

**SK-Nr. 2009/261**

**Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,**

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleantin Schaer (Präsidentin i.V.), Obergerichtssuppleant Chételat und Obergerichter Stucki sowie Kammerschreiber Feigenwinter

vom 24. September 2009

in der Strafsache gegen

**A.**

vertreten durch Fürsprecher X.

**Angeschuldigter / Appellant**

wegen AuG-Widerhandlung/Widerrufs

**Regeste:**

*Wem durch die zuständigen Fremdenpolizeibehörden nach rechtskräftiger Ablehnung des Asylgesuchs und Anordnung des Vollzugs der Wegweisung der Ausländerausweis N (Be-willigung für Asylsuchende) vorbehaltlos mehrere Male in Folge verlängert wird, darf subjektiv davon ausgehen, dass ihm damit ein gültiges Aufenthaltsrecht vermittelt wurde.*

**Redaktionelle Vorbemerkungen:**

Der Angeschuldigte wurde erstinstanzlich wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer durch illegalen Aufenthalt im Lande schuldig gesprochen. Gegen dieses Urteil erklärte der Angeschuldigte Appellation, die Generalprokurator und der Angeschuldigte beantragten vor oberer Instanz einen Freispruch.

**Auszug aus den Erwägungen:**

## **A. Hauptverfahren**

(...)

## **II. Sachverhalt**

Dem Urteil der Vorinstanz liegt folgender unbestrittener Sachverhalt zu Grunde:

Der Angeschuldigte hat am 22. November 2003 in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt, welches am 9. August 2004 abgewiesen wurde. Gleichentags wurde auch seine Wegweisung aus der Schweiz verfügt. Auf eine gegen den Wegweisungsentscheid erhobene Beschwerde bei der Asylrekurskommission wurde am 11. Oktober 2004 nicht eingetreten (pag. 5). Nach diesem Entscheid hielt sich der Angeschuldigte weiterhin im Durchgangszentrum Rugen in Matten bei Interlaken auf und wurde auch weiterhin vom Sozialdienst unterstützt, da es nicht gelang, Reisedokumente für ihn zu beschaffen. In dieser Zeit, das heisst *nach* dem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid, verlängerte das Bundesamt für Migration dem Angeschuldigten regelmässig den N-Ausweis, in der Regel für jeweils drei Monate, wobei der entsprechende Ausweis dabei jeweils die Bemerkung „Hängiger Vollzug der Wegweisung“ enthielt (pag. 201 ff.). Nach Ablauf der Verlängerung bis zum 20. Januar 2007 wurde der Ausweis letztmals bis zum 20. April 2007 verlängert (pag. 208 f.).

Am 27. Januar 2007 wurde der Angeschuldigte von einer Polizeistreife auf dem Bahnhofplatz in Biel kontrolliert. Bei der anschliessenden polizeilichen Befragung sagte er unter anderem aus, er wisse, dass sein Aufenthaltsausweis für Asylsuchende seit sieben Tagen abgelaufen sei und dass er die Schweiz verlassen müsse (pag. 49 Z. 26 f.).

(...)

## **III. Rechtliches**

### **A. Hauptverfahren**

#### Widerhandlungen gegen das ANAG

Die Vorinstanz ging von der Anwendbarkeit des im Zeitpunkt des Tatgeschehens noch in Kraft stehenden ANAG aus, jedoch ohne dies näher zu begründen. Der sty. Generalprokurator führt in diesem Zusammenhang aus, dass sich die Anwendbarkeit des ANAG aus den Regeln über die *lex mitior* ergebe (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB): Die Strafan-

drohung für den illegalen Aufenthalt sei mit dem seit 1. Januar 2008 in Kraft getretenen AuG erheblich verschärft worden, weshalb sich das ANAG als das mildere Recht erweise und vorliegend zur Anwendung gelange. Die Kammer kann sich diesen zutreffenden Überlegungen anschliessen und hält ergänzend fest, dass der Frage des anwendbaren Rechts vorliegend keine praktische Bedeutung zukommt, da im vorliegenden Fall sowohl bei Anwendung von Art. 23 Abs. 1 ANAG als auch von Art. 115 des seit 1. Januar 2008 in Kraft getretenen AuG, welche beide den rechtswidrigen Aufenthalt unter Strafe stellen, ein Freispruch resultiert.

