

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00569 vom 13. Juni 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-06-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00569

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00569 du 13 juin 2024

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00569 del 13 giugno 2024

Regeste

Vorladung in den Strafvollzug (gemeinnützige Arbeit) | Vorladung in den Strafvollzug: Gemeinnützige Arbeit. Der Beschwerdeführer ersuchte mit Rekurs gegen die Vorladung in den Strafvollzug um dessen Gewährung in Form der gemeinnützigen Arbeit (GA) anstelle des Normalvollzugs. Die Vorinstanzen begründeten deren Verweigerung mit dem fehlenden Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers. Gesetzliche Regelung der GA (E. 4.1-2) und bundesgerichtliche Rechtsprechung (E. 4.3). Lehrmeinungen und Rechtsprechung zum Vollzug in Form der GA und der Voraussetzung des Anwesenheitsrechts (E. 4.4). Auslegung von Art. 79a StGB, wonach das Vorhandensein einer Aufenthaltsbewilligung nicht Voraussetzung der GA ist (E. 4.5). Im Hinblick auf die Besonderheiten der Vollzugsform der GA ist zu beachten, dass bei einer ausländischen Person ohne Anwesenheitsrecht einerseits ein bereits längerer Aufenthalt in der Schweiz vorauszusetzen ist und andererseits davon ausgegangen werden können muss, dass sich die Person trotz rechtskräftiger Wegweisung auch in absehbarer Zukunft in der Schweiz aufhalten wird bzw. eine zwangsweise Rückführung (Ausschaffung) auf absehbare Zeit nicht zu erwarten ist. Diesen Personen ist somit auf Gesuch der Strafvollzug in der Form der GA zu gewähren, wenn sie die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllen. Offengelassen, ob dies auch nach einer rechtskräftigen Landesverweisung gilt (E. 4.5.3). Soweit die Richtlinien der Ostschweizer Strafvollzugskommission für die besonderen Vollzugsformen ein Aufenthaltsrecht als zusätzliche Voraussetzung für den Vollzug in der Form der GA nach Art. 79a StGB festlegen, sind sie bundesrechtswidrig (E. 4.9). Teilweise Gutheissung. Rückweisung zur weiteren Behandlung und Neuentscheid im Sinn der Erwägungen. Im Übrigen Abweisung, soweit Eintreten.

Erwägungen

E. 3

Abteilung VB.2022.00569 Urteil der 3. Kammer vom 13. Juni 2024 Mitwirkend: Abteilungspräsident André Moser (Vorsitz), Verwaltungsrichter Matthias Hauser, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiberin Cyrielle Söllner Tropeano. In Sachen A, Beschwerdeführer, gegen Justizvollzug und Wiedereingliederung, Beschwerdegegner, betreffend Vorladung in den Strafvollzug (gemeinnützige Arbeit), hat sich ergeben: I. A. A (geboren 1994; von Irak) wurde wegen rechtswidriger Einreise etc. mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. März 2022 zu einer Freiheitsstrafe von 100 Tagen, abzüglich 1 Tag erstandenen Freiheitsentzug, verurteilt. B. Mit Vollzugsbefehl (Verfügung) vom 3. Mai 2022 lud Justizvollzug und Wiedereingliederung Kanton Zürich (fortan JuWe), Bewährungs- und Vollzugsdienste, Strafvollzug, A zum Antritt dieser Strafe (im Normalregime) auf den 4. Juli 2022 in das

