Urteilskopf

124 IV 280

47. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 14. Oktober 1998 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen B. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 13e ANAG und Art. 23a ANAG.

Die Missachtung einer fremdenpolizeilichen Verfügung betreffend Ausgrenzung oder Eingrenzung ist nur dann strafbar, wenn sich der Vollzug der Weg- oder Ausweisung des Ausländers als undurchführbar erweist. Massgebend sind insoweit die Verhältnisse nicht zur Zeit der Tat, sondern im Zeitpunkt des Urteils (E. 2). Verzicht auf die Anordnung des Vollzugs von einschlägigen Vorstrafen (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 13e LSEE et art. 23a LSEE.

L'inobservation d'une interdiction de la police des étrangers de quitter un territoire ou de pénétrer dans une région n'est punissable que si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est impossible. Sont déterminantes les circonstances existant au moment du prononcé du jugement, non pas au moment de l'acte (consid. 2).

Renonciation à ordonner l'exécution de peines antérieures prononcées pour des infractions de nature semblable (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 13e LDDS e 23a LDDS.

L'inosservanza di un divieto della polizia degli stranieri di abbandonare o di accedere a un dato territorio, è punibile solo quando l'esecuzione dell'allontanamento o dell'espulsione è inattuabile. Determinanti sono le circostanze sussistenti al momento del giudizio, non quelle al momento dell'atto (consid. 2).

Rinuncia ad ordinare l'esecuzione di condanne anteriori pronunciate per infrazioni simili (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 280

BGE 124 IV 280 S. 280

A.- Mit Verfügung der Fremdenpolizei des Kantons Zürich vom 22. Juli 1997 wurde B. das Betreten der Stadt Zürich verboten. Am Abend des 16. Januar 1998 begab sich B. nach Zürich, um mit einem Kollegen eine Diskothek aufzusuchen.

BGE 124 IV 280 S. 281

B.- Der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich verurteilte B. am 19. Januar 1998 wegen Widerhand-

lung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer im Sinne von Art. 23a i.V.m. Art. 13e ANAG zu vier Monaten Gefängnis (unbedingt). Er ordnete zudem den Vollzug der Gefängnisstrafen von 30 Tagen und von 90 Tagen gemäss den Strafbefehlen der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 4. September 1997 und vom 25. Dezember 1997 an. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach B. auf dessen Berufung hin am 2. März 1998 vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer frei und hob die Verfügung betreffend Widerruf des bedingten Strafvollzugs auf.

C.- Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

2. a) Durch das Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 18. März 1994, in Kraft seit 1. Februar 1995, sind dem Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) mehrere neue Bestimmungen beigefügt worden, nämlich Art. 13a-13e und Art. 23a. Um die Durchführung eines Wegweisungsverfahrens sicherzustellen, kann die zuständige kantonale Behörde einen Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt, während der Vorbereitung des Entscheides über seine Aufenthaltsberechtigung gemäss Art. 13a ANAG für höchstens drei Monate in Haft nehmen, und zwar unter anderem dann, wenn er ein nach Art. 13e ANAG ihm zugewiesenes Gebiet verlässt oder ihm verbotenes Gebiet betritt (Art. 13a Buchstabe b). Diese Haft im Sinne von Art. 13a ANAG ist die sogenannte Vorbereitungshaft (siehe die Botschaft des Bundesrates, BBl 1994 I 305 ff., 321 f.). Wurde ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet, so kann die zuständige kantonale Behörde den Ausländer gemäss Art. 13b Abs. 1 ANAG zur Sicherstellung des Vollzugs in Haft belassen, wenn er sich gestützt auf Art. 13a bereits in Haft befindet, beziehungsweise in Haft nehmen, wenn Gründe nach Art. 13a Buchstabe

b, c oder e vorliegen. Diese Haft im Sinne von Art. 13b ANAG ist die Ausschaffungshaft (Botschaft S. 323 f.). Sie darf höchstens drei Monate dauern; stehen dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung besondere Hindernisse entgegen, kann die Haft mit Zustimmung der kantonalen richterlichen Behörde um höchstens sechs Monate verlängert werden (Art. 13b Abs. 2 ANAG). Die Haft, und zwar sowohl die Vorbereitungs- wie auch die Ausschaffungshaft, wird gemäss Art. 13c Abs. 5 Buchstabe a ANAG unter anderem dann beendet, wenn "sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist". Unter derselben Voraussetzung ist die Missachtung einer Aus- oder Eingrenzungsverfügung gemäss Art. 23a ANAG strafbar. b) Ob ein Ausländer ausgeschafft werden kann, steht im Zeitpunkt, in dem er eine Auflage gemäss Art. 13e ANAG (betreffend Ein- oder Ausgrenzung) missachtet, häufig noch nicht fest. Solange unklar ist, ob der Ausländer ausgeschafft werden kann, kommt grundsätzlich die Vorbereitungs- bzw. Ausschaffungshaft in Betracht und ist jedenfalls eine Bestrafung wegen Missachtung einer Ein- bzw. Ausgrenzungsverfügung ausgeschlossen. Wenn im Sinne des Gesetzes und der diesbezüglichen Rechtsprechung (siehe etwa BGE 122 II 148 E. 3 S. 152 f.) "sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist", fallen einerseits die Vorbereitungs- und die Ausschaffungshaft, welche ja die Sicherstellung der Ausschaffung bezwecken, ausser Betracht und ist andererseits eine Bestrafung wegen Missachtung einer Aus- bzw. Eingrenzungsverfügung zulässig. Die Strafbarkeit hängt nicht etwa davon ab, ob der Ausländer wegen der Missachtung der Auflage sich zu irgendeiner Zeit in Vorbereitungs- und/oder

