

## **SO\_GERICHTE VWBES.2024.268 vom 27. Juni 2023**

SO Obergericht, 2023-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2024.268](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2024.268)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2024.268 du 27 juin 2023

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2024.268 del 27 giugno 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 17**

Juni 2020 bis am 19. November 2022, zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 20. August 2021. Am 12. Dezember 2023 teilte ihm das Amt für Justizvollzug (AJUV) mit, es sei mit dem Vollzug der Freiheitsstrafe beauftragt. Es gebe verschiedene Vollzugsformen, er habe die Möglichkeit, eine dieser Formen zu beantragen. Darauf liess der Beschwerdeführer am 15. Dezember 2023 die Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit beantragen. 1.2 Mit Verfügung vom 28. Februar 2024 wies das AJUV den Antrag mit der Begründung ab, der Beschwerdeführer halte sich illegal in der Schweiz auf. Das Migrationsamt habe zwar ein Familiennachzugsgesuch zu dessen Gunsten erhalten, dieses sei aber weder bewilligt noch abgelehnt worden. Stand jetzt dürfe sich der Beschwerdeführer nicht in der Schweiz aufhalten. Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer am 6. März resp. 3. April 2024 beim Departement des Innern (DdI) Beschwerde erheben. Er halte sich zwar immer noch illegal in der Schweiz auf, eine Rückführung sei aber weder möglich noch absehbar. Zudem verfüge er über eine gefestigte familiäre Beziehung. Er habe zwei Kinder mit B.\_\_\_\_, einer [...] Staatsangehörigen. Der einzige Grund, weshalb sie noch nicht verheiratet seien, sei der fehlende Reisepass. Die Voraussetzungen für die Gewährung des Gesuchs um gemeinnützige Arbeit, welche durch das Kantonsgericht Luzern und das Bundesgericht konkretisiert worden seien, seien damit erfüllt. In der Stellungnahme zu Handen des DdI vom 15. April 2024 wies das AJUV zusätzlich darauf hin, dass der Beschwerdeführer gemäss Strafregisterauszug vom 12. Dezember 2023 noch drei weitere Male strafrechtlich verurteilt worden sei. Entscheidend sei, dass es nach dem Urteil vom 27. Juni 2023 zu einer weiteren einschlägigen Verurteilung wegen Delikten gegen das Strassenverkehrsgesetz gekommen sei. Diese Tat sei nur gerade 13 Tage vor der Verhandlung beim Richteramt Thal-Gäu, die zum Urteil vom 27. Juni 2023 geführt habe, begangen worden. Es bestehe demnach eine ernsthafte und konkrete Rückfallgefahr. Die Bewilligung der gemeinnützigen Arbeit müsse daher bereits aus diesem Grund abgelehnt werden. Angesichts dieses neu vorgebrachten Vollzugshindernisses der Wiederholungsgefahr machte der Beschwerdeführer in der Eingabe an das DdI vom 29. April 2024 u.a. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. 1.3 Mit Entscheid vom 22. Juli 2024 wies das DdI die Beschwerde ab. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs könne mit der vorliegenden Beurteilung der Kritik des Beschwerdeführers als geheilt gelten. Auch wenn die neuen zu erwartenden Straftaten eine gewisse Erheblichkeit aufweisen müssten, könne dies nicht dazu führen, dass die Inkaufnahme weiterer Delinquenz gegen die Strassenverkehrs- und die Ausländergesetzgebung nicht zu berücksichtigen wäre. Das AJUV stelle nicht in unzulässiger Weise auf begangene Straftaten des Beschwerdeführers ab. In Bezug auf die Halbgefängenschaft habe das Bundesgericht hingegen festgehalten, dass kantonale und

