

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 128/2021

Urteil vom 12. März 2021

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,  
Bundesrichterin van de Graaf,  
Bundesrichter Hurni,  
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte

1. A.A. \_\_\_\_\_,  
2. B.A. \_\_\_\_\_,  
3. C.A. \_\_\_\_\_,  
alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Benedikt Schneider,  
Beschwerdeführer,

gegen

1. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern, Postfach 3439, 6002 Luzern,  
2. Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern, Bahnhofstrasse 15, 6003 Luzern,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Vollzug einer Freiheitsstrafe und Kinderrechte,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern, 2. Abteilung, vom 7. Dezember 2020  
(4H 20 34 / 4U 20 24).

Sachverhalt:

A.

A.A. \_\_\_\_\_ wurde mit Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 21. November 2017 wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG) und mehrfacher Geldwäscherei, jeweils begangen als schwerer Fall, zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten (unter Anrechnung von 138 Tagen Untersuchungshaft) und zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt. Das Urteil erwuchs in Rechtskraft.

Der Vollzugs- und Bewährungsdienst (VBD) lud sie mit Vollzugsbefehl vom 26. Februar 2019 zum Strafantritt per 25. März 2019 vor. Ihre Beschwerden wiesen das Justiz- und Sicherheitsdepartement (JSD) des Kantons Luzern am 15. Mai 2019 und das Kantonsgericht Luzern am 14. November 2019 ab. Dieses setzte den Strafantritt neu auf den 28. Januar 2020 fest. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat, und hielt abschliessend fest, dass die Behörden zufolge Zeitablaufs den Strafantritt in der JVA Grosshof neu festzusetzen haben (Urteil 6B 40/2020 vom 17. August 2020 E. 3.5, publ. in: BGE 146 IV 267).

B.

Der VBD lud A.A. \_\_\_\_\_ mit Vollzugsbefehl vom 7. September 2020 zum Strafantritt per 22. September 2020 vor. Die von ihr und ihren beiden Kindern gegen den Vollzugsbefehl erhobenen Verwaltungsbeschwerden wies das JSD am 14. Oktober 2020 ab, soweit es darauf eintrat; es setzte den Strafantrittstermin auf den 1. Dezember 2020 fest.

Das JSD entzog einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung. Das Kantonsgericht wies das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung am 16. November 2020 ab. Das Bundesgericht wies die gegen den kantonsgerichtlichen Entscheid erhobene

Beschwerde in Strafsachen als aussichtslos ab, soweit es darauf eintrat. Es hielt fest, die Vorinstanz habe sich mit der Sache aus der Sicht der Kinder befasst und deren rechtliches Gehör nicht verletzt. Seit dem Strafurteil seien drei Jahre vergangen. Ein weiterer Strafaufschub lasse sich unter Rechtsgleichheitsgesichtspunkten sowie dem Aspekt der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs kaum rechtfertigen (Urteil 6B 1350/2020 vom 26. November 2020).

Das Kantonsgericht Luzern wies in der Folge die gegen den Entscheid des JSD vom 14. Oktober 2020 erhobene (vereinigte) Verwaltungsgerichtsbeschwerde am 7. Dezember 2020 ab, soweit es darauf eintrat.

C.

A.A. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin 1) und ihre zwei Kinder (Beschwerdeführer 2 und Beschwerdeführerin 3) beantragen mit Beschwerde in Strafsachen:

1. den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben;
2. die Beschwerdeführerin 1 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme aus dem Gefängnis zu entlassen bis die Frage der Zumutbarkeit des geschlossenen Vollzugs mit höchstens 4 Besuchsstunden pro Monat und ohne persönlichen direkten Kontakt rechtskräftig entschieden sei;
3. der Vollzug der Freiheitsstrafe sei aufzuschieben bzw. zu unterbrechen bis auch die Frage geklärt sei, ob das Kindeswohl und die Kinderrechte bei einem Besuch von 4 Stunden pro Monat gewahrt seien;
4. den Kindern sei je ein Kinderanwalt zu bestellen;
5. eventualiter sei der alternative Vollzug mittels Fussfesseln oder eine andere verhältnismässige Vollzugsform zu gewähren;
6. subeventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zwecks Wahrung der Kinderrechte und Beurteilung auch aus Sicht der Kinder zurückzuweisen;
7. den Beschwerdeführerinnen sei für das Vorverfahren und das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren;
8. Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Kantons Luzern.

Erwägungen:

1.

Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Februar 2021 abgewiesen (Rechtsbegehren 2).

2.