Ausschaffungshaft befunden hat, sondern allein davon, ob der Vollzug der Weg- oder Ausweisung undurchführbar ist. Kann der Ausländer ausgeschafft werden, so ist es aus der Sicht des Gesetzgebers nicht opportun, vorerst noch eine Freiheitsstrafe wegen Missachtung einer Aus- bzw. Eingrenzungsverfügung gemäss Art. 23a i.V.m. Art. 13e ANAG auszusprechen und allenfalls zu vollstrecken. Kann der Ausländer aber nicht ausgeschafft werden, so soll er wegen der Missachtung der Aus- oder Eingrenzungsverfügung bestraft werden, womit auch erreicht werden kann, dass er sich in der Zukunft an solche Auflagen hält. Die Strafe ist damit insoweit subsidiär gegenüber den fremdenpolizeilichen Massnahmen der Ausschaffung sowie der diese sicherstellenden Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft. In Anbetracht des sich aus dem

Gesetz ergebenden Vorrangs der Ausschaffung vor einer Bestrafung muss der Strafrichter bei der Beurteilung der Missachtung einer Aus- bzw. Eingrenzungsverfügung auf die (ihm bekannten) Verhältnisse zur Zeit des Urteils abstellen. Dies gilt auch dann, wenn, wie offenbar im vorliegenden Fall, zur Zeit der Tat eine Ausschaffung des Ausländers und daher auch die Anordnung einer fremdenpolizeilichen Haft in Anbetracht der damaligen (den Behörden bekannten) Verhältnisse ausser Betracht fiel, diese Verhältnisse bzw. der Kenntnisstand der Behörden sich in der Folge, und sei es auch erst kurz vor der Ausfällung des letztinstanzlichen kantonalen Urteils, dergestalt geändert haben, dass eine Ausschaffung möglich geworden ist. Auch in diesem Fall sind allein die den Behörden bekannten Verhältnisse zur Zeit des Urteils massgebend. Dass der Ausländer trotz Missachtung einer Aus- bzw. Eingrenzungsverfügung im Sinne von Art. 13e ANAG nicht in Anwendung von Art. 13a Buchstabe b respektive Art. 13b Abs. 1 Buchstabe b ANAG in Vorbereitungs- resp. Ausschaffungshaft genommen werden konnte, da eine Ausschaffung damals unmöglich schien, bedeutet nicht, dass der Ausländer ungeachtet der Änderung der Verhältnisse zu bestrafen sei. Die in Art. 23a ANAG vorausgesetzte erwiesene Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs ist nicht eine persönliche Sondereigenschaft des Täters, die im Zeitpunkt der Tat vorliegen muss, sondern eine objektive Strafbarkeitsbedingung oder allenfalls eine Prozessvoraussetzung aus Opportunitätsgründen, die zur Zeit der Urteilsfällung erfüllt sein muss. c) Allerdings können sich die Verhältnisse auch noch nach Eintritt der Rechtskraft des Strafurteils ändern. So ist es möglich, dass einerseits ein rechtskräftig gemäss Art. 23a i.V.m. Art. 13e ANAG verurteilter Ausländer zufolge nachträglicher Änderung der Verhältnisse doch noch ausgeschafft und dass andererseits ein rechtskräftig freigesprochener Ausländer zufolge nachträglicher Änderung der Verhältnisse nicht mehr ausgeschafft werden kann. Wie in diesen Fällen vorzugehen wäre, kann hier mit der Vorinstanz offen gelassen werden. Im Übrigen ergeben sich bei Änderung der für die Ausschaffung relevanten Verhältnisse Schwierigkeiten unabhängig davon, ob die Verhältnisse zur Zeit der Tat oder die Verhältnisse im Zeitpunkt der Urteilsfällung als massgebend erachtet werden. Die Probleme resultieren aus Art. 23a ANAG selbst, der entscheidend darauf abstellt, ob der Vollzug der Weg- oder Ausweisung durchführbar ist, was aber von rechtlichen und tatsächlichen Umständen