Vollzugszentrum B vor. II. Dagegen rekurrierte A mit Eingabe vom 28. Mai 2022 bei der Direktion der Justiz und des Innern (fortan Justizdirektion) und beantragte, die Verfügung vom 3. Mai 2022 sei aufzuheben und sinngemäss, es sei ihm der Strafvollzug in der Form der gemeinnützigen Arbeit zu gewähren, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des JuWe. Mit Verfügung vom 16. August 2022 wies die Justizdirektion den Rekurs von A ab, soweit sie darauf eintrat. Kosten erhob sie keine und das Gesuch von A um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung schrieb sie als gegenstandslos geworden ab. Eine Parteientschädigung wurde nicht zugesprochen. III. Am 22. September 2022 gelangte A mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung der Justizdirektion vom 16. August 2022, und sinngemäss, es sei ihm der Strafvollzug in der Form der gemeinnützigen Arbeit zu gewähren oder die Freiheitsstrafe durch eine Geldstrafe zu ersetzen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des JuWe. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren. Die Justizdirektion beantragte mit Eingabe vom 3. Oktober 2022 die Abweisung der Beschwerde. Die Amtsleitung des JuWe beantragte am 20. Oktober 2022, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei und legte zur ergänzenden Begründung eine Vernehmlassung der Bewährungs- und Vollzugsdienste vom 19. Oktober 2022 bei. Daraufhin liess sich niemand mehr vernehmen. Die Vollzugsakten wurden beigezogen. Der Einzelrichter erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2) für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Die Angelegenheit ist von der Kammer zu behandeln, obwohl eine Streitigkeit betreffend den Justizvollzug nach dem Straf- und Justizvollzugsgesetz vom 19. Juni 2006 (StJVG; LS 331) vorliegt, da sich Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen (§ 38 Abs. 1 und § 38b Abs. 1 lit. d Ziff. 2 in Verbindung mit Abs. 2 VRG). 2. 2.1 Gemäss Art. 372 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311) vollziehen die Kantone die von ihren Strafgerichten ausgefallten Urteile. Die Vollzugsbehörde erlässt zum Vollzug der Strafen einen Vollzugsbefehl (Art. 439 Abs. 2 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO]; SR 312). 2.2 Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss beantragt, die Freiheitsstrafe durch eine Geldstrafe zu ersetzen, stand es weder in der Kompetenz der Vorinstanz noch des Beschwerdegegners, die mit Strafbefehl rechtskräftig ausgefallte Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe umzuwandeln (vgl. E. 2.1). Insofern ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

E. 3.1

Für den Vollzug kurzer Freiheitsstrafen sieht das Strafgesetzbuch nebst dem Normalvollzug in einer offenen oder geschlossenen Strafanstalt u. a. als besondere Vollzugsform die gemeinnützige Arbeit vor (Art. 79a StGB). Nach Art. 79a Abs. 1 StGB kann die Vollzugsbehörde auf Gesuch des Verurteilten hin den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als sechs Monaten, den Vollzug einer nach Anrechnung der Untersuchungshaft verbleibenden Reststrafe von nicht mehr als sechs Monaten oder den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Busse in Form gemeinnütziger Arbeit anordnen. Vorausgesetzt ist, dass nicht zu erwarten ist, dass der Verurteilte flieht oder weitere Straftaten begeht. Gemäss Art. 79a Abs. 4 StGB entsprechen dabei vier Stunden gemeinnütziger Arbeit einem Tag Freiheitsstrafe, einem Tagessatz Geldstrafe oder einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe bei Übertretungen.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer beantragt, anstelle des Vollzugs der Freiheitsstrafe im Normalvollzug sei ihm der Vollzug in der Form der gemeinnützigen Arbeit zu gewähren. Er bringt vor, er lebe seit sechs Jahren ununterbrochen in der Schweiz. Seine Frau und er litten aufgrund der Lebensbedingungen in der Notunterkunft an vielen psychischen Problemen. Ihr gemeinsamer Sohn leide an vielen gesundheitlichen Problemen. Seine Frau brauche ihn an ihrer Seite, damit sie diese schwierige Lebensphase gemeinsam überstünden. Sie könne den Sohn, welcher viele Arzttermine wahrzunehmen habe, nicht allein versorgen. Er, der Beschwerdeführer, wolle bei seiner Familie bleiben und es bedeute den Tod für ihn, sich von ihnen fernzuhalten und das Leben werde für ihn keinen Sinn mehr haben. Er bitte darum, die Freiheitsstrafe durch Sozialarbeit, wodurch sich auch sein psychischer Zustand bessern würde, zu ersetzen. Er versuche, in der Schweiz über geordnete Verhältnisse zu verfügen und integriert zu sein. Eine Rückkehr in den Irak sei unzumutbar. Er sei bereit, alles zu tun, solange er nicht von seiner Familie getrennt werde und er hoffe, er müsse nicht auf seine letzte Option, nämlich sich umzubringen, zurückgreifen.

E. 3.3

Der Beschwerdegegner und die Vorinstanz begründen die Verweigerung der gemeinnützigen Arbeit mit dem fehlenden Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers in der Schweiz, liege doch gegen ihn ein rechtskräftiger und vollziehbarer Wegweisungsentscheid vom 12. Juli 2017 vor. Dass die vorgenannten, in Art. 79a StGB verankerten Voraussetzungen nicht erfüllt wären, machen sie hingegen nicht geltend. Zu prüfen ist daher, ob das fehlende Anwesenheitsrecht des Beschwerdeführers dem Vollzug der Strafe in Form der gemeinnützigen Arbeitsleistung entgegensteht.

