

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich



4. Abteilung

Militärstrasse 36
Postfach
8090 Zürich

Fax Titelseite

Telefon 044 298 78 40
Fax 044 298 78 78

An: - Advokatur am Falkenstein 071-242 6652
- Justizvollzug Kanton Zürich 043-259 8440
- Direktion der Justiz und des Innern des
Kantons Zürich 043-259 42 98
- EJPD Bern 031-322 7832

Betreff: VB.2006.00542 / Dr. Erwin Kessler
Feststellung der Verjährungsfrist

Telefon:

Fax:

Von: Y. Baumberger

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Telefon: 044 298 78 40

Fax: 044 298 78 78

Datum: 28. Dezember 2006

**Seiten einschliesslich
dieser Titelseite:** - 10 -

Sehr geehrte Damen und Herren

Als Anhang erhalten Sie vorab den Entscheid VB.2006.00542 vom 28. Dezember 2006 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich in obgenannter Angelegenheit vorab per FAX.
Der Entscheid wird noch mit der Post zugestellt.

Mit freundlichen Grüessen
Verwaltungsgericht der Kantons Zürich
4. Abteilung
Kanzlei

**Bitte sofort an den Empfänger weiterleiten.
Bei unvollständiger oder unleserlicher Übermittlung bitte zurückrufen.**

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich



4. Abteilung

VB.2006.00542

Entscheid

des Einzelrichters

vom 28. Dezember 2006

Mitwirkend: Verwaltungsrichter Jso Schumacher, Gerichtssekretärin Rhea Schircks Denzler.

In Sachen

Dr. Erwin Kessler,
Im Bühl 2, 9546 Tuttwil,
vertreten durch lic.iur. Rolf W. Rempfler, Rechtsanwalt,
Advokatur am Falkenstein,
Falkensteinstrasse 1, Postfach 112, 9006 St. Gallen,

Beschwerdeführer,

gegen

Justizvollzug Kanton Zürich, Amtsleitung,
Feldstrasse 42, 8090 Zürich,

Beschwerdegegner,

betreffend Feststellung der Verjährungsfrist,

- 2 -

hat sich ergeben:

I.

Das Zürcher Obergericht verurteilte Erwin Kessler am 10. März 1998 zu 45 Tagen Gefängnis, ohne den Vollzug der Strafe aufzuschieben; Erwin Kesslers dagegen am 25. Mai jenes Jahres kantonale und eidgenössische erhobene Nichtigkeitsbeschwerden wiesen das Zürcher Kassations- sowie das Bundesgericht mit Entscheiden vom 5. Dezember 1999 bzw. 26. September 2000 ab (act. 5/11/1 S. 2; BGr, 26. September 2000, 6S.367/1998, www.bger.ch).

In einem vor Bundesgericht am 5. Juli 2006 abgeschlossenen Verfahren ergab sich, dass die Vollstreckungsverjährung für diese Strafe nach geltendem Recht jedenfalls nicht vor März 2007 eintrete (BGr, 5. Juli 2006, 6A.47/2006, www.bger.ch = act. 6/11.26). Erwin Kessler hätte sie am 5. Dezember 2006 antreten müssen, tauchte aber zuvor unter und wurde bislang erfolglos zur Verhaftung ausgeschrieben (act. 5/6, 6/14-16).

Erwin Kessler hatte das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich unter dem 24. November 2006 um die Feststellung ersucht, dass vorliegend der "Strafablauf" am 31. Dezember 2006 eintreten werde, unter Entschädigungsfolge zu Lasten des Staats; das Justizvollzugsamt verneinte mit Antwortschreiben vom selben Tag ein Feststellungsinteresse (act. 5/3).

II.

Erwin Kessler liess hiergegen am 29. November 2006 rekurrieren und beantragen, unter Entschädigungsfolge (1) den Strafantritt einstweilen aufzuschieben bis zum Vorliegen einer neu zu schliessenden Vollzugsvereinbarung mit Strafablauf 31. Dezember 2006, (2) eventualiter den Strafvollzug am 31. Dezember 2006 bis zum rechtskräftigen Entscheid über den Rekurs zu unterbrechen, (3) subeventualiter festzustellen, dass der Strafablauf am 31. Dezember 2006 eintreten werde (act. 5/2).

