

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00336 vom 31. Januar 2014**

ZH Verwaltungsgericht, 2014-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2014.00336](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00336)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00336 du 31 janvier 2014

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00336 del 31 gennaio 2014

## **Regeste**

Einstellung gemeinnütziger Arbeit | Einstellung gemeinnütziger Arbeit Da im Rahmen der Anordnung der gemeinnützigen Arbeit zumindest Aussicht darauf bestehen muss, dass der Betroffene auch nach dem Strafvollzug in der Schweiz bleiben darf, muss ein rechtsgültiges Anwesenheitsrecht, worüber der Beschwerdeführer gerade nicht verfügt, auch noch im Zeitpunkt der Vollstreckung der gemeinnützigen Arbeit vorliegen. Zwar sind die kantonalen Vollzugsbehörden verpflichtet, die jeweiligen Sanktionen gemäss den Strafurteilen zu vollziehen. Hier besteht jedoch die Besonderheit, dass über den Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz im Zeitpunkt des Strafurteils noch nicht rechtskräftig entschieden und die Bestrafung mit gemeinnütziger Arbeit somit nicht ausgeschlossen war. Mit dem nach dem Strafurteil ergangenen Entscheid des Bundesgerichts, das die Nichtverlängerung des Aufenthaltsrechts des Beschwerdeführers stützte, haben sich die Umstände wesentlich geändert und ist eine Voraussetzung für die Anordnung gemeinnütziger Arbeit weggefallen. In einem solchen Fall muss die kantonale Behörde anlässlich der Vollstreckung des Urteils über den Wortlaut von Art. 39 Abs. 1 StGB hinaus befugt sein, ohne vorgängige Mahnung des Betroffenen die gemeinnützige Arbeit einzustellen und beim Gericht die Umwandlung in eine andere Sanktion zu verlangen (E. 4.2). Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung (E. 5.2). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob der Beschwerdegegner angesichts der rechtskräftig verweigerten Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verpflichtet ist, die mit Urteil des Bezirksgerichts C vom 18. Juni 2013 angeordnete gemeinnützige Arbeit zu vollziehen. Die Vorinstanz und der Beschwerdegegner verneinten dies mit der Begründung, dass ein rechtsgültiges Anwesenheitsrecht nicht für die Anordnung, sondern auch für die Vollstreckung gemeinnütziger Arbeit vorauszusetzen sei und der Vollzug dieser Strafe einen illegalen Aufenthalt nicht rechtfertigen könne. Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, die von einem Gericht angeordnete gemeinnützige Arbeit dürfe ausschliesslich bei Schwierigkeiten im Zusammenhang mit deren Durchführung umgewandelt werden. Ein anderer Grund entbehre einer gesetzlichen Grundlage. Ein rechtsgültiges Anwesenheitsrecht auch noch im Zeitpunkt der Vollstreckung der Sanktion sei nicht Voraussetzung. Der Vollzug bzw. die Umwandlung seien nicht mit dem Strafverfahren bzw. der Anordnung gleichzusetzen, und es sei allein dem Gericht und nicht der Vollzugsbehörde überlassen, über die Frage der Zweckmässigkeit der gemeinnützigen Arbeit zu entscheiden. Die Verweigerung derselben für Personen ohne Anwesenheitsrecht

widerspreche dem Grundgedanken dieser Sanktionsart und verletzte das Gebot der Rechtsgleichheit sowie das Diskriminierungsverbot. Die gemeinnützige Arbeit sei mit dem ambulanten Massnahmenvollzug vergleichbar und falle daher analog unter Art. 70 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE).

