Urteilskopf

126 IV 30

5. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 17. Dezember 1999 i.S X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 13e und Art. 23a ANAG.

Die Missachtung einer fremdenpolizeilichen Verfügung betreffend Ausgrenzung oder Eingrenzung ist nur dann strafbar, wenn sich der Vollzug der Wegweisung des Ausländers als undurchführbar erweist. Massgebend sind insoweit die Verhältnisse im Zeitpunkt des Urteils (E. 1; Bestätigung der Rechtsprechung).

Die Klausel betreffend die erwiesene Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs statuiert den Vorrang der Ausschaffung vor der Bestrafung und schränkt das strafprozessuale Legalitätsprinzip ein (E. 2).

Regeste (fr):
Art. 13e 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 est impossible. Sont déterminantes les circonstances existant au moment du prononcé du jugement (consid. 1; confirmation de la jurisprudence).

La clause relative à l'impossibilité démontrée d'exécuter le renvoi donne la priorité au renvoi face à la punition et constitue une limitation du principe de la légalité (consid. 2).

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

L'inosservanza del divieto della polizia degli stranieri di abbandonare o di accedere a un dato territorio è punibile solamente se l'esecuzione dell'allontanamento è inattuabile. Sono al riguardo determinanti le circostanze che esistono al momento della pronuncia della sentenza (consid. 1; conferma della giurisprudenza).

La clausola relativa all'impossibilità comprovata di eseguire l'allontanamento stabilisce priorità di quest'ultimo sulla punizione e limita il principio della legalità (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 31

BGE 126 IV 30 S. 31

X. wurde mit Verfügung der Fremdenpolizei des Kantons Zürich vom 23. April 1996 das Betreten des Gebiets des Kantons Zürich verboten. Die Verfügung wurde ihm am 24. April 1996 ausgehändigt und erläutert. Sie ist mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen. Am 18. Juni 1996 und am 14. März 1997 hielt sich X. in Missachtung der ihm bekannten Ausgrenzungsverfügung in Zürich auf. X. wurde am 29. Juli 1997 aus der Schweiz ausgeschafft.
Die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sprach X. am 24. März 1998 in Bestätigung des

Entscheids der Einzelrichterin in Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich vom 9. September 1997 der Widerhandlung im Sinne von Art. 23a i.V.m. Art. 13e des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) schuldig und verurteilte ihn deshalb sowie wegen weiterer Straftaten (Hinderung einer Amtshandlung, Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz) im Sinne einer Gesamtstrafe, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 19. November 1996, zu vier Monaten Gefängnis, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von drei Jahren. X. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ficht einzig seine Verurteilung wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 23a i.V.m. Art. 13e ANAG an. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. Gemäss Art. 13e ANAG, eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in Kraft seit 1. Februar 1995, kann die zuständige kantonale Behörde einem Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und der die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet, insbesondere zur Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels, die Auflage machen, ein ihm zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten (Abs. 1). Diese Massnahmen werden von der Behörde des Kantons angeordnet, der für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung zuständig ist. Das Verbot, ein bestimmtes Gebiet zu betreten, kann auch von der Behörde des Kantons erlassen werden, in dem dieses Gebiet liegt (Abs. 2). Gegen die Anordnung dieser

Massnahmen kann bei einer kantonalen richterlichen Behörde Beschwerde geführt werden. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (Abs. 3). Art. 23a ANAG bestimmt:
Wer Massnahmen nach Art. 13e nicht befolgt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Haft bestraft, "falls sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist" ("... s'il s'avère que l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est impossible pour des raisons juridiques ou matérielles"; "... ove risulti che l'allontanamento o l'espulsione è inattuabile per motivi giuridici o effettivi").
a) Die Missachtung einer Eingrenzungs- bzw. Ausgrenzungsverfügung ist mithin nur strafbar, falls sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist. Im vorliegenden Verfahren ist umstritten, ob insoweit die Verhältnisse zur Zeit der Tat oder aber die Verhältnisse im Zeitpunkt des Urteils massgebend sind. aa) Die Vorinstanz vertritt im angefochtenen Urteil die Auffassung, dass die Verhältnisse zur Zeit der Tat massgebend seien. Sie weicht damit ausdrücklich von einem Entscheid der I. Strafkammer des Zürcher Obergerichts vom 2. März 1998 ab, wonach die Verhältnisse zur Zeit des Urteils massgebend seien. Die Vorinstanz kann dieser Ansicht nicht folgen. Es widerspreche dem im Strafrecht geltenden Bestimmtheitsgebot im Sinne von Art. 1 StGB, wenn die Strafbarkeit eines Verhaltens von den an einem noch unbestimmten, in der Zukunft liegenden Zeitpunkt (Urteilsfällung) obwaltenden Verhältnissen abhänge. Die Qualifikation der Unmöglichkeit der Ausschaffung als objektive Strafbarkeitsbedingung durch die I. Strafkammer stehe dem nicht entgegen. Denn eine solche beschränke die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens aus Gründen der Praktikabilität. Damit sei aber der Zeitpunkt, da diese Voraussetzung vorzuliegen habe, noch nicht bestimmt. Zwar träten gewisse objektive Strafbarkeitsbedingungen, wie beispielsweise die Eröffnung des Konkurses beim Tatbestand von Art. 163 StGB, erst nach Vollendung des Tatbestands ein. Erst ab Konkur-

