

sen Straftatbestand nicht. Die durch falsche Angaben erschlichene Aufenthaltbewilligung sei nicht nichtig oder unwirksam, sondern rechtsbeständig, bis sie allenfalls widerrufen werde, und der Ausländer halte sich daher rechtmässig in der Schweiz auf, solange die Bewilligung nicht widerrufen worden sei (vgl. Art. 1, Art. 9 Abs. 2 lit. a, Art. 12 Abs. 3 ANAG). Nicht zu prüfen sei, ob sich der Beschwerdeführer durch sein Verhalten allenfalls einer «anderen Zuwiderhandlung gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften» im Sinne von Art. 23 Abs. 6 ANAG strafbar gemacht habe, weil diese Widerhandlung als blosser Übertretung verjährt wäre.

33

- **Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB). Überprüfung einer Verfügung des Zivilrichters (Amtsbefehl gemäss Art. 145ff. ZPO) auf ihre Rechtmässigkeit durch den Strafrichter; Kognition (Fragen offengelassen)? Zuständigkeit der verfügenden Behörde als Tatbestandsmerkmal (Erw. a).**
- **Befehlsverfahren; Besitzschutz (Art. 146 Ziff. 1 ZPO; Art. 928 ZGs). Im summarischen Befehlsverfahren vor dem Kreispräsidenten kann nur der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch durchgesetzt werden, nicht jedoch der dem Schadenersatzrecht angehörende Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes (Erw. b).**

Erwägungen:

1. Gemäss Art. 292 StGB wird wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen mit Haft oder mit Busse bestraft, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.

a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Strafrichter in einem Verfahren wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB die Rechtmässigkeit der Verwaltungsverfügung frei prüfen, wenn dagegen keine Beschwerde an das Verwaltungsgericht möglich war. Die Kognition des Strafrichters ist auf offensichtliche Rechtsverletzung und Ermessensmissbrauch beschränkt, wenn eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht zwar möglich war, von dieser Möglichkeit aber nicht Gebrauch gemacht wurde oder der Entscheidung des Verwaltungsgerichts noch aussteht. Ist die Rechtmässigkeit der Verfügung von einem Verwaltungsgericht bejaht worden, so kann der Strafrichter sie nicht mehr überprüfen. Verfügungen mit der Androhung von Strafen gemäss Art. 292 StGB im Falle des Ungehorsams können nun nicht nur im Verwaltungsverfahren, sondern auch

in anderen Verfahren getroffen werden, etwa im Rahmen eines Zivilprozesses. Das Bundesgericht hat sowohl in BGE 98 IV 106 als auch in BGE 121 IV 32 offengelassen, ob der Strafrichter in einem Verfahren wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB die Verfügung eines Zivilrichters auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen kann und welche Kognition ihm dabei gegebenenfalls zusteht, wenn die Verfügung des Zivilrichters mit einem Rechtsmittel hätte angefochten werden können, dies aber, wie im vorliegenden Fall, unterblieben ist (vgl. zum Ganzen BGE 121 IV 31f.). Grundsätzlich ist indes nicht einzusehen, weshalb die Überprüfbarkeit einer Verfügung, der wie vorliegend ein zivilrechtliches Verfahren zugrunde liegt, nicht den gleichen Kriterien unterliegen soll wie eine Verwaltungsverfügung (vgl. LGVE 1983 Nr. 60). Stratenwerth vertritt gar die Auffassung, dass der Richter Strafe nur verhängen dürfe, wenn nach seiner Überzeugung alle Voraussetzungen des tatbestandlichen Unrechts gegeben seien, wozu auch die Rechtmässigkeit der Verfügung gehöre, und zwar unabhängig davon, ob die Verfügung überprüft werden könne oder überprüft worden sei (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 4. Auflage, Bern 1995, 5.269). Zum vorstehenden Problemkreis braucht jedoch nicht abschliessend Stellung genommen werden, da im vorliegenden Fall nicht die Überprüfung des Amtsbefehls des Kreispräsidenten vom 24. Januar 1995 auf seine Rechtmässigkeit im engeren Sinne in Frage steht, sondern - wie nachfolgend auszuführen sein wird - es zu prüfen gilt, ob das Tatbestandsmerkmal des Vorliegens einer durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten erlassenen Verfügung vorliegt oder nicht. Diese vorfrageweise Abklärung muss der Strafrichter aber zweifellos vornehmen, da sie notwendigerweise zur richtigen Anwendung von Art. 292 StGB gehört (vgl. ZR 87 Nr. 58; PKG 1957 Nr. 50).