Der sty. Generalprokurator begründet seinen Antrag auf Freispruch folgendermassen:

*„Gemäss Art. 23 Abs. 1 Al. 4 ANAG wird mit Gefängnis bis sechs Monaten bestraft, wer illegal in die Schweiz einreist oder sich illegal dort aufhält. Nicht illegal hält sich in der Schweiz auf, wer dafür eine gültige Bewilligung besitzt. Gemäss Art. 42 Asylgesetz darf sich der Asylsuchende in der Schweiz aufhalten, bis sein Verfahren abgeschlossen worden ist. Lehnt das Bundesamt, wie vorliegend geschehen, das Asylgesuch ab (pag. 05), so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an (Art. 44 Abs. 1 AsylG). 1st der Vollzug der Wegweisung nicht möglich, so regelt es das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme nach dem AuG (Art. 44 Abs. 2 AsylG). Dies hat das Bundesamt für Migration vorliegend getan, indem es dem Angeschuldigten den Ausweis N befristet ausgestellt und nach Ablauf der Frist vom 20. Juli 2006 an jeweils um drei Monate verlängert hat. Am 20. April 2007 lief die Frist der letzten Verlängerung aus (pag. 209). Ob dieses Dokument dem Angeschuldigten ein Aufenthaltsrecht vermittelte, konnte auch nach mehrmaligem Nachfragen bei den zuständigen Behörden nicht eindeutig geklärt werden. Auch ist festzustellen, dass die konkrete Ausgestaltung des Ausweises, welche Herrn A. ausgestellt worden ist, so gesetzlich nicht vorgesehen ist. Da sein Asylverfahren abgeschlossen gewesen ist, hätte ihm kein Ausweis N (für Asylsuchende), sondern ein Ausweis F (vorläufige Aufnahme) ausgestellt werden sollen, welcher zeitlich befristet werden kann. Der Ausweis N, welcher ihm ausgestellt worden ist - möglicherweise auch zu unrecht - , vermittelt ein Aufenthaltsrecht. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Aufenthaltsstatus des Angeschuldigten auch durch die zuständigen Behörden nicht eindeutig geklärt werden konnte. Auch wenn sein Aufenthalt illegal gewesen sein sollte, müsste ihm ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gemäss Art. 21 StGB zugebilligt werden. Dem widerspricht auch die Aussage des Angeschuldigten nicht, welche er sowohl bei der Polizei als auch bei der gerichtlichen Einvernahme gemacht hat: „Mon permis pour demandeur d'asile est échu depuis 7 jours. Je sais que je dois quitter la Suisse.“ (pag. 49) Daraus kann nur geschlossen werden, dass der Angeschuldigte wusste, dass er die Schweiz aufgrund des Nichteintretensentscheides auf*

*sein Asylgesuch wird verlassen müssen, nicht jedoch, dass schon sein damaliger Aufenthalt illegal gewesen ist.*

*Der Angeschuldigte ist deshalb vom Vorwurf des illegalen Aufenthalts, angeblich begangen bis und mit 27. Januar 2007, freizusprechen."*(pag. 214 f.)

Die Kammer schliesst sich diesen Überlegungen im Ergebnis an. Der sty. Generalprokurator hat zutreffend dargelegt, dass der dem Angeschuldigten von den Migrationsbehörden ausgestellte bzw. immer wieder verlängerte Ausweis N in dieser Form gesetzlich nicht vorgesehen ist. Zweck eines solchen Ausweises ist die Bescheinigung, dass sich die betroffene Person infolge eines Asylverfahrens in der Schweiz aufhält. Nach rechtskräftiger Ablehnung des Asylgesuchs unter Anordnung des Vollzugs der Wegweisung hätte der Ausweis deshalb eingezogen werden müssen und nicht mehr verlängert werden dürfen. Indem die Behörden dem Angeschuldigten den entsprechenden Ausweis trotzdem vorbehaltlos immer wieder verlängerten, durfte der Angeschuldigte subjektiv davon ausgehen, dass ihm damit ein gültiges Aufenthaltsrecht vermittelt wurde. Wenn der Betroffene aber nicht weiss oder es nicht zumindest billigend in Kauf nimmt, dass er entweder keine Aufenthaltsbewilligung hat oder eine erteilte Aufenthaltsbewilligung nicht mehr gültig ist, fehlt es am Vorsatz des „rechtswidrigen Verweilen“ im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG, und eine Bestrafung fällt ausser Betracht (ROSCHACHER, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931, Zürich 1991, S. 60). Daran ändert in Übereinstimmung mit dem sty. Generalprokurator auch nichts, dass der Angeschuldigte bei seiner Anhaltung angab, er wisse, dass sein Ausweis seit sieben Tagen abgelaufen sei und er die Schweiz verlassen müsse. Wie aus den von der Verteidigung eingereichten Unterlagen hervorgeht, hat der Angeschuldigte offenbar bereits vor dem am 20. Januar 2007 erfolgten Ablauf der Gültigkeitsdauer des Ausweises bei den Behörden um abermalige Verlängerung des Ausweises nachgesucht, wobei diese in der Folge dann auch bis zum 20. April 2007 erfolgte (pag. 208 f.). Selbst wenn die Verlängerung des Ausweises im Zeitpunkt der Anhaltung des Angeschuldigten noch nicht erfolgt sein sollte — was aus den Akten nicht klar hervorgeht — könnte unter diesen Umständen zumindest subjektiv nicht auf einen illegalen Aufenthalt geschlossen werden.

Nach dem Gesagten ist der Angeschuldigte vom Vorwurf des der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz ANAG durch illegalen Aufenthalt im Lande freizusprechen.