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht gegeben. Massgebend für die Beschwerde in Strafsachen ist die zugrunde liegende Rechtsmaterie. Der Beschwerde unterliegen Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen, die von Verwaltungsgerichten ergehen (Urteil 6B 983/2020 vom 3. November 2020 E. 1.3.2). Systematisch getrennt vom Legitimationserfordernis (Art. 81 BGG) vereinigt das BGG die Beschwerdegründe zur Einheitsbeschwerde (Art. 95-98 BGG; BGE 134 IV 36 E. 1.4.3 S. 41). Da in Strafsachen alle letztinstanzlichen Entscheide mit der ordentlichen Beschwerde angefochten werden können, verbleibt für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG) kein Anwendungsbereich mehr (Urteile 6B 882/2016 vom 19. Juni 2017 E. 1; 6B 796/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 1).

3.

3.1. Beschwerde führen formell die Beschwerdeführerin 1 und ihre minderjährigen Kinder, der Beschwerdeführer 2 (geb. 2013) und die Beschwerdeführerin 3 (geb. 2007; BGE 146 IV 267 E. 3.1 S. 269 f.).

3.2. Gegenstand der im vorinstanzlichen Verfahren angefochtenen Verfügung war die Festlegung des Zeitpunkts des Vollzugsantritts der Beschwerdeführerin 1 (Urteil S. 4). Beschwerdegegenstand bildet diese vierte Vollzugsantrittsverfügung (Vollzugsbefehl, Art. 439 Abs. 2 StPO). Sachlich handelt es sich darum, wo und wann die Freiheitsstrafe anzutreten ist und nicht, wie die Freiheitsstrafe zu vollziehen ist.

3.3. Gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGG ist "die beschuldigte Person" beschwerdeberechtigt. Bei Entscheiden über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Art. 78 Abs. 2 lit b BGG) ist dies die durch den Vollzug direkt betroffene Person, mithin die Beschwerdeführerin 1 (Urteil 6B 1251/2020

vom 15. Dezember 2020 E. 1).

Die beiden minderjährigen Kinder sind nicht Adressaten des Vollzugsbefehls und durch diesen nicht direkt oder unmittelbar betroffen. Sie sind nicht Parteien des Verfahrens und mangels Parteistellung nicht zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert (vgl. BGE 145 IV 161 E. 3.3 S. 165; 146 IV 267 E. 3.3.3 S. 276 mit Hinweis auf die analoge Rechtsprechung des EGMR). Die Kinderrechtskonvention (KRK; SR 0.107) gewährleistet Rechte der Kinder im Freiheitsentzug (BGE 146 IV 267 E. 3.3.3 S. 276). Die Kinder sind nicht inhaftiert. Sie sind als Drittpersonen betroffen, und diese Betroffenheit kann sich indirekt auf die Beschwerdeführerin in gewisser Weise auswirken (Urteil 6B 659/2018 vom 20. September 2018 E. 3.5 betr. Art. 12 KRK). Soweit sie reflexiv (BGE 145 IV 161 E. 3.3 S. 165) als betroffen gelten können, wurde diese Tatsache bereits in BGE 146 IV 267 E. 3.4 ff. S. 277 ff. beurteilt. Die Einwände, der (abwesende) Vater des Sohnes sei verstorben und die Tochter bedürfe wegen einer Rückenoperation besonderer Betreuung, verwarf die Vorinstanz bereits im Verfahren um aufschiebende Wirkung nachvollziehbar (Urteil 6B 1350/2020 vom 26. November 2020 E. 2.3) und damit willkürfrei. Im angefochtenen Urteil verneint die Vorinstanz die erneut zahlreich geltend gemachten Verletzungen des Völkerrechts (insb. von Art. 3 Abs. 1 und 12 KRK) zutreffend (Urteil S. 5 f.).

3.4. Die Beschwerdeführerin 1 erklärt (Beschwerde Ziff. 2.1), die Kinder machten in eigenem Namen geltend, dass die Inhaftierung und die daraus folgende Fremdplatzierung und Verschiebung des Lebensmittelpunkts das vorrangige Recht auf Wahrung des Kindeswohls verletze (Beschwerde Ziff. 10.1 und 10.2). Damit wird lediglich die Argumentation des Verfahrens 6B 40/2020 formaliter unter dem Namen der Kinder redundant erneut vorgetragen (BGE 146 IV 267 E. 3.3.1 S. 274 f.). Der Strafvollzug trifft die Kinder hart, die an den Verbrechen der Beschwerdeführerin 1 zweifellos keine Schuld tragen (Beschwerde Ziff. 8.10.2.7, 10.5, 10.5.2). Beschwerdegegenstand ist indes einzig die Terminierung des Strafantritts auf den 1. Dezember 2020. Wie die Vorinstanz willkürfrei feststellt, war der Beschwerdeführerin 1 dazu genügende Vorbereitungszeit eingeräumt worden (Urteil S. 7).

