

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00679 vom 16. Dezember 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00679

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00679 du 16 décembre 2008

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00679 del 16 dicembre 2008

Regeste

Vorladung in den Strafvollzug | Vorladung in den Strafvollzug. [Frage der Vereinbarkeit des Vollzugs einer Ersatzfreiheitsstrafe nach nicht bezahlter Busse mit der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger] Kammerzuständigkeit aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung des Falls (E. 1). Darlegung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; die Verhängung einer Geldstrafe ist mit der EU-Rückführungsrichtlinie nicht unvereinbar, soweit sie die Abschiebung der betroffenen Person nicht verzögert bzw. erschwert (E. 4.1). Es ist Sache des Strafgerichts, durch eine massvolle Festlegung der Geldstrafe dafür zu sorgen, dass der Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe nicht droht – im Hinblick auf die EU-Rückführungsrichtlinie unter Umständen gar mit der Konsequenz, dass eine Geldstrafe überhaupt nicht angeordnet werden darf (E. 4.2.1). Eine Prüfung der Vereinbarkeit mit der EU-Rückführungsrichtlinie erst im Rahmen des Vollzugsbefehls würde dem Gesagten zuwiderlaufen. Damit liesse sich eine beliebig hohe Geldstrafe aussprechen und wäre ein Anreiz für jede zu einer Geldstrafe verurteilte Person geschaffen, die Geldstrafe mindestens vorerst nicht zu bezahlen, es sei denn, die Ersatzfreiheitsstrafe erweise sich doch als richtlinienkonform – in welchem Fall die Geldstrafe auch noch nachträglich beglichen werden könnte, um der Ersatzfreiheitsstrafe zu entgehen. Dies stünde namentlich nicht im Einklang mit dem vom Bundesgesetzgeber in Art. 115 Abs. 4 und 5 AIG vorgesehenen Ansatz, wie der Richtlinie - seitens der Staatsanwaltschaft oder der Strafgerichte - binnenrechtlich Nachachtung verschafft werden soll (E. 4.2.2). Die Konformität mit der EU-Rückführungsrichtlinie ist somit nicht erst im Zuge der Anfechtung eines Vollzugsbefehls herzustellen. Entsprechende Einwände wären vielmehr mittels Einsprache gegen den Strafbefehl zu erheben gewesen. Eine (erneute)Überprüfung im Vollzugsstadium hat nicht mehr stattzufinden (E. 4.2.3). Die Vorinstanz hätte dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege für das Rekursverfahren gewähren müssen und die entsprechenden Gesuche nicht ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs wegen angeblich unbelegter Mittellosigkeit abweisen dürfen (E. 5). Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (E. 6.3). Teilweise Gutheissung. Rückweisung zur Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Rekursverfahren an die Vorinstanz. Ansetzung eines neuen Strafantrittstermins.

Erwägungen

E. 3

Abteilung VB.2021.00679 Urteil der 3. Kammer vom 10. Februar 2022 Mitwirkend: Abteilungspräsident André Moser (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Matthias Hauser,

Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiber Cyrill Bienz. In Sachen A, vertreten durch RA G, Beschwerdeführer, gegen Justizvollzug und Wiedereingliederung, Beschwerdegegner, betreffend Vorladung in den Strafvollzug, hat sich ergeben: I. A. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat bestrafte A mit Strafbefehl vom 18. März 2020 wegen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung gemäss Art. 119 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG) mit einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 10.-, unter Anrechnung eines bereits durch Haft erstandenen Tagessatzes. Der Strafbefehl erwuchs unangefochten in Rechtskraft. B. Da A die Geldstrafe in der Folge nicht bezahlte, lud ihn Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich (fortan: das JuWe) mit Verfügung vom 22. März 2021 auf den 7. Juni 2021 zum Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe von 59 Tagen im Gefängnis B vor. II. Mit Eingabe vom 16. April 2021 erhob A, vertreten durch Rechtsanwalt G, Rekurs bei der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich (fortan: Justizdirektion) und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 22. März 2021. Das JuWe sei vorsorglich anzuweisen, die Vorladung in den Strafvollzug einstweilen für die Dauer des Verfahrens abzunehmen. Weiter ersuchte A um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung für das Rekursverfahren, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des JuWe bzw. der Staatskasse. Die Justizdirektion wies den Rekurs mit Verfügung vom 24. August 2021 ab und lud A neu auf den 4. Oktober 2021 in den Strafvollzug vor (Dispositivziffern I und II). Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung wies die Justizdirektion ebenfalls ab (Dispositivziffer III). Die Verfahrenskosten auferlegte sie A, eine Parteientschädigung sprach sie ihm nicht zu (Dispositivziffern IV und V). III. A gelangte daraufhin mit Beschwerde vom 27. September 2021 an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 24. August 2021. Das JuWe sei anzuweisen, ihm für das Rekursverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'791.50 zu bezahlen, eventualiter sei ihm in Aufhebung der Dispositivziffern III und IV der angefochtenen Verfügung die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung für das Rekursverfahren zu gewähren. Weiter ersuchte A um Beizug der Akten des Migrationsamts sowie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des JuWe bzw. der Staatskasse. Mit Eingabe vom 4. Oktober 2021 beantragte die Justizdirektion, die Beschwerde sei abzuweisen. Denselben Antrag stellte das JuWe mit Beschwerdeantwort vom 18. Oktober 2021. Die Parteien liessen sich daraufhin nicht mehr vernehmen. Mit Eingabe vom 2. November 2021 reichte der Vertreter von A seine aktualisierte Honorarnote ein. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Die Behandlung von Beschwerden betreffend den Straf- und Massnahmenvollzug fällt in die Zuständigkeit der Einzelrichterin oder des Einzelrichters. Da sich vorliegend jedoch Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen, ist die Kammer zum Entscheid berufen (§ 38b Abs. 1 lit. d Ziff. 2 und Abs. 2 VRG). 2. 2.1 Gemäss Art. 372 Abs. 1 des Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB) vollziehen die Kantone die von ihren Strafgerichten ausgefallenen Urteile. Die von Polizeibehörden und anderen zuständigen Behörden erlassenen Strafentscheide sind den durch die Strafgerichte ausgefallenen Urteile gleichgestellt (Art. 372 Abs. 2 StGB). Zum Vollzug von Strafen und Massnahmen erlässt die Vollzugsbehörde einen Vollzugsbefehl (Art. 439 Abs. 2 der

Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO]). Bei Geldstrafen bestimmt die Vollzugsbehörde der verurteilten Person eine Zahlungsfrist von einem bis zu sechs Monaten. Sie kann Ratenzahlung anordnen und auf Gesuch die Fristen verlängern (Art. 35 Abs. 1 StGB). Beahlt die verurteilte Person die Geldstrafe nicht fristgemäss, so ordnet die Vollzugsbehörde die Betreibung an, wenn davon ein Ergebnis zu erwarten ist (Art. 35 Abs. 3 StGB). Soweit die verurteilte Person die Geldstrafe nicht bezahlt und diese auf dem Betreibungsweg uneinbringlich ist, tritt an die Stelle der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe. Ein Tagessatz entspricht einem Tag (Art. 36 Abs. 1 StGB). 2.2 Die Vollzugsbehörden sind an die von den Strafgerichten ausgefallten Entscheide gebunden und müssen diese vollziehen. Eine Überprüfung derselben ist ihnen verwehrt. Sie haben weder ein Nachprüfungsrecht noch eine Nachprüfungspflicht; die zu vollstreckenden rechtskräftigen Entscheide tragen die Vermutung der Rechtswirksamkeit in sich. Die Vollzugsbehörden müssen daher selbst einen prozessual und materiell fehlerhaften Entscheid vollziehen. Nur in äussersten Ausnahmefällen, in denen ein solcher als geradezu nichtig anzusehen wäre, können (bzw. müssen) sie von dessen Vollstreckung absehen. Nichtigkeit kann jedoch von vornherein überhaupt nur in Betracht gezogen werden, wenn aufgrund schwerster Mängel oder grösster Verstösse gegen fundamentale prozessuale Vorschriften, die offen zutage liegen oder zumindest leicht erkennbar sind, die Aufrechterhaltung eines Strafentscheids schlechthin unerträglich wäre (VGr, 26. Juli 2021, VB.2021.00489, E. 1.2; 9. Juli 2020, VB.2020.00312, E. 2.2; 14. November 2018, VB.2018.00353, E. 3.2.1, bestätigt mit BGr, 19. Juni 2019, 6B_19/2019, E. 1.2 und 1.4).

