11./16. Dezember 2003 basiert nicht nur auf eigenen Untersuchungen, sondern berücksichtigt auch die medizinischen Stellungnahmen zur bisherigen Krankengeschichte. Damit liegt eine umfassende interdisziplinäre Beurteilung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers vor. Der Umstand, dass kein Neurologe an der Begutachtung mitwirkte, ist vor dem Hintergrund, dass die somatische Beurteilung durch Internisten erfolgte, ohne Belang. Denn diese sind hinreichend kompetent, Befunde angrenzender Fachgebiete - etwa solche der Orthopädie oder der Neurologie - selbst zu ermitteln und zu bewerten (Arnold Erlenkämper, Rechtliche Grundlagen, in: Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung, 4. Auflage, München 2004, S. 628). Die Kritik des Beschwerdeführers, das Gutachten sei nicht nach den Regeln der Kunst bzw. nach den regierungsrätlichen Vorgaben erstellt worden, erweist sich daher als verfehlt.

Ebenso wenig dringt er mit der Rüge durch, sein verfassungsmässiger Anspruch auf einen unabhängigen Sachverständigen sei verletzt, weil der orthopädische Status durch den Facharzt, der ihn im Rahmen seiner Unfallverletzungen behandelt und betreut habe, erhoben wurde. Denn ein Experte gilt nicht schon alleine deshalb als befangen, weil er sich mit einer Person schon früher einmal befasst bzw. diese begutachtet hat. Nur wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte dargetan ist, dass er weder willens noch fähig ist, seinen Auftrag unvoreingenommen zu erfüllen, kann er aus Befangenheitsgründen abgelehnt werden (Entscheid 1P.431/2002 vom 6. November 2002 E. 2.3). Solche Anzeichen sind vorliegend nicht ersichtlich und werden vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Hinzu kommt, dass die mit der somatischen Begutachtung primär betrauten Internisten die orthopädische Befunderhebung ohnehin mit beurteilt haben. Davon, dass es an einer unabhängigen

orthopädischen Beurteilung fehlt, kann daher nicht die Rede sein.

Soweit der Beschwerdeführer einwendet, das beanstandete Gutachten sei mangelhaft, weil einer der Sachverständigen seine Aufgabe gänzlich an Hilfskräfte delegiert habe, ist sein Vorbringen ebenfalls unbegründet. Gemäss vorliegendem Gutachtenauftrag wurde die Durchführung der Begutachtung (lediglich) der Leitung des für die somatische Beurteilung verantwortlichen Sachverständigen unterstellt. Der Beizug von Hilfskräften war dem Auftrag folglich inhärent. Hinweise dafür, dass der fragliche Sachverständige die fachliche Leitung für die Gut-achtenerstellung nicht uneingeschränkt übernommen habe, bestehen nicht. Auch aus dem hier als verletzt gerügten Art. 19 Abs. 1 lit. g VRPG/BE ergibt sich unter dem Aspekt der Zulässigkeit einer Delegation nichts Zusätzliches, regelt die erwähnte Gesetzesbestimmung doch nur, dass die Behörden zur Feststellung des Sachverhalts Gutachten von Sachverständigen heranziehen können.
3.3 Die Vorinstanz hat demnach ohne weiteres auf das Gutachten vom 11./16. Dezember 2003 abstellen dürfen. Da dem Beschwerdeführer im Übrigen auch kein Mitwirkungsrecht bei der Instruktion der Sachverständigen zustand, ist entgegen seiner Ansicht nicht relevant, dass ihm das dreitägige amtsärztliche Untersuchungsprogramm nicht vorgängig bekannt gegeben worden ist (vgl. BGE 125 II 591 E. 7d). Dies gilt umsomehr, als er seine Bedürfnisse anlässlich der konkreten Untersuchung hat einbringen können. Nichts anderes ergibt sich in dieser Hinsicht aus den als verletzt gerügten Art. 18 und 20 VRPG/BE. Die Vorbringen des Beschwerdeführers erweisen sich demnach insgesamt als unbegründet.
4.
Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 40 StGB. Die Vorinstanz habe die zitierte Gesetzesbestimmung, insbesondere deren Anrechnungsklausel, unrichtig ausgelegt. Sie habe an die Strafe nur gerade seinen Aufenthalt in den Spitälern bzw. Rehabilitationszentren angerechnet, nicht aber seine daran anschliessende ambulante Behandlung mit Einzelphysiotherapie, Gruppenturnen, Bädern und Training an Spezialgeräten. Da seine persönliche Freiheit durch diese zeitlich intensive Therapie, welche mehrmals wöchentlich stattgefunden habe, beträchtlich eingeschränkt worden sei, hätten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Anrechenbarkeit freiheitsentziehender Massnahmen gemäss Art. 43 und 44 StGB sinngemäss Anwendung finden müssen.
4.1 Art. 40 StGB bestimmt in Abs. 1, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe nur aus wichtigen Gründen unterbrochen werden dürfe, und in Abs. 2, dass der Aufenthalt in einer Heil- oder Pflegeanstalt, in welche der Verurteilte während des Vollzugs verbracht werden müsse, grundsätzlich auf die Strafe anzurechnen sei (BGE 106 IV 321 E. 7a; 103 Ib 184 E. 3). Die Vorinstanz hat sich mit der zitierten Gesetzesbestimmung, insbesondere deren Auslegung, unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung eingehend auseinandergesetzt. Sie hat namentlich ausgeführt, dass kranke oder verunfallte Strafgefangene in der Regel im Strafvollzug belassen und in diesem Rahmen behandelt würden, mit der Folge, dass die Behandlungszeit ohne weiteres Teil des Strafvollzugs bilde. Hätte die ASMV daher im konkreten Fall richtigerweise auf eine Unterbrechung des Strafvollzugs verzichtet, wäre der stationäre Aufenthalt des Beschwerdeführers in den verschiedenen Heil- und Pflegeanstalten klarerweise Teil des Strafvollzugs gewesen. Aus diesem Grund müsse vorliegend Art. 40 Abs. 2 StGB Anwendung finden. Dem Beschwerdeführer seien demnach die Spital- und Pflegeaufenthalte bis 1. November 2002 an die Strafe anzurechnen. Die Zeit danach sei hingegen nicht mehr zu
berücksichtigen. Denn die ambulante Therapie des Beschwerdeführers sei nicht als Anstaltsaufenthalt im Sinne von Art. 40 Abs. 2 StGB zu verstehen und daher nicht als Strafvollzug anzuerkennen (vgl. BGE 122 IV 51 E. 3c). Auf diese grundsätzlich zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz kann verwiesen werden.
4.2 Soweit der Beschwerdeführer die Anrechnungsregelung im Rahmen der freiheitsentziehenden Massnahmen gemäss Art. 43 und 44 StGB analog angewendet wissen will, ist Folgendes zu bemerken: Die Anrechnung des Massnahmevollzugs auf den Strafvollzug kommt nur in Frage, wenn das Gericht die freiheitsentziehende Massnahme angeordnet hat. Dann aber bildet die Anrechnung des Massnahmevollzugs auf den Strafvollzug die Regel (BGE 109 IV 78 E. 3f und g). Hingegen braucht das Gericht eine freiwillig durchgeführte Behandlung, welche es nicht formell verfügt hat, bei der nachträglichen Beurteilung nicht zu berücksichtigen; es sei denn, dass dadurch eine sonst vom Richter anzuordnende Sanktion antizipiert wird (vgl. BGE 105 IV 297 E. 2).