3.5. Die Vorinstanz beurteilt bei der beschriebenen Ausgangslage die Bestellung einer Rechtsvertretung für die Kinder zu Recht als nicht angezeigt (Urteil S. 6). Die Interessen der Kinder wurden in den Verfahren wiederholt vorgetragen. Die Fremdplatzierung der Kinder, eine faktische Nebenfolge des Strafvollzugs, ist keine Frage des Strafvollzugsrechts (BGE 146 IV 267 E. 3.4.3 S. 278), sondern liegt in der Zuständigkeit der KESB (BGE 144 III 442 E. 4 S. 449 ff. betr. Art. 307 und 310 ZGB). Den Kindern war die Vollzugsantragsverfügung nicht zuzustellen. Die Fremdplatzierung durch die KESB sowie die Vollzugs- (Beschwerde Ziff. 8.10.2.8 sowie u.a. Ziff. 11.1, 11.3.1) und Besuchsmodalitäten (auch die durch die Pandemie veranlassten) sind nicht Verfahrensgegenstand. Die KRK statuiert kein "höherrangiges" Recht. Gemäss dem authentischen englischen Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 KRK (Art 54 KRK) und der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK sind die "besten Interessen" des Kindes in der Interessenabwägung ein wesentliches Element unter anderen (BGE 143 I 21 E. 5.5.1 S. 29; Urteil 2C 609/2020 vom 1. Februar 2021 E. 3.3). Hinsichtlich der Rechtsbegehren 3, 4 und 6 ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

3.6. Der mit Rechtsbegehren 5 erneut geforderte "alternative" Vollzug wurde mit BGE 146 IV 267 E. 3.2 S. 271 ff. bereits definitiv verneint (Art. 61 BGG). Darauf ist ebenfalls nicht einzutreten.

4.

Die Beschwerdeführerin 1 rügt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 6 EMRK, Art. 12 KRK sowie Rechtsverweigerung wegen Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege (Rechtsbegehren 7).

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) wird in erster Linie durch das kantonale Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt. Unabhängig davon besteht ein unmittelbar verfassungsrechtlicher Anspruch unter der Bedingung, dass das Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist (Art. 29 Abs. 3 BV). Ob dieser Anspruch verletzt wurde, untersucht das Bundesgericht in rechtlicher Hinsicht frei; soweit es um tatsächliche Feststellungen der kantonalen Instanz geht, ist seine Prüfungsbefugnis auf Willkür beschränkt (BGE 129 I 129 E. 2.1 S. 133). Als aussichtslos sind Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen zur Zeit, zu der das Gesuch gestellt wird (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f.).

Das JSD hatte den dritten Vollzugsbefehl zu beurteilen (Entscheid des JSD vom 14. Oktober 2020 E.

7.2). Es durfte die drei Verwaltungsbeschwerden als aussichtslos beurteilen und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abweisen (im Verfahren wegen Entzugs der aufschiebenden Wirkung wies das Bundesgericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab, oben Sachverhalt B). Den vom JSD neu auf den 1. Dezember 2020 festgesetzten Strafantritt fochten die Beschwerdeführerin 1 und ihre beiden Kinder mit Verwaltungsgerichtsbeschwerden und einer Argumentation bei der Vorinstanz an, die mit dem bundesgerichtlichen Urteil vom 17. August 2020 bereits abgeurteilt worden war. Die Vorinstanz wies sowohl die (vereinigte) Verwaltungsgerichtsbeschwerde betreffend die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege durch den JSD als auch die bei ihr gestellten Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit mit einlässlicher Begründung ab. Wie sie willkürfrei und zu Recht ausführt, konnte nicht ernsthaft mit einem Erfolg gerechnet werden (Urteil S. 11). Mit der Aussichtslosigkeit entfiel der Anspruch von Verfassungen wegen. Das Völkerrecht gewährleistet keine weitergehenden Ansprüche. Die Rüge ist unbegründet.

5.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Entgegen der Begründung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) weist der Prozess keinen komplexen internationalen (Beschwerde Ziff. 11.1, 11.3.5), sondern einen schlichten nationalen Bezug auf. Es ging um die inzwischen vierte Vollzugsantrittsverfügung. Das Gesuch ist wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abzuweisen (Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 142 III 138 E. 5.1 S. 139 f.; 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f.). Der unterliegenden Partei werden bei nachgewiesener Bedürftigkeit (BGE 125 IV 161 E. 4 S. 164 f.) praxismässig die Kosten herabgesetzt. Eine Bedürftigkeit ist anzunehmen. Die Kosten sind der Beschwerdeführerin 1 aufzuerlegen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden der Beschwerdeführerin 1 auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Luzern, 2. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. März 2021

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Der Gerichtsschreiber: Briw