E. 3.1

Die Vorinstanz erwog in der Verfügung vom 24. August 2021, der Strafbefehl vom 18. März 2020 sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Der Beschwerdegegner als Vollzugsbehörde sei zur Durchführung des Vollzugs verpflichtet und dürfe den rechtskräftigen Strafentscheid keiner inhaltlichen Prüfung mehr unterziehen. Für eine zu beachtende Nichtigkeit des Strafbefehls lägen keine Anhaltspunkte vor. Soweit der Beschwerdeführer der Ansicht sei, dass ein nicht abgeschlossenes Rückführungsverfahren seiner strafrechtlichen Verfolgung entgegenstehe, hätte er das im Strafbefehlsverfahren rügen müssen. Daran ändere auch das Vorbringen des Beschwerdeführers nichts, wonach sein Rechtsvertreter im Strafbefehlsverfahren auf den Konflikt der Freiheitsstrafe mit der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (fortan: EU-Rückführungsrichtlinie) hingewiesen und dadurch eine Geldstrafe anstatt einer Freiheitsstrafe erwirkt habe. Eine allfällige Unvereinbarkeit der Ersatzfreiheitsstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie könne nicht mit Rekurs gegen die Vorladung zum Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe gerügt werden. Die automatische Umwandlung der Geldstrafe in die Ersatzfreiheitsstrafe sei sodann nicht zu beanstanden: Der Beschwerdeführer sei von der zentralen Inkassostelle mehrfach zur Zahlung der Geldstrafe ermahnt und schliesslich vom Beschwerdegegner mit Schreiben vom 8. Februar 2021 nochmals zur Zahlung aufgefordert sowie auf den bevorstehenden Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe hingewiesen worden. Der Beschwerdeführer bestreite nicht, die Geldstrafe nicht bezahlt zu haben. Von einer Betreibung sei aufgrund der Tatsache, dass der Beschwerdeführer über keinen festen Wohnsitz in der Schweiz verfüge, kein Ergebnis zu erwarten gewesen, weshalb davon habe abgesehen werden können. Sodann habe sich der Beschwerdeführer mehrfach zu den Schreiben der Inkassostelle und des Beschwerdegegners äussern können, womit ihm das rechtliche Gehör in genügender

Weise gewährt worden sei.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat habe ihn zunächst wegen der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 60 Tagen verurteilt. Nachdem er dagegen Einsprache erhoben und auf den Konflikt der Freiheitsstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie hingewiesen habe, habe die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl vom 18. März 2020 erlassen und ihn mit der Geldstrafe von 60 Tagessätzen bestraft. Die EU-Rückführungsrichtlinie räume dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein. Nationale Strafbestimmungen seien erst dann zulässig, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden sei. Eine Bestrafung einer ausländischen Person mit einer Freiheitsstrafe sei vor dem Hintergrund der EU-Rückführungsrichtlinie daher erst dann zulässig, wenn im Rückführungsverfahren sämtliche möglichen Zwangsmassnahmen und zumutbaren Vollzugsbemühungen erfolglos ausgeschöpft worden seien. Wie den Akten des Migrationsamts Zürich zu entnehmen sei, sei er mit Entscheid vom 11. Januar 2008 aus der Schweiz weggewiesen worden, und das ihn betreffende Rückführungsverfahren sei weiterhin pendent. Von einer Ausschöpfung aller (zumutbarer) Vollzugsbemühungen könne keine Rede sein, zumal namentlich die zulässige Dauer der Administrativhaft nicht ausgeschöpft worden sei. Der streitbetreffende Vollzug der (Ersatz-)Freiheitsstrafe behindere die weitere Durchführung des Rückführungsverfahrens, namentlich indem durch eine Inhaftierung erneute Bemühungen zur Identitätsfeststellung und zur Ausstellung von Ersatzreisepapieren verunmöglicht würden. Die Vorinstanz gehe fehl, wenn sie erwäge, dass er eine allfällige Unvereinbarkeit der strafrechtlichen Verfolgung mit der EU-Rückführungsrichtlinie im Strafbefehlsverfahren hätte rügen müssen. Sie verkenne namentlich, dass die EU-Rückführungsrichtlinie nicht jeder strafrechtlichen Verfolgung entgegenstehe, sondern grundsätzlich lediglich freiheitsentziehenden Sanktionen – Geldstrafen hingegen nur in besonderen Ausnahmefällen. Dies sei denn auch der Grund dafür gewesen, dass die Staatsanwaltschaft die Freiheitsstrafe in die Geldstrafe abgeändert habe. Erst durch die vom Beschwerdegegner vorgenommene Umwandlung der Geldstrafe in die Ersatzfreiheitsstrafe sei der Konflikt mit der EU-Rückführungsrichtlinie entstanden.

E. 4.1.1

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) erwog das Bundesgericht mit BGE 143 IV 249 (= Pra 107 [2018] Nr. 78), die EU-Rückführungsrichtlinie stehe einer Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts nach Art. 115 Abs. 1 lit. b des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG; ab 1. Januar 2019: AIG) nicht grundsätzlich entgegen. Die Bestrafung dürfe allerdings die tatsächliche Rückführung der betroffenen Person nicht gefährden. Die Verhängung oder Vollstreckung einer Freiheitsstrafe könne aber die ordnungsgemässe Abwicklung eines Rückführungsverfahrens verhindern oder beeinträchtigen. Eine solche Sanktion sei mit der EU-Rückführungsrichtlinie nur vereinbar, wenn die betroffene Person Zwangsmassnahmen im Sinn von Art. 8 der Richtlinie unterworfen worden sei. Eine Geldstrafe ihrerseits werde kaum das Abschiebungsverfahren gemäss der Richtlinie beeinträchtigen, sofern der betroffene Staat seiner Verpflichtung, gegen den illegal sich aufhaltenden Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung zu fällen, nachkomme und die Sanktion dessen Abschiebung nicht ausschliesse (E. 1.5). Weiter erwog das Bundesgericht, eine mit