interkantonale Bestimmungen die Gewährung der Halbgefängenschaft nicht davon abhängig machen dürften, ob die verurteilte Person in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge, da sich eine solche Voraussetzung nicht aus dem entsprechenden Art. 77b StGB erbe. Diese Erwägungen liessen sich auch auf die besondere Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit übertragen. 2. Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer am 23. August 2024 Beschwerde erheben mit dem Antrag auf dessen Aufhebung. Ihm sei die Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit zu gewähren. Zunächst wurde darauf hingewiesen, dass sich eine weitere Ausformulierung der Beschwerde bezüglich der Voraussetzung des Aufenthaltsrechts erübrige, nachdem das DdI die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinsichtlich der Halbgefängenschaft auch auf die Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit als anwendbar erachte. Bezüglich der Wiederholungsgefahr sei festzuhalten, dass es sich dabei um das Nachschieben eines neuen Grundes handle. Damit könne nicht nur von einer Gehörsverletzung gesprochen werden, welche im Rechtsmittelverfahren geheilt werden könne. Ein formeller Entscheid, welcher diesen Punkt behandle, liege erstmals mit dem hier angefochtenen Entscheid vor. Die Delinquenz des Beschwerdeführers beruhe hauptsächlich darauf, dass er sich ohne gültigen Ausweistitel in der Schweiz aufhalte, was ein Dauerdelikt sei. Eine Lösung für dieses Problem werde gesucht, es sei aber noch nicht gelungen, einen neuen Pass zu beantragen. Die Straffälligkeit bezüglich des illegalen Aufenthaltes könne ihm somit nicht zu Lasten gelegt werden. Bezüglich der Strassenverkehrsdelikte sei darauf hinzuweisen, dass es sich dabei nicht um erhebliche Verfehlungen handle. Dies wäre aber Voraussetzung, um gemeinnützige Arbeit ablehnen zu können. Schliesslich liege eine erhöhte Strafempfindlichkeit vor. 3. Das AJUV beantragte am 10. September 2024 die Abweisung der Beschwerde. Es sei korrekt, dass in der angefochtenen Verfügung die negative Legalprognose bezüglich Rückfallgefahr nicht erwähnt worden sei. Dies sei darauf zurückzuführen, dass es zum damaligen Zeitpunkt noch gefestigte Praxis gewesen sei, ein Gesuch um gemeinnützige Arbeit abzulehnen, wenn kein Aufenthaltsrecht vorhanden sei. Entsprechend habe man sich nur auf diesen Punkt konzentriert. Im Übrigen reiche dies nach aktuell geltender Rechtsprechung des Bundesgerichts immer noch aus, um ein Gesuch um gemeinnützige Arbeit abzulehnen. Einen anderslautenden Entscheid habe das Bundesgericht nur hinsichtlich der Halbgefängenschaft gefällt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liege nicht vor, wenn im vorinstanzlichen Verfahren zusätzlich auch noch zur Wiederholungsgefahr Stellung genommen worden sei. Durch die fortgesetzte Begehung leichter oder leichterer Delinquenz zeige der Beschwerdeführer, dass er sich nicht an die Regeln des gemeinsamen Zusammenlebens halten wolle. Demzufolge sei das öffentliche Interesse an der Verbüssung der Strafe im Normalvollzug durchaus als höher zu bewerten als jenes des Beschwerdeführers an der gemeinnützigen Arbeit. 4. Das DdI wies in der Eingabe vom 20. September 2024 nochmals darauf hin, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege. Es sei als Beschwerdeinstanz weder an die rechtliche Begründung der Beschwerdegegnerin noch des Beschwerdeführers gebunden und könne daher eine angefochtene Verfügung auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen aufheben oder mit einer Begründung schützen, die von jener der Vorinstanz abweiche. Praxismässig könne bei Verstössen der Begründungspflicht der Mangel im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Beschwerdegegnerin anlässlich der Anfechtung ihres Entscheids eine hinreichende Begründung in der Vernehmlassung nachschiebe und der Beschwerdeführer Gelegenheit erhalte, seine Beschwerde in der Replik oder in einer zusätzlichen Beschwerdebegründung zu ergänzen. 5. Am 15. Oktober

2024 ging die Honorarnote des Vertreters des Beschwerdeführers ein. 6. Für die Standpunkte der Parteien wird auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen. II. 1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz [GO, BGS 125.12]). Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten. 2. Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte flieht oder weitere Straftaten begeht, so kann auf sein Gesuch hin eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als sechs Monaten in Form von gemeinnütziger Arbeit vollzogen werden (Art. 79a Abs. 1 lit. a StGB). Das Bundesgericht hat im Entscheid 145 IV 10 in Bezug auf die Halbgefängenschaft festgehalten, dass der Gesetzgeber mit Art. 77b StGB die Kriterien für die Bewilligung der Halbgefängenschaft abschliessend festgelegt habe, ohne den Kantonen Raum für restriktivere Regelungen zu lassen. Kantonale oder interkantonale Bestimmungen dürften die Gewährung der Halbgefängenschaft daher nicht davon abhängig machen, dass die verurteilte Person in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge, da sich eine solche Voraussetzung nicht aus Art. 77b StGB ergebe. Die Behörden könnten das Fehlen einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz höchstens bei der Beurteilung berücksichtigen, ob beim Verurteilten Fluchtgefahr bestehe. Das DdI stellt sich im angefochtenen Entscheid auf den Standpunkt, dass sich diese Erwägungen auch auf die besondere Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit übertragen lassen (vgl. auch den im angefochtenen Entscheid erwähnten Beitrag von Thierry Urwyler, (Ir)relevanz von Aufenthaltsrecht und Landesverweis für die Zulassung zur gemeinnützigen Arbeit [Art. 79a StGB], recht 2024, S. 102 ff., S. 108, 110). Das fehlende Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers wird vom DdI im angefochtenen Entscheid daher nicht mehr als Hindernis für die Gewährung gemeinnütziger Arbeit angesehen. Entsprechend erübrigen sich Ausführungen dazu und auch der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerde entsprechend auf Ausführungen dazu verzichtet. 3. Zu prüfen bleibt, ob die gemeinnützige Arbeit wegen Wiederholungsgefahr verweigert werden konnte. Bezüglich dieser Begründung macht der Beschwerdeführer wie erwähnt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Ob eine solche gegeben ist resp. ob sie geheilt werden konnte, kann vorliegend aber offen bleiben, da die Beschwerde aus nachfolgenden Gründen gutzuheissen ist: 3.1 Wie erwähnt, setzt Art. 79a StGB neben fehlender Fluchtgefahr (welche vorliegend kein Thema ist) die Erwartung voraus, dass der Verurteilte keine weiteren Straftaten begeht. Diese Erwartung wird für alle besonderen Vollzugsformen der Halbgefängenschaft, der gemeinnützigen Arbeit und der elektronischen Überwachung vorausgesetzt. Die Rückfallgefahr muss von einer gewissen Bedeutung sein und die zu erwartenden neuen Straftaten müssen eine gewisse Erheblichkeit aufweisen, um eine der genannten besonderen Vollzugsformen auszuschliessen. Für die Prognose im Hinblick auf das künftige Verhalten des Verurteilten hat die Vollzugsbehörde namentlich seine Vorstrafen, seine Persönlichkeit, sein Verhalten im Allgemeinen und bei der Arbeit sowie die Umstände, unter denen er leben wird, zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 7B\_130/2023 vom 9. Februar 2024 E. 2.2.3 [zur Vollzugsform der Halbgefängenschaft oder des Electronic Monitorings; diese Rechtsprechung gelangt auch für die gemeinnützige Arbeit zur Anwendung, welche wie erwähnt dieselben Voraussetzungen kennt]). 3.2 Der Beschwerdeführer lebt seit 2001 illegal in der Schweiz und hat sich von Anfang an und immer wieder geweigert, mit den Migrationsbehörden zu kooperieren, um die erforderlichen Papiere zu beschaffen (vgl. dazu die Erwägungen im obergerichtlichen Urteil vom 20. August 2021). Erst seit Kurzem, wo es

