

SK-Nr. 2007/176

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleant Aebi (Präsident i.V.), Obergerichtssuppleantin Bratschi und Oberrichterin Schnell sowie Kammerschreiberin D'Angelo

vom 26. Juli 2007

in der Strafsache gegen

L.,

wegen ANAG-Widerhandlung und Widerhandlung gegen das Transportgesetz

Regeste

Schuld und Tatfolgenden erscheinen beim von Angeschuldigten begangenen Reisen ohne gültigen Fahrausweis gemäss Art. 51 Transportgesetz neben der ANAG-Widerhandlung geringfügig, weshalb in Anwendung von Art. 52 StGB auf die zusätzliche Auferlegung einer Übertretungsbusse verzichtet wird.

Bei der Strafzumessung gestützt auf den Schuldspruch wegen rechtswidrigen Verweilens in der Schweiz gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG stellt sich insbesondere die Frage nach der Strafart. Von der Anordnung gemeinnütziger Arbeit ist bei abgewiesenen Asylbewerbern abzusehen. Eine Geldstrafe macht ebenfalls keinen Sinn, wenn zum vornherein feststeht, dass der Angeschuldigte diese nicht bezahlen kann. Unter den in Art. 41 Abs. 1 StGB genannten Voraussetzungen ist die Aussprechung einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe möglich, auch wenn die Strafdrohung von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG nicht auf Freiheitsstrafe, sondern auf Geldstrafe lautet.

Beim Widerruf der bedingten Vorstrafe kommt eine Gesamtstrafe nur bei Änderung der Strafart gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB in Betracht.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Der Angeschuldigte war erstinstanzlich der Widerhandlung gegen das ANAG durch rechtswidriges Verweilen in der Schweiz und der Widerhandlung gegen das Transportgesetz

schuldig erklärt worden. Er wurde deshalb zu einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen unbedingt verurteilt. Zugleich wurde der ihm mit Strafmandat vom 11. Mai 2006 für eine Gefängnisstrafe von 20 Tagen gewährte bedingte Strafvollzug widerrufen. Infolge beschränkter Appellation des Angeschuldigten ist der Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Transportgesetz in Rechtskraft erwachsen. Zu überprüfen waren oberinstanzlich der Schuldspruch wegen ANAG-Widerhandlung mit dem dazugehörigen Sanktionen- und Kostenpunkt sowie das Widerrufsurteil unter Beachtung des Verschlechterungsverbots gemäss Art. 358 StrV.

Auszug aus den Erwägungen

I. Formelles

(...)

II. Sachverhalt/Beweiswürdigung

(...) Es ist somit erwiesen, dass sich der Angeschuldigte in der zu überprüfenden Zeitdauer vom 11. September 2006 bis 15. Januar 2007 (vgl. Ausdehnungsbeschluss pag. 403) in der Schweiz aufhielt, obwohl er das Land gemäss der rechtskräftigen Wegweisungsverfügung hätte verlassen müssen.

Der Angeschuldigte macht geltend, er werde in seinem Heimatland verfolgt und könne infolgedessen nicht dorthin zurückkehren. Ob dem so ist und gestützt darauf ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, wird nachfolgend unter den rechtlichen Erörterungen zu prüfen sein.

III. Rechtliches

1. Wer rechtswidrig das Land betritt oder darin verweilt, wird mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft (Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG).

Den objektiven Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG erfüllt, wer rechtswidrig im Lande verweilt. Rechtswidrig verweilt in der Schweiz, wer trotz eines rechtlichen Gebotes zur Ausreise oder eines rechtlichen Verbotes zum Aufenthalt über eine gewisse Dauer hinaus in der Schweiz anwesend ist. Als rechtliche Verbote oder Gebote sind alle einschlägigen Regeln des Gesetzes, aber auch die Verfügungen und Urteile anzusehen,

welche den Aufenthalt des Ausländers betreffen. Zur Erfüllung des Tatbestands des "rechtswidrigen Verweilens" ist ferner Vorsatz nötig, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Ausländer muss wissen oder es billigend in Kauf nehmen, dass er entweder keine Aufenthaltsbewilligung hat oder eine erteilte Aufenthaltsbewilligung nicht mehr gültig ist (ROSCHACHER, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), Chur/Zürich 1991, S. 42 und 60).