der EU-Rückführungsrichtlinie konforme Anwendung von Art. 115 Abs. 4 AuG – wonach von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung bei rechtswidrig ein- oder ausgereisten Ausländerinnen und Ausländern abgesehen werden konnte, sofern sie sofort ausgeschafft wurden – verlange, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet werde, wenn gegen die betroffene Person mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid ergangen sei und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen worden seien. In diesem Sinn habe das verwaltungsrechtliche Rückführungsverfahren Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen. Die Verhängung einer Geldstrafe sei mit der EU-Rückführungsrichtlinie demgegenüber nicht unvereinbar, vorausgesetzt, sie erschwere das Rückführungsverfahren nicht (E. 1.9).

E. 4.1.2

In BGE 143 IV 264 (= Pra 107 [2018] Nr. 79) erwog das Bundesgericht, in Anbetracht der Ziele, welche die EU-Rückführungsrichtlinie verfolge, nämlich die Festlegung gemeinsamer Vorschriften zu Fragen der Rückkehr sich illegal aufhaltender Drittstaatsangehöriger, sei die Missachtung einer Ausgrenzung, die im Zusammenhang mit der Vollstreckung der Ausweisung (Art. 119 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b und c AuG) angeordnet worden sei, von jener zu unterscheiden, welche angeordnet worden sei, weil die betroffene Person die öffentliche Sicherheit und Ordnung störe oder gefährde (Art. 119 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG). Während im ersten Fall die betroffene Person von der europäischen Rechtsprechung und jener des Bundesgerichts erfasst bleibe, habe im zweiten Fall die betroffene Person eine Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verletzt und falle deshalb nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. So habe in dieser Konstellation die Auflage einer Ausgrenzung keinen Bezug zum Verfahren, welches die EU-Rückführungsrichtlinie regle (E. 2.6.2).

E. 4.1.3

In einem Entscheid vom 9. November 2017 (6B_1055/2017) bestätigte das Bundesgericht, die Verhängung einer Geldstrafe sei mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar, solange das Verfahren der Entfernung nicht erschwert werde (E. 2.6.1). Dabei verwarf es den Einwand der Beschwerdeführerin, die wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinn von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG und Missachtung der Mitwirkungspflicht im Sinn von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG zu einer unbedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 10.- und einer Busse von Fr. 20.- verurteilt worden war, es werde ihr unter Umständen nicht möglich sein, die Geldstrafe zu bezahlen, womit die Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe drohe, was eine Rückführung im Sinn der EU-Rückführungsrichtlinie allenfalls verunmögliche. Die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin – so das Bundesgericht – seien bei der Bemessung des Tagessatzes gebührend berücksichtigt worden; die Bezahlung der Geldstrafe sei ihr zumutbar (E. 2.7).

E. 4.1.4

Gegenstand von BGE 145 IV 197 war das vom Obergericht des Kantons Zürich abgewiesene Revisionsgesuch des Beschwerdeführers betreffend zweier Strafbefehle, womit der Beschwerdeführer wegen illegalen Aufenthalts nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen sowie einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt worden war, wobei letztere Geldstrafe in der Folge in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 50 Tagen umgewandelt und im Umfang von zwei Drittel vollzogen

worden war. Das Bundesgericht erwog, die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers seien bereits bei der Bemessung des Tagessatzes berücksichtigt worden, und inwiefern der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe im Umfang von 33,3 Tagen die Rückführung des Beschwerdeführers hätte massgebend erschweren können, sei angesichts der von diesem dargelegten Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung der Ausweispapiere und der stark eingeschränkten Dauer der Ersatzfreiheitsstrafe nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen könne nicht von einer im Sinn der EU-Rückführungsrichtlinie relevanten Verzögerung der Rückführung durch die angeordnete Ersatzfreiheitsstrafe ausgegangen werden (E. 1.4.4).