#### **E. 4.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt die Strafe der gemeinnützigen Arbeit für alle Gruppen von Verurteilten in Betracht, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Anordnung gegeben sind und sie als zweckmässig erscheint. Die Anordnung gemeinnütziger Arbeit rechtfertigt sich indessen nur, solange wenigstens Aussicht besteht, dass der Betroffene auch nach einem allfälligen Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben darf. Sinn der Arbeitsstrafe ist nämlich die Wiedergutmachung zugunsten der lokalen Gemeinschaft sowie die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten. Dort, wo der Verbleib eines betroffenen Ausländers aber von vornherein ausgeschlossen ist, lässt sich dies nicht erreichen. Besteht demnach bereits im Urteilszeitpunkt kein Anwesenheitsrecht oder steht fest, dass über seinen ausländerrechtlichen Status endgültig entschieden worden ist und er die Schweiz verlassen muss, hat die gemeinnützige Arbeit als unzweckmässige Sanktion auszuscheiden (BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4; BGr, 16. Oktober 2006, 1P.526/2006, E. 3.3). Demgemäss kommt gemeinnützige Arbeit als Sanktion nur für Ausländer infrage, die über ein rechtsgültiges Anwesenheitsrecht für die Schweiz verfügen ( Benjamin F. Brägger , in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. A., Basel 2013 [fortan: Basler Kommentar], Art. 38 N. 6).

#### **E. 4.2**

Muss nach dem Gesagten im Rahmen der Anordnung der gemeinnützigen Strafe zumindest Aussicht darauf bestehen, dass der Betroffene auch nach dem Strafvollzug in der Schweiz bleiben darf, so ist mit der Vorinstanz vorauszusetzen, dass ein rechtsgültiges Anwesenheitsrecht, worüber der Beschwerdeführer gerade nicht verfügt, auch noch im Zeitpunkt der Vollstreckung der gemeinnützigen Arbeit bestehen muss (so auch Brägger, Basler Kommentar, Art. 38 N. 6 und Art. 39 N. 1). Andernfalls würde die Arbeitsstrafe ihres Sinns entleert. Zwar ist es richtig, dass die kantonalen Vollzugsbehörden verpflichtet sind, die jeweiligen Sanktionen gemäss den Strafurteilen zu vollziehen. Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, dass der Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz im Zeitpunkt des Urteils des Bezirksgerichts vom 7. März 2013 noch nicht rechtskräftig feststand und die Bestrafung mit gemeinnütziger Arbeit aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht ausgeschlossen war. Mit dessen Urteil vom 29. April 2013 betreffend das Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers haben sich die Umstände jedoch wesentlich geändert und ist eine Voraussetzung für die Anordnung gemeinnütziger Arbeit weggefallen. Der Verlust des Aufenthaltsrechts ist dabei durchaus mit dem Fall zu vergleichen, wo ein Verurteilter seit dem Strafurteil arbeitsunfähig geworden ist. Die "Arbeitsunfähigkeit" des Beschwerdeführers liegt dabei nicht im physischen oder psychischen Bereich, sondern in einem formellen Kriterium, das eben verbietet, das entzogene Aufenthaltsrecht über den Vollzug einer Strafe zu verlängern. In beiden Fällen muss die kantonale Behörde anlässlich der Vollstreckung des Urteils daher über den Wortlaut von Art. 39 Abs. 1 StGB hinaus befugt sein, ohne vorgängige Mahnung des Betroffenen die gemeinnützige Arbeit einzustellen und beim Gericht die Umwandlung in eine andere Sanktion zu verlangen (Benjamin F. Brägger, Das schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, S. 211 und 214 ;