E. 4.1

Die heutige Regelung der gemeinnützigen Arbeit im Strafgesetzbuch beruht auf dessen Revision vom 19. Juni 2015 betreffend Änderungen des Sanktionenrechts. Diese ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Mit dieser Revision wurde die gemeinnützige Arbeit wieder als besondere Vollzugsform unter anderem für unbedingte Freiheitsstrafen von nicht mehr als sechs Monaten Dauer sowie für Geldstrafen und Bussen eingeführt, nachdem sie von 2007 bis 2017 vorübergehend als Hauptstrafe ausgestaltet war, die mit Einwilligung des Betroffenen durch den Strafrichter ausgefällt werden konnte. Nach der geltenden Regelung handelt es sich (wie schon im Zeitraum von 1990 bis 2006) um eine besondere Vollzugsform bzw. eine Vollzugsmodalität, die von der zuständigen kantonalen Vollstreckungsbehörde angeordnet wird (vgl. Benjamin F. Brägger in Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar Strafrecht I, 4. A., Basel 2019 [BSK StGB I], Art. 79a N. 3–8).

E. 4.2

Die zum früheren, zwischen 2007 und 2017 geltenden Recht ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts setzte für die Sanktionierung einer Straftat mittels gemeinnütziger Arbeit als Hauptstrafe grundsätzlich voraus, dass die Aussicht bestand, dass der Betroffene auch nach einem allfälligen Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben durfte. Das Bundesgericht begründete dies damit, dass der Sinn der Arbeitsstrafe die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft sowie die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten sei. Dort, wo ein Verbleib des Ausländers aber von vornherein ausgeschlossen sei, lasse sich dies nicht erreichen. Bestehe bereits im Urteilszeitpunkt kein Anwesenheitsrecht oder stehe fest, dass über seinen ausländerrechtlichen Status endgültig

entschieden worden sei und er die Schweiz verlassen müsse, habe die gemeinnützige Arbeit als unzweckmässige Sanktion auszuschneiden (BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4).

E. 4.3

Das Bundesgericht ist von seiner vorzitierten Rechtsprechung, wonach Personen ohne Aufenthaltsbewilligung von der gemeinnützigen Arbeit generell ausgeschlossen sind, in einem Urteil aus dem Jahr 2017 abgewichen. Im dort beurteilten Fall bestanden gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die betroffene Person die Schweiz aus objektiven Gründen nicht verlassen konnte. Das Bundesgericht erwog, die Unmöglichkeit des Vollzugs von gemeinnütziger Arbeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB dürfe nicht leichthin bejaht werden, wenn sich die ausländische Person seit längerer Zeit in der Schweiz aufhalte, keine Fluchtgefahr vorliege sowie begründete Aussicht bestehe, dass sie beispielsweise mangels Ausreisemöglichkeit auch künftig noch hier verweilen werde. Es erwog, gemeinnützige Arbeit könne etwa dann zulässig sein, wenn die betroffene Person die Schweiz aus objektiven Gründen gar nicht verlassen könne und beispielsweise wegen rechtswidriger Erwerbstätigkeit oder anderer Delikte bestraft werde. Das Bundesgericht hob in der Folge das vorinstanzliche Urteil, welches dem Beschwerdeführer die gemeinnützige Arbeit verwehrt hatte, auf und wies die Vorinstanz an, zu prüfen, ob die Ausreise des Beschwerdeführers möglich sei (BGr, 14. Juli 2017, 6B_118/2017, E. 4.3 insb. E. 4.3.2).

E. 4.4.1

Ein Teil der Lehre überträgt die Notwendigkeit eines Anwesenheitsrechts gemäss BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4 auf die gemeinnützige Arbeit als besondere Vollzugsform nach geltendem Recht (Brägger, BSK StGB I, Art. 79a N. 22 und 27 f.). Wohlers verweist auf diese Rechtsprechung, ohne sich ihr anzuschliessen (Wolfgang Wohlers in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. A., Bern 2020, Art. 79a StGB N. 2). Nicht als Voraussetzung der Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit aufgeführt wird das Anwesenheitsrecht demgegenüber von Aebersold (Peter Aebersold in: Stefan Trechsel/Marc Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen 2021, Art. 79a N. 3 f.).