E. 4.1.5

In einem Entscheid vom 11. März 2020 (6B_1365/2019) erwog das Bundesgericht sodann, nach der Rechtsprechung des EuGH stehe es den Mitgliedstaaten frei, wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen festzulegen, darunter Freiheitsentzug als strafrechtliche Sanktion bei Verstössen gegen die Migrationsbestimmungen, sofern diese Massnahmen nicht die Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie beeinträchtigen und die uneingeschränkte Achtung der Grundrechte gewährleisten. Die EU-Rückführungsrichtlinie stehe strafrechtlichen Sanktionen nicht entgegen, die nach den nationalen strafverfahrensrechtlichen Vorschriften gegen Drittstaatsangehörige verhängt würden, auf die das mit dieser Richtlinie geschaffene Rückkehrverfahren angewandt worden sei und die sich ohne einen Rechtfertigungsgrund für ihre Nichtrückkehr illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhielten. Die Mitgliedstaaten dürfen nicht vor oder während Rückkehrverfahren allein wegen illegalen Aufenthalts eine Haftstrafe nach nationalem Strafrecht verhängen, da dies die Rückkehr verzögern würde. "Nicht berechtigte Gründe für die Nichtrückkehr" können nach der Auslegung des EuGH Gründe innerhalb des Einflussbereichs des Rückzuführenden sein, die durch das Unionsrecht und das nationale Recht nicht als rechtmässig oder berechtigt anerkannt würden, wie etwa mangelnde Kooperation bei der Beschaffung der Reisedokumente, mangelnde Kooperation bei der Offenlegung der Identität, Vernichtung von Dokumenten, Flucht oder Behinderung der Abschiebung. Diese Auslegung der EU-Rückführungsrichtlinie – so das Bundesgericht weiter – sei mit dem novellierten Art. 115 Abs. 4–6 AIG in das schweizerische Recht integriert worden. Die seit 1. Juni 2019 in Kraft gesetzten Art. 115 Abs. 4–6 AIG koordinierten das Strafverfahren mit dem Aus- und Wegweisungsverfahren. Die Abs. 4 und 5 (Sistierung des Strafverfahrens [Abs. 4] oder Absehen von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung, die einem unmittelbar bevorstehenden Vollzug einer rechtskräftigen Weg- oder Ausweisung entgegensteht [Abs. 5]), gälten nicht, wenn eine Weg- oder Ausweisung aufgrund des Verhaltens der betroffenen Person nicht habe vollzogen werden können (Abs. 6). Zusammengefasst hindere die EU-Rückführungsrichtlinie nicht daran, den illegalen Aufenthalt unter Strafe zu stellen, das Rückkehrverfahren gehe aber der Bestrafung vor. Wenn auch eine Zwangsmassnahme die Rückführung nicht ermöglicht habe, sei eine Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts wieder zulässig. Sei mithin eine zwangsweise Rückschaffung nicht möglich, stehe der strafrechtlichen Sanktionierung nichts entgegen; Durchsetzungshaft müsse zuvor nicht angeordnet werden (E. 2.3.2, mit Hinweisen).

E. 4.1.6

Dem Entscheid des Bundesgerichts vom 1. November 2021 (6B_427/2020) lag eine Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen einen Entscheid des

Obergerichts des Kantons Zürich zugrunde, welches auf die Berufung der vom Bezirksgericht Horgen wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinn von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilten Person hin das Verfahren eingestellt hatte. Unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 6. Dezember 2012 in der Rechtssache C-430/11 Md Sagor sowie die Empfehlung (EU) 2017/2338 der Europäischen Kommission vom 16. November 2017 für ein gemeinsames "Rückkehr-Handbuch", welches von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist, erwog das Bundesgericht, die Verhängung einer Geldstrafe sei mit der Richtlinie nicht unvereinbar, soweit sie die Abschiebung nicht verzögere. Diese Rechtsprechung stehe im Einklang mit dem besagten Urteil des EuGH, wonach anders als bei einer Freiheitsstrafe vor der Vollstreckung der Rückkehrentscheidung eine (richtlinienkonform angeordnete) Geldstrafe nicht geeignet sei, das Rückkehrverfahren zu behindern. Die Prämisse, so das Bundesgericht weiter, ob die Beschwerdegegnerin (des bundesgerichtlichen Verfahrens) allenfalls zahlungsunfähig wäre, sei zuerst zu prüfen. Entsprechend sei auch nach der Interpretation in Ziffer 4 des "Rückkehr-Handbuchs" die Verhängung einer angemessenen Geldstrafe bei illegalem Aufenthalt mit der EU- Rückführungsrichtlinie "nicht unvereinbar" (E. 1.5).