Die Direktion der Justiz und des Innern behandelte die Rechtsbegehren 1 und 2 als solche um Erlass vorsorglicher Massnahmen und lehnte sie mit (Zwischen-)Verfügung vom 29./30. November 2006 ab (act. 5/4). In der Rekursantwort vom 1. Dezember 2006 bean-

trage das Justizvollzugsamt "unter Hinweis auf unsere Rechtsauffassung in der angefochtenen Verfügung, an der wir ... festhalten, den Rekurs ... abzuweisen" (act. 5/8).

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2006 wies die Direktion der Justiz und des Innern das Rechtsmittel unter Kostenfolge ab (act. 4).

III.

Erwin Kessler liess beim Verwaltungsgericht am 18. Dezember 2006 Beschwerde führen mit dem Antrag, die Direktion der Justiz und des Innern in Aufhebung ihrer Verfügung vom 7. Dezember 2006 anzuweisen, nach Gewährung rechtlichen Gehörs neu zu entscheiden, unter Entschädigungsfolge zu Lasten des Staats; zum Verfahren wurde um eine superprovisorische Massnahme des Inhalts ersucht, bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids den Strafvollzug am 31. Dezember 2006 zu unterbrechen (act. 2 S. 1 f.; vgl. auch act. 3).

Das Verwaltungsgericht zog darauf von der Direktion der Justiz und des Innern sowie dem Justizvollzugsamt die Vorakten bei (act. 5 f.).

Am 20./21. Dezember 2006 erstattete das Justizvollzugsamt unaufgefordert eine Beschwerdeantwort, die zwar keinen förmlichen Antrag stellt, aber inhaltlich klar zu Rekursabweisung tendiert (act. 7). Nach Anfrage verzichtete die Direktion der Justiz und des Innern am 21. Dezember 2006 auf Vernehmlassung zum Rechtsmittel (act. 8).

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Erledigung des gegenwärtigen Geschäfts fällt, weil ihm weder prinzipielle Bedeutung eignet noch der Regierungsrat als Vorinstanz gearmtet hat, kraft § 38 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) gerichtsintern in einzelrichterliche Kompetenz; es dreht sich hier nämlich um Anordnungen auf Grund der §§ 16 sowie 29 Abs. 1 des Kantonalen Straf- und Vollzugsgesetzes vom 30. Juni 1974 (StVG, LS 331) in Verbindung mit den §§ 2, 5 lit. a, 8 Abs. 1 lit. a, 11,

- 4 -

26 ff., 34 Abs. 1 sowie 38 der Justizvollzugsverordnung vom 24. Oktober 2001 (JVV, LS 331.1).

1.2 Laut § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 VRG prüft das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit als solches von Amts wegen. § 43 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Abs. 2 VRG erlaubt die Beschwerde gegen Anordnungen in Straf- und Polizeistrafsachen, einschliesslich Vollzugs von Strafen sowie Massnahmen, als eine Alternative nur, soweit darauf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht möglich ist (vgl. auch § 19b Abs. 1 VRG, §§ 27 und 36 je Abs. 2 StVG, § 147 JVV). Das trifft zu, wenn es sich wie hier um die Vollstreckungsverjährung – nunmehr gemäss künftigem Recht – handelt, hat doch das Bundesgericht in Sachen der Parteien eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur gleichen Frage nach noch geltendem Recht an die Hand genommen (siehe act. 5/11/1 E. 2.2, 6/11.26 E. 2).

Vorliegend geht es letztlich um das dem Beschwerdegegner und der Vorinstanz unterbreitete Feststellungsbegehren (oben I Abs. 3, II Abs. 1). Die angefochtene Verfügung hat zu Recht ein Feststellungsinteresse des Beschwerdeführers anerkannt (act. 4 E. 2); darauf lässt sich gestützt auf § 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG verweisen. Freilich nimmt dieses Feststellungsinteresse im alten Jahr Tag für Tag in gleichem Mass ab, wie eine Verhaftung des Beschwerdeführers unwahrscheinlicher wird, und erlischt als Paradox mit dem Termin, auf dessen Ende jener für seine Strafe den Eintritt der Vollstreckungsverjährung festgestellt wissen will. Denn er hat bei der Vorinstanz bereits den zutreffenden Schluss erwirkt, dass er, "sollte er die Strafe bis zum 31. Dezember 2006 nicht angetreten haben, diese nicht mehr zu verbüssen hat" (act. 4 E. 3.1).