E. 4.4.2

Demgegenüber sieht Heimgartner eine Unzweckmässigkeit der gemeinnützigen Arbeit bei Personen, die über keinen Aufenthaltsstatus verfügen und das Land nach Verbüsung der Strafe verlassen müssen, dann gegeben, wenn daraus auf eine konkrete Fluchtgefahr zu schliessen ist (Stefan Heimgartner in: Andreas Donatsch et al. [Hrsg.], StGB/JStG Kommentar, 21. A., Zürich 2022, Art. 79a StGB N. 2). Er leitet die Unzweckmässigkeit somit nicht daraus ab, dass bei solchen Straftätern die besondere Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit ihren Zweck nicht erfüllen könnte, sondern dass die in Art. 79a Abs. 1 StGB vorgesehene Voraussetzung der fehlenden Fluchtgefahr nicht erfüllt ist.

E. 4.4.3

Stratenwerth und Bommer halten mit Blick auf eine "Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft" als Zweck der Arbeitsstrafe fest, dass eine nachfolgende Ausreise ihren Wert nicht vermindere. Zwar verliere der zweite Zweck der Arbeitsstrafe, die "Erhaltung des sozialen Netzwerks des Verurteilten" ihren Ansatzpunkt, doch ändere dies nichts daran, dass die Erbringung der Arbeitsleistung für sich gesehen sinnvoller sei als die Zahlung einer Geldstrafe oder die Verbüsung einer Freiheitsstrafe (Günter

Stratenwerth/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 3. A., Bern 2020, S. 92, § 3 Rz. 57).

E. 4.4.4

Auch Grasdorf-Meyer, Ott und Vetterli betrachten eine Wiedergutmachung zugunsten der Gesellschaft auch dann als sinnvoll, wenn keine Aussicht auf Verbleib bestehe, zumal der Aufenthalt in Haftanstalten den Steuerzahler teuer zu stehen komme. Bei Personen, deren Aus- und Wegweisung sich aufgrund schwieriger Verhältnisse im Heimatland oder der Unmöglichkeit der Papierbeschaffung verzögere, sei es sinnvoll, eine gemeinnützige Arbeit zu bewilligen. Sie seien nicht fluchtgefährdet und hätten in der Regel ausser Verurteilungen infolge des rechtswidrigen Aufenthalts auch keine Vorstrafen, weshalb die Voraussetzungen von Art. 79a StGB als erfüllt betrachtet werden könnten (Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Luzia Vetterli, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Bern 2021, Rz. 1404). Ferreira Broquet und ihr zustimmend Stössel sprechen sich für eine Öffnung der gemeinnützigen Arbeit für illegal Anwesende aus (Ludivine Ferreira Broquet, *Le bracelet électronique en Suisse: hier, aujourd'hui et demain*, Basel 2015, Rz. 524, Fn. 995; Jasmin Stössel, *Electronic Monitoring im Schweizer Erwachsenenstrafrecht*, Zürich 2018, S. 325 f. Fn. 1779).

E. 4.4.5

Wiprächtiger merkt zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach BGE 134 IV 97 E. 6 an, es leuchte nicht recht ein, weshalb Ausländer vor ihrer Ausweisung nicht noch einen Tatwiedergutmachungsbeitrag zugunsten der lokalen Gemeinschaft sollten leisten können (Hans Wiprächtiger, *Welche qualitativen Verbesserungen hat die Revision bei den Sanktionen und beim Vollzug gebracht?*, in: AJP 2009 S. 1506; derselbe, *Die Sanktionen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches – taugliche Instrumente?*, in: ZStrR 126/2008, S. 384).

E. 4.4.6

In einem neueren Entscheid vom 24. Oktober 2023 kommt das Kantonsgericht Luzern gestützt auf eine eingehende Analyse der Rechtslage und der dazu ergangenen Rechtsprechung sowie der Stellungnahmen in der Literatur zum Ergebnis, dass es nicht angezeigt sei, Personen ohne Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz generell von der gemeinnützigen Arbeit auszuschliessen, sondern dass ein solcher Ausschluss in gewissen Fällen mangels sachlichen Grunds für eine Differenzierung gegenüber Personen mit Aufenthaltsbewilligung gegen das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) verstossen würde (LGVE 2023 II Nr. 9).