b) Das bündnerische Befehlsverfahren ist ein summarisches Verfahren, das unter anderem zum Schutze eines bedrohten Besitzstandes (Art. 928 ZGB) zulässig ist (Art. 146 ZPO). Die Tatsache, dass Amtsbefehle vielfach zu einem endgültigen Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen führen, obwohl sie bloss aufgrund summarischer Kognition und damit ohne volle Sach- und Rechtsprüfung ergangen sind, ruft indes zu einer genauen Bestimmung des im Befehlsverfahren Durchsetzbaren. Die Gefahr der Unrichtigkeit solcher Entscheide muss auf die vom Gesetzgeber gewollten Fälle beschränkt sein und darf nicht - etwa eben über das Besitzschutzverfahren als «Mädchen für alles» - beliebig ausgedehnt werden (Rehli, Das Befehlsverfahren nach bündnerischem Recht, insbesondere sein Anwendungsbereich, Zürich 1977, S. 31). Unter der Marginalie «Anwendungsfälle» wird denn in Art. 145 ZPO hierzu festgehalten, dass der zuständige Kreispräsident durch Amtsbefehl die zum Rechtsschutz erforderlichen Massnahmen treffen kann, wenn

jemand durch die beabsichtigte oder begonnene

Handlung eines andern oder durch Unterlassung einer solchen in seinen Rechten verletzt oder gefährdet wird. Das Amtsbefehlsverfahren im Bereiche des Besitzschutzes richtet sich demnach offensichtlich auf die Beseitigung der Störung und Unterlassung fernerer Störungen. Diese beiden bündesrechtlichen Klagen wenden sich gegen die zukünftige Störung und dienen nicht der Wiedergutmachung der Folgen von in der Vergangenheit liegenden Störungen. Sie sind gegeben, wenn zukünftige Störungen zu befürchten sind, sei es wegen bereits erfolgter Störungen mit der Gefahr der Wiederholung, wegen andauernder Störungen oder aus anderen Gründen (Berner Kommentar, Band IV Sachenrecht, 2. Auflage, Bern 1984, N 39 zu Art. 928 ZGB). Hier ist ein rascher Rechtsschutz zur Bewahrung des früheren tatsächlichen Zustandes erforderlich und diesem Zweck dient das Amtsbefehlsverfahren. Dagegen stellen einmalige Handlungen, die in ihren Wirkungen auf den Besitz mit der Tat - wie dies vorliegend für das Abtragen von Steinen aus der fraglichen Mauer bzw. die Zerstörung derselben zutrifft - abgeschlossen sind, zwar ebenfalls eine Besitzverletzung dar; sie geben aber, wenn aus ihnen nicht auf die Gefahr der Wiederholung zu schliessen ist, keinen Besitzschutzanspruch, denn der Besitzschutz richtet sich gegen die Beeinträchtigung des Besitzes selbst und nicht auf die Behebung des eventuell dadurch verursachten Schadens. Für letzteres gibt das Gesetz den Schadenersatzanspruch, der der Herstellung des früheren Zustandes als Beseitigung der Wirkungen einer abgeschlossenen Störung dient (vgl. Berner Kommentar, a.a.O., N 25 und 42 zu Art. 928 ZGB). Hierbei handelt es sich indes im Gegensatz zur Beseitigungs- und Unterlassungsklage, wo zur einstweiligen Wahrung der Interessen des Besitzers ein rasches Eingreifen erforderlich ist, um die endgültige und dauernde Regelung streitiger zivilrechtlicher Verhältnisse, die der Natur der Sache nach in einem ordentlichen Verfahren und nicht in einem summarischen Besitzschutzverfahren zu erfolgen hat. Wie bereits oben festgehalten, ist denn die Zuständigkeit des Kreispräsidenten im Befehlsverfahren auch auf den Rechtsschutz gegen Verletzungen oder Gefährdungen durch beabsichtigte oder begonnene Handlungen beschränkt und bezieht sich nicht auch auf die Behebung der Wirkungen einer abgeschlossenen Störung. War aber nach dem Gesagten der Kreispräsident nicht zur Beurteilung der Schadenersatzklage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes zuständig und ist somit der gegenüber der Beufungsklägerin erlassene Amtsbefehl nicht rechtmässig, so geniesst dieser keinen strafrechtlichen Schutz und kann demzufolge auf Grundlage dessen keine Bestrafung gemäss Art. 292 StGB erfolgen. Das angefochtene Urteil ist somit in Gutheissung der Berufung aufzuheben und R. von der Anklage der Widerhandlung gegen eine amtliche Verfügung gemäss

Art. 292 StGB freizusprechen.
SB 35/96

Urteil vom 7. August 1996

134