2. (...)
3. (...)
4. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zu verneinen. (...)
5. Nach dem Gesagten ist der Tatbestand des rechtswidrigen Verweilens in der Schweiz im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG in der Zeit von 11. September 2006 bis 15. Januar 2007 erfüllt und der Angeschuldigte entsprechend schuldig zu erklären.

III. Strafzumessung

1. Allgemeines (...)

2. Strafraumen

Gegenstand der vorliegend vorzunehmenden Strafzumessung bildet nebst den Widerhandlungen gegen das ANAG auch der in Rechtskraft erwachsene Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Transportgesetz durch Reisen ohne gültigen Fahrausweis am 28. Juli 2006 und 16. September 2006.

Das Reisen ohne gültigen Fahrausweis wird mit Busse bestraft (Art. 51 Abs. 1 lit. b Transportgesetz). Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG sieht für den illegalen Aufenthalt eine Geldstrafe von einem bis maximal 180 Tagessätzen vor.

3. Tat- und Täterkomponente

Der Angeschuldigte hielt sich seit 5 Monaten andauernd rechtswidrig in der Schweiz auf. Die Einreise erfolgte primär aus wirtschaftlichen und nicht aus politischen Gründen. Die

gemäss den Anzeigen vom 7. und 9. Oktober 2006 gegenüber der Polizei gemachten Äusserungen, er werde die Schweiz nicht freiwillig verlassen und es sei ihm egal, wie oft man ihn anzeigen werde, lassen erkennen, dass er mit einer grossen Beharrlichkeit den rechtswidrigen Aufenthalt aufrecht zu erhalten gewillt war. So vermochte denn auch eine erste Verurteilung wegen Widerhandlung gegen das ANAG durch rechtswidriges Verweilen in der Schweiz (Strafmandat des Untersuchungsrichteramtes III Bern-Mittelland vom 11. Mai 2006) den Angeschuldigten nicht von einem weiteren illegalen Verweilen in der Schweiz abzuhalten. Dabei handelte der Angeschuldigte direktvorsätzlich. Es ging ihm darum, zusammen mit seiner Freundin X und dem gemeinsamen Kind in der Schweiz leben und von den Sozialeinrichtungen unseres Landes profitieren zu können. Dabei nahm er in Kauf, die hier geltenden Regeln zu missachten. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen kann auf die erstinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden. (...) Negativ ins Gewicht fällt, dass L. eine einschlägige Vorstrafe aufweist. Mit Strafmandat der a.o. Untersuchungsrichterin 6 des Untersuchungsrichteramtes III Bern-Mittelland vom 11. Mai 2006 wurde er wegen rechtswidrigen Aufenthalts zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 20 Tagen bei einer Probezeit von 2 Jahren verurteilt. Die aktenskundigen Bussen wegen Widerhandlung gegen das Transportgesetz durch Reisen ohne gültigen Fahrausweis sind demgegenüber vernachlässigbar. Der Angeschuldigte hat sich im Verfahren korrekt verhalten. Nicht zu erkennen sind jedoch Einsicht oder Reue bezüglich des andauernden rechtswidrigen Verweilens in der Schweiz. Er fühlt sich durch die strafrechtliche Verfolgung ungerecht behandelt und bekennt offen, nicht ausreisen zu wollen. So gedenkt er auch in Zukunft nicht, die Schweiz zu verlassen.

4. Verschulden und Strafmass, Frage des bedingten Strafvollzugs

a) Verschulden

Unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsfaktoren ist das Verschulden des Angeschuldigten als erheblich einzustufen. Eine Geldstrafe müsste - wie vom Vorderrichter richtig dargelegt - auf 30 Tagessätze bemessen werden, um dem Verschulden angemessen Rechnung zu tragen. Im Vergleich dazu erscheinen Schuld und Tatfolgen des mit Busse bedrohten Reisens ohne gültigen Fahrausweis gering, so dass die Vorinstanz in Anwendung des in Art. 52 StGB verankerten Opportunitätsprinzips zu Recht darauf verzichtet hat, deswegen eine Übertretungsbusse aufzuerlegen, worauf oberinstanzlich schon wegen des Verschlechterungsverbots nicht mehr zurückzukommen ist.

b) Frage des bedingten Strafvollzugs

Das Gericht schiebt gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Materielle Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Vollzuges ist damit in Umkehrung des bis Ende 2006 geltenden Rechts und in Anlehnung an die bisher herrschende Praxis das Fehlen einer ungünstigen Prognose (Botschaft, BBl 1999 2049).