E. 4.1.7

Unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung erwog das Bundesgericht mit Urteil vom 3. November 2021 (6B_1464/2020), welches die Bestrafung einer Person wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinn von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG zu einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.- zum Gegenstand hatte, die Verhängung einer Geldstrafe sei mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar, vorausgesetzt sie erschwere das Verfahren der Entfernung nicht (E. 1.2.1). Für die Vereinbarkeit von Geldstrafen im Sinn 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, weshalb ein gerichtlicher Entscheid unter dem geltenden Recht nicht mehr notwendig sei. Erforderlich sei jedoch ein entsprechender Strafvollzugsbefehl. Gegen eine allfällige Umwandlung der Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe könne sich der Beschwerdeführer daher gegebenenfalls mit Beschwerde gegen den entsprechenden Vollzugsbefehl zur Wehr setzen. Hingegen bilde die Frage der Umwandlung der Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheids und damit des vorliegenden Verfahrens, weshalb darauf nicht weiter einzugehen sei (E. 1.2.3, mit Hinweisen unter anderem auf BGE 145 IV 197 E. 1.4.5 [vorn E. 4.1.4] und BGr, 21. Dezember 2017, 6B_1081/2017, E. 3.3, wo die Umwandlung nach Art. 36 Abs. 1 StGB jeweils ebenfalls nicht Gegenstand des Verfahrens war).

E. 4.2.1

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Vollzugsbefehl im Sinn von Art. 439 Abs. 2 StPO. Mithin geht es nicht um die Umwandlung der Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe, sondern um die bei Strafurteilen oder entsprechenden Surrogaten wie Strafbefehlen ipso iure eintretende Folge bei Nichtbezahlung bzw. Uneinbringlichkeit der Geldstrafe (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 StGB; vorn E. 2.1). Einer zusätzlichen Entscheidung eines Gerichts oder einer Strafvollzugsbehörde bedarf es dabei nicht – abgesehen vom hier nicht

interessierenden Sonderfall von Art. 35 Abs. 2 StGB. Die in E. 4.1 dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung fusst auf dem Grundsatz, dass die Verhängung einer Geldstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie nicht unvereinbar ist, soweit sie die Abschiebung nicht verzögert bzw. erschwert. Weil das Strafurteil die Zahl der Tagessätze festzuhalten hat (Art. 34 Abs. 4 StGB) und die Umwandlung der Geldstrafe in die Freiheitsstrafe im Verhältnis eins zu eins erfolgt (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 StGB), legt im Prinzip bereits das Strafgericht die Dauer der Ersatzfreiheitsstrafe fest. Dementsprechend hat dieses bei der Bestimmung des Tagessatzes die finanziellen Verhältnisse der verurteilten Person gebührend zu berücksichtigen und namentlich die Frage zu prüfen, ob die Bezahlung der Geldstrafe zumutbar ist (so das Bundesgericht mit Urteil 6B_1055/2017 vom 9. November 2017, vorn E. 4.1.3). Die Geldstrafe ist daher derart massvoll festzusetzen, dass es gar nicht erst zu einer Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe kommen kann – es sei denn, die Geldstrafe werde von der verurteilten Person aus purer Renitenz nicht bezahlt. Dementsprechend hielt das Bundesgericht mit Urteil 6B_427/2020 vom 1. November 2021 (vorn E. 4.1.6) fest, die allfällige Zahlungsunfähigkeit der verurteilten Person sei vor der Ausfällung einer Geldstrafe zu prüfen. In diesem Sinn ist denn auch – nur, aber immerhin – eine "angemessene" Geldstrafe bei illegalem Aufenthalt konform mit der EU-Rückführungsrichtlinie. Nach dem Gesagten ist es somit Sache des Strafgerichts, durch eine massvolle Festlegung der Geldstrafe dafür zu sorgen, dass der Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe nicht droht – im Hinblick auf die EU-Rückführungsrichtlinie unter Umständen gar mit der Konsequenz, dass eine Geldstrafe überhaupt nicht angeordnet werden darf. So brachte der EuGH in der im Urteil des Bundesgerichts 6B_427/2020 vom 1. November 2021 erwähnten Rechtssache C-430/11 Md Sagor (vorn E. 4.1.6) entsprechende Vorbehalte an einem Geldstrafensystem an, welches eine automatische Umwandlung einer Geldstrafe in Hausarrest vorsieht. Eine solche Regelung müsste gemäss EuGH eine Vorschrift vorsehen, welche der Ausweisung den Vorrang vor dem Vollzug der Hausarreststrafe einräumt, um richtlinienkonform zu sein (Urteil des EuGH vom 6. Dezember 2012, Rn. 43–47). Gerade eine solche Norm, welche eine Entlassung aus einer (Ersatz-)Freiheitsstrafe für den Fall einer möglich werdenden Ausschaffung erlaubt, fehlt aber im schweizerischen Recht.