seröffnung werde das Verhalten des Schuldners strafbar. Dies habe aber weiter zur Folge, dass erst dann eine allfällige Strafuntersuchung eröffnet werden könne. Ein Wegfall dieser Bedingung im Verlauf des Verfahrens sei nicht denkbar. Davon zu unterscheiden seien die Prozessvoraussetzungen, bei deren Wegfall ein Prozesshindernis vorliege, worauf das Verfahren eingestellt werde, beispielsweise Rückzug des Strafantrags oder Tod

des Angeklagten. Massgebend seien demnach die Verhältnisse zur Zeit der Tat. Denn sogleich nach der Festnahme des Ausländers wegen Missachtung einer Ausgrenzungs- oder Eingrenzungsverfügung entscheide sich, ob fremdenpolizeiliche Haft gemäss Art. 13a ANAG angeordnet werden könne oder ob der Täter freizulassen sei, wonach das Strafverfahren gemäss Art. 23a ANAG zu eröffnen sei. Die Eröffnung eines Strafverfahrens, ohne dass feststünde, dass überhaupt eine strafbare Handlung vorliege, würde dem Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 1 StGB widersprechen. Überdies genügte die Umschreibung der objektiven Strafbarkeitsvoraussetzung (Unmöglichkeit der Ausschaffung) als einer noch in der Zukunft festzustellenden Tatsache dem strengen Anklageprinzip nicht. bb) Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, massgebend seien die Verhältnisse im Zeitpunkt des Urteils. Eine Bestrafung wegen Missachtung einer Ausgrenzungsverfügung falle ausser Betracht, sobald eine Ausschaffung möglich sei, und somit erst recht dann, wenn die Ausschaffung bereits stattgefunden habe. Da er am 29. Juli 1997 nach Ghana ausgeschafft worden sei, könne er nicht mehr wegen der ihm zur Last gelegten mehrfachen Missachtung der Ausgrenzungsverfügung bestraft werden. Dass bei dieser Betrachtungsweise die Bestrafung auch von Umständen abhänge, die im Zeitpunkt der Tat noch nicht vorlagen, sei nichts Besonderes und widerspreche entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 1 StGB. Objektive Strafbarkeitsbedingungen - und als solche sei die Unmöglichkeit der Ausschaffung im Sinne von Art. 23a ANAG zu qualifizieren - träten oft erst mehr oder weniger lange Zeit nach Erfüllung des Straftatbestands ein, so gerade die von der Vorinstanz erwähnte Konkurseröffnung bei den Konkursdelikten im Sinne von Art. 163 ff. StGB. Wohl dürfe eine Strafuntersuchung grundsätzlich erst nach Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung eröffnet werden. Das bedeute aber nicht, dass in Bezug auf die Strafbarkeitsbedingung der Unmöglichkeit der Ausschaffung die Verhältnisse zur Zeit der Tat massgebend seien. Vorliegend sei ganz einfach die Strafuntersuchung allenfalls zu früh angehoben worden, nämlich als man noch nicht gewusst habe, ob der Beschwerdeführer nicht doch ausgeschafft werden könnte. Abgesehen davon würden in der Praxis sehr oft Strafverfahren eröffnet, ohne dass bereits feststünde, ob überhaupt eine strafbare Handlung vorliege. Dies abzuklären sei vielmehr gerade Aufgabe der Strafuntersuchung. b) Das Bundesgericht hat die hier streitige Frage inzwischen durch Urteil vom 14. Oktober 1998 entschieden. Gemäss BGE 124 IV 280

sind nicht die Verhältnisse zur Zeit der Tat massgebend, sondern diejenigen im Zeitpunkt des Urteils. 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 Vorbereitungshaft im Sinne von Art. 13a lit. b ANAG bzw. die Ausschaffungshaft gemäss Art. 13b Abs. 1 lit. b ANAG in Betracht und ist jedenfalls eine Bestrafung wegen Missachtung der Ein- bzw. Ausgrenzungsverfügung ausgeschlossen. Wenn im Sinne des Gesetzes und der diesbezüglichen Rechtsprechung (s. 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 (s. Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG) und ist andererseits eine Bestrafung wegen Missachtung einer

