Urteilskopf

116 IV 105

21. Urteil des Kassationshofes vom 27. April 1990 i.S. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement gegen K. (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 55 StGB, Art. 32 Ziff. 1 und 33 Flüchtlingskonvention, Art. 3 EMRK, Art. 43 Abs. 1 und 45 AsylG; Landesverweisung, asylrechtliche Ausweisungsbeschränkung und Non-Refoulement-Prinzip.

1. Art. 55 StGB ist gegenüber Flüchtlingen im Lichte der asylrechtlichen Ausweisungsbeschränkung gemäss Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention und Art. 43 Abs. 1 AsylG auszulegen und anzuwenden, gegebenenfalls also restriktiver (E. 3a).

Diese asylrechtliche Ausweisungsbeschränkung ist bei der Aussprechung der Landesverweisung, nicht aber beim Widerruf des bedingten Vollzuges oder beim probeweisen Aufschub nach Art. 55 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen; über die Flüchtlingseigenschaft entscheidet der Strafrichter nötigenfalls entsprechend den allgemeinen Voraussetzungen für die Prüfung von Vorfragen (E. 3b und 4e) (Praxisänderung gegenüber BGE 101 IV 375 und Präzisierung der Rechtsprechung in BGE 111 IV 12).

2. Die Anwendung des Non-Refoulement-Prinzips (Art. 33 Flüchtlingskonvention) wird in Art. 45 AsylG - und gemäss Art. 3 EMRK - auf Personen ausgedehnt, die an der Grenze oder im Landesinnern um Asyl nachsuchen (E. 4a und b).

Diese asyl- und menschenrechtlichen Gründe gegen eine Landesverweisung dürfen erst bei deren Vollstreckung Beachtung finden; ob sie vorliegen, hat die zuständige Vollzugsbehörde in einem vom Entscheidungsverfahren streng zu unterscheidenden Vollstreckungsverfahren zu prüfen (E. 4f-i) (Bestätigung und Präzisierung der Rechtsprechung in BGE 111 IV 12).

Regeste (fr):
Art. 55 CP, art. 32 ch. 1 et 33 de la Convention relative au statut des réfugiés, art. 3 CEDH, art. 43 al. 1 et 45 de la loi sur l'asile; expulsion, limitation découlant du droit d'asile et principe de non-refoulement.

1. L'art. 55 CP doit être interprété et appliqué à la lumière de la limitation du droit d'expulser découlant du droit d'asile, conformément à l'art. 32 ch. 1 de la Convention relative au statut des réfugiés et à l'art. 43 al. 1 de la loi sur l'asile, c'est-à-dire, le cas échéant, d'une manière plus restrictive (consid. 3a).

Cette restriction découlant du droit d'asile doit être prise en considération au moment du prononcé de l'expulsion, mais non pas en cas de révocation du sursis ou lorsque l'expulsion différée à titre d'essai est ordonnée en application de l'art. 55 al. 2 CP; lorsque c'est nécessaire, le juge pénal se prononce sur la qualité de réfugié conformément aux règles applicables à l'examen des questions préjudicielles (consid. 3b et 4e) (changement de jurisprudence par rapport à l'arrêt publié aux ATF 101 IV 375 et précision apportée à celui publié aux ATF 111 IV 12).

2. L'application du principe de non-refoulement (art. 33 de la Convention relative au statut des réfugiés) est étendue, conformément à l'art. 45 de la loi sur l'asile et à l'art. 3 CEDH, aux personnes qui demandent l'asile à la frontière ou à l'intérieur du pays (consid. 4a et b).

Ces motifs, tirés du droit d'asile et des droits de l'homme, qui font obstacle à l'expulsion, ne doivent être pris en considération qu'au moment de l'exécution de celle-ci. L'autorité compétente doit examiner s'ils existent dans le cadre de la procédure d'exécution de l'expulsion qui doit être nettement distinguée de celle du jugement qui la prononce (consid. 4f-i) (confirmation et précision de la jurisprudence publiée aux ATF 111 IV

12).

Regesto (it):
Art. 55 CP, art. 32 n. 1 e 33 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, art. 3 CEDU, art. 43 cpv. 1 e 45 della legge sull'asilo; espulsione, limitazione derivante dal diritto di asilo ed esclusione del respingimento.

1. L'art. 55 CP va interpretato e applicato alla luce della limitazione del diritto di espellere derivante dal diritto di asilo, conformemente all'art. 32 n. 1 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati e all'art. 43 cpv. 1 della legge sull'asilo, ossia, dandosene il caso, in modo più restrittivo (consid. 3a).

