Bundesgerich
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1055/2017

Urteil vom 9. November 2017

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Gerichtsschreiberin Bianchi.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Luzia Vetterli,
Beschwerdeführerin,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Luzern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Rechtswidriger Aufenthalt (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG); Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG); Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern, 2. Abteilung, vom 20. Juli 2017 (4M 16 63).

Sachverhalt:

A.
A._____ stellte am 3. Januar 2012 ein Asylgesuch. Mit Entscheid vom 28. Januar 2015 lehnte das Staatssekretariat für Migration (SEM) das Asylgesuch ab und wies sie aus der Schweiz weg, wobei der Vollzug der Wegweisung in die Volksrepublik China ausgeschlossen wurde. Das SEM setzte ihr Frist bis zum 25. März 2015 an, um die Schweiz zu verlassen.

B.
Mit Strafbefehl vom 11. Februar 2016 sprach die Staatsanwaltschaft, Abteilung 1 Luzern, A._____ des rechtswidrigen Aufenthalts i.S. von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG und der Missachtung der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung von Ausweispapieren i.S. von Art. 120 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 90 lit. c AuG für den Zeitraum vom 2. Juli 2015 bis 11. Februar 2016 schuldig. Auf Einsprache hin sprach das Bezirksgericht Luzern sie am 15. Juni 2016 i.S. des Strafbefehls schuldig und bestrafte sie mit einer unbedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 10.-- sowie einer Busse von Fr. 200.--.

C.
Das Kantonsgericht Luzern wies die Berufung von A._____ mit Urteil vom 20. Juli 2017 ab. Es verurteilte sie wegen rechtswidrigen Aufenthalts i.S. von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG und Missachtung der Mitwirkungspflicht i.S. von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG zu einer unbedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 10.-- und einer Busse von Fr. 20.--. Als Ersatzfreiheitsstrafe bei Nichtbezahlen der Busse für die Missachtung der Mitwirkungspflicht ordnete das Kantonsgericht Luzern zwei Tage an.

D.
A._____ führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt im Wesentlichen, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und sie sei vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts und der Missachtung der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere freizusprechen. Zudem ersucht sie

um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe fälschlicherweise den Tatbestand der Missachtung der Mitwirkungspflicht i.S. von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG als erfüllt erachtet. Sie bringt diesbezüglich im Wesentlichen vor, ihre Bemühungen zur Beschaffung der Ausweispapiere, d.h. ihr Schreiben an die indische bzw. nepalesische Botschaft, seien fruchtlos geblieben. Es sei für sie als Angehörige der tibetischen Ethnie ungeachtet der Tatsache, ob ihre Identität nachgewiesen werden könne, nicht zumutbar resp. möglich, Ausweispapiere bei der chinesischen, indischen oder nepalesischen Botschaft zu beschaffen (Beschwerde, S. 10).

1.2. Gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG wird mit Busse bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig der Mitwirkungspflicht (Art. 90 lit. c AuG) bei der Beschaffung der Ausweispapiere nicht nachkommt.
Die Vorinstanz erwägt, dass das von der Beschwerdeführerin nach dem erstinstanzlichen Urteil versandte Schreiben an die indische bzw. nepalesische Botschaft angesichts seines Inhalts untauglich gewesen sei, um Ausweispapiere zu beschaffen. Andere Versuche im Hinblick auf die Beschaffung der Ausweispapiere seien keine ersichtlich (Urteil, S. 15).
Auf die Erwägungen der Vorinstanz, dass die Schreiben angesichts ihres Inhalts nicht tauglich gewesen seien, um Ausweispapiere zu beschaffen, geht die Beschwerdeführerin nicht ein. Sie macht nicht geltend, dass sie sich nebst den Schreiben an die indische bzw. nepalesische Botschaft anderweitig um die Beschaffung der Ausweispapiere bemüht hätte. Sie bringt hingegen vor, dass es ihr aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur tibetischen Ethnie grundsätzlich unmöglich gewesen sei, Ausweispapiere zu beschaffen. Ob die legale Ausreise für Personen tibetischer Ethnie generell möglich ist, ist nicht als Rechtfertigungsgrund im Rahmen des Strafverfahrens gestützt auf Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG zu prüfen, sondern Gegenstand der Anordnung der vorläufigen Aufnahme resp. des Wegweisungsentscheids der zuständigen Migrationsbehörden (vgl. Staatssekretariat für Migration, Handbuch für Asyl und Rückkehr, Die vorläufige Aufnahme, Stand: 1. Mai 2015, S. 1; vgl. Art. 83 Abs. 2 AuG). Entsprechende Vorbringen vermögen die i.S. von Art. 90 lit. c AuG mitwirkungspflichtige Person nicht davon zu entbinden, sich ernsthaft und eigenständig um die Beschaffung der Ausweispapiere zu bemühen. Dies gilt auch dann, wenn dabei gewisse Schwierigkeiten a priori nicht
auszuschliessen sind.