Die Kammer gelangt in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter zum Schluss, dass dem Angeschuldigten aufgrund der wegen des gleichen strafbaren Verhaltens bereits mit Strafmandat vom 11. Mai 2006 auferlegten Gefängnisstrafe und seiner standhaften Weigerung, in Befolgung der Wegweisungsverfügung die Schweiz zu verlassen, eine ungünstige Prognose gestellt werden muss. Dem Angeschuldigten ist es laut eigenem Bekunden egal, wie oft er angezeigt wird; von seinem strafbaren Verhalten gedenkt er auch in Zukunft nicht abzulassen. Unter diesen Umständen ist auch vom Widerruf (vgl. nachfolgend) des mit Strafmandat des Untersuchungsrichteramtes III Bern-Mittelland vom 11. Mai 2006 für eine Gefängnisstrafe von 20 Tagen gewährten bedingten Strafvollzugs keine nachhaltige Wirkung zu erwarten, welche den Angeschuldigten von künftigen Straftaten abhalten würde. Der bedingte Strafvollzug kann ihm aus diesen Gründen nicht gewährt werden.

c) Straftat

• Geldstrafe

Der Angeschuldigte ist abgewiesener Asylbewerber, der keiner Arbeit nachgehen darf und lediglich über die minimale Sozialhilfe von Fr. 11.-- pro Tag verfügt. Die Ausfällung einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen selbst mit dem tiefsten Ansatz von Fr. 30.-- würde bedeuten, dass der Angeschuldigte innert der gesetzlich vorgesehenen Frist von 12 Monaten (Art. 35 StGB) eine Geldstrafe von Fr. 900.-- zu bezahlen hätte. Dies würde entweder dazu führen, dass der Staat, dem die Geldstrafe zufließen soll, diese indirekt selber finanziert, womit der Strafzweck verfehlt wird, oder dass der Angeschuldigte die Geldstrafe nicht bezahlen kann, so dass diese in Anwendung von Art. 36 StGB nach erfolgloser Betreibung in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden muss. Wo dies von vornherein feststeht, kommt die Geldstrafe als Alternative zur kurzen Freiheitsstrafe oder zur gemeinnützigen Arbeit nicht in Frage (vgl. auch Urteile der 1. und 2. Strafkammer SK Nr. 2007/92 und 188).

- Gemeinnützige Arbeit

Gemäss Art. 37 StGB kann das Gericht mit Zustimmung des Täters an Stelle einer Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten oder einer Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden anordnen. Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall mit zutreffender Begründung von der Anordnung gemeinnütziger Arbeit abgesehen:

"Der Botschaft des Bundesrates an das Parlament vom 21.09.1998 ist zu entnehmen, gemeinnützige Arbeit soll nicht – wie ihre Bezeichnung als Ersatz für die Geldstrafe vielleicht vermuten lässt – in erster Linie als Sanktion für Arbeitslose, sondern für berufstätige Verurteilte dienen. Im Normalfall wird sie daher in der Freizeit, d.h. am Abend oder an den Wochenenden geleistet (BBl 1999, 2026). So wurde denn der Umrechnungsschlüssel (1 Tagessatz = 4 Stunden; Art. 39 Abs. 2 StGB) bewusst so gewählt, dass er für im Erwerbsleben tätige Personen angemessen erscheint. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum AT StGB eingegangene Anträge, wonach ein variabler Umrechnungssatz einzuführen sei um auch einem niedrigen Beschäftigungsgrad (Arbeitslose, Rentner, Invalide) gerecht zu werden, wurde bewusst abgelehnt (BBl 1999, 2027). Sinn und Zweck der gemeinnützigen Arbeit ist die Schaffung, "einer gesellschaftlich sinnvollen und kostengünstigen Alternative zum Vollzug kurzer Freiheitsstrafen im Gefängnis. Das soziale Netz des Verurteilten bleibt erhalten und der Erwerbstätigkeit kann weiterhin nachgegangen werden. Die gemeinnützige Arbeit wird in der Freizeit des Verurteilten durchgeführt, unentgeltlich und zum Wohle der Allgemeinheit" (Amt für Justizvollzug des Kts. Zürich, zitiert in BGE 1P.526/2006). Die Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit bezweckt somit unter anderem, das soziale Netz des zu einer kurzen Freiheitsstrafe Verurteilten zu erhalten. Dies macht indessen nur Sinn, sofern dieser berechtigt ist, nach der Strafverbüßung für das weitere Fortkommen in der Schweiz zu bleiben. Dafür benötigt ein Ausländer eine Aufenthaltsbewilligung (BGE 1P.526/2006). Daraus ergibt sich, dass die Vollzugsform der gemeinnützigen Arbeit für den illegal in der Schweiz verbleibenden, abgewiesenen Asylbewerber nicht in Frage kommen kann. Das Gegenteil würde nämlich zum paradoxen Ergebnis führen, dass dem wegen seiner illegalen Anwesenheit Verurteilten durch die Strafform der gemeinnützigen Arbeit die Integration und der Aufbau eines sozialen Netzes ermöglicht werden soll. Dies wiederum würde einer raschen Rückführung bzw. der Rückkehrmotivation des rechtswidrig anwesenden Ausländers diametral zuwiderlaufen.