Tale restrizione risultante dal diritto di asilo va considerata al momento in cui è pronunciata l'espulsione, non invece quando sia revocata la sospensione condizionale della sua esecuzione o quando quest'ultima sia sospesa a titolo di prova ai sensi dell'art. 55 cpv. 2 CP; ove occorra, il giudice penale decide sulla qualità di rifugiato, conformemente alle norme applicabili all'esame delle questioni pregiudiziali (consid. 3b e 4e) (cambiamento della giurisprudenza rispetto a DTF 101 IV 375 e precisazione rispetto a DTF 111 IV 12).

2. L'applicazione dell'esclusione del respingimento (art. 33 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati) è estesa, in virtù dell'art. 45 della legge sull'asilo e dell'art. 3 CEDU, alle persone che domandano l'asilo alla frontiera o all'interno del paese (consid. 4a e b).

Questi motivi risultanti dal diritto di asilo e dai diritti dell'uomo, ostativi all'espulsione, vanno presi in considerazione solo al momento dell'esecuzione dell'espulsione. L'autorità competente per l'esecuzione è tenuta ad esaminare se esistano tali motivi nel quadro della procedura di esecuzione dell'espulsione, che dev'essere nettamente distinta da quella relativa alla decisione che la pronuncia (consid. 4f-i) (conferma e precisazione della giurisprudenza pubblicata in DTF 111 IV 12).

Sachverhalt ab Seite 106

BGE 116 IV 105 S. 106

A.- K. wurde mit Verfügung der Direktion der Justiz des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1988 auf den 26. November 1988 aus dem Vollzug zweier Zuchthausstrafen von 4 Jahren und 1 1/2 Jahren (Zusatzstrafe) wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und einfacher Körperverletzung bedingt entlassen. Die Probezeit wurde auf 2 Jahre festgesetzt. Der Vollzug der gerichtlichen Landesverweisung von 15 Jahren, die gegen ihn im Strafurteil unbedingt ausgesprochen worden war, wurde dabei nicht aufgeschoben. Vielmehr wurde das Bundesamt für Polizeiwesen ersucht, einen allfälligen weiteren Aufenthalt von K. in der Schweiz aufgrund des ihm gewährten Asyls zu regeln.

BGE 116 IV 105 S. 107

In der Folge teilte die Amtsstelle des Delegierten für das Flüchtlingswesen (nachfolgend DFW genannt), an welche die Entlassungsverfügung vom 21. Oktober 1988 durch das Bundesamt für Polizeiwesen zuständigkeitshalber weitergeleitet worden war, der Direktion der Justiz des Kantons Zürich mit, das K. gewährte Asyl erlösche mit dem Vollzug der Landesverweisung automatisch; eines formellen Entscheides des DFW über die Beendigung des Asyls bedürfe es nicht; es sei vielmehr Sache der Vollzugsbehörde, auch unter asylrechtlichen

Gesichtspunkten (Grundsatz der Nichtrückschiebung gemäss Art. 45 AsylG, Art. 3 EMRK, Art. 33 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge) die Zulässigkeit des Vollzugs der Landesverweisung zu prüfen. Als Entscheidungshilfe anerbot der DFW der zürcherischen Behörde, sein Amt für Auskünfte und Stellungnahmen zu Fragen der Zumutbarkeit und Durchführbarkeit einer allfälligen Rückschiebung in den Heimatstaat in Anspruch nehmen zu können. Auf schriftliche Anfrage der Direktion der Justiz teilte der DFW mit Schreiben vom 17. November 1988 mit, eine erneute gründliche Durchsicht und Würdigung der Asylakten wie auch weitere Abklärungen liessen die Wahrscheinlichkeit, dass K. im Falle seiner Rückschaffung in die Türkei zum heutigen Zeitpunkt von Menschenrechtsverletzungen bedroht sei, als nicht erheblich erscheinen. Hierauf wies die Direktion der Justiz K. mit Verfügung vom 21. November 1988 an, innert einer Frist von 15 Tagen seit bedingter Entlassung die Schweiz zu verlassen.