1.3. Mangels eigenständigen und ernsthaften Bemühungen der Beschwerdeführerin zur Beschaffung der Ausweispapiere i.S. von Art. 90 lit. c AuG ist die Verurteilung gestützt auf Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG nicht zu beanstanden. Die Rüge erweist sich als unbegründet.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, eine Strafbarkeit wegen rechtswidrigen Aufenthalts i.S. von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sei nicht gegeben. Sie kritisiert ihre Verurteilung in verschiedener Hinsicht. Im Zusammenhang mit dem Schuldprinzip macht sie geltend, die Vorinstanz habe die Beweislastregel verletzt. Die Vorinstanz habe zudem willkürlich festgestellt, dass ihre Nationalität nicht erstellt sei und dass die Ausreise an ihrer Verweigerungshaltung und nicht an äusseren Umständen gescheitert sei. Die Verurteilung verstosse weiter gegen die EU-Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger; ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008, S. 98 ff.).

2.2. Nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG macht sich strafbar, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Unbestritten ist, dass sich die Beschwerdeführerin vom 2. Juli 2015 bis 11. Februar 2016 ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz aufgehalten hat.

2.3.

2.3.1. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG gelangt nicht zur Anwendung, wenn es der betroffenen ausländischen Person etwa aufgrund einer Weigerung des Heimatlands, Staatsangehörige zurückzunehmen oder Ausweispapiere auszustellen (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61; 125 II 217 E.

2 S. 220), objektiv unmöglich ist, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig in das Heimatland zurückzukehren. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn die Ausreise trotz gesicherter Kenntnis der Identität oder der Nationalität resp. trotz Mitwirkung bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61; 125 II 217 E. 2 S. 220). Ein in der Schweiz illegal anwesender Ausländer darf nicht nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verurteilt werden, wenn ihm eine legale Ausreise aus der Schweiz objektiv nicht möglich ist (Urteil 6B 118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 5.3.1 mit Hinweisen).

2.3.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz verfalle in Willkür, wenn sie nicht darlege, in welchen Staat sie hätte legal ausreisen können. Wenn der beschuldigten Person nicht bewiesen werde, dass ihr eine legale Ausreise möglich sei, könne kein Schuldspruch erfolgen. Damit macht die Beschwerdeführerin sinngemäss eine Verletzung der aus der Maxime "in dubio pro reo" abgeleiteten Beweislastregel geltend.
Ob der Grundsatz als Beweislastregel verletzt ist, d.h., ob das Gericht fälschlicherweise davon ausging, der Beschuldigte habe seine Unschuld zu beweisen, und ihn verurteilte, weil ihm dieser Beweis misslang, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE 127 I 38 E. 2a S. 40 mit Hinweis; Urteil 6B 829/2013 vom 6. Mai 2014 E. 1.3). Vom Beschuldigten behauptete Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe sind von den Strafbehörden beweismässig nur zu widerlegen, wenn sie vom Beschuldigten mit einem Mindestmass an Glaubhaftigkeit belegt werden (vgl. Urteil 6B 869/2010 vom 16. September 2011 E. 4.5; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 2 zu Art. 10).
Die Straftatbestandsvoraussetzung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ist vorliegend erfüllt (E. 2.2). Wenn die Beschwerdeführerin als Schuldausschlussgrund vorbringt, dass ihr die legale Ausreise grundsätzlich nicht möglich gewesen sei, verkennt sie, dass die ausländerrechtlichen Behörden die Frage der Möglichkeit der legalen Ausreise i.S. von Art. 83 Abs. 1 und 2 AuG mit dem Wegweisungsentscheid an sich abschliessend und verbindlich beurteilt haben (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 S. 220). Das Strafgericht prüft im Rahmen des strafrechtlichen Schuldprinzips, ob die Ausreise trotz Mitwirkung bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 S. 220 f. mit Hinweisen). Konkrete Hinweise darauf, dass ihr die legale Ausreise trotz eigenständigen und ernsthaften Bemühungen nicht möglich gewesen war, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor. Solche Hinweise wären im Rahmen der geltend gemachten Verletzung der Beweislastregel jedoch nötig. Die Rüge erweist sich daher als unbegründet, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

2.4.

2.4.1. Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung im Zusammenhang mit der geltend gemachten objektiven Unmöglichkeit der Ausreise. Die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, indem sie ihre chinesische Staatsangehörigkeit als nicht erstellt erachtet habe. Sie werde im Strafbefehl als chinesische Staatsangehörige aufgeführt, weswegen die Staatsangehörigkeit als anerkannt gelten müsse. Die Beschwerdeführerin macht damit eine willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz geltend.

