Urteilskopf

127 IV 27

4. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 19. Januar 2001 i.S. X. gegen Generalprokurator des Kantons Bern (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Erleichtern des rechtswidrigen Verweilens eines Ausländers in der Schweiz (Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG); Meldepflicht des Beherbergers (Art. 2 Abs. 2 ANAG). Zusammenleben der Ehegatten in einem gemeinsamen Haushalt.

Die Ehefrau, die in der von ihr gemieteten bzw. in ihrem Alleineigentum stehenden Wohnung mit ihrem rechtswidrig in der Schweiz weilenden ausländischen Gatten in ehelicher Gemeinschaft zusammenlebt, beherbergt diesen nicht. Sie ist daher nicht verpflichtet, ihn bei der Ortspolizei zu melden (E. 2a/bb). Die Meldepflicht des Beherbergers begründet im Übrigen keine Garantenpflicht in Bezug auf den Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG (E. 2b). Die sich aus dem gemeinsamen Haushalt zwangsläufig ergebende Erleichterung des Verweilens ist in Anbetracht der gesetzlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten jedenfalls nicht rechtswidrig (E. 3).

Regeste (fr):
Facilitation du séjour illégal d'un étranger en Suisse (art. 23 par. 1 al. 5 LSEE); déclaration obligatoire de celui qui loge un étranger (art. 2 par. 2 LSEE). Epoux vivant en ménage commun.

Ne loge pas son mari l'épouse qui vit en ménage commun (dans un logement qu'elle a pris à bail ou dont elle est seule propriétaire) avec son époux étranger séjournant illégalement en Suisse. Elle n'est donc pas tenue de l'annoncer à la police locale (consid. 2a/bb). L'obligation incombant à celui qui loge un étranger d'annoncer sa présence ne crée pas une position de garant en relation avec l'infraction prévue à l'art. 23 par. 1 al. 5 LSEE (consid. 2b). La facilitation du séjour en Suisse résultant nécessairement du ménage commun n'est en tout cas pas illicite au regard des droits et des devoirs des époux prévus par la loi (consid. 3).

Regesto (it):
Facilitazione del soggiorno illegale di uno straniero in Svizzera (art. 23 n. 1 cpv. 5 LDDS); notificazione obbligatoria di chiunque alloggi uno straniero (art. 2 n. 2 LDDS). Sposi che vivono in unione coniugale nella stessa dimora.

La moglie che vive in unione coniugale in un appartamento (da lei preso in affitto o di cui è unica proprietaria) con il marito straniero, che soggiorna illegalmente in Svizzera, non lo alloggia. Non deve quindi notificare la presenza di quest'ultimo alla polizia locale (consid. 2a/bb). Il dovere che incombe alla persona che alloggia uno straniero di annunciare la sua presenza non la mette in una posizione di garante rispetto al reato sanzionato all'art. 23 n. 1 cpv. 5 LDDS (consid. 2b). Tenuto conto dei diritti e doveri rispettivi dei coniugi previsti dalla legge, la facilitazione del soggiorno in Svizzera, che risulta immancabilmente dall'unione coniugale, non è illegale (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 28

A.- X. heiratete im Jahre 1988 Y., der damals jugoslawischer Staatsbürger war und heute kroatischer Staatsangehöriger ist. Im Jahre 1993 verliess Y. die Schweiz, da er hier wegen des Vorwurfs des Betrugs im Fahndungsregister zur Verhaftung ausgeschrieben war. Mit dieser tatsächlichen Aufgabe des Aufenthalts in der Schweiz erlosch seine Aufenthaltsbewilligung. Y. kehrte im Frühjahr 1994 in die Schweiz zurück. Seither lebte er - mit einigen Unterbrüchen - zusammen mit seiner Gattin X. in einer Wohnung in Bern. Er unterliess es, sich nach seiner Rückkehr in die Schweiz zur Regelung der Bedingungen seiner Anwesenheit bei der Fremdenpolizeibehörde zu melden. Er wurde am 9. September 1999 von der Stadtpolizei Bern angehalten. X. wird zur Last gelegt, sie habe in der Schweiz von Frühjahr 1994 bis zum 9. September 1999 ihrem wegen des Vorwurfs des Betrugs zur Verhaftung ausgeschriebenen Ehemann in Kenntnis dieses Umstandes Unterkunft gewährt und es unterlassen, ihren Gatten, der, wie sie gewusst habe, über keine gültige Aufenthaltsbewilligung (mehr) verfügt habe, bei der Ortspolizei zu melden.

B.- Der Gerichtspräsident 14 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen sprach X. am 3. Februar 2000 der Begünstigung sowie der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer durch Beihilfe zu illegalem Aufenthalt schuldig und verurteilte sie zu einer Gefängnisstrafe von 45 Tagen, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von drei Jahren. Das Obergericht des Kantons Bern sprach X. am 26. Mai 2000 von der Anschuldigung der Begünstigung (in Anwendung von Art. 305 Abs. 2 StGB) frei. Es verurteilte sie wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der

Ausländer (ANAG; SR 142.20) durch Erleichtern des rechtswidrigen Verweilens im Lande (unter Zubilligung achtenswerter Beweggründe) zu einer Haftstrafe von zehn Tagen, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren.

C.- X. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zu ihrer Freisprechung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. a) Der Ausländer ist zur Anwesenheit auf Schweizer Boden berechtigt, wenn er eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt oder wenn er nach dem Gesetz keiner solchen bedarf (Art. 1 ANAG). Der Ausländer hat sich vor Ablauf des dritten Monats seiner Anwesenheit in der Schweiz bei der Fremdenpolizeibehörde des Aufenthaltsortes zur Regelung der Bedingungen seiner Anwesenheit anzumelden. Ausländer, die zur Übersiedlung oder zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit eingereist sind, haben diese Anmeldung binnen acht Tagen, auf jeden Fall jedoch vor Antritt einer Stelle, vorzunehmen (Art. 2 Abs. 1 ANAG). Wer einen Ausländer gegen Entgelt beherbergt, hat diesen sofort bei der Ortspolizei zu melden. Wer einen Ausländer ohne Entgelt beherbergt, untersteht dieser Meldepflicht erst, wenn er dem Ausländer länger als einen Monat Unterkunft gewährt; vorbehalten bleiben strengere kantonale Vorschriften (Art. 2 Abs. 2 ANAG). Diese gesetzliche Anmelde- beziehungsweise Meldepflicht wird in der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer konkretisiert. Danach unterliegt der Ausländer der Anmeldepflicht, der Gastgeber der Meldepflicht; die Erfüllung der einen befreit nicht von der andern. Gastgeber ist, wer einer Person, die nicht in seinem Dienst steht, Unterkunft gewährt. Wer dies gegen Entgelt tut, ist zur Meldung aller

Ausländer verpflichtet, wer es ohne Entgelt tut, braucht die in der Schweiz niedergelassenen Ausländer nicht zu melden, sofern nicht strengere kantonale Vorschriften bestehen. Der Ausländer ist verpflichtet, dem Gastgeber zuhanden der Behörde die für die Meldung erforderlichen Angaben wahrheitsgetreu zu machen (Art. 2 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV; SR 142.201]). Die Anmelde- und die Meldepflicht sind, nach der Einreise, auch dann zu erfüllen, wenn der Ausländer vom Ausland her eine

Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung nachgesucht hat und ihm eine solche zugesichert worden ist (Art. 2 Abs. 2 ANAV). Der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers hat Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren hat er Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung. Der Anspruch erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt (Art. 7 Abs. 1 ANAG). Der Ausländer kann aus der Schweiz oder aus einem Kanton unter anderem dann ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde (Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG). Gemäss Art. 23 Abs. 1 ANAG wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten unter anderem bestraft, wer rechtswidrig das Land betritt oder darin verweilt (al. 4) und wer im In- oder Ausland die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert oder vorbereiten hilft (al. 5). In leichten Fällen kann auch nur auf Busse erkannt werden (Art. 23 Abs. 1 am Ende ANAG). b) Nach der Auffassung der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin ihren Ehemann im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 ANAG ohne Entgelt beherbergt beziehungsweise ihm ohne Entgelt Unterkunft gewährt, indem sie ihn nach dessen Rückkehr in die Schweiz im Frühjahr 1994 bei sich aufnahm und fortan, mit gewissen Unterbrüchen, mit ihm zusammenlebte. Daher sei die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ANAG nach Ablauf eines Monats verpflichtet gewesen, ihren Ehemann bei der Ortspolizei zu melden. Diese Verpflichtung habe so lange angedauert, als die Beschwerdeführerin ihrem Ehemann Unterkunft gewährt habe. Die Beschwerdeführerin habe sich des Erleichterns des rechtswidrigen Verweilens eines Ausländers im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG (und nicht etwa bloss einer andern Zuwiderhandlung gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften gemäss Art. 23 Abs. 6 ANAG) schuldig gemacht, indem sie ihrem nach längerem fluchtbedingten Auslandaufenthalt in die Schweiz zurückgekehrten und sich in der Folge mangels der erforderlichen Aufenthaltsbewilligung rechtswidrig hier aufhaltenden Ehemann von Frühjahr 1994 bis zum 9. September 1999 (unentgeltlich) Unterkunft gewährt habe, ohne diesen Umstand (spätestens nach Ablauf eines Monats) bei der Ortspolizei zu melden. Auch wenn es letztlich verschiedene Umstände gewesen seien, welche den über fünf Jahre andauernden rechtswidrigen Aufenthalt von Y. in der Schweiz ermöglicht hätten, sei jedenfalls die Verletzung der Meldepflicht durch die Beschwerdeführerin

einer der Hauptgründe dafür gewesen, dass die Fremdenpolizei erst so spät vom Aufenthalt von Y. in der Schweiz Kenntnis erhalten habe. Ein Freispruch wegen der nahen Beziehung zwischen den Eheleuten falle insoweit ausser Betracht, da das ANAG keine Art. 305 Abs. 2 StGB entsprechende Bestimmung enthalte. Die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf irgendwelche Rechtfertigungs- oder Schuldausschliessungsgründe berufen. Insbesondere seien auch die Voraussetzungen des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen nicht erfüllt; der vorliegende Fall unterscheide sich in mehrfacher Hinsicht von dem in BGE 117 IV 170 ff. beurteilten Sachverhalt. In Anbetracht des Dilemmas, in dem sich die Beschwerdeführerin offensichtlich befunden habe, seien ihr jedoch achtenswerte Beweggründe (Art. 64 Abs. 1 StGB) zuzubilligen.

Trotzdem sei insbesondere angesichts der langen Dauer des deliktischen Verhaltens von einem nicht (mehr) unerheblichen Tatverschulden auszugehen, ein leichter Fall im Sinne von Art. 23 Abs. 1 am Ende ANAG zu verneinen und daher eine Freiheitsstrafe auszufällen.

2. a) Dem angefochtenen Urteil kann nicht entnommen werden, wer Eigentümer beziehungsweise Mieter der ehelichen Wohnung war. aa) Sollte (auch) der Ehemann Eigentümer beziehungsweise Mieter gewesen sein, fiele die Annahme seiner "Beherbergung" schon aus diesem Grunde ausser Betracht. bb) Auch wenn die Beschwerdeführerin alleinige Eigentümerin beziehungsweise Mieterin der Wohnung gewesen sein sollte, hätte sie ihren illegal in der Schweiz weilenden Ehemann nicht im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ANAG "beherbergt". Gemäss Art. 162 ZGB bestimmen die Ehegatten gemeinsamen die eheliche Wohnung. Diese gehört zu den Grundlagen einer Ehe (BGE 117 II 6 ff., S. 10, mit Hinweisen). Sie ist der Ort, an dem sich nach dem Willen beider Ehegatten ein wesentlicher Teil des gemeinsamen Lebens abspielt. Dabei ist es unerheblich, ob beide Ehegatten oder nur einer von ihnen gegenüber Dritten an der ehelichen Wohnung zum Beispiel als Eigentümer oder Mieter berechtigt sind (siehe zum Ganzen HAUSHEER, Berner Kommentar, 1999, Art. 162 ZGB N. 8, 9, 11; BRÄM, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 162 ZGB N. 8). Weder hatte die Beschwerdeführerin ihrem Gatten das Verweilen in der ehelichen Wohnung zu erlauben, noch konnte sie es ihm verbieten. Vorbehalten bleiben eine gegenteilige Übereinkunft sowie das Recht eines jeden Ehegatten zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes

unter den in Art. 175 ZGB genannten Voraussetzungen, in welchem Falle auf Begehren eines Ehegatten das Gericht unter anderem die Benützung der Wohnung zu regeln hat (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, dass der eine Ehegatte, der alleiniger Mieter beziehungsweise Eigentümer der ehelichen Wohnung ist, den mit ihm in dieser Wohnung in ehelicher Gemeinschaft zusammenlebenden Ehepartner im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ANAG beherberge. cc) Da die Beschwerdeführerin somit ihren rechtswidrig in der Schweiz weilenden Ehemann nicht gemäss Art. 2 Abs. 2 ANAG beherbergte, war sie nicht verpflichtet, ihn bei der Ortspolizei zu melden. b) Im Übrigen erfüllt der Beherberger, der die Meldepflicht im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ANAG verletzt, dadurch nicht den Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG; denn die Meldepflicht begründet auch insoweit - genauso wie nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz in Bezug auf den Tatbestand der Begünstigung gemäss Art. 305 StGB - keine Garantenstellung. Der Tatbestand des Erleichterns des rechtswidrigen Verweilens (Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG) kann auch durch Unterlassen erfüllt werden. Voraussetzung ist in diesem Fall, entsprechend den allgemeinen Regeln, eine Garantenpflicht des Unterlassenden. Diese kann sich aus Gesetz, Vertrag oder aus Ingerenz ergeben. Nicht jede gesetzliche Handlungspflicht begründet aber eine Garantenpflicht. Massgebend ist vielmehr, "welcher Art die Beziehung zwischen dem Verpflichteten und dem bedrohten Rechtsgut oder der Gefahrenquelle ist, die dem Gesetz zu Grunde liegt" (STRATENWERTH, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I, 2. Aufl., 1996, § 14 N. 12; BGE 120 IV 98 E. 2c S. 106; BGE 123 IV 70 E. 2 S. 72). Der Beherberger muss den Ausländer, dem er (entgeltlich oder unentgeltlich) Unterkunft gewährt, nicht bei der Fremdenpolizeibehörde, sondern bei der Ortspolizei melden (Art. 2 Abs. 2 ANAG). Er muss - unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen (siehe dazu Art. 2 Abs. 1 ANAV) - jeden Ausländer melden, mithin auch denjenigen, welcher zweifellos zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt ist, etwa weil er eine Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung besitzt oder nach dem Gesetz keiner solchen bedarf. Während im Falle der entgeltlichen Beherbergung der Ausländer sofort der Ortspolizei zu melden ist, muss bei der unentgeltlichen Beherbergung die Meldung erst nach einer Beherbergungsdauer von einem Monat erfolgen. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, die

Meldepflicht des Beherbergers gemäss Art. 2 Abs. 2 ANAG habe gerade den Zweck, rechtswidriges Verweilen von Ausländern in der Schweiz zu verhindern. Der Beherberger hat nicht die besondere Aufgabe, darüber zu wachen, ob die von ihm beherbergten Ausländer rechtmässig oder rechtswidrig in der Schweiz weilen. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art. 18 des Entwurfs eines neuen Bundesgesetzes für Ausländerinnen und Ausländer hinzuweisen, dessen Abs. 1 bestimmt: "Wer Ausländerinnen oder Ausländer gewerbsmässig beherbergt, muss sie der zuständigen Behörde melden". Im Begleitbericht vom Juni 2000 wird dazu ausgeführt, im Gegensatz zum heutigen Recht sollen nur noch gewerbsmässige Beherberger zur Meldung verpflichtet sein. Andere Gastgeber seien von dieser Pflicht befreit, die in der Praxis bereits heute kaum durchgesetzt werde.

3. Der Tatbestand des Erleichterns des rechtswidrigen Verweilens im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG kann allerdings nicht nur durch Beherbergen, sondern auch auf andere Weise erfüllt werden. Es ist anzunehmen, dass Y. durch das eheliche Zusammenleben mit der Beschwerdeführerin in einem gemeinsamen Haushalt die Anwesenheit in der Schweiz einfacher gemacht worden ist. In Anbetracht der gesetzlichen Pflichten und Rechte der Ehegatten (siehe insbesondere Art. 159 ZGB) ist eine Erleichterung des rechtswidrigen Verweilens, die sich aus dem Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt für den illegal in der Schweiz weilenden Ehepartner zwangsläufig ergibt, jedenfalls gemäss Art. 32 StGB nicht rechtswidrig.