B.- Dagegen erhob K. beim Regierungsrat des Kantons Zürich Rekurs und beantragte im Hauptpunkte, auf einen Vollzug der Landesverweisung sei zu verzichten. Der Regierungsrat betrachtete in seinem Rekursentscheid vom 31. Mai 1989 die Verfügung der Direktion der Justiz vom 21. November 1988 als nichtig, weil sie von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen worden sei, und hob sie daher auf. Auf den Rekurs von K. trat er nicht ein und leitete die Rekursschrift und die Akten an den DFW zwecks Entscheidung über eine Beendigung des Asyls weiter.

C.- Gegen diesen Beschluss führt das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei, soweit er den Vollzug der Landesverweisung betreffe, aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

K. und die Vorinstanz beantragen die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem Beschwerdegegner wurde die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug gewährt. Hingegen wurde ein probeweiser Aufschub des Vollzuges der Landesverweisung in der Verfügung der Direktion der Justiz des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1988 abgelehnt, gleichzeitig indessen das Bundesamt für Polizeiwesen aufgrund des dem Beschwerdegegner gewährten Asyls ersucht, "die Frage eines weiteren Aufenthalts von K. nach dessen bedingter Entlassung zu regeln". Diese Verfügung änderte die Direktion der Justiz am 21. November 1988 dahin ab, dass der Beschwerdegegner angewiesen wurde, "innert einer Frist von 15 Tagen seit bedingter Entlassung, unter Nachweis der Ausreise mittels beigelegtem, von einem schweizerischen Grenzposten ausgefüllten Formular, die Schweiz zu verlassen". Die Vorinstanz hob im angefochtenen Entscheid die zweite Verfügung auf, so dass die ursprüngliche Verfügung der ersten Instanz wieder in unveränderter Weise Geltung erlangte. Mit ihrer ersten Verfügung vom 21. Oktober 1988 verzichtete die Direktion der Justiz - obwohl sie den probeweisen Aufschub nach Art. 55 Abs. 2 StGB ablehnte - der Sache nach auf den Vollzug der strafgerichtlichen Landesverweisung, indem sie es dem Bundesamt für Polizeiwesen anheimstellte, den weiteren Aufenthalt des Beschwerdegegners in der Schweiz zu regeln, d.h. ihn auszuweisen oder auch nicht. Dieser Entscheid erging im Rahmen der Regelung des Strafvollzuges, d.h. der bedingten Entlassung nach Art. 38 StGB. Dagegen kann beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden (Art. 97 Abs. 1 und 98 lit. g OG; BGE 106 IV 332). Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 103 lit. b OG und Art. 247 Abs. 3 Satz 2 BStP). Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die sich gegen den Rekursentscheid, der die erste Verfügung der Direktion der Justiz wieder unverändert aufleben liess, richtet und damit gegen den Verzicht auf den Vollzug der strafrechtlichen Landesverweisung, ist daher einzutreten.

2. Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, wenn in Anwendung von Art. 55 StGB feststehe, dass die Landesverweisung zu vollziehen sei, seien die asylrechtlichen Belange von der sachlich

allein zuständigen Bundesbehörde, dem Delegierten für das Flüchtlingswesen, abzuklären; die kantonalen Strafvollzugsbehörden seien hierzu nicht zuständig. Sie hob die Anordnung, der Beschwerdegegner habe die Schweiz innert einer angesetzten Frist zu verlassen, als eine von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassene und somit nichtige Verfügung auf. Demgegenüber ist das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement der Ansicht, die gerichtliche Landesverweisung stütze sich auf Art. 55 StGB, weshalb diese ausschliesslich in die Zuständigkeit der kantonalen Strafvollzugsbehörden falle; soweit asylrechtliche Bestimmungen zu berücksichtigen seien, sei deren Anwendung als Vorfrage durch die Strafvollzugsbehörden zu beurteilen; im übrigen sei der ebenfalls in Betracht zu ziehende Art. 3 EMRK nicht asylrechtlicher Natur; da gegen Verfügungen betreffend den Strafvollzug die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig sei, treffe die Auffassung der Vorinstanz nicht zu, wonach nur der DFW ein rechtsgleiches und den Anforderungen von Art. 32 Ziff. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention genügendes Verfahren gewährleisten könne.