2.4.2. Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, das heisst wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244; 141 IV 369 E. 6.3 S. 375; je mit Hinweisen).
Die Vorinstanz erwägt, dass aufgrund der vom SEM festgestellten ungenügenden Sprach- und Länderkenntnisse sowie weiteren oberflächlichen resp. widersprüchlichen Angaben der Beschwerdeführerin Zweifel an ihrer Identität und chinesischen Nationalität bestehen (Urteil, S. 12). Die Beschwerdeführerin verweigere die Mitwirkung und verschleiere damit ihre Identität und Nationalität, womit sie deren Überprüfung verunmögliche (Urteil, S. 10).
Die Beschwerdeführerin setzt sich nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Der Hinweis auf den Strafbefehl vermag indes nicht zu genügen, um die Beweiswürdigung der Vorinstanz als willkürlich erscheinen zu lassen.

2.4.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe willkürlich festgestellt, dass die Ausreise an der Verweigerungshaltung, resp. nicht an äusseren Umständen gescheitert sei. Aus eigenem Antrieb könne sie keine Reisepapiere beschaffen.
Es sind keine eigenständigen und ernsthaften Bemühungen der Beschwerdeführerin zur Beschaffung der Ausweispapiere zu erkennen (vgl. E. 1.2). Konkrete Hinweise darauf, dass es der

Beschwerdeführerin aus eigenem Antrieb nicht möglich gewesen wäre, Ausweispapiere zu beschaffen, sind nicht ersichtlich. Sofern die Beschwerdeführerin die Ausreise aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur tibetischen Ethnie als grundsätzlich unmöglich erachtete, hätte sie sich mit den Migrationsbehörden in Verbindung setzen und sich um die vorläufige Aufnahme bemühen müssen (vgl. Urteil 6B 85/2007 vom 3. Juli 2007 E. 2.3). Nachträglich auftretende Vollzugshindernisse eines Wegweisungsentscheids sind im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs zu prüfen (Staatssekretariat für Migration, Handbuch für Asyl und Rückkehr, Die vorläufige Aufnahme, Stand: 1. Mai 2015, S. 5; vgl. BGE 120 Ib 42 E. 2b S. 46 f.). Es liegt nicht im Zuständigkeitsbereich der Strafbehörden, die von den zuständigen ausländerrechtlichen Behörden an sich abschliessend und verbindlich beurteilte Frage der Wegweisung grundsätzlich zu überprüfen (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 S. 220).
Es liegen keine konkreten Hinweise dafür vor, dass es der Beschwerdeführerin trotz Mitwirkung nicht möglich gewesen wäre, legal auszureisen. Insofern ist die Feststellung der Vorinstanz, die Ausreise sei am Verhalten der Beschwerdeführerin und nicht an äusseren Umständen gescheitert, nicht als willkürlich zu qualifizieren.

2.4.4. Die Rüge der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung resp. Beweiswürdigung erweist sich als unbegründet, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

2.5. Angesichts der ungesicherten Kenntnis der Identität und Nationalität der Beschwerdeführerin sowie der fehlenden Mitwirkung bei der Beschaffung der Ausweispapiere kann nicht von einer objektiven Unmöglichkeit der Ausreise i.S. des strafrechtlichen Schuldprinzips ausgegangen werden (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61; 125 II 217 E. 2 S. 220).

2.6.

2.6.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts gemäss EU-Rückführungsrichtlinie voraussetze, dass im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug einer Rückkehr Zumutbare vorgekehrt worden sei. Das Migrationsamt hätte versuchen sollen, bei der zuständigen chinesischen Botschaft Papiere zu beschaffen oder Vorsprachen bei der indischen Botschaft oder nepalesischen Vertretung zu organisieren.
Die Verhängung einer Geldstrafe ist mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar, vorausgesetzt sie erschwert das Verfahren der Entfernung nicht. Eine solche Sanktion kann unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249 E. 1.6.2 bis 1.9 mit zahlreichen Hinweisen). Der Einwand der Beschwerdeführerin ist demnach unbehelflich.

2.7. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es werde ihr unter Umständen nicht möglich sein, die Geldstrafe zu bezahlen, da sie von der Nothilfe lebe. Es drohe die Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe, die eine Rückführung i.S. der EU-Rückführungsrichtlinie allenfalls verunmögliche.
Die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin sind bei der Bemessung des Tagessatzes gebührend berücksichtigt worden. Die Bezahlung der Geldstrafe ist ihr zumutbar (vgl. Urteil 6B 610/2009 vom 13. Juli 2010 E. 1.4 f.). Bei dieser Ausgangslage liegen keine Gründe vor, welche die Annahme einer unzulässigen Verzögerung i.S. der EU-Rückführungsrichtlinie durch die ausgesprochene Geldstrafe rechtfertigen. Die ausgesprochene Geldstrafe ist nicht zu beanstanden.

3. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist infolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Die Gerichtskosten sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und angesichts ihrer finanziellen Verhältnisse praxisgemäss herabzusetzen (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Luzern, 2. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. November 2017

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Bianchi