abhängt, die sich im Laufe der Zeit, sowohl zwischen der Tat und der Urteilsfällung als auch noch nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils, ändern können. d) Im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Berufungsurteils vom 2. März 1998 war der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdegegners durchführbar, da die jugoslawischen Behörden mit Schreiben vom 6. Januar 1998 ihre Zustimmung für die Ausstellung eines "Laissez-passer" für den Beschwerdegegner erteilt haben, wie das Bundesamt für Flüchtlinge mit Schreiben vom 20. Januar 1998 der Fremdenpolizei des Kantons Zürich mitteilte. Damit waren im Zeitpunkt der Urteilsfällung, der massgebend ist, die Voraussetzungen für eine Bestrafung des Beschwerdegegners gemäss Art.

23a i.V.m. Art. 13e ANAG nicht (mehr) erfüllt. Entgegen dem Eventualstandpunkt der Beschwerdeführerin fällt eine Bestrafung eines Ausländers gemäss Art. 23a i.V.m. Art. 13e ANAG nicht erst dann ausser Betracht, wenn dieser tatsächlich aus der Schweiz ausgeschafft, der Vollzug der Wegweisung also durchgeführt worden ist; es genügt, dass der Vollzug der Wegweisung durchführbar, mit andern Worten die Ausschaffung möglich ist. Die Vorinstanz hat den Beschwerdegegner daher zu Recht vom Vorwurf der Missachtung der Ausgrenzungsverfügung der Fremdenpolizei des Kantons Zürich vom 22. Juli 1997 freigesprochen. Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist somit in diesem Punkt abzuweisen.

3. Der Beschwerdeführer ist durch Strafbefehle der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 4. September 1997 und vom 25. Dezember 1997 zu bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafen von 30 Tagen beziehungsweise 90 Tagen verurteilt worden, weil er sich am 3. September 1997 bzw. am 24. Dezember 1997 in Missachtung der Ausgrenzungsverfügung der Fremdenpolizei des Kantons Zürich vom 22. Juli 1997 in der Stadt Zürich aufgehalten hatte. a) Die 1. Instanz, die den Beschwerdegegner wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 23a i.V.m. Art. 13e ANAG zu vier Monaten Gefängnis (unbedingt) verurteilte, da er die Ausgrenzungsverfügung am 16. Januar 1998 erneut missachtet hatte, ordnete den Vollzug der beiden Vorstrafen an. Die Vorinstanz hat die Verfügung betreffend Widerruf des bedingten Strafvollzugs unter Hinweis auf den Ausgang des Verfahrens (Freispruch) aufgehoben. Die Beschwerdeführerin macht geltend, auch im Falle der Bestätigung des vorinstanzlichen Freispruchs sei der Vollzug der beiden einschlägigen Vorstrafen anzuordnen. Der Beschwerdegegner habe

durch die erneute Missachtung der Ausgrenzungsverfügung während den Probezeiten jedenfalls im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB in anderer Weise das auf ihn gesetzte Vertrauen getäuscht. Die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie nicht zumindest aus diesem Grunde den Vollzug der beiden einschlägigen Vorstrafen angeordnet habe. Eventuell sei der angefochtene Entscheid insoweit gemäss Art. 277 BStP aufzuheben, da er mangels hinreichender diesbezüglicher Begründung nicht auf seine Vereinbarkeit mit Bundesrecht überprüft werden könne.
b) Ein bestimmtes Verhalten, das etwa wegen Fehlens eines Tatbestandsmerkmales, einer objektiven Strafbarkeitsbedingung oder einer Prozessvoraussetzung nicht strafbar ist, soll nicht kurzerhand als Täuschung des Vertrauens in anderer Weise im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB zum Widerruf des bedingten Strafvollzugs führen. Die Vorinstanz hat dem Anschein nach in dieser Überlegung ohne ausdrückliche Begründung von einem Widerruf abgesehen. Im Übrigen betreffen die beiden Vorstrafen ebenfalls Widerhandlungen des Beschwerdegegners gegen die Ausgrenzungsverfügung vom 22. Juli 1997. Es ist fraglich, ob eine Anordnung des Vollzugs dieser Strafen in Anwendung von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB mit Sinn und Zweck des Bundesgesetzes über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vereinbar wäre, nachdem in Anbetracht der zur Zeit der Ausfällung des Berufungsurteils bekannten Sachlage die Ausschaffung des Beschwerdegegners möglich war und gerade aus diesem Grunde die erneute Missachtung der Ausgrenzungsverfügung, die nach Meinung der Beschwerdeführerin Anlass zum Widerruf des bedingten Strafvollzugs sein soll, nicht strafbar ist.
Die Beschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.