3. Der Richter kann nach Art. 55 StGB den Ausländer, der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird, aus dem Gebiete der Schweiz verweisen. Das Gesetz spricht schlechthin vom Ausländer, und Ausländer ist jeder, der nicht das Schweizer Bürgerrecht besitzt. Eine Unterscheidung danach, aufgrund welcher Rechtsgrundlage und welcher Aufenthaltsbewilligung der Ausländer in der Schweiz verweilt, wird nicht getroffen. So kann die Landesverweisung auch gegen einen Niedergelassenen (Aufenthaltsbewilligung C) ausgesprochen werden (BGE 112 IV 70; vgl. im übrigen zum Verhältnis zwischen strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilicher Ausweisung: BGE 114 Ib 1). Das gleiche gilt grundsätzlich auch gegenüber Flüchtlingen und Asylbewerbern (so auch HEINZ SCHÖNI, Asylverfahren und gerichtliche Landesverweisung nach Art. 55 StGB, Asyl 1988/1 S. 13), jedoch sehen die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 und das Asylgesetz eine Einschränkung der Zulässigkeit der Ausweisung eines Flüchtlings aus der Schweiz vor. a) Gemäss Art. 32 Ziff. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30) weisen die vertragschliessenden Staaten einen Flüchtling, der sich rechtmässig auf ihrem Gebiete aufhält, nur aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung aus. Art. 43 Abs. 1 Asylgesetz

(SR 142.31) trägt dieser Bestimmung der Flüchtlingskonvention Rechnung und konkretisiert sie wie folgt: "Ein Flüchtling, dem die Schweiz Asyl gewährt hat, darf nur ausgewiesen werden, wenn er die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt hat." Diese Vorschriften des Asylrechts regeln nicht die Voraussetzungen, unter denen ein Flüchtling aus dem Gebiete der Schweiz zu verweisen ist, sondern besagen lediglich, dass er nur ausgewiesen werden darf, wenn die erwähnten besonderen Voraussetzungen erfüllt sind. Soweit es also um die strafrechtliche Landesverweisung eines Flüchtlings geht, ist Art. 55 StGB im Lichte von Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention und Art. 43 Abs. 1 AsylG, d.h. gegebenenfalls restriktiver als gegenüber anderen Ausländern, auszulegen und anzuwenden (STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT II, S. 207 Fussnote 2; zu den ordentlichen Voraussetzungen von Art. 55 StGB: BGE 104 IV 222, 94 IV 102, STRATENWERTH, a.a.O. S. 206 ff.). Unter den Begriff der Ausweisung nach der zitierten Vorschrift des Asylgesetzes fällt gemäss der Botschaft des Bundesrates vom 31. August 1977

neben der Ausweisung nach den Bestimmungen des Ausländerrechts auch die gerichtliche Landesverweisung im Sinne von Art. 55 StGB (BBl 1977 III S. 137). In der Botschaft wird ausdrücklich angeführt, die Ausweisungsbeschränkung stehe nicht nur dem Vollzug, sondern bereits der Verfügung der Ausweisung entgegen. Abs. 2 von Art. 43 AsylG erwähnt denn auch neben dem Vollzug der "Ausweisung" auch jenen der "gerichtlichen Landesverweisung" als Grund für ein Erlöschen des Asyls, womit zum Ausdruck gebracht wird, auch die strafrechtliche Landesverweisung könne gegenüber einem Flüchtling ausgesprochen und vollzogen werden, allerdings nur sofern die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt sind. Art. 43 AsylG stärkt mithin in Ausführung der bindenden völkerrechtlichen Norm in Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention den dem Flüchtling gewährten Rechtsschutz (so auch die Botschaft, BBl 1977 III S. 137). b) In BGE 111 IV 12 entschied das Bundesgericht, der Strafrichter habe bei der Anordnung der Landesverweisung gemäss Art. 55 StGB nicht vorfrageweise zu prüfen, ob diese Nebenstrafe sich nach den Bestimmungen des Asylrechts durchsetzen lasse oder ob der Täter nach Asylgesetz die weitere Tolerierung seines Aufenthaltes in der Schweiz beanspruchen könne; allenfalls aus dem Asylrecht sich ergebende Einwände seien erst in jenem