Ausgrenzungs- bzw. Eingrenzungsverfügung zulässig. Wenn der Ausländer aus der Schweiz ausgeschafft werden kann, dann ist es aus der Sicht des Gesetzgebers nicht opportun, vorerst noch eine Freiheitsstrafe wegen Missachtung einer Ausgrenzungs- bzw. Eingrenzungsverfügung gemäss Art. 23a i.V.m. Art. 13e ANAG auszusprechen und allenfalls zu vollziehen. Kann der Ausländer aber nicht ausgeschafft werden, so soll er wegen der Missachtung der Ausgrenzungs- 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 Eingrenzungs- bzw. Ausgrenzungsverfügung auf die (ihm bekannten) Verhältnisse zur Zeit des Urteils abstellen (s. zum Ganzen BGE 124 IV 280 E. 2b S. 282 f.). Daran ist festzuhalten. Massgebend sind mithin die Verhältnisse zur Zeit des Urteils. Ist in diesem Zeitpunkt die Ausschaffung möglich, so fällt eine Bestrafung ausser Betracht. Eine Bestrafung wegen Missachtung einer Eingrenzungs- bzw. Ausgrenzungsverfügung ist damit auch dann ausgeschlossen, wenn der Beschuldigte, wie vorliegend, im Zeitpunkt des Urteils bereits ausgeschafft worden ist. Art. 23a ANAG bringt in Bezug auf die darin geregelte Straftat der

Missachtung einer Eingrenzungs- bzw. Ausgrenzungsverfügung den Grundsatz zum Ausdruck, dass die Ausschaffung Vorrang vor einer Bestrafung hat (s. zum Verhältnis zwischen Strafverfahren und Ausschaffung allgemein TRECHSEL, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, AJP 1994 S. 43 ff., 56 ff., u.a. mit Hinweis auf §§ 154b Abs. 3 und 456a Abs. 1 dt.StPO, wonach von der Erhebung der öffentlichen Klage bzw. von der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe etc. abgesehen werden kann, wenn der Beschuldigte bzw. der Verurteilte aus dem Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgewiesen wird). Wohl hängt bei dieser Betrachtungsweise die Strafbarkeit der Missachtung von Eingrenzungs- bzw. Ausgrenzungsverfügungen resp. die Bestrafung des Beschuldigten auch von Umständen ab, die im Zeitpunkt der Tat noch nicht vorliegen. Dies ist indessen nichts Aussergewöhnliches und steht entgegen der Auffassung der Vorinstanz insbesondere auch nicht im Widerspruch zum Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 1 StGB. Die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens bzw. die Bestrafung des Beschuldigten hängt in vielfacher Hinsicht von Umständen ab, die, wie etwa manche objektive Strafbarkeitsbedingung und Prozessvoraussetzung, erst mehr oder weniger lange Zeit nach der Tat allenfalls eintreten.

2. Sowohl die Vorinstanz wie auch der Beschwerdeführer gehen offenbar davon aus, dass die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung im Sinne von Art. 23a ANAG, d.h. die Unmöglichkeit der Ausschaffung, eine objektive Strafbarkeitsbedingung sei. Gemäss einer Bemerkung in BGE 124 IV 280 E. 2b S. 283 ist die in Art. 23a ANAG vorausgesetzte erwiesene Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs (entgegen der Meinung der beschwerdeführenden Staatsanwaltschaft in jenem Verfahren) 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. a) Die rechtliche Einordnung der in Art. 23a ANAG vorausgesetzten erwiesenen Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs ist schwierig. Sollte es sich dabei um eine objektive Strafbarkeitsbedingung oder allenfalls um eine Prozessvoraussetzung handeln, dann müsste sie nicht nur im Zeitpunkt des Urteils, sondern auch bereits zur Zeit der Eröffnung des Strafverfahrens vorliegen. Denn grundsätzlich kann ein Strafverfahren erst dann eröffnet werden, wenn zum einen die Prozessvoraussetzungen und zum andern