E. 4.4.7

Entsprechend äussert sich jüngst auch Urwyler, wonach die Abhängigkeit der Zulassung der gemeinnützigen Arbeit vom Kriterium des Aufenthaltsrechts bzw. von der Absenz einer Landesverweisung und der kategorische Ausschluss der betreffenden Personengruppe sowohl mit Art. 79a StGB als auch mit verfassungs- und völkerrechtlichen Garantien in Konflikt stehe. Urwyler gibt unter anderem weiter zu bedenken, dass der migrationsrechtliche Status eine Momentaufnahme darstelle. Namentlich sei nicht gesichert, dass die Person das Land tatsächlich verlasse, da Vollzugshindernisse auftreten könnten (Thierry Urwyler, *[Ir]relevanz von Aufenthaltsrecht und Landesverweis für die Zulassung zur gemeinnützigen Arbeit [Art. 79a StGB]*, in: recht 42/2024, S. 102 ff.).

E. 4.5.1

Der Wortlaut von Art. 79a StGB erklärt das Vorhandensein einer Aufenthaltsbewilligung nicht zur Voraussetzung der gemeinnützigen Arbeit. Auch aus den Gesetzesmaterialien zu Art. 79a StGB lässt sich kein genereller Ausschluss von Personen ohne Aufenthaltsbewilligung herleiten (Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Änderungen des Sanktionenrechts], in: BBl 2012 S. 4738 und 4747 f.; Parlamentarische Beratung Geschäft Nr. 12.046 AB 2013 N 1599 f.; AB 2014 S 642).

E. 4.5.2

Das Strafübel der gemeinnützigen Arbeit besteht insbesondere im Entzug der Freizeit. Diese Vollzugsform ist stark präventiv ausgerichtet und trägt dem Tatausgleich und dem Wiedergutmachungsgedanken Rechnung (Brägger, BSK StGB I, vor Art. 79a N. 16, Art. 79a N. 26 ff.). Die mit der Strafform der gemeinnützigen Arbeit verfolgten gesetzgeberischen Ziele liegen namentlich darin, einer verurteilten Person die Aufrechterhaltung ihres sozialen Netzes zu ermöglichen und eine Wiedergutmachung zugunsten der Gemeinschaft zu leisten. Das mit der gemeinnützigen Arbeit verbundene Strafübel des Entzugs der Freizeit sowie die mit ihr beabsichtigte Wiedergutmachung (Brägger, BSK StGB I, vor Art. 79a N. 16) werden unabhängig vom Aufenthaltsstatus erreicht. Diese Strafzwecke und die genannten gesetzgeberischen Ziele vermögen somit keinen generellen Ausschluss von Personen ohne Aufenthaltsbewilligung zu rechtfertigen.

E. 4.5.3

Im Hinblick auf die Besonderheiten dieser Vollzugsform gilt es indes Folgendes zu beachten: Während eine Wiedergutmachung zugunsten der Gemeinschaft in Form gemeinnütziger Arbeit im Prinzip ungeachtet der Nationalität und eines Anwesenheitsrechts möglich ist, bedingt das Ziel der Aufrechterhaltung des sozialen Netzes, dass ein solches hierzulande bereits vorbestand und zudem auf absehbare Zeit wird aufrechterhalten werden können. Bei einer ausländischen Person ohne Anwesenheitsrecht setzt dies einerseits einen bereits längeren Aufenthalt in der Schweiz voraus; andererseits muss davon ausgegangen werden können, dass sich die Person trotz rechtskräftiger Wegweisung auch in absehbarer Zukunft in der Schweiz aufhalten wird bzw. eine zwangsweise Rückführung (Ausschaffung) auf absehbare Zeit nicht zu erwarten ist. Zudem gilt es die Vorgaben 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 (EU-Rückführungsrichtlinie) im Auge zu behalten, wonach bei der Sanktionierung illegalen Aufenthalts dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren der Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen einzuräumen ist, die Sanktion mithin die effektive Rückführung nicht gefährden oder verzögern darf (vgl. BGr, 27. April 2023, 6B_388/2022, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen; VGr, 24. August 2023, VB.2023.00247, E. 2.1); dies kann je nach den Umständen gemeinnütziger Arbeit generell entgegenstehen oder diese nur verbunden mit einer kurz bemessenen Vollzugsfrist nach Art. 79a Abs. 5 StGB als zulässig erscheinen lassen. Selbstredend kommt diese besondere Vollzugsform generell nur in Betracht, wenn auch die Voraussetzungen des Ingresses von Art. 79a Abs. 1 StGB erfüllt sind, wonach keine Fluchtgefahr oder Gefahr der Begehung weiterer Straftaten bestehen darf. Ob gemeinnützige Arbeit auch nach einer rechtskräftigen Landesverweisung, deren Vollzug nicht absehbar ist, statthaft wäre oder durch überwiegende öffentliche Interessen ausgeschlossen sein könnte, bedarf angesichts der anders gelagerten Konstellation im vorliegenden Fall keiner näheren Prüfung.