Es liegt an der Strafform der gemeinnützigen Arbeit selber, dass diese nicht – wie die Freiheitsstrafe – an einem Stück vollzogen wird. Zum einen kann Arbeit nur für eine gewisse Anzahl Stunden pro Tag seriös geleistet werden, zum andern wird diese immer wieder unterbrochen durch Wochenende, durch von Seiten des Arbeitgebers bedingte Freitage oder mangels Vorhandenseins von geeigneter Arbeit. Gemäss Art. 38 StGB kann die Vollzugsbehörde eine Vollzugsfrist von bis zu 2 Jahren gewähren. Es wäre deshalb kaum einsehbar, weshalb der Aufenthalt eines illegal in der Schweiz anwesenden Verurteilten weiterhin rechtswidrig bleiben sollte, wenn dieser vom Staat verordnete gemeinnützige Arbeit zu leisten hätte. Der Aufenthalt des Ausländers zwischen den einzelnen Arbeitseinsätzen würde durch die zukünftigen noch zu leistenden Arbeitseinsätze geradezu legalisiert. Gemeinnützige Arbeit kann daher als Strafform nicht bewilligt werden und es erübrigt sich, den Angeschuldigten nach seinem Einverständnis zu dieser Strafform (Art. 37 Abs. 1 StGB) überhaupt zu befragen.

Dass damit Personen ohne Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz von der Strafform der gemeinnützigen Arbeit ausgeschlossen werden, widerspricht gemäss Bundesgericht dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 und 2 BV nicht (BGE 1P.526/2006)."

- Kurze unbedingte Freiheitsstrafe

Sind die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nicht gegeben und ist zu erwarten, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann, kann das Gericht gemäss Art. 41 StGB auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten erkennen.

Es fragt sich, ob diese Bestimmung auch anwendbar ist, wenn im Straftatbestand selbst - wie in Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG - die Strafdrohung ausschliesslich auf Geldstrafe nicht aber auch auf Freiheitsstrafe lautet. Dies ist zu bejahen. Art. 41 StGB gilt als allgemeine Bestimmung grundsätzlich für alle strafbaren Handlungen des Bundesgesetzes. Diese sollen nach einheitlichen Normen beurteilt und gesühnt werden. Abweichungen gelten als Ausnahme, und solche sind nur dort anzunehmen, wo sie sich aus dem Gesetz klar ergeben (vgl. TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch Kurzkommentar, 2. Auflage, Art. 333 N. 1 und 3). Wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit der Aussprechung einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB in gewissen Fällen (z.B. bei ANAG-Widerhandlungen) hätte ausschliessen wollen, so hätte er dies ausdrücklich festgehalten. Eine solche Einschränkung findet sich im Gesetz jedoch nicht und ist auch nicht hinein interpretierbar. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 41 Abs. 1 StGB