Zeitpunkt zu prüfen, in welchem feststehe, dass die angeordnete Landesverweisung nicht infolge Bewährung bei probeweisem Aufschub weggefallen sei, sondern vollzogen werden müsse. Diese Praxis ist in zweifacher Hinsicht zu präzisieren.
aa) Sie gilt nur, soweit es um die Anwendung des Grundsatzes des Non-Refoulement - der auch allein Gegenstand des zitierten Entscheides bildete - geht. Bei der Aussprechung der Landesverweisung hat der Richter nicht zu prüfen, ob eine Ausweisung des Betroffenen gegen das Non-Refoulement-Prinzip oder gegen Art. 3 EMRK verstosse. Diesen Gesichtspunkten ist erst beim Vollzug der Landesverweisung Rechnung zu tragen (dazu näher unten Ziff. 4, insbesondere lit. i). bb) Soweit es dagegen um die Verurteilung eines Flüchtlings zu einer Landesverweisung geht, hat der Strafrichter - und nur dieser, nicht aber die Strafvollzugsbehörde, sowie selbst der Richter nur bei der Aussprechung der Nebenstrafe (dazu unten E. 4 lit. e) - die einschränkenden Voraussetzungen der Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingsabkommen und Art. 43 Abs. 1 AsylG zu beachten, also Art. 55 StGB gegebenenfalls restriktiver anzuwenden. Diese Entscheidung betrifft eine strafrechtliche Landesverweisung, weshalb die Zuständigkeit des Strafrichters zur Berücksichtigung von Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingsabkommen und Art. 43 Abs. 1 AsylG gegeben ist; die gesetzliche Grundlage für die Ausfällung einer strafrechtlichen Landesverweisung bleibt dabei Art. 55 Abs. 1 StGB (zu Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention vgl. VIKTOR LIEBER, Wer entscheidet über die Landesverweisung von Flüchtlingen?, SJZ 74/1978 S. 21 ff., der von einer völkerrechtlichen Vorbehaltsschranke spricht; siehe auch WALTER KÄLIN, Das schwierige Verhältnis zwischen Asylverfahren und gerichtlicher Landesverweisung: eine Entgegnung, Asyl 1988/2 S. 7 ff.). Soweit in BGE 101 IV 375 die Auffassung vertreten wurde, der Bundesrat sei zur Anwendung von Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention zuständig, kann daran nicht festgehalten werden. Wieweit die Strafbehörden über die Flüchtlingseigenschaft des Betroffenen zu entscheiden haben, wenn die Asylbehörden über diese Frage noch nicht befunden haben, richtet sich nach den allgemeinen Voraussetzungen zur Prüfung von Vorfragen (dazu BGE 105 II 311 E. 2 und BGE 102 Ib 369; vgl. auch BGE 112 IV 120). Wurde die Frage - wie im vorliegenden Fall - durch einen positiven Asylentscheid rechtskräftig bejaht, so gilt der Betroffene gemäss Art. 25 AsylG gegenüber allen eidgenössischen und

kantonalen Behörden, und zwar auch gegenüber dem Strafrichter, als Flüchtling (BGE 112 IV 119, der die analoge Situation bei der Anwendung von Art. 31 Ziff. 1 des Flüchtlingsabkommens betrifft).

4. a) Gemäss Art. 45 AsylG darf niemand in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem sein Leib, sein Leben oder seine Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet sind oder in dem die Gefahr besteht, dass er zur Ausreise in ein solches Land gezwungen wird (Abs. 1). Auf diese Bestimmung kann sich eine Person nicht berufen, wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass sie die Sicherheit der Schweiz gefährdet, oder wenn sie als gemeingefährlich gelten muss, weil sie wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist (Abs. 2). Diese Vorschrift umschreibt den Grundsatz des Non-Refoulement und seine Grenzen, und zwar, da der Grundsatz gemäss Art. 45 AsylG prinzipiell für jedermann gilt, weitergehend als Art. 33 des Flüchtlingsabkommens, der den Grundsatz der Natur des Abkommens entsprechend auf Flüchtlinge beschränkt. Angesichts seiner fundamentalen Bedeutung ist der Grundsatz in das schweizerische Asylgesetz aufgenommen und sein Anwendungsbereich auf Personen ausgedehnt worden, die an der Grenze oder im Landesinnern um Asyl nachsuchen (Botschaft BBl 1977 III S. 138).
b) Gemäss Art. 3 EMRK darf niemand einer unmenschlichen Behandlung unterworfen werden. Die Europäische Menschenrechtskommission hat wiederholt erkannt, dass die Abschiebung oder Auslieferung eines Ausländers in ein Land, in welchem die durch die EMRK garantierten Rechte grob verletzt werden, eine "unmenschliche Behandlung" im Sinne dieser Bestimmung darstellen können (vgl. TRECHSEL, EuGRZ, 1987 S. 72 mit Hinweisen). Art. 3 EMRK ist bereits verletzt, wenn eine Person in ein bestimmtes Land abgeschoben wird, in welchem ihr mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine Art. 3 EMRK verletzende Behandlung droht. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dies gelte auch für die Wegweisung, wenn die Person praktisch keine andere Möglichkeit hat, als sich in das Land zu begeben, wo ihr die Menschenrechtsverletzung droht (BGE 111 Ib 70 E. 2a mit Hinweisen; WALTER KÄLIN, Das Prinzip des Non-Refoulement, Diss. Bern 1982, S. 261).

Neben Art. 45 AsylG ist bei der Abschiebung eines Ausländers in ein anderes Land auch diese EMRK-Bestimmung zu berücksichtigen. c) Bei diesen asyl- und menschenrechtlichen Gründen gegen eine Verweisung eines Ausländers aus dem Gebiete der Schweiz geht es, wie bereits in BGE 111 IV 13 E. 2c angenommen wurde, nicht um eigentliche Vorfragen, deren Entscheidung für die Anwendung von Art. 55 StGB notwendig wäre, sondern um Hindernisse, welche gemäss Asylrecht oder der Europäischen Menschenrechtskonvention dem Vollzug einer Landesverweisung im konkreten Fall entgegenstehen können, ähnlich wie das Fehlen der Hafterstehungsfähigkeit dem Vollzug einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe. Daran ist festzuhalten. d) Bei der Landesverweisung nach Art. 55 StGB haben die Organe der Strafrechtspflege verschiedene Entscheide zu treffen, die genau zu unterscheiden sind. Der Richter spricht die Landesverweisung aus und entscheidet gleichzeitig, ob deren Vollzug gemäss Art. 41 Ziff. 1 StGB bedingt aufgeschoben werde oder nicht, sowie später, bei mangelnder Bewährung, ob der bedingte Vollzug zu widerrufen sei (Art. 41 Ziff. 3 StGB). Nur wenn der des Landes Verwiesene bedingt aus dem Strafvollzug entlassen wird (Art. 38 StGB), hat die Strafvollzugsbehörde die Möglichkeit, den Vollzug einer unbedingt ausgesprochenen Landesverweisung nach Art. 55 Abs. 2 StGB probeweise aufzuschieben, wobei dieser Aufschub im Falle eines Widerrufs der bedingten Entlassung dahinfällt (Art. 55 Abs. 4 StGB). e) Allein bei der Aussprechung der Landesverweisung im Strafurteil kann und darf der Richter berücksichtigen, dass die Zulässigkeit der Ausweisung eines Flüchtlings gemäss Art. 32 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention und Art. 43 Abs. 1 AsylG eingeschränkt ist (s. oben Ziff. 3). Beim probeweisen Aufschub dieser Nebenstrafe nach Art. 55 Abs. 2 StGB oder bei einem Widerruf des bedingten Vollzuges gemäss Art. 41 Ziff. 3 StGB ist dies ausgeschlossen, selbst wenn sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit änderten und dem Betroffenen beispielsweise inzwischen Asyl gewährt wurde. Die genannten Gesetzesbestimmungen erlauben eine Abänderung des Urteils, mit welchem die Landesverweisung ausgesprochen wurde, nur im Rahmen und unter den Voraussetzungen, die darin umschrieben sind; Art. 55 Abs. 2 StGB gestattet dies lediglich, wenn der Zweck der bedingten Entlassung, nämlich die Resozialisierung, es erheischt

(vgl. dazu BGE 114 IV 97, BGE 104 Ib 153 E. 1 und 2, 331 E. 2 und BGE 103 Ib 25 E. 1 und 2). f) Wann der Grundsatz des Non-Refoulement oder der Nichtrückschiebung nach Art. 45 AsylG zu berücksichtigen ist, ergibt sich aus dessen systematischer Einordnung im Gesetz bzw. im Flüchtlingsabkommen und seinem Sinn und Zweck. Er bildet keine Voraussetzung für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder die Asylgewährung. Auch stellt er keinen Grund dar, das gewährte Asyl nicht zu widerrufen (Art. 41 AsylG) oder die Wegweisung gemäss Art. 21a AsylG nicht auszusprechen. Vielmehr hindert der Grundsatz des Non-Refoulement und desgleichen Art. 3 EMRK allein die Vollstreckung einer asylrechtlichen Ausweisung. Das gleiche muss bei der durch den Strafrichter auszusprechenden Landesverweisung gemäss Art. 55 StGB gelten. Einer Aussprechung der Landesverweisung stehen der Grundsatz des Non-Refoulement und Art. 3 EMRK nicht entgegen. Vielmehr sind diese Gesichtspunkte erst beim Vollzug der Landesverweisung zu berücksichtigen. Der Vollzug hat zu unterbleiben, wenn die ernstliche Gefahr von schweren Menschenrechtsverletzungen nicht ausgeschlossen werden kann. Art. 45 AsylG bzw. Art. 33 Flüchtlingsabkommen und Art. 3 EMRK können und dürfen demnach erst Beachtung finden, wenn es darum geht, festzulegen, wann und wie eine Ausweisung aus dem Gebiete der Schweiz zu vollziehen ist. Dies muss unabhängig davon gelten, ob eine Landesverweisung - was mehrheitlich der Fall ist - erst längere Zeit nach ihrer Aussprechung (nach erfolgtem Strafvollzug) vollstreckt werden oder ob dies unmittelbar nach dem Entscheid des Richters (z.B. Widerruf des bedingten Vollzuges) oder der Strafvollzugsbehörde (Ablehnung des probeweisen Aufschubs des Vollzuges) erfolgen kann. Auch in den beiden letztgenannten Fällen darf aus naheliegenden Gründen beim Entscheid nicht berücksichtigt werden, ob die Ausweisung nach dem Grundsatze des Non-Refoulement vollzogen werden kann oder nicht. Sonst könnte, weil der Entscheid des Richters und auch ein solcher einer Strafvollzugsbehörde nach ihrer Ausfällung nicht mehr abänderbar sind (lata sententia iudex desinit iudex esse), z.B. einer späteren Veränderung der Verhältnisse im Ausreiseland, die keine schweren Menschenrechtsverletzungen mehr befürchten liesse, nicht mehr Rechnung getragen werden. Dies ist nicht der Sinn des Rückschiebeverbots.

g) Dürfen der Grundsatz des Non-Refoulement und Art. 3 EMRK nach dem Gesagten nicht berücksichtigt werden, wenn es um die Ausfällung der Landesverweisung oder den probeweisen Aufschub des Vollzuges nach Art. 55 Abs. 2 StGB geht, so fragt sich, in welchem Verfahren dies geschehen kann. Da sowohl das Gerichtsverfahren als auch das Verfahren vor der zuständigen Strafvollzugsbehörde betreffend die bedingte Entlassung und den probeweisen Aufschub des Vollzuges der Landesverweisung abgeschlossen sind bzw. sein müssen, bleibt nur die Möglichkeit des Erlasses einer Vollstreckungsverfügung. Darunter versteht das Prozessrecht eine eigenständige Anordnung über die zwangsweise Durchsetzung einer vollstreckbaren Verfügung (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. S. 139 unten; vgl. dazu auch die Regelung in Art. 5 Abs. 2 und Art. 41 Abs. 1 lit. a und b VwVG). Diese ergeht in einem vom Entscheidungs- oder Erkenntnisverfahren - welches abgeschlossen sein muss - getrennten Vollstreckungsverfahren, das dazu dient, den der richterlichen Entscheidung entsprechenden Zustand zu verwirklichen, sofern er nicht freiwillig hergestellt wird (vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. S. 46). Auch im Strafverfahren schliesst sich dem Entscheidungs- oder Erkenntnisverfahren ein Vollstreckungsverfahren an. Das Hauptbeispiel bildet der Strafantrittsbefehl, in welchem bestimmt wird, wann und wo der Verurteilte eine Freiheitsstrafe zu erstehen hat. In aller Regel erschöpft sich ein solches Verfahren darin, dass die Verfügung erlassen wird, weil sich betreffend die Modalitäten des Vollzuges des Urteils keinerlei Fragen, zu denen der Betroffene vorher angehört werden müsste, stellen. Wo dies jedoch der Fall ist, wie etwa bei der Frage der Hafterstehungsfähigkeit, kann eine Anhörung des Betroffenen und können weitere Abklärungen wie die Einholung eines Sachverständigengutachtens und dergleichen notwendig sein, bevor die Vollstreckungsverfügung erlassen werden kann (vgl. zu den

entsprechenden Regelungen in den Zivilprozessgesetzen: GULDENER, a.a.O. S. 625 oben). h) Handelt es sich um die Vollstreckung der Nebenstrafe der Landesverweisung und stellt sich dabei die Frage einer Verletzung des Grundsatzes der Nichtrückschiebung oder von Art. 3 EMRK, so sind ebenso im Vollstreckungsverfahren die notwendigen Abklärungen zu treffen und der Betroffene anzuhören. Dem des Landes verwiesenen Ausländer ist nötigenfalls zunächst die Möglichkeit einzuräumen, in ein Land seiner Wahl auszureisen

(BGE 110 IV 6; für Flüchtlinge schreibt Art. 32 Ziff. 3 der Genfer Flüchtlingskonvention dies vor). Zweckmässigerweise wird ihm dabei die zwangsweise Ausschaffung in sein Heimatland anzudrohen und ihm die Gelegenheit zu geben sein, Einwendungen dagegen (im Sinne des Grundsatzes des Non-Refoulement und von Art. 3 EMRK) vorzubringen. Sowohl vom Strafgerichtsverfahren als auch vom Verfahren, in welchem den Strafvollzugsbehörden z.B. die Befugnisse gemäss Art. 38 und Art. 55 Abs. 2 StGB zustehen, und die beide Entscheidungsverfahren darstellen, ist ein solches durch die Strafvollzugsbehörden durchzuführendes Vollstreckungsverfahren streng zu unterscheiden. Vom Verfahren vor dem Strafgericht ist es stets getrennt, weil unterschiedliche Behörden zuständig sind. Mit jenem vor den Strafvollzugsbehörden kann es in der Weise verbunden sein, dass beispielsweise der Entscheid über die Ablehnung des probeweisen Aufschubs und die Anordnung betreffend die Vollstreckung der Landesverweisung in der gleichen Verfügung enthalten sind; vorzuziehen ist allerdings der Erlass getrennter Verfügungen, weil diese in jedem Falle, besonders wegen des unterschiedlichen Rechtsmittelweges (dazu nachstehend), auseinandergehalten werden müssen. Ein derartiges Vollstreckungsverfahren erfüllt im übrigen auch die Anforderungen von Art. 13 EMRK betreffend ein Recht auf eine wirksame Beschwerde, weil in aller Regel in den entsprechenden kantonalen Verfahrensregelungen ein Weiterzug der Verfügung der unteren Verwaltungsbehörde an eine obere Verwaltungsinstanz gegeben ist (BGE 111 Ib 72 E. 4 mit Hinweisen) und weil gegen den Entscheid der letzten kantonalen Instanz jedenfalls die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte und der EMRK zur Verfügung steht (vgl. BGE 108 Ia 69, der sich auf den Fall einer Vollstreckungsverfügung betreffend die Hafterstehungsfähigkeit bezieht). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine Vollstreckungsverfügung ist hingegen ausgeschlossen (Art. 101 lit. c OG). i) Dass Art. 3 EMRK und Art. 45 AsylG durch die Strafvollzugsbehörden im Vollstreckungsverfahren anzuwenden sind, kann nicht zweifelhaft sein. Die Landesverweisung gemäss Art. 55 StGB ist menschenrechtskonform zu vollziehen. Der Grundsatz des Non-Refoulement ist ebenfalls in einem durch die Schweiz ratifizierten Staatsvertrag enthalten und regelt auch in seiner Ausgestaltung in Art. 45 AsylG, wie ausgeführt wurde, nicht bloss die

Voraussetzung einer Ausweisung nach Asylrecht, sondern jeglicher Verweisung eines um Asyl nachsuchenden Ausländers aus dem Gebiete der Schweiz. Der Umstand, dass die Strafvollzugsbehörden damit aufgerufen sind, vor allem in bezug auf Art. 45 AsylG Fragen zu beurteilen, die ihnen nicht vertraut sind, kann für sich allein und bei der gegebenen Rechtslage nicht zu einer anderen Entscheidung führen. Durch Beizug der Akten und allenfalls eines Amtsberichtes des DFW können sich auch die Strafvollzugsbehörden die nötigen Unterlagen und Kenntnisse verschaffen, um ihre Vollstreckungsverfügungen unter Beachtung aller massgeblichen Normen erlassen zu können.

5. Die Beschwerde wird danach gutgeheissen. Die Direktion der Justiz war zuständig, die Ausreise des Beschwerdegegners durch eine Vollstreckungsverfügung im Sinne der obigen Erwägungen anzuordnen. Diese

Verfügung wurde zu Unrecht aufgehoben. Der angefochtene Entscheid wird deshalb aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückgewiesen. Dabei wird sie sich mit der materiellen Berechtigung der Ausreiseanordnung und den vom Beschwerdegegner dagegen vorgebrachten Einwendungen zu befassen haben.