Die Frage, ob die von der Praxis entwickelten Grundsätze zur Anrechnung freiheitsentziehender Massnahmen gemäss Art. 43 oder 44 StGB auf den vorliegenden Fall anwendbar sind, ist schon deshalb zu verneinen, weil der Beschwerdeführer die medizinisch indizierte Therapie freiwillig und nicht auf behördliche Anordnung

hin durchgeführt hat. Dass er aus gesundheitlichen Gründen in seiner Bewegungsfreiheit und Lebensqualität eingeschränkt war, ändert daran nichts. Denn der Beschwerdeführer hätte den Strafvollzug wieder antreten und seine gesundheitlichen Probleme im Rahmen des Vollzugs behandeln lassen können.
4.3 Damit hat die Vorinstanz zu Recht von einer Anrechnung der ambulanten Behandlung an die Strafe abgesehen. Da auch die lange Verfahrensdauer zur Rückversetzung in den Strafvollzug nicht auf einem behördlichen Fehlverhalten beruht, sondern vielmehr der Eingabenflut des Beschwerdeführers zuzuschreiben ist, kann die Rehabilitationszeit auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht berücksichtigt werden.
5.
Der Beschwerdeführer kritisiert, die restriktive Anwendung von Art. 40 StGB verletze das Verbot der Doppelbestrafung, zumal er neben der Freiheitsstrafe auch die schmerzvolle Rekonvaleszenz voll verbüssen müsse. Damit verstosse der angefochtene Entscheid gegen die Art. 3 und 6 EMRK, Art. 5, 9 und 10 Abs. 3 BV sowie Art. 1 StGB.

Auch dieser Einwand ist unbehelflich. Denn der Beschwerdeführer hätte den Strafvollzug - wie bereits bemerkt - trotz seiner gesundheitlichen Beschwerden ohne weiteres wieder aufnehmen können.
6.
Schliesslich macht der Beschwerdeführer eine willkürliche Anwendung von Ausstandsvorschriften gemäss Art. 9 VRPG/BE geltend und rügt in dieser Hinsicht Art. 5 und 9 BV (recte: Art. 29 Abs. 1 BV) als verletzt. Da er gegen den Vorsteher der ASMV eine Disziplinaranzeige erhoben habe, hätte derselbe wegen Befangenheit keine Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren vor der POM einreichen dürfen.
Allein der Umstand, dass gegen ein Behördenmitglied eine Disziplinar- oder Strafanzeige erhoben wird, vermag eine Befangenheit nicht zu begründen. Denn es bestünde die Gefahr des Rechtsmissbrauchs und der Möglichkeit, mit einem derartigen Vorgehen eine Amtsperson aus sachfremden Gründen in den Ausstand zu zwingen (vgl. BGE 116 Ia 32 E. 3b/bb; 114 Ia 50 E. 5b/gg, mit Hinweisen). Die Beschwerde ist daher auch in dieser Hinsicht unbegründet.
7.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demnach abzuweisen.

Angesichts der Aussichtslosigkeit der Beschwerdebegehren kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht gutgeheissen werden (Art. 152 OG). Der Beschwerdeführer wird folglich kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG ). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr ist auf seine angespannte finanzielle Lage Rücksicht zu nehmen.

Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerden gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Auf die staatsrechtliche Beschwerde wird nicht eingetreten.
2.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
3.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
4.
Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 1'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
5.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug und dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern sowie dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 2. Dezember 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: