

BGer 6B_2/2008 vom 13. Oktober 2008

Bundesgericht, 2008-10-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_2_2008

FR: TF 6B_2/2008 du 13 octobre 2008

IT: TF 6B_2/2008 del 13 ottobre 2008

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerde richtet sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz (Art. 80 Abs. 1 BGG) gefällten Endentscheid (Art. 90 BGG) in Strafsachen (Art. 78 Abs. 1 BGG). Sie ist von der Staatsanwaltschaft (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG) unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) erhoben und hinreichend begründet worden (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG).

Die Beschwerde an das Bundesgericht kann wegen Rechtsverletzungen im Sinne der Art. 95 und 96 BGG geführt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist weder an die in der Beschwerde vorgetragene Begründung der Rechtsbegehren noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es darf indessen nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen (Art. 107 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich im Sinne von Art. 9 BV (BGE 133 II 249 E. 1.2.2), ist oder wenn sie auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts prüft das Bundesgericht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nur insoweit, als in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert dargelegt wird, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 ; 130 I 258 E. 1.3 S. 261 mit Hinweisen).

E. 1.2

Wer zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert ist, kann grundsätzlich jede Rechtsverletzung geltend machen, die bei der Anwendung von materiellem Strafrecht oder Strafprozessrecht erfolgt, mithin auch eine Verletzung von Bundesverfassungsrecht als Teil des Bundesrechts. Die Staatsanwaltschaft ist nach dem neuen Verfahrensrecht somit auch zur Rüge der Verletzung von Bundesverfassungsrecht befugt und kann gestützt auf den objektiv-rechtlichen Gehalt von Art. 9 BV oder anderen Grundrechtsnormen nunmehr geltend machen, die Vorinstanz habe deren Tragweite zu Gunsten oder zu Ungunsten der privaten Prozesspartei verkannt (BGE 134 IV 36 E. 1.4).

E. 2.1

Die Vorinstanz nimmt an, das BFM habe die Asylgesuche der Beschwerdegegner zwar abgewiesen, dennoch aber erkannt, dass ihnen Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 AsylG zukomme. Zu welchem Zeitpunkt die flüchtlingrelevanten Elemente bestanden hätten, habe das BFM nicht festgestellt. Für das Strafverfahren bedeuteten die rechtskräftigen Verfügungen des BFM, dass die Beschwerdegegner von demjenigen Zeitpunkt an, von welchem an sie die flüchtlingsrelevanten Elemente geschaffen und damit die Flüchtlingseigenschaft erfüllt hätten, über einen in strafrechtlicher Hinsicht

rechtmässigen Aufenthaltsstatus in der Schweiz verfügten. Denn wer von der zuständigen Schweizer Behörde als Flüchtling anerkannt werde, halte sich in strafrechtlicher Hinsicht nicht im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG rechtswidrig in der Schweiz auf.

Die Vorinstanz gelangt zum Schluss, es könne nicht mit der für einen Schuldspruch notwendigen Bestimmtheit gesagt werden, dass die Beschwerdegegner alle flüchtlingsrelevanten Elemente erst im Verlauf der vom 7. Januar 2004 bis zum 30. September 2005 dauernden Deliktszeit geschaffen hätten. Ebenso gut hätten zumindest einzelne Elemente - wie das exilpolitische Engagement der Beschwerdegegner oder die Mitgliedschaft in der "Vereinigung V. _____" (V. _____) - schon zu Beginn der angeklagten Deliktszeit bestanden haben können. Bei derart gewichtigen Zweifeln über den Zeitpunkt der Entstehung der die Flüchtlingseigenschaft begründenden Faktoren sei für den massgeblichen Deliktszeitraum in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" von dem für die Beschwerdegegner günstigsten Sachverhalt auszugehen und anzunehmen, die flüchtlingsrelevanten Elemente hätten schon zu Beginn der angeklagten Deliktszeit bestanden. Dass das BFM die Existenz der flüchtlingsrelevanten Elemente erst bei Erlass seiner Verfügungen festgestellt habe, könne nicht bedeuten, dass der rechtmässige Aufenthaltsstatus der Beschwerdegegner erst ab Rechtskraft der Verfügungen des BFM zu laufen beginne. Denn den Grund für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft hätten die Beschwerdegegner gemäss den Verfügungen des BFM in der Vergangenheit und nicht erst bei Verfügungserlass geliefert (angefochtenes Urteil S. 4 ff.).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG bzw. des Grundsatzes "in dubio pro reo". Sie macht geltend, der Asylentscheid des BFM entfalte keine Rückwirkung auf den tatrelevanten Zeitraum vom 7. Januar 2004 bis zum 30. September 2005. Es sei nicht Aufgabe des Strafrichters, die Flüchtlingseigenschaft bzw. das Vorliegen von Asylgründen nochmals zu prüfen, wenn die Asylbehörden bereits darüber befunden hätten. Diese hätten für den deliktsrelevanten Zeitraum über die Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdegegner entschieden, indem sie das Asylgesuch rechtskräftig abgewiesen hätten, auf die Revisionsgesuche nicht eingetreten seien und die vorläufige Aufnahme nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt des zweiten Asylgesuchs oder den deliktsrelevanten Zeitraum verfügt hätten.

Selbst wenn der Entscheid bezüglich des rechtswidrigen Verweilens eine gewisse Rückwirkung entfalten würde, könne es nicht angehen, dass die Vorinstanz in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" pauschal Nachfluchtgründe für den gesamten Deliktszeitraum bejahe. In dem von den Beschwerdegegnern am 8. August 2006 gestellten zweiten Asylgesuch werde geltend gemacht, dass der Beschwerdegegner 1 seit dem Jahre 2005 Mitglied der V. _____ sei und sich beide Beschwerdegegner zwischen dem 3. Mai 2005 und dem 8. Juli 2006 an verschiedenen Protestaktionen gegen die äthiopische Regierung vor dem Bundeshaus und vor der Botschaft der Vereinigten Staaten in Bern sowie an einer Protest-Rallye in Genf beteiligt hätten. Somit könne klar abgegrenzt werden, dass die flüchtlingsrelevanten Elemente, welche zur vorläufigen Aufnahme der Beschwerdegegner geführt hätten, nicht schon von anfangs 2004 bis anfangs 2005 bestanden hätten. Die Vorinstanz habe somit zu Unrecht Zweifel zu Gunsten der Beschwerdegegner angenommen (Beschwerde S. 3 f.).

E. 2.3

Die Beschwerdegegner machen in ihrer Vernehmlassung geltend, das Bundesamt für Migration habe das von ihnen am 11. Juli 2005 eingereichte zweite Asylgesuch als Revisionsgesuch entgegengenommen und dieses zuständigkeitshalber an die Asylrekurskommission weitergeleitet. Diese sei, da der Kostenvorschuss nicht habe aufgebracht werden können, auf das Gesuch nicht eingetreten. Es könne daher nicht gesagt werden, eine Asylbehörde habe im Sommer 2005 ihre Flüchtlingseigenschaft in asyl- und flüchtlingsrechtlicher Hinsicht schon materiell geprüft (Vernehmlassung S. 3 f.). Ferner bringen die Beschwerdegegner vor, der Entscheid des Bundesamtes für Migration vom 23. Februar 2007 bedeute nicht, dass die Flüchtlingseigenschaft erst vom Zeitpunkt des Entscheids oder von demjenigen der Einreichung des Asylgesuchs an gegeben sei. Vielmehr erstrecke sich die Wirkung des Entscheids bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Gefährdungssituation entstanden sei. Sie (die Beschwerdegegner) hätten schon seit Anfang Januar 2004 an exilpolitischen Kundgebungen teilgenommen. Sie hätten diese im Asylgesuch lediglich deshalb nicht angeführt, weil sie dies nicht hätten belegen können (Vernehmlassung S. 4 f., 7 f.). Abgesehen davon seien sie nicht nur wegen ihrer exilpolitischen Aktivitäten als Flüchtlinge anerkannt worden, sondern weil das Bundesamt für Migration ihr Profil als geeignet erachtet habe, die Aufmerksamkeit der äthiopischen Behörden auf sich zu lenken (Vernehmlassung S. 8 f.).

E. 3.1

Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht. Die Wendung "offensichtlich unrichtig" entspricht dem Begriff der Willkür im Sinne von Art. 9 BV (BGE 133 II 249 E. 1.2.2; Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 S. 4338). Die Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts prüft das Bundesgericht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nur insoweit, als sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet worden ist.

Der aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK abgeleitete Grundsatz "in dubio pro reo" bedeutet als Beweiswürdigungsregel, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Die Maxime ist auch verletzt, wenn der Richter zu Unrecht Zweifel zugunsten des Angeklagten annimmt. Ob der Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel verletzt ist, prüft das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt der Willkür (BGE 127 I 38 E. 2a; 120 Ia 31 E. 2c). Willkür liegt nur vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 134 I 140 E. 5.4, S. 148 mit Hinweisen). Dass das angefochtene Urteil mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei nicht übereinstimmt oder eine andere Lösung oder Würdigung vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt für die Begründung von Willkür praxisgemäss nicht (BGE 127 I 54 E. 2b mit Hinweisen).

E. 3.2

Das BFM erachtet in seiner Verfügung vom 23. Februar 2007 nach Prüfung der Akten und im Sinne einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände das Profil der Beschwerdegegner als geeignet, die Aufmerksamkeit der äthiopischen Behörden auf sich zu lenken. Damit bestehe begründeter Anlass zur Annahme, dass die Beschwerdegegner bei einer allfälligen Rückkehr nach Äthiopien mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ernsthafte Nachteile im Sinne von Art. 3 AsylG zu gewärtigen hätten. Die Beschwerdegegner hätten sich als international bekannte Spitzensportler auch in der Schweiz exilpolitisch für eine Demokratie in Äthiopien eingesetzt. Der Beschwerdegegner 1 sei seit dem Jahre 2005 Mitglied der V. _____ und beide Beschwerdegegner hätten seit Mai 2005 in Bern und Genf an verschiedenen Protestaktionen gegen die äthiopische Regierung teilgenommen (Verfügungen des BFM vom 23.2.2007, Akten des Obergerichts 21 2006 140 amtl. Bel. 34 S. 2 und 21 2006 141 amtl. Bel. 33 S. 2; vgl. auch das Asylgesuch vom 8.8.2006, Akten des Obergerichts 21 2006 140 und 21 2006 141 ed. Bel. 1 S. 3 ff.).

E. 4.1

Gemäss Art. 23 Abs. 1 ANAG wird, wer rechtswidrig das Land betritt oder darin verweilt, mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft (Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG). Rechtswidrig ist der Aufenthalt im Lande, wenn der Ausländer weder über eine Aufenthalts- noch eine Niederlassungsbewilligung verfügt, obschon er einer solchen bedurft hätte (Art. 1 ANAG e contrario).

E. 4.2

Personen, denen die Schweiz Asyl gewährt hat oder die als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen wurden, gelten nach Art. 59 AsylG gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden als Flüchtlinge im Sinne des Asylgesetzes sowie des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention, FK; SR 0.142.30). Gemäss Art. 60 Abs. 1 AsylG haben Personen, denen Asyl gewährt wurde, Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung. Rechtmässig halten sich in der Schweiz auch Personen auf, denen zwar kein Asyl gewährt wurde, weil sie erst durch ihre Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise die Flüchtlingseigenschaft erfüllen (subjektiver Nachfluchtgründe; Art. 54 AsylG), und bei denen der Vollzug der Wegweisung nicht möglich oder zumutbar ist. Ihre Anwesenheit wird durch vorläufige Aufnahme geregelt (Art. 44 Abs. 1 AsylG i.V.m. Art. 14a Abs. 1 und 3 ANAG ; vgl. nunmehr Art. 83 Abs. 3 AuG). Rechtmässig ist schliesslich auch die Anwesenheit von Personen, die in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt haben. Diese dürfen sich grundsätzlich bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten (Art. 42 Abs. 1 AsylG).

Soweit einer Person, deren erstes Asylgesuch abgewiesen wurde und die hernach rechtswidrig im Lande verbleibt, in einem neuen Asylverfahren die Flüchtlingseigenschaft unter Anerkennung von subjektiven Nachfluchtgründen zuerkannt wird, stellt sich die Frage, wie strafrechtlich der Zeitraum vor der Anerkennung als Flüchtling zu beurteilen ist.

E. 4.3

Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass der Aufenthalt während der Dauer des zweiten Asylverfahrens von Gesetzes wegen rechtmässig ist (Art. 42 Abs. 1 AsylG). Nach Auffassung der Vorinstanz soll die Rechtmässigkeit des Aufenthalts dabei nicht erst mit der Stellung des Asylgesuchs beginnen. Massgeblicher Zeitpunkt sei in zeitlicher Hinsicht vielmehr bereits die Begründung der flüchtlingsrelevanten Elemente (angefochtenes Urteil

S. 5).

Diese Auffassung trifft insofern nicht zu, als die Flüchtlingseigenschaft als solche, unabhängig davon, ob die Person als Flüchtling anerkannt ist, noch kein Recht auf Einreise und Aufenthalt verschafft (BGE 132 IV 29 E. 2). Jedoch sind gemäss Art. 31 Abs. 1 FK die illegale Einreise und der unrechtmässige Aufenthalt eines Flüchtlings gerechtfertigt, wenn dieser triftige Gründe für seine Einreise darlegen kann, unmittelbar aus dem Verfolgerstaat in die Schweiz gelangt und sich unverzüglich den Behörden stellt (vgl. auch Art. 23 Abs. 3 ANAG ; BGE 132 IV 29 E. 3.3; vgl. auch Urteil des Kassationshofs 6S.737/1998 vom 17.3.1999). Die Bestimmung der Flüchtlingskonvention bezweckt den Schutz des Flüchtlings, dem es unmöglich ist, die Voraussetzungen für eine legale Einreise in ein schutzbietendes Land zu erfüllen, vor Abschiebung in den Verfolgerstaat. Sie verlangt nicht, dass die Flüchtlingseigenschaft der betroffenen Person bereits in einem formellen Verfahren rechtskräftig festgestellt worden ist. Sie bezieht sich ferner nicht nur auf die rechtswidrige Einreise, sondern erstreckt sich auch auf Fälle, in denen die Einreise rechtmässig erfolgt ist, der Aufenthalt indes später etwa infolge Erlöschens der befristeten Anwesenheitserlaubnis rechtswidrig wird (vgl. ATLE GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Bd. II, Leyden 1972, S. 215 f.).

E. 4.4

Im zu beurteilenden Fall ist den Beschwerdegegnern nach dem negativen Abschluss des ersten Asylverfahrens in einem nachfolgenden Asylverfahren die Flüchtlingseigenschaft wegen subjektiver Nachfluchtgründe zuerkannt worden. In analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 1 FK ist hier anzunehmen, der seit der Abweisung ihres ersten Asylgesuchs andauernde irreguläre Aufenthalt der Beschwerdegegner sei von demjenigen Zeitpunkt an gerechtfertigt, von welchem an die im neuen Asylgesuch geltend gemachten Gründe Bestand haben. Gestützt auf die Verfügungen des BFM und die Asylgesuche vom 8. August 2006 ist davon auszugehen, dieser Zeitpunkt sei jedenfalls spätestens mit dem Beitritt des Beschwerdegegners 1 zur V._____ im Jahre 2005 und der Teilnahme der Beschwerdegegner an den genannten Manifestationen eingetreten. Dass sich der Flüchtling nach Art. 31 Abs. 1 FK unverzüglich den Behörden stellen muss, steht dem nicht entgegen. Denn mit diesem Erfordernis will die Bestimmung nur verhindern, dass illegal eingereiste und untergetauchte Personen nachträglich ihren früheren rechtswidrigen Aufenthalt legalisieren (vgl. MARIE-PIERRE CAMPICHE, *Le traitement des réfugiés en situation irrégulière en Suisse*, Diss. Lausanne 1994, S. 153). Im vorliegenden Fall haben sich die Beschwerdegegner, wie sich aus den Untersuchungsakten beider Verfahren ergibt, während des gesamten rund elf Jahre dauernden Aufenthalts in der Schweiz den Behörden stets zur Verfügung gehalten. Damit ist der Aufenthalt der Beschwerdegegner seit dem Jahr 2005 gerechtfertigt.

Die Vorinstanz nimmt darüber hinaus im Zweifel zugunsten der Beschwerdegegner an, die flüchtlingsrelevanten Elemente hätten schon zu Beginn der angeklagten Deliktszeit vom 7. Januar 2004 bis zum 30. September 2005 bestanden. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die Vorinstanz die Beschwerdegegner nicht über die in ihrem zweiten Asylgesuch vom 8. August 2006 neu vorgebrachten Tatsachen und Ereignisse im Sinne subjektiver Nachfluchtgründe befragt und insbesondere nicht abgeklärt hat, von welchem Zeitpunkt an die Beschwerdegegner die vom BFM schliesslich anerkannten Gründe geltend machten. Insofern trifft zu, dass eine Beweisgrundlage für die Entscheidung, von welchem Zeitpunkt das exilpolitische Engagement der Beschwerdegegner eingesetzt hat, fehlt. Dass die

Vorinstanz, indem sie auf weitere Abklärungen in dieser Richtung verzichtet hat, kantonales Prozessrecht willkürlich verletzt hätte, rügt die Beschwerdeführerin indes nicht. Sie beschränkt sich vielmehr darauf, geltend zu machen, der Entscheid des BFM entfalte keine zeitliche Rückwirkung auf den gesamten Deliktszeitraum. Insofern genügt die Beschwerde den Begründungsanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG nicht. Bei dieser Sachlage erscheint entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin der Schluss der Vorinstanz, es könne nicht mit der für einen Schuldspruch erforderlichen Gewissheit ausgeschlossen werden, dass einzelne flüchtlingsrelevante Elemente nicht schon zu Beginn der angeklagten Deliktszeit Bestand gehabt haben, auf der Grundlage der vorhandenen Beweise jedenfalls nicht als schlechterdings unhaltbar. Dass dem formellen Beitritt der Beschwerdegegner zu der exilpolitischen Gruppierung, in welcher der Beschwerdegegner 1 wichtige Funktionen bekleidet (vgl. Asylgesuch vom 8.8.2006, Akten des Obergerichts 21 2006 140 und 21 2006 141 ed. Bel. 1 S. 3), zeitlich eine Phase des Engagements vorausgegangen ist, in der er sich noch nicht im selben Masse exponiert hatte, kann nicht mit Sicherheit verneint werden. Eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" liegt daher nicht vor.

E. 5

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG) und ist den Beschwerdegegnern eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 2 BGG), die der unterliegende Kanton direkt dem unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bezahlen hat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.