

# BGer 6B 388/2022 vom 27. April 2023

Bundesgericht, 2023-04-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_388\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_388_2022)

FR: TF 6B 388/2022 du 27 avril 2023

IT: TF 6B 388/2022 del 27 aprile 2023

## Regeste

Vorladung in den Strafvollzug | Straf- und Massnahmenvollzug

## Erwägungen

### E. 1

Anfechtungsobjekt bildet das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 2022 ( Art. 80 Abs. 1 und Art. 90 BGG ). In der Sache geht es um eine Vorladung in den Strafvollzug und damit materiell um Strafvollstreckung. Es handelt sich um eine Strafsache, gegen welche die Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 Abs. 2 lit. b BGG zulässig ist.

### E. 2.1

Der Beschwerdeführer rügt in prozessualer Hinsicht eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gemäss § 7 und § 60 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG ZH; LS 175.2) und eine Gehörsverletzung ( Art. 29 Abs. 2 BV ). Die Vorinstanz ziehe die Akten des kantonalen Migrationsamtes, aus denen sich ergebe, dass im laufenden Rückführungsverfahren die gegen den Beschwerdeführer ergriffenen Zwangsmassnahmen und Vollzugsbemühungen nicht ausgeschöpft worden seien, zu Unrecht nicht bei (Beschwerde S. 7). Das angefochtene Urteil widerspreche zudem der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur EU-Rückführungsrichtlinie (Beschwerde S. 4 ff.).

### E. 2.2

Zum Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) gehört, dass die Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigt und die ihr angebotenen Beweise abnimmt, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Umgekehrt folgt daraus, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde ( BGE 141 I 60 E. 3.3 S. 64 ; 136 I 229 E. 5.2 und E. 5.3 S. 236 f.). Der Untersuchungsgrundsatz nach § 7 Abs. 1 VRG/ZH verpflichtet die Verwaltungsbehörde dazu, den Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen und damit für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen (KASPAR PLÜSS, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014, § 7 Rz. 10). Nach § 60 VRG/ZH werden die zur Abklärung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren von Amtes wegen erhoben.

### **E. 2.3**

Die Schweiz ist über das Schengen-Übereinkommen (SR 0.362.31) verpflichtet, die EU-Rückführungsrichtlinie vom 16. Dezember 2008 (RL 2008/115/EU [vormals: EG]) anzuwenden ( BGE 145 IV 197 E. 1.4.3 S. 204; 143 IV 249 E. 1.2 S. 251 f. mit Hinweis). Diese Richtlinie bezweckt eine minimale Harmonisierung der Verfahren zur Wegweisung und Rückführung von sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen und räumt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein. Sie steht der Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts nicht entgegen, jedoch darf die Sanktion die effektive Rückführung nicht gefährden ( BGE 147 IV 232 E. 1.2 S. 236; 143 IV 249 E. 1.4.3 S. 254 f., E. 1.5 S. 256 und E. 1.9 S. 260 f.; Urteile 6B\_908/2021 vom 29. November 2022 E. 5.2; 6B\_701/2019 vom 17. Dezember 2020 E. 1.4.1; je mit Hinweisen). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Verhängung einer Geldstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar, vorausgesetzt sie erschwert das Verfahren der Entfernung nicht. Eine solche Sanktion kann unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden ( BGE 145 IV 197 E. 1.4.3 S. 205; 143 IV 249 E. 1.9 S. 261; Urteile 6B\_908/2021 vom 29. November 2022 E. 5.3; 6B\_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.1; 6B\_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 1.4; je mit Hinweisen). Hingegen ist auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe zu verzichten, wenn gegen den Betroffenen mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen, zu denen auch Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 8 der EU-Rückführungsrichtlinie gehören, noch nicht ergriffen wurden ( BGE 145 IV 197 E. 1.4.3 S. 204 f.; 143 IV 249 E. 1.9 S. 260; Urteile 6B\_908/2021 vom 29. November 2022 E. 5.3; 6B\_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.1; je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hielt im Urteil 6B\_1464/2020 vom 3. November 2021 fest, dass sich aus dem Urteil C-430/11 des EuGH in Sachen Sagor vom 6. Dezember 2012 nicht ableiten lasse, eine Geldstrafe, die in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden könne, sei unzulässig (a.a.O. E. 1.2.2). Für eine Vereinbarkeit von Geldstrafen im Sinne von Art. 35 f. StGB mit der EU-Rückführungsrichtlinie spreche, dass die Umwandlung der Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe nicht zwingend sei, da im Falle einer Nichtbezahlung auch die Möglichkeit bestehe, die Geldstrafe auf dem Betreuungsweg erhältlich zu machen (vgl. Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 1 StGB ). Zwar erfolge die Umwandlung der von einem Gericht ausgesprochenen uneinbringlichen Geldstrafe gemäss Art. 36 Abs. 1 StGB von Gesetzes wegen, d.h. ein gerichtlicher Entscheid sei unter geltendem Recht nicht mehr notwendig (ANNETTE DOLGE, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 8 zu Art. 36 StGB ). Erforderlich sei jedoch ein entsprechender Strafvollzugsbefehl (vgl. Art. 439 Abs. 2 StPO ). Gegen eine allfällige Umwandlung der Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe könne sich der Beschwerdeführer daher gegebenenfalls mit Beschwerde gegen den entsprechenden Vollzugsbefehl zur Wehr setzen (Urteil 6B\_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.3).

### **E. 2.4**

Vorliegend wurde der Beschwerdeführer zu einer unbedingten Geldstrafe verurteilt (Sachverhalt A.a). Da er diese in der Folge nicht bezahlte, wurde sie in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt (Sachverhalt A.b). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wehrt sich der Beschwerdeführer gegen den Vollzugsbefehl und beanstandet die Konformität der Ersatzfreiheitsstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie

(Beschwerde S. 4 ff.). Das Recht, diese Frage gerichtlich überprüfen zu lassen, steht ihm gestützt auf die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. oben E. 2.3) zu.

### **E. 2.5**

Entgegen der Vorinstanz (angefochtenes Urteil S. 12) führt eine Überprüfung der Konformität der Ersatzfreiheitsstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie im Rahmen der Anfechtung des Vollzugsbefehls nicht dazu, dass das Strafgericht im Strafsentscheid (bzw. die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl) von einer Beschränkung auf eine angemessene, für die betroffene Person tragbare Geldstrafe entbunden wäre. Die Kriterien zur Festlegung einer Geldstrafe sind vielmehr gesetzlich vorgeschrieben: Die Anzahl der Tagessätze richtet sich nach dem Verschulden des Täters ( Art. 34 Abs. 1 Satz 1 StGB ), während die Höhe der einzelnen Tagessätze gestützt auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurteilten im Zeitpunkt des Urteils bestimmt wird ( Art. 34 Abs. 2 Satz 3 StGB ). Dass sich eine "beliebig hohe Geldstrafe" aussprechen liesse (angefochtenes Urteil S. 12), trifft damit nicht zu.

### **E. 2.6**

Der Beschwerdeführer beantragte im vorinstanzlichen Verfahren den Beizug der Akten des kantonalen Migrationsamtes (vgl. Beschwerde S. 7; angefochtenes Urteil S. 3). Diese Akten wurden von der Vorinstanz nicht beigezogen. Die Vorinstanz äusserte sich im angefochtenen Urteil nicht zum entsprechenden Beweisantrag und verzichtete damit stillschweigend auf den beantragten Aktenbeizug. Mangels Kenntnis des aktuellen Standes des Rückweisungsverfahrens ist es dem Bundesgericht im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht möglich, sich zur Frage zu äussern, ob gegen den Beschwerdeführer ein Wegweisungsentscheid ergangen ist (vgl. Beschwerde S. 3), ob die erforderlichen Entfernungsmassnahmen (bereits) ergriffen wurden und ob die erfolgte Umwandlung der ausgesprochenen rechtskräftigen Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 59 Tagen das Rückweisungsverfahren des Beschwerdeführers erschweren würde. Die Vorinstanz hätte die Akten des kantonalen Migrationsamtes beiziehen und die Frage der Kompatibilität des Vollzugsbefehls mit der EU-Rückführungsrichtlinie beantworten müssen (vgl. oben E. 2.3, 2.4). Indem sie das nicht tat, verletzt sie Bundesrecht.

### **E. 3**

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dem Kanton Zürich sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Die Entschädigung ist praxismässig seinem Rechtsvertreter auszurichten und wird entsprechend der von diesem eingereichten Honorarnote auf Fr. 2'206.06 (inkl. Spesen und MWST) festgesetzt ( Art. 107 Abs. 1 BGG ). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gegenstandslos.

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