E. 4.2.2

Das vom Bundesgericht mit Urteil 6B_1464/2020 vom 3. November 2021 (vorn E. 4.1.7) angedeutete Vorgehen (Prüfung der Vereinbarkeit mit der EU-Rückführungsrichtlinie erst im Rahmen des Vollzugsbefehls) entbände im Ergebnis das Strafgericht von der Beschränkung auf eine angemessene, für die betroffene Person tragbare Geldstrafe und damit der Respektierung der EU-Rückführungsrichtlinie bereits im Strafscheid. Damit liesse sich eine beliebig hohe Geldstrafe aussprechen und wäre ein Anreiz für jede zu einer Geldstrafe verurteilte Person geschaffen, die Geldstrafe mindestens vorerst nicht zu bezahlen, es sei denn, die Ersatzfreiheitsstrafe erweise sich doch als richtlinienkonform – in welchem Fall die Geldstrafe auch noch nachträglich beglichen werden könnte, um der Ersatzfreiheitsstrafe zu entgehen (Art. 36 Abs. 1 letzter Satz StGB). Dies entspräche weder den in der bisherigen bzw. übrigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesetzten Leitlinien, noch stünde es im Einklang mit dem vom Bundesgesetzgeber in Art. 115 Abs. 4 und 5 AIG vorgesehenen Ansatz, wie der Richtlinie binnenrechtlich Nachachtung verschafft werden soll – nämlich entweder durch Sistierung des Strafverfahrens (Abs. 4) oder Absehen von Strafverfolgung, Absehen von Überweisung an das Gericht oder Absehen von einer Bestrafung (Abs. 5). Dabei handelt sich um Möglichkeiten, welche in

den Händen der Staatsanwaltschaft oder der Strafgerichte liegen.

E. 4.2.3

Nach dem Gesagten ist die Konformität mit der EU-Rückführungsrichtlinie nicht erst im Zuge der Anfechtung eines Vollzugsbefehls herzustellen. Entsprechende Einwände wären vielmehr mittels Einsprache gegen den Strafbefehl zu erheben gewesen. Eine (erneute) Überprüfung im Vollzugsstadium hat nicht mehr stattzufinden. In diesem Punkt ist die angefochtene Verfügung deshalb nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen.

E. 4.3

Da der Beschwerdeführer durch die Vorinstanz auf den 4. Oktober 2021 in den Strafvollzug vorgeladen wurde, dieser Termin aber mittlerweile verstrichen ist, hat das Verwaltungsgericht unter Ausübung pflichtgemässen Ermessens einen neuen Strafantrittstermin festzulegen (statt vieler VGr, 13. September 2021, VB.2021.00491, E. 4). A ls angemessen erweist sich, den Beschwerdeführer neu auf Montag, 11. April 2022, ab 08.30 bis spätestens 09.30 Uhr, in das Gefängnis B, C-Strasse 01, D, zum Strafantritt vorzuladen. Die übrigen Anordnungen gemäss Verfügung des Beschwerdegegners vom 22. März 2021 bleiben bestehen.

E. 5.1

Gemäss § 16 Abs. 1 und 2 VRG haben Private, denen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Mittellos im Sinn von § 16 VRG 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 [Kommentar VRG], § 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). Eine Rechtsvertretung ist grundsätzlich dann notwendig, wenn die Interessen der gesuchstellenden Person in schwerwiegender Weise betroffen sind und das Verfahren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsbeistands oder einer Rechtsbeiständin erfordern (Plüss, § 16 N. 80 f.).

E. 5.2

Die Vorinstanz erwog zu den Gesuchen des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung für das Rekursverfahren, der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer verweise zur Begründung derselben auf die Akten und bringe vor, dass er einem gesetzlichen Arbeitsverbot unterstehe und kein Vermögen besitze. Belege habe er indes keine eingereicht, und er habe auch nicht näher auf einzelne Aktenstücke hingewiesen, womit sich seine Mittellosigkeit belegen liesse. Damit sei er seiner Substanziierungspflicht nicht nachgekommen und sei die geltend gemachte Mittellosigkeit nicht genügend erstellt.

E. 5.3

Der Beschwerdeführer macht mit Beschwerde geltend, er habe in der Rekurschrift ausgeführt, dass er nach abschlägig beurteiltem Asylgesuch bereits am 11. Januar 2008 aus der Schweiz weggewiesen worden und somit seither ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz

sei. Mit seinem rechtswidrigen Aufenthaltsstatus sei ein gesetzliches Arbeitsverbot verbunden. Sodann sei dem Strafbefehl vom 18. März 2020 zu entnehmen, dass er "abgewiesener Asylsuchender mit Sozialhilfestopp" und "ohne Beruf" sei. Dementsprechend sei der tiefste noch zulässige Tagessatz von Fr. 10.- angewendet worden, was nur bei einer absolut mittellosen Person der Fall sein dürfe. Weiter führe sein bei den Akten liegendes Stammbblatt ihn als im Rückkehrzentrum E wohnend auf, einer Nothilfeunterkunft ausschliesslich für abgewiesene Asylsuchende, und legten auch die zahlreichen Einträge in seinem zu den Akten genommenen Strafregisterauszug wegen rechtswidrigen Aufenthalts seinen beschriebenen Status nahe. Gemäss ständiger Rechtsprechung sei bei nothilfebedürftigen Personen von der Mittellosigkeit, welche lediglich glaubhaft zu machen sei, auszugehen. Schliesslich hätten die Behörden der gesuchstellenden Person auch bei anwaltlicher Vertretung die Möglichkeit einzuräumen, weitere Belege einzureichen bzw. Unklarheiten und Unsicherheiten auszuräumen, wenn grundsätzlich geeignete, aber nicht als hinreichend erachtete Belege eingereicht worden seien. Vorliegend sei seine – des Beschwerdeführers – Mittellosigkeit für die Vorinstanz ohne Weiteres zu erkennen gewesen; bei Zweifeln hätte sie ihm das rechtliche Gehör gewähren müssen.

E. 5.4

Die Einwände des Beschwerdeführers erweisen sich als berechtigt, auch wenn nicht sämtliche seiner Behauptungen zutreffen. So ist im Rekurs das Altersheim F AG und nicht das Rückkehrzentrum E als Wohnadresse angegeben. Da damit grundsätzlich Zweifel an der Richtigkeit der übrigen Angaben entstehen könnten, hätte es der Vorinstanz freigestanden, vom Beschwerdeführer Belege einzufordern. Die Mittellosigkeit einer gesuchstellenden Person kann sich auch aufgrund der Akten oder Umstände ergeben, ohne dass ein handfester Beleg eingefordert werden muss (Plüss, § 16 N. 41). Vorliegend liessen die im Rekursverfahren vorhandenen Akten, namentlich der Strafbefehl vom 18. März 2020, ohne Weiteres auf die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers schliessen. Hinweise, welche das Gegenteil nahelegen würden, bestanden demgegenüber keine. Die Vorinstanz hätte in diesem Fall somit nicht bereits mangels Eingabe von Belegen und namentlich ohne solche danach einzufordern, die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers verneinen dürfen (vgl. BGr, 11. August 2021, 6B_578/2020, E. 3.4). Der Rekurs kann sodann nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden. Folglich hätte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewähren müssen. Im Hinblick auf die nicht als einfach zu qualifizierenden rechtlichen Fragen wäre die Notwendigkeit des Beizugs eines Rechtsvertreters für das Rekursverfahren ebenfalls zu bejahen gewesen. Dementsprechend hätte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer für das Rekursverfahren auch die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewähren müssen.

E. 6.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Dispositiv-Ziffer III der Verfügung der Justizdirektion vom 24. August 2021 ist aufzuheben, und dem Beschwerdeführer ist für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren und ihm in der Person seines Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Zur Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Rekursverfahren ist die Sache an die Justizdirektion zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 6.2

Ausgangsgemäss ist es angezeigt, die Gerichtskosten zu 4/5 dem Beschwerdeführer und zu 1/5 dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Mangels überwiegenden Obsiegens ist dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Der Beschwerdegegner hat keine solche beantragt.

E. 6.3

Zu prüfen bleiben die Gesuche des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteiständung für das Beschwerdeverfahren.

E. 6.3.1

Aufgrund der Akten, insbesondere nunmehr auch aufgrund der vom Beschwerdeführer mit Beschwerde eingereichten Kostengutsprache der Sozialbehörde für seinen Aufenthalt in einer betreuten Wohneinrichtung, ist von der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers auszugehen. Die Beschwerde kann ebenso wenig wie der Rekurs als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden, und die Notwendigkeit des Beizugs eines Rechtsvertreters ist auch für das Beschwerdeverfahren zu bejahen (vorn E. 5.4). Demnach ist dem Beschwerdeführer für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung zu gewähren und ihm in der Person seines Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 6.3.2

Gemäss § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (GebV VGr) erhält die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand den notwendigen Zeitaufwand gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2016 (AnwGebV) entschädigt. Der notwendige Zeitaufwand bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Falls. Auslagen werden separat vergütet. Gemäss § 3 AnwGebV beträgt der Stundenansatz für amtliche Mandate von Anwältinnen und Anwälten in der Regel Fr. 220.-. Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, um davon abzuweichen bzw. den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 250.- pro Stunde zu entschädigen; das Honorar ist entsprechend zu kürzen. Der in der Honorarnote ausgewiesene Zeitaufwand von 6,58 Stunden erweist sich demgegenüber als angemessen. Die geltend gemachten Barauslagen von Fr. 10.30 sind ebenso wenig zu beanstanden. Zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer ist Rechtsanwalt G deshalb mit Fr. 1'570.15 aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

E. 6.3.3

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.