derselbe, Basler Kommentar, Art. 39 N. 1 ) . Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die gemeinnützige Arbeit vorliegend noch nicht in Vollzug gesetzt wurde und dem Beschwerdeführer noch gar kein allfälliges Fehlverhalten im Sinn dieser Gesetzesbestimmung angelastet werden konnte. Tatsächlich beurteilt die Vollzugsbehörde in einem Fall wie dem hier faktisch zwar auch die Zweckmässigkeit der verhängten Strafe. Der Vollzugsbehörde steht es von Gesetzes wegen allerdings auch zu, die Umwandlung bei einer Nicht- oder einer ungenügenden Leistung der gemeinnützigen Arbeit zu beantragen. Dabei handelt es sich ebenfalls um Umstände, die erst nach der Verhängung der Strafe eintreten. Auch insofern verfügt die Vollzugsbehörde daher über einen Ermessensspielraum bei der Bewertung der Zweckmässigkeit des Vollzugs. Deren Entscheid bezüglich der Einstellung und die Frage der Umwandlung der gemeinnützigen Arbeit in eine Geld- oder Freiheitsstrafe unterliegen anschliessend freilich letztlich in jedem Fall der Prüfung durch den Strafrichter (vgl. Brägger, Basler Kommentar, Art. 39 N. 1). Nach dem Gesagten und entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers widerspricht die Verweigerung der gemeinnützigen Arbeit bzw. deren Einstellung bezüglich Personen ohne Anwesenheitsrecht gerade nicht dem Grundgedanken dieser Sanktionsart. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es sodann sachlich vertretbar und unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots und des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 8 Abs.1 und 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) haltbar, ausländischen Verurteilten den Strafvollzug in Form der gemeinnützigen Arbeit nur dann zu gewähren, wenn sie über eine rechtsgültige Aufenthaltsbewilligung verfügen (BGr, 16. Oktober 2006, 1P.526/2006, E. 3.3). Dies muss auch für den Vollzug der Sanktion gelten. Schliesslich spricht auch Art. 70 Abs. 1 VZAE, wonach bei Ausländerinnen und Ausländern, die namentlich in ein Untersuchungsgefängnis oder eine Strafanstalt eingewiesen werden oder sich im stationären oder ambulanten Massnahmenvollzug befinden, die bisherige Bewilligung bis zu ihrer Entlassung gültig bleibt, nicht gegen das Vorgehen des Beschwerdegegners. Einerseits wird die gemeinnützige Arbeit vom Wortlaut dieser Bestimmung nicht erfasst. Andererseits ist jene – anders als dies der Beschwerdeführer geltend macht – keineswegs mit dem ambulanten Massnahmenvollzug vergleichbar, handelt es sich dabei doch um eine Strafart und nicht um eine therapeutische Massnahme.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdegegner durfte somit den Vollzug der gemeinnützigen Arbeit einstellen und der urteilenden Behörde die Umwandlung derselben beantragen. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

#### **E. 5.1**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung ist ihm nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdegegner hat keine solche verlangt.

#### **E. 5.2**

Zu prüfen bleibt das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung.

##### **E. 5.2.1**

Gemäss § 16 Abs. 1 und 2 VRG haben Private, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheinen, Anspruch auf die Bestellung eines

unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Mittellos ist, wer die erforderlichen Vertretungskosten lediglich bezahlen kann, wenn er jene Mittel heranzieht, die er für die Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie benötigt (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 16 N. 18). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Aussichten auf Gutheissung um derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Plüss, § 16 N. 46).

### **E. 5.2.2**

Aufgrund der vorhandenen Akten ist mit der Vorinstanz von der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers auszugehen. Sodann können seine Begehren nicht als offensichtlich aussichtslos im soeben umschriebenen Sinn bezeichnet werden. Demnach ist ihm für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. In Anbetracht der nicht als leicht zu bezeichnenden Betroffenheit und der nicht einfachen Fragestellungen erscheint auch die Annahme vertretbar, dass der Beschwerdeführer zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf einen Rechtsvertreter angewiesen ist (Plüss, § 16 N. 80 f.). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung ist daher ebenfalls gutzuheissen. Der Vertreter des Beschwerdeführers wies in der Honorarnote einen zeitlichen Aufwand für seine Leistungen im Beschwerdeverfahren von sieben Stunden und zehn Minuten sowie Barauslagen von insgesamt Fr. 26.75 aus, was sich als gerechtfertigt erweist. Gemäss dem Kreisschreiben des Obergerichts vom 13. März 2002 beträgt der Stundenansatz für amtliche Mandate von Anwältinnen und Anwälten allerdings Fr. 200.- (vgl. § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 [GebV VGr]). Zwar kann dieser ausnahmsweise erhöht werden. Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich ist und wird in der Honorarnote auch nicht dargelegt, weshalb ein höherer Ansatz von Fr. 250.- zur Anwendung kommen sollte. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist demnach für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'433.35 (7,1667 Stunden x Fr. 200.-) plus Barauslagen von Fr. 26.75 zusätzlich Mehrwertsteuer 8 % auf den Gesamtbetrag, mithin mit total Fr. 1'576.90, zu entschädigen.

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 VRG hingewiesen, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Prozessführung und/oder Rechtsvertretung gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

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