Ebenso erscheinen gegenwärtig die restlichen Eintretensbedingungen ohne Weiteres als erfüllt (vgl. auch act. 2 S. 2).

1.3 Heute wird in der Hauptsache ein Endentscheid zu Gunsten des Beschwerdeführers gefällt. Eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiergegen entfaltet nicht von selbst aufschiebende Wirkung (Art. 111 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943

[SR 173.110]. Deshalb erübrigt sich einstweiliger Rechtsschutz, worum die Beschwerde ersucht.

2.

2.1 Der Beschwerdeführer findet, die vorinstanzliche Endverfügung sei aufzuheben, weil er sich nicht zur Rekursantwort äussern können (act. 2 S. 3). – Gemäss bundesgerichtlicher Praxis zeitigt eine Gehörsverweigerung unbesehen die materielle Richtigkeit eines angefochtenen Entscheids grundsätzlich dessen Kassierung (vgl. VGr, 12. August 2005, VB.2005.00271, E. 2.1, mit Hinweisen, www.vgrzh.ch). Die gleiche Rechtsprechung gestattet aber beim Weiterzug ausnahmsweise eine Heilung der Gehörsverletzung, wenn (1) diese nicht besonders schwer wiegt, (2) die Rechtsmittel- gegcnüber der unteren Behörde im fraglichen Punkt nicht eine eingeschränktere Kognition besitzt und (3) der verletzten Partei aus der Heilung kein Nachteil erwächst, das heisst, falls jene ihre Rechte vor der oberen Instanz voll wahren kann (BGE 107 Ia 1 S. 2, 127 V 431 E. 3d/aa, 129 I 129 E. 2.2.3; VGr, 12. August 2005, VB.2005.00271, E. 2.4, www.vgrzh.ch; zur hierüber kontroversen Lehre zuletzt weitergehend Hansjörg Seiler, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 100/2004, S. 377 ff., und restriktiver Benjamin Schindler, Die «formelle Natur» von Verfahrensgrundrechten, ZBl 106/2005, S. 169 ff. – beide bislang ohne erkennbaren Einfluss auf das Bundesgericht).

Angesichts der eigentlich inhaltslosen Rekursantwort (vgl. oben II Abs. 2) kann, wenn überhaupt, bloss von einer nicht besonders schwer wiegenden Gehörsverletzung die Rede gehen. Sodann ist die verwaltungsgerichtliche Kognition bei der – keine Ermessensausübung verlangenden – Beurteilung der Vollstreckungsverjährung bzw. des diesbezüglichen Feststellungsinteresses so umfassend wie jene der Vorinstanz. Endlich hätte sich der Beschwerdeführer in seinem Rechtsmittel zur Rekursantwort äussern können. Also gilt es eine allfällige Gehörsverletzung als geheilt zu betrachten. Damit muss die Beschwerde insofern abgewiesen werden, als man ihren Antrag zur Sache streng wörtlich versteht.

Allerdings bringt die Beschwerde auch inhaltliche Argumente für eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung vor (act. 2 S. 3 f.). Dringt sie aber damit durch, muss der Einzelrichter die Angelegenheit nicht in Anwendung von § 64 Abs. 1 VRG an die Vorinstanz

- 6 -

zurückweisen, sondern kann gestützt auf § 63 Abs. 1 VRG gleich selbst entscheiden. Das verstösst nicht gegen das Verbot der *reformatio in melius* nach § 63 Abs. 2 VRG; denn sinngemäss und namentlich in Verbindung mit dem Verfahrensantrag liegt dem Rechtsmittel ja das Feststellungsbegehren des Rekurses zugrund.