allfällige objektive Strafbarkeitsbedingungen erfüllt sind. Im Zeitpunkt der Anhaltung eines Ausländers wegen Missachtung einer Eingrenzungs- bzw. Ausgrenzungsverfügung ist aber oft noch unklar, ob der Ausländer ausgeschafft werden kann, und die insoweit relevanten Verhältnisse können sich im weiteren Verlauf der Zeit, unter Umständen mehrfach, ändern. b) Die Frage nach der Rechtsnatur der in Art. 23a ANAG vorausgesetzten Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs musste in BGE 124 IV 280 nicht abschliessend entschieden werden. Denn die von der beschwerdeführenden Staatsanwaltschaft in jenem Verfahren angestrebte Verurteilung des Beschuldigten fiel ausser Betracht, da entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht die Verhältnisse zur Zeit der Tat, sondern diejenigen im Zeitpunkt des Urteils massgebend sind und in diesem Zeitpunkt die Ausschaffung möglich war. Unter diesen Umständen musste der Kassationshof nicht darüber befinden, ob die Vorinstanz in jenem Verfahren den Beschuldigten zu Recht freigesprochen hatte oder ob sie richtigerweise hätte das Verfahren einstellen bzw. auf die Anklage nicht eintreten sollen. Die Frage nach der Rechtsnatur der in Art. 23a ANAG vorausgesetzten Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs muss vorliegend entschieden werden, da es u.a. von ihrer Beantwortung abhängt, ob die Vorinstanz im neuen Verfahren, nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts, ein Sachurteil (Freispruch) oder aber einen Prozessentscheid (Verfahrenseinstellung, Nichteintreten auf die Anklage etc.) ausfällen muss. c) Wer Massnahmen nach Art. 13e ANAG nicht befolgt, wird gemäss Art. 23a ANAG bestraft, "falls sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist". Die damit für die Strafbarkeit vorausgesetzte Unmöglichkeit der Ausschaffung erscheint in Anbetracht des Gesetzeswortlauts formal betrachtet als eine objektive Strafbarkeitsbedingung. Sie kann aber bei näherer Prüfung nicht als eine solche qualifiziert werden. Objektive Strafbarkeitsbedingungen schränken die Strafbarkeit eines bestimmten tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens durch das Erfordernis weiterer Umstände ein, die nicht von der Schuld des Täters erfasst sein müssen. Regelmässig handelt es sich um eine Störung der Rechtsordnung, einen Schaden bzw. einen "Erfolg" im untechnischen Sinne, der als ein irgendwie mit der Tat zusammenhängender Umstand hinzutreten muss, damit die Tat strafbar ist (s. zum Ganzen STRATENWERTH, Schweiz. Strafrecht

Allg. Teil I, 2. Aufl. 1996, § 8 N. 27 ff.; PIERLUIGI SCHAAD, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1964, S. 19 ff.). Die in Art. 23a ANAG vorausgesetzte Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs schränkt nicht in diesem Sinne durch das Erfordernis einer zusätzlichen Störung der Rechtsordnung die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens als solches ein. Durch die fragliche Klausel bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass auf eine Bestrafung wegen Missachtung einer Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügung verzichtet werden soll, wenn der Täter ausgeschafft werden kann. Die Klausel statuiert in Bezug auf diese eine Straftat der Missachtung einer Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügung den Vorrang der Ausschaffung vor der Bestrafung und schränkt insoweit das strafprozessuale Legalitätsprinzip ein. Kann der Ausländer ausgeschafft werden, ist auf eine Bestrafung bzw. überhaupt auf eine Strafverfolgung wegen Missachtung einer Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügung mangels eines staatlichen Verfolgungsinteresses zu verzichten. Dasselbe gilt erst recht dann, wenn der Ausländer bereits ausgeschafft worden ist. Die fragliche Klausel umschreibt damit nicht eine objektive Strafbarkeitsbedingung, sondern sie enthält eine Bestimmung, welche, ähnlich wie verschiedene Bestimmungen des Strafgesetzbuches (Art. 66bis, 187 Ziff. 3, 188 Ziff. 2, 192 Abs. 2, 193 Abs. 2 StGB), das strafprozessuale Legalitätsprinzip einschränkt. Daher ist ein Strafverfahren wegen Missachtung einer Eingrenzungs- bzw. Ausgrenzungsverfügung, nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts, durch Prozessentscheid abzuschliessen, wenn sich erweist, dass der Ausländer ausgeschafft werden kann, oder wenn der Ausländer, wie im vorliegenden Fall, tatsächlich ausgeschafft worden ist. d) Unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der in Art. 23a und auch in Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG (betreffend Beendigung der fremdenpolizeilichen Haft) enthaltenen Klausel ergeben sich aus ihr allerdings zahlreiche Schwierigkeiten u.a. deshalb, weil häufig lange Zeit unklar bleibt, ob der Ausländer in absehbarer

Zukunft ausgeschafft werden kann oder nicht, und weil sich die insoweit relevanten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Lauf der Zeit, unter Umständen mehrmals, ändern können, was der Gesetzgeber offenbar nicht ausreichend bedacht hat (s. dazu auch PHILIPPE WEISSENBERGER, ZBJV 134/1998 S. 789 ff.; JENNY, ZBJV 135/1999 S. 648 f.).

3. (Kostenfolgen)