

SK-Nr. 2008/80

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Weber und Oberrichter Zihlmann sowie Kammerschreiberin Jungo

vom 17. April 2008

in der Strafsache gegen

O.

Angeschuldigter/Appellant

wegen ANAG-Widerhandlungen und Widerrufs

Regeste

Der subjektive Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG ist vorliegend nicht erfüllt, da der Angeschuldigte aufgrund seines redlichen Bemühens um die Beschaffung der Identitätspapiere nicht billigend in Kauf genommen hat, weiterhin rechtswidrig in der Schweiz zu verweilen. Gelingt es einer Person mit asylrechtlichem Nichteintretensentscheid trotz aktiver Mitwirkung nicht, die für die Ausreise erforderlichen Papiere zu beschaffen, fehlt es ihr an der nötigen Tatmacht, die Schweiz auf legalem Weg zu verlassen (E. III. 3. b.).

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Vorinstanz hat O. mit Urteil vom 1. Juni 2007 wegen Widerhandlungen gegen das ANAG schuldig erklärt, den bedingten Vollzug einer früheren Strafe mit Änderung der Strafart widerrufen und ihn im Sinne einer Gesamtstrafe zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von zwei Monaten verurteilt. Dagegen erklärte der Angeschuldigte die vollumfängliche Appellation.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung

1. (...)

Unbestritten ist, dass der Angeschuldigte am 1. November 2006 in die Schweiz eingereist ist und am 4. Dezember 2006 ein Asylgesuch gestellt hat, auf welches am 16. Januar 2007 gestützt auf Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG nicht eingetreten wurde. Eine gegen die damit einhergehende Wegweisungsverfügung eingereichte Beschwerde wurde am 30. Januar 2007 durch die Rekursinstanz abgewiesen, womit die Wegweisung vollstreckbar wurde.

Gemäss der „Weisung über den Vollzug der Wegweisung während und nach Abschluss des Asylverfahrens“ des Bundesamtes für Migration vom 1. Januar 2007 haben Personen mit einem Nichteintretensentscheid (NEE) nach Art. 32 bis 34 AsylG die Schweiz unmittelbar, das heisst einen Tag nach Eintritt der Rechtskraft, zu verlassen (vgl. Ziff. 4.1. der erwähnten Weisung). Nur bei Personen mit einem NEE, deren Verfahren länger als sechs Monate gedauert hat, wird eine Ausreisefrist von 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des NEE angesetzt (vgl. Ziff. 4.2. der Weisung). Im vorliegenden Fall dauerte das Asylverfahren des Angeschuldigten deutlich kürzer als sechs Monate. Er hätte demzufolge am 31. Januar 2007 die Schweiz verlassen müssen und hält sich seit dem 1. Februar 2007 ununterbrochen hier auf.

(...)

2. Eine Person mit Nichteintretensentscheid auf das Asylgesuch (PNEE) kann ohne Identitätspapiere nicht legal in ein anderes Land ausreisen. Nach Art. 8 Abs. 4 AsylG ist die betroffene Person aber nach Vorliegen eines vollstreckbaren Wegweisungsentscheides verpflichtet, bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken. Dazu ist in sachverhaltsmässiger Hinsicht zunächst zu beurteilen bzw. zu würdigen, inwieweit der Angeschuldigte Vorkehren getroffen bzw. mitgewirkt hat, die notwendigen Rückreisedokumente zu beschaffen:

- Mit Schreiben vom 4. März 2008 (pag. 50) wurde der Angeschuldigte von der Verfahrensleitung aufgefordert, für die im Appellationsschreiben vom 21. November 2007 geltend gemachten Vorsprachen bei der Botschaft Nigerias schriftliche Bestätigungen vorzulegen. Dieser Aufforderung kam der Angeschuldigte mit Schreiben vom 11. März 2008 nach (pag. 52). Aus den diesem Schreiben beigelegten Dokumenten samt Stempel und Unterschrift der nigerianischen Botschaft (sog. „Visitor's Requests“) ist ersichtlich, dass der Angeschuldigte am 26. Juni 2007, am 25. September 2007 sowie am 4. März 2008 bei der Botschaft seines

Heimatlandes vorgesprochen hat (pag. 53 ff.) und dass bei diesen Terminen jeweils das Datum für das nächste „Interview“ festgesetzt wurde, so am 4. März 2008 für den 17. Juni 2008 (pag. 58). Der Angeschuldigte konnte zudem belegen, dass er den Migrationsdienst des Kantons Bern jeweils über diese Interview-Termine schriftlich informiert hat (pag. 53, 55 und 57).