um einen Familiennachzug geht, ist er bemüht, zu den erforderlichen Papieren zu gelangen. Dieses Verhalten spricht sicher nicht für ihn. Es kann aber auch nicht als derart gravierend bezeichnet werden, dass ihm deswegen die gemeinnützige Arbeit zu verweigern wäre. Diese ist ihm auch nicht wegen der weiteren Delinquenz, der Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, zu verwehren. Ohne diese Widerhandlungen auf irgendeine Weise verharmlosen zu wollen, wiegen diese doch nicht derart schwer. Der Beschwerdeführer wurde wegen Führens eines Motorfahrzeuges ohne erforderlichen Führerausweis, begangen am 24. März 2019 auf einer Fahrt von [...] nach [...], und wegen Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch sowie wegen Führens eines Motorfahrzeuges ohne gültigen Ausweis, begangen am 19. November 2022, verurteilt. Weitere Verurteilungen weist er in letzter Zeit nicht nach, mit Ausnahme derjenigen gemäss Strafbefehl vom 11. September 2023 wegen fahrlässigen Führens eines Motorfahrzeugs ohne erforderlichen Führerausweis, fahrlässigen Fahrens ohne Haftpflichtversicherung und ohne Fahrzeugausweis und Kontrollschilder sowie wegen fahrlässigen Nichttragens des Schutzhelms durch den Führer eines Kleinmotorrades. Diese Widerhandlung betraf «nur» die Fahrt mit einem Elektroroller, für dessen Lenken der Beschwerdeführer einen Führerausweis der Kategorie A1 benötigt hätte. Er wurde deswegen auch lediglich mit einer bedingt zu vollziehenden Geldstrafe von 15 Tagessätzen sowie einer Busse von CHF 300.00 bestraft. Die Persönlichkeit des Beschwerdeführers, sein Verhalten im Allgemeinen und die Umstände, unter denen er leben wird, sprechen ebenfalls nicht gegen die Gewährung der gemeinnützigen Arbeit. Er hält sich zwar nach wie vor ohne Bewilligung in der Schweiz auf, er lebt aber in stabilen Verhältnissen mit seiner Partnerin und den zwei gemeinsamen Kindern und ist nun bemüht, zu einem Pass zu kommen, in der Hoffnung, dass sich seine Situation betreffend Aufenthalt ändert. 4. Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zwar mehrere Vorstrafen aufweist, dass diese aber nicht genügend gravierend für eine Verweigerung der Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit sind. Ebenso wenig ist zu erwarten, dass er weitere Straftaten von einer gewissen Erheblichkeit begeht. In Gutheissung der Beschwerde kann dem Beschwerdeführer die Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit folglich nicht verwehrt werden. Der Beschwerdeentscheid des Departements des Innern vom 22. Juli 2024 und die Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 28. Februar 2024 sind daher entsprechend aufzuheben. 5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten von der Staatskasse zu tragen. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 800.00 ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten. Zudem ist dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten. Rechtsanwalt Camill Droll macht einen Aufwand von 8:55 Stunden geltend, was angemessen erscheint. Zum geltend gemachten Stundenansatz von CHF 290.00 ist indessen festzuhalten, dass praxismässig maximal CHF 280.00 pro Stunde entschädigt werden, es sei denn, es liege ein Fall von ausserordentlicher Komplexität vor, was vorliegend nicht gegeben ist und von der Vertretung auch nicht geltend gemacht wurde. Die Entschädigung beträgt damit inklusive Auslagen von CHF 96.20 und der Mehrwertsteuer von 8,1 % CHF 2'802.90. Sie ist zahlbar durch den Kanton Solothurn (§ 77 VRG i.V.m. §§ 160 und 161 Gebührentarif, GT, BGS 615.11).

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