Zusammenfassend ist aber davon auszugehen, dass Personen ohne Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz dann nicht a priori von der gemeinnützigen Arbeit auszuschliessen sind, wenn zu erwarten ist, dass sie sich trotz Wegweisung in absehbarer Zukunft weiterhin in der Schweiz aufhalten werden bzw. eine zwangsweise Rückführung auf absehbare Zeit nicht zu erwarten ist. Diesen Personen ist somit auf Gesuch der Strafvollzug in der Form der gemeinnützigen Arbeit zu gewähren, wenn sie die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllen.

E. 4.6

Das Bundesgericht hat in BGE 145 IV 10 E. 2.3 (= Pra 2019 Nr. 89) entschieden, dass das Bundesrecht die Voraussetzungen für die Bewilligung der besonderen Vollzugsform der Halbgefängenschaft abschliessend regelt und dass kantonale und interkantonale Bestimmungen die Gewährung der Halbgefängenschaft daher nicht davon abhängig machen dürfen, dass die verurteilte Person in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, da sich eine solche Voraussetzung nicht aus Art. 77b StGB ergibt. Im Urteil wird unter Verweis auf die Materialien (AB 2014 S 642 Votum Engler) auch ausgeführt, der Bundesgesetzgeber habe die anderen alternativen Vollzugsformen wie Electronic Monitoring und gemeinnützige Arbeit einheitlich regeln wollen (E. 2.3). Daraus ist zu schliessen, dass der Grundsatz, wonach die Kantone keine weitergehenden Voraussetzungen als das Bundesrecht statuieren dürfen, im Prinzip auch für die gemeinnützige Arbeit gilt. Folglich verstossen kantonale oder interkantonale Normen, die weitergehende Voraussetzungen statuieren, gegen den in Art. 49 Abs. 1 BV verankerten Vorrang des Bundesrechts (vgl. zum Verhältnis zwischen Bundesrecht und interkantonalem Konkordatsrecht auch BGE 143 V 451 E. 9.3).

E. 4.7

Gemäss § 31 Abs. 1 lit. a StJVG regelt der Regierungsrat durch Verordnung die Verfahren zur Vorbereitung, Durchführung und Beendigung der gemeinnützigen Arbeit, der Freiheitsstrafen und Massnahmen sowie des vorzeitigen Straf- und Massnahmeantritts. Die kantonale Justizvollzugsverordnung vom 6. Dezember 2006 (JVJ; LS 331.1) hält entsprechend der bundesrechtlichen Regelung fest, dass eine verurteilte Person ihre Freiheitsstrafe im Normalvollzug (offener oder geschlossener Vollzug) verbüsst, wenn keine besondere Vollzugsform (gemeinnützige Arbeit, elektronische Überwachung oder Halbgefängenschaft) infrage kommt (§§ 38, 43 f. und 48 Abs. 1 JVJ). In § 38 Abs. 2 JVJ hat der Regierungsrat für die Zulassung, die Voraussetzungen, die Vollzugsmodalitäten, den Abbruch und die Beendigung der besonderen Vollzugsformen (Halbgefängenschaft, elektronische Überwachung und gemeinnützige Arbeit) die Richtlinien der Ostschweizer Strafvollzugskommission für die besonderen Vollzugsformen (gemeinnützige Arbeit, elektronische Überwachung [electronic Monitoring, EM], Halbgefängenschaft [abrufbar unter <https://www.osk-web.ch/rechtserlasse>, zuletzt besucht am 5. Juni 2024; fortan: OSK-Richtlinien]) für anwendbar erklärt.