- In Bezug auf die „Visitor’s Requests“ führt der Generalprokurator in seinem schriftlichen Parteivortrag vom 8. April 2008 (Ziff. 4, pag. 62 f.) aus, dass diese Dokumente der nigerianischen Botschaft einzig belegen würden, dass der Angeschuldigte dort an bestimmten Daten in den Jahren 2007 und 2008 vorgesprochen habe. Daraus sei jedoch nicht ersichtlich, warum und in welchem Zusammenhang die Vorsprachen erfolgt seien. Auch die „Behauptungen des obskuren Beratungsbüros Elio G. Baumann“ würden nicht bedeuten, dass es bei den fraglichen Terminen tatsächlich um die Beschaffung der Identitätspapiere gegangen sei. Im Weiteren macht der Generalprokurator geltend, dass abgewiesene Asylbewerber - gemäss Auskünften des Chefs des Migrationsamtes - von Amtes wegen der nigerianischen Botschaft beziehungsweise der entsprechenden Kommission aus dem Ausland vorgeführt würden, welche die Identität prüfe.
- Entgegen dieser Argumentation ist die Kammer der Auffassung, dass ohne weitere Beweisführung davon ausgegangen werden kann, dass es bei den zu beurteilenden Interview-Terminen resp. „Visitor’s Requests“ um die Papierbeschaffung geht und dass der Angeschuldigte kooperativ mitwirkt. So hat die dritte Verurteilung wegen illegalen Aufenthalts durch den Strafbefehlsrichter Basel-Stadt vom 1. Juni 2007 beim Angeschuldigten offenbar einen Gesinnungswandel ausgelöst, indem er noch im gleichen Monat bei der nigerianischen Botschaft einen Termin erhältlich gemacht und diesen sowie die weiteren von der nigerianischen Botschaft festgesetzten Interview-Termine auch eingehalten hat. Bei diesen Terminen ist ein anderer Zweck als die Beschaffung von Identitätspapieren kaum denkbar und ohne Kooperation seitens des Angeschuldigten wäre die Botschaft Nigerias wohl nicht bereit, dem Angeschuldigten immer weitere Termine zu geben. Wie der Angeschuldigte anlässlich der oberinstanzlichen Verhandlung ausgesagt hat, würden sich auch Verwandte in seinem Heimatdorf in Nigeria um die Besorgung der für die Identitätsabklärung erforderlichen Papiere bemühen (vgl. pag. 65).

III. Rechtliches

1. Gemäss Art. 8 Abs. 4 AsylG sind die betroffenen Personen nach Vorliegen einer vollziehbaren Wegweisungsverfügung verpflichtet, bei der Beschaffung gültiger Papiere mitzuwirken. Gestützt auf das unter Ziff. II 2 gewonnene Beweisergebnis steht fest, dass der Angeschuldigte aktiv bei der Papierbeschaffung mitgewirkt hat. So hat er bei der Botschaft Nigerias einen Interview-Termin erhältlich gemacht und belegen können, dass er diesen und die darauf folgenden Termine auch eingehalten hat. Aufgrund dieses kooperativen Verhaltens kann dem Angeschuldigten somit keine Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 8 Abs. 4 AsylG vorgeworfen werden.

2. (...)

3. Wer rechtswidrig das Land betritt oder darin verweilt, macht sich gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG strafbar.

a. In objektiver Hinsicht ist der Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG unbestritten und offensichtlich erfüllt, denn der Angeschuldigte ist in der Schweiz verblieben, obwohl er als Person mit einem Nichteintretensentscheid (PNEE) die Schweiz nach Ablauf der Ausreisefrist am 31. Januar 2007 unverzüglich und eigenständig hätte verlassen müssen.

b. Subjektiv verlangt der Tatbestand Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Dazu hat der Generalprokurator (...) zutreffend ausgeführt:

„Beim rechtswidrigen Verweilen muss der Ausländer wissen oder es billigerweise in Kauf nehmen, dass er entweder keine Aufenthaltsbewilligung hat oder eine erteilte Aufenthaltsbewilligung nicht mehr gültig ist (ROSCHACHER VALENTIN, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, Diss. Zürich 1991, S. 60). Wenn es dem Asylbewerber trotz redlichem Bemühen nicht gelingt, die für eine legale Ausreise erforderlichen Papiere zu beschaffen, so dürfte ihm die Tatmacht fehlen: ultra posse nemo tenetur (s. dazu ZÜND, Das Ausländerstrafrecht im Lichte der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Vortrag vor der Staatsanwaltschaftskonferenz, publiziert in infointerne, 26. Heft, Winter 2005, S. 82 [recte: S. 53-64]).“

Wie bereits ausführlich dargelegt, hat der Angeschuldigte aktiv an der Papierbeschaffung mitgewirkt, indem er sich mehrmals bei der Botschaft Nigerias um die Beschaffung der für eine legale Ausreise erforderlichen Papiere bemüht hat (vgl. dazu oben Ziff. II 2). Da die nigerianische Botschaft dem Angeschuldigten trotz

dessen Bemühungen bisher keine Rückreisedokumente ausgestellt hat, fehlte es dem Angeeschuldigten an der nötigen Tatmacht, die Schweiz auf legalem Weg zu verlassen. Wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 3. Juli 2007 festgehalten hat, kann einem Angeeschuldigten bei objektiver Unmöglichkeit der legalen Ausreise strafrechtlich nicht vorgeworfen werden, dass er die Schweiz nicht verlassen hat. Denn das strafrechtliche Schuldprinzip setze die Freiheit, anders handeln zu können, voraus (BGE 6B_85/2007 E. 2.3).

Der Angeeschuldigte hat im vorliegenden Fall somit aufgrund seines redlichen Bemühens um die Beschaffung der Identitätspapiere nicht billigend in Kauf genommen, dass er weiterhin rechtswidrig in der Schweiz verweilt. Der subjektive Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG ist demzufolge nicht erfüllt und der Angeeschuldigte ist vorliegend freizusprechen.

(...)