2.2 Am 1. Januar 2007 treten Änderungen des Strafgesetzbuchs (SR 311.0) in Kraft, die auch die Vollstreckungsverjährung beschlagen (AS 2006, S. 3459 ff., 3497 f., 3532 f. und 3535). Altes (Art. 75 Ziff. 1) und neues (Art. 99 Abs. 2 lit. a) Recht stimmen insofern überein, als die Verjährung einer Freiheitsstrafe während deren ununterbrochenen Vollzugs ruht bzw. sich um diese Zeit verlängert. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, unterscheiden sie sich jedoch darin, dass die Verjährung gemäss noch nicht geltendem revidiertem Recht selbst dann schon eingetreten wäre, wenn der Beschwerdeführer am 5. Dezember 2006 hätte seine Strafe zu verbüssen anfangen wollen (act. 4 E. 3.1; vgl. ferner act. 2 S. 3 f.). Zum Übergangsrecht sagt der geänderte Art. 389 Abs. 1, mangels abweichender Regelung fänden die neuen Bestimmungen – falls milder als die bisherigen – ebenso auf Täter Anwendung, die vor Inkrafttreten "dieses Gesetzes" beurteilt worden seien. Es fragt sich also, ob der Beschwerdeführer zum bevorstehenden Jahreswechsel aus einem allenfalls begonnenen Strafvollzug zu entlassen wäre. Die angefochtene Verfügung verneint das (act. 4 E. 3.2).

Das von der Vorinstanz dafür Zitierte stützt ihre Meinung nicht. Gewiss tritt laut altem wie neuem Recht die Verjährung während ununterbrochenen Strafvollzugs nicht ein. Gälte Ersteres weiter, wonach die Verjährungsfrist hier noch läuft (vgl. oben I Abs. 2), dürfte der gegebenenfalls verhaftete Beschwerdeführer Anfang kommenden Jahres keine Entlassung beanspruchen. Gemäss offenkundig milderem, gerade dann Platz greifendem revidiertem Recht indes ist die fragliche Strafe wie gesehen verjährt und wäre es – in sich aufdrängendem hypothetischem Rückblick – eben schon gewesen, wenn der Beschwerdeführer sie am 5. Dezember 2006 hätte zu verbüssen anfangen wollen. Weil sich insofern die Verjährungsfrist gar nicht zu verlängern vermag, kann die Anwendung der *lex mitior* nur bedeuten, dass mit deren Inkrafttreten am 1. Januar 2007 vorliegend für die Strafvollstreckung kein Raum mehr bleibt. So wirkt der geänderte Art. 389 zur Verjährung als spezielle Über-

gangsbestimmung zur allgemeinen von Art. 388 Abs. 1, kraft welcher "Urteile, die in Anwendung bisherigen Rechts ausgesprochen worden sind, ... nach bisherigem Recht vollzogen [werden]" (Satz 1); zudem behält Satz 2 die Ausnahmen der folgenden Absätze vor, und Absatz 2 sagt: "Bedroht das neue Recht die Tat, für welche nach bisherigem Recht eine Verurteilung erfolgt ist, nicht mit Strafe, so wird die ausgesprochene Strafe ... nicht mehr vollzogen". Das lässt sich auch auf die Verjährung übertragen. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung der angefochtenen Verfügung muss das Feststellungsbegehren deshalb gutgeheissen werden.