E. 4.8

Dass Ziff. 1.3 der OSK-Richtlinien für die gemeinnützige Arbeit ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz voraussetzt, verstösst somit gegen Bundesrecht und kommt schon deshalb nicht zum Tragen. Folglich kann offengelassen werden, ob die in § 38 Abs. 2 JVJ enthaltene Verweisung auf diese Bestimmung sich an den Rahmen der Delegationsnorm von § 31 StJVG hält, welche dem Regierungsrat die Regelung der Verfahren zur Vorbereitung, Durchführung und Beendigung der gemeinnützigen Arbeit überträgt, die Statuierung

zusätzlicher Voraussetzungen für die Anordnung gemeinnütziger Arbeit jedoch nicht erwähnt.

E. 4.9

Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass der Strafvollzug in Form der gemeinnützigen Arbeit nach Art. 79a StGB Personen ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz nicht generell verwehrt werden kann, wenn sich diese in absehbarer Zukunft voraussichtlich weiterhin in der Schweiz aufhalten werden. Soweit die OSK-Richtlinien betreffend die besonderen Vollzugsformen ein Aufenthaltsrecht als zusätzliche Voraussetzung für den Vollzug einer Strafe in der Form der gemeinnützigen Arbeit nach Art. 79a StGB festlegen, sind sie bundesrechtswidrig und unbeachtlich. Daran ändert nichts, dass § 38 Abs. 2 JVV die genannten Richtlinien für Zulassung und Voraussetzungen, Vollzugsmodalitäten, Abbruch und Beendigung der besonderen Vollzugsformen, namentlich auch der gemeinnützigen Arbeit, als massgebend erklärt.

E. 5.1

Der Beschwerdegegner und die Vorinstanz begründen die Verweigerung der gemeinnützigen Arbeit mit dem angesichts des rechtskräftigen Wegweisungsentscheids vom 12. Juli 2017 fehlenden Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers in der Schweiz.

E. 5.2

Gegen den Beschwerdeführer besteht gemäss einer per E-Mail erteilten Auskunft des Migrationsamtes vom 29. April 2022 an den Beschwerdegegner ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vom 12. Juli 2017. Der Wegweisungsentscheid selbst liegt nicht bei den Akten. Trotz dieses seit mittlerweile rund sieben Jahren rechtskräftigen Wegweisungsentscheids hält sich der Beschwerdeführer auch weiterhin in der Schweiz auf und macht geltend, eine Rückkehr in den Irak sei unzumutbar. Weitere diesbezügliche Abklärungen des Beschwerdegegners liegen nicht vor. Die Vorinstanz äussert sich nicht zur Möglichkeit eines Vollzugs des Wegweisungsentscheids.

E. 5.3

Gemäss § 46 JVV teilt das Amt der verurteilten Person mit, dass die Verbüssung in besonderen Vollzugsformen gemäss § 38 möglich ist, und setzt ihr eine Frist zur Einreichung eines Gesuchs. Dies ist vorliegend nicht erfolgt, da der Beschwerdegegner davon ausgegangen ist, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Unter diesen Umständen steht der Umstand, dass dieses Gesuch erst mit dem Rekurs sinngemäss gestellt wurde, dessen Behandlung nicht entgegen.

E. 5.4

Nachdem sich die Abweisung des Gesuchs um Vollzug in Form der gemeinnützigen Arbeit nach Art. 79a StGB allein aufgrund der Tatsache eines fehlenden Aufenthaltsrechts als unrechtmässig erweist, ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Sache im Sinn einer Sprungrückweisung zur Einholung der Migrationsakten über den Beschwerdeführer, deren Prüfung hinsichtlich seines weiteren hiesigen Verbleibs sowie der übrigen Voraussetzungen (vgl. oben E. 4.5.3) und zum Neuentscheid an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.

E. 6

Damit obsiegt der Beschwerdeführer im Wesentlichen. Die (Sprung-)Rückweisung zur erneuten Entscheidung bei offenem Ausgang ist in Bezug auf die Regelung der Nebenfolgen als Obsiegen zu behandeln, wenn die Rechtsmittelinstanz reformatorisch oder kassatorisch entscheiden kann (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2 f. mit Hinweisen). Demzufolge sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 VRG in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Angesichts des geringen Aufwands ist dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Infolge dieser Kostenregelung wird das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegenstandslos .

E. 7

Beim vorliegenden Rückweisungsentscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid (BGE 133 II 409 E. 1.2). Als solcher ist er nach Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) vor Bundesgericht nur dann anfechtbar, wenn er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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