ist lediglich, dass der Strafanspruch des Staates nicht auf eine andere Weise durchgesetzt werden kann. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Verurteilte gemeinnützige Arbeit zum Vornherein verweigert und auch eine Geldstrafe mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht bezahlen wird (DONATSCH/FLACHSMANN/HUG, MAURER/WEDER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2006, S. 93 und dort zitierte Botschaft, BBl 1999, 2044). Es müsste denn auch geradezu als stossend und als nicht im Sinne des neuen Sanktionensystems erachtet werden, wenn im vorliegenden Fall der Strafanspruch des Staates nicht durchgesetzt werden könnte. Art. 23 Abs. 1 ANAG sah altrechtlich eine Gefängnisstrafe bis zu 6 Monaten verbunden mit Busse vor. Mit dem neuen Sanktionensystem erfuhr auch die Strafdrohung in Art. 23 Abs. 1 ANAG eine Änderung durch die Ahndung mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen. Es kann jedoch nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, dass sich dadurch eine Änderung im Sinne eines Verzichts auf die Durchsetzung des Strafanspruchs bei abgewiesenen Asylbewerbern, welche rechtswidrig in der Schweiz verweilen, ergeben sollte. Eine explizite Regelung in Art. 23 Abs. 1 ANAG war mit Blick auf das Gesamtgefüge aber nicht nötig, denn Art. 41 Abs. 1 StGB sieht die Möglichkeit der Aussprechung einer vollziehbaren Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten bereits allgemein vor. Die betreffende Bestimmung kommt hier deshalb zur Anwendung.

Nachdem die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe - wie aufgezeigt - nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann, ist vorliegend in Anwendung von Art. 23 Abs. 1 ANAG i.V. mit Art. 41 Abs. 1 StGB auf eine unbedingte Freiheitsstrafe von 30 Tagen zu erkennen.

IV. Widerruf

1. Der Angeschuldigte wurde mit Strafmandat der a.o. Untersuchungsrichterin 6 des Untersuchungsrichteramtes III Bern-Mittelland vom 11. Mai 2006 wegen Widerhandlung gegen das ANAG durch rechtswidriges Verweilen, begangen in der Zeit vom 20. April 2005 bis am 8. April 2006 in Uttigen, zu 20 Tagen Gefängnis unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von 2 Jahren verurteilt. Am 11. September 2006 bis zum 15. Januar 2007, d.h. noch innerhalb der Probezeit, delinquierte der Angeschuldigte in gleicher Weise weiter, was zum vorstehend begründeten Schuldspruch führte.

2. Gemäss Art. 46 StGB widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht und zu erwarten ist, dass er weitere Straftaten verüben wird. Widerruft das Gericht den bedingt gewährten Strafvollzug, kann es gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. Dabei kann das Gericht auf eine unbedingte Freiheitsstrafe nur erkennen, wenn die Gesamtstrafe mindestens 6 Monate erreicht oder die Voraussetzungen nach Art. 41 StGB erfüllt sind. Gemäss Art. 2 der betreffenden Bestimmung verzichtet das Gericht auf den Widerruf, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird.

Bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten im Rahmen von Art. 46 Abs. 2 StGB ist die mögliche Warnwirkung der neuen zu vollziehenden Strafe mitzubersücksichtigen. Das Gleiche gilt auch umgekehrt in Bezug auf die Wirkung des Vollzuges einer Strafe auf Grund des Widerrufs des bedingten Strafvollzuges (BGE 116 IV 178 mit Verweisungen und 116 IV 97).

3. Die in der Probezeit begangenen, im Hauptverfahren zu sanktionierenden Delikte liegen auf dem gleichen Gebiet wie die der Vorstrafe zugrunde liegenden Straftaten. Die neuerliche Verurteilung erfolgte, weil der Angeschuldigte auch nach dem Strafmandat vom 11. Mai 2006 nach wie vor nicht gewillt war, die Schweiz zu verlassen. An der fehlenden Bereitschaft, die Schweiz zu verlassen, hat sich bis heute nichts geändert. Nachdem der Angeschuldigte sich erklärermassen auch künftig weigern wird, auszureisen, muss geradezu erwartet werden, dass er sich als Überzeugungstäter erneut wegen rechtswidrigen Verweilens in der Schweiz strafbar machen wird.

Dem Angeschuldigten muss gestützt auf diese Überlegungen eine ungünstige Prognose gestellt werden. Dies hat zur Folge, dass der bedingte Strafvollzug widerrufen wird.

4. Die Frage der Gesamtstrafe stellt sich vorliegend nicht, weil diese zugeschnitten ist auf Fälle, in welchen die Art der widerrufenen Strafe in Anpassung an die neue Strafe geändert wird. Dies ist hier nicht der Fall. Somit bleibt es bei einer Freiheitsstrafe.

IV. Kosten (...), V. Urteilsdispositiv (...)