Die Einwände der Beschwerdeantwort gegen diese Auslegung schlagen nicht durch (act. 7 S. 2). Dass alsdann angeblich "eine hohe Anzahl von StraftäterInnen [welche zum Teil schwere Straftaten gegen Leib und Leben, schwere Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc., begangen haben] ohne Stufenvollzug, bzw. ohne Resozialisierungsschritte ... per 01.01.2007 aus dem laufenden Strafvollzug entlassen werden müsste" und dass das "kaum das Interesse des Gesetzgebers bei der Gesetzesrevision gewesen sein [kann]", gilt es zu relativieren. Die Botschaft zu den hier interessierenden Änderungen des Strafgesetzbuchs stammt vom 21. September 1998, die Bundesversammlung beschloss diese am 13. Dezember 2002, die Referendumsfrist dafür lief am 3. April 2003 unbenützt ab, und am 5. Juli 2006 setzte der Bundesrat die neuen Bestimmungen auf den 1. Januar 2007 in Kraft (AS 2006, S. 3459 und 3535). Die Strafvollzugsbehörden mussten sich also nicht überraschen lassen, sondern konnten das ihnen nötig Scheinende rechtzeitig vorkehren.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang ist auch über die Verlegung der Rekurskosten von Fr. 946.- neu zu befinden (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 13 N. 28; act. 4 Dispositiv-Ziffer II). Der Beschwerdeführer strebt bei der Vorinstanz in erster Linie das Aufschieben des Strafantritts an; damit ist er nicht durchgedrungen, sondern bloss mit seinem Subeventualbegehren (vgl. oben II; act. 4 E. 3.3). Es rechtfertigt sich deshalb, die Parteien als nur je hälftig obsiegend bzw. unterliegend zu betrachten und mit den Rekurskosten zu gleichen

Teilen zu belasten (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VRG; ferner act. 4 E. 4). Das gilt auch für das Folgende umso mehr, als das Verursacherprinzip und Billigkeitsgründe gegen den Beschwerdeführer sprechen (dazu Kölz/ Bosshart/Röhl, § 13 N. 20 ff.). Er hat es – mehrfach alle inländischen Instanzenzüge erschöpfend – mit Hinhaltenaktik sowie unter Verursachung nicht zu deckender Kosten verstanden, der Strafverbüßung zu entgehen, und zudem durch sein Untertauchen eine Vollzugsvereinbarung betreffend Strafantritt am 5. Dezember 2006 gebrochen (siehe BGr, 3. Juni 2005, 6A.15/2005 – 5. Juli 2006, 6A.47/2006 – 1. Dezember 2006, 6A.105/2006 [alles unter www.bger.ch]; act. 6/13.4/2).

Eine hälftige Kostenbelastung der Parteien ist gleichermassen für das Beschwerdeverfahren angezeigt (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Dem Beschwerdeführer ging es nämlich nicht in erster Linie um das in seinem Antrag denn auch keineswegs erwähnte – nun geschützte – Feststellungsbegehren materiellrechtlicher Natur, sondern um Zeitgewinn durch die (hier verweigerte) Rückweisung der Sache aus formellen Gründen; dergestalt versuchte er offenbar die Gefahr zu bannen, dass das Verwaltungsgericht das Feststellungsbegehren ablehnen könnte und deswegen ebenso wenig den angestrebten einstweiligen Rechtsschutz gewähren würde (vgl. oben III Abs. 1).

Da der Beschwerdeführer weder bei der Vorinstanz noch vor dem Verwaltungsgericht als mehrheitlich obsiegend erscheint, bleibt ihm für Rekurs- wie Beschwerdeverfahren eine Parteidentschädigung versagt (§ 17 Abs. 2 VRG; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 32 ff.). Eine solche für das Verfahren vor dem Beschwerdegegner fällt laut § 17 Abs. 1 VRG von vornherein ausser Betracht.

Demgemäss entscheidet der Einzelrichter:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung der Verfügung der Direktion der Justiz und des Innern vom 7. Dezember 2006 wird festgestellt, dass die Vollstreckungsverjährung für die 45 Tage Gefängnis gemäss Obergerichtsurteil vom 10. März 1998 mit Beginn des 1. Januars 2007 eintritt.

- 9 -

Die Rekurskosten von Fr. 946.- werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 1'500.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 60.-- Zustellungskosten,
Fr. 1'560.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Eine Parteientschädigung wird weder für das Beschwerde- und das Rekurs- noch das Verfahren vor dem Beschwerdegegner zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben werden.
6. Mitteilung an:
 - a) die Parteien (vorab per Fax), an den Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von act. 2, an den Beschwerdeführer unter Beilage von Kopien der act. 7 und 8;
 - b) die Direktion der Justiz und des Innern (vorab per Fax);
 - c) den Regierungsrat;
 - d) das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (vorab per Fax).

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Einzelrichter:



Die Gerichtssekretärin:



Versandt: **29. Dez. 2006**