Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.485/2005 /sza

Urteil vom 8. Februar 2006
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Karlen, Zünd,
Gerichtsschreiber Weissenberger.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Wüthrich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern, Zentralstrasse 28, 6002 Luzern.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das ANAG,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, II. Kammer, vom 22. September 2005.

Sachverhalt:
A.
X._____ reiste nach eigener Darstellung am 18. Februar 1997 ohne Pass und Visum in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Mit Entscheid vom 22. Februar 1998 wies das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) das Asylgesuch ab und forderte X._____ auf, bis spätestens 15. März 1998 auszureisen. Die Schweizerische Asylrekurskommission bestätigte diesen Entscheid.

Nachdem das Asylgesuch rechtskräftig abgewiesen worden war, forderten das BFF und die Fremdenpolizei des Kantons Luzern (heute: Amt für Migration) X._____ mit Schreiben vom 19. bzw. 22. Mai 1998 auf, ein gültiges Reisepapier zu beschaffen und die Schweiz bis 15. Juli 1998 zu verlassen. Da X._____ der Wegweisungsanordnung (trotz angedrohter strafrechtlicher Konsequenzen) keine Folge leistete und seine Mitwirkung bei der Identitätsabklärung verweigerte, wurde er am 13. August 2002 vom Amt für Migration des Kantons Luzern erstmals wegen rechtswidrigem Aufenthalt verzeigt. Mit rechtskräftigem Urteil vom 27. Januar 2003 sprach das Amtsgericht Hochdorf X._____ des rechtswidrigen Aufenthaltes in der Schweiz (Art. 23 Abs. 1 al. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, (ANAG; SR 142.20) seit dem 16. Juli 1998 schuldig und bestrafte ihn mit zwei Monaten Gefängnis unbedingt. X._____ verbüsste diese Strafe durch gemeinnützige Arbeit.
B.
Da X._____ weiterhin in der Schweiz blieb, reichte das Amt für Migration des Kantons Luzern am 24. November 2003 erneut Strafanzeige gegen ihn ein.

Mit zweitinstanzlichem Urteil vom 22. September 2005 sprach das Obergericht des Kantons Luzern X._____ des rechtswidrigen Verweilens gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG schuldig, begangen vom 28. Januar 2003 bis zum 5. Mai 2004 (Zeitpunkt der Strafverfügung des Amtsstatthalters Hochdorf), und verurteilte ihn zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von einem Monat.

C.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Das Obergericht des Kantons Luzern beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach Art. 23 Abs. 1 ANAG macht sich unter anderem strafbar, wer rechtswidrig das Land betritt oder darin verweilt (al. 4).
1.1 Die Vorinstanz erwägt, das Asylgesuch des Beschwerdeführers sei rechtskräftig abgewiesen worden. Der Beschwerdeführer habe die vom BFF und von der Fremdenpolizei des Kantons Luzern letztmals festgesetzte Ausreisefrist bis zum 15. Juli 1998 ungenutzt verstreichen lassen. Er habe sich nicht aktiv um die Rückkehr in sein Heimatland bemüht, obschon es ihm möglich gewesen wäre, bei der äthiopischen Botschaft um einen Reisepass oder zumindest einen Laissez-Passer zu ersuchen. Dazu hätte er bloss ein Formularbegehren korrekt ausfüllen und seine (als Identitätspapier ausreichende) Asylbescheinigung mit Ausländerstatus N beilegen müssen. Indem er trotz rechtskräftig abgewiesenem Asylgesuch und angeordneter Wegweisung sowie Kenntnis seines rechtswidrigen Aufenthaltes nichts unternommen habe, um sich Reisedokumente zu beschaffen und aus der Schweiz auszureisen, habe er den Tatbestand des Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG objektiv und subjektiv erfüllt (angefochtenes Urteil, S. 6 f.).

Gegen diese Ausführungen der Vorinstanz wendet sich der Beschwerdeführer zu Recht nicht. Insofern kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden.
1.2 Der Beschwerdeführer macht einzig geltend, seine erneute Verurteilung sei unzulässig, da er schon mit Urteil des Amtsgerichts Hochdorf vom 27. Januar 2003 wegen rechtswidrigem Aufenthalt verurteilt worden sei. Die erneute Verurteilung verletze den Grundsatz ne bis in idem. Er habe nach der Abweisung seines Asylgesuchs immer den Willen kundgetan, in der Schweiz bis an sein Lebensende zu bleiben und mit dem äthiopischen Konsulat keinen Kontakt aufzunehmen. Es liege somit eine Handlungseinheit bzw. eine einzige strafbare Handlung vor, da sein Aufenthalt in der Schweiz auf dem immer gleichen Willensentschluss beruhe. Das illegale Verweilen sei ein Dauerdelikt, weshalb er für dieses nur einmal verurteilt werden könne.
1.2.1 Das andauernde und ununterbrochene rechtswidrige Verweilen des Beschwerdeführers im Lande gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG ist ein Dauerdelikt (vgl. BGE 104 IV 186 E. 3 zum Verweisungsbruch gemäss Art. 291 StGB).

Die Verurteilung wegen eines Dauerdelikts bewirkt deren Zäsur. Da die Verurteilung nur die Herbeiführung und die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes bis zum Urteilszeitpunkt erfasst, ist das Aufrechterhalten des Dauerzustands nach dem Urteil als selbständige Tat zu werten. (vgl. Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 2001, Vorbem §§ 52 ff. N 87). Die Tateinheit wird durch die Verurteilung aufgehoben, und für neue Delikte gilt der Grundsatz ne bis in idem nicht (BGE 104 IV 230 E. 3). In diesen Fällen ist daher eine neue Verurteilung für die vom ersten Urteil nicht erfassten Tathandlungen (vgl. BGE 118 IV 269 E. 4) möglich.
1.2.2 Der Beschwerdeführer wurde erstmals am 27. Januar 2003 des rechtswidrigen Aufenthaltes schuldig gesprochen, und zwar für den Deliktszeitraum vom 16. Juli 1998 bis zum 27. Januar 2003. Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft. Die generelle Verweigerung der Ausreise auch für die Zukunft wurde beim Schuldspruch nicht berücksichtigt. Das hier zu beurteilende Urteil erfolgte am 22. September 2005 und betraf den Deliktszeitraum vom 28. Januar 2003 bis zum 5. Mai 2004. Der Beschwerdeführer wurde somit nicht für Tathandlungen verurteilt, die bereits Gegenstand des ersten Strafurteils waren, sondern für die seit diesem begangenen Taten.

Wie oben (E. 1.2.1) aufgezeigt wurde, durfte die Vorinstanz den Beschwerdeführer dafür verurteilen, dass er ab dem 28. Januar 2003 weiterhin rechtswidrig in der Schweiz verweilte, weil seine Verurteilung wegen des Dauerdelikts am 27. Februar 2003 deren Zäsur bewirkte. Eine Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem ist zu verneinen.
2.
Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen. Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch

um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Da seine Begehren von vornherein aussichtslos waren, ist sein Gesuch abzuweisen (Art. 152 Abs. 1 OG). Dementsprechend hat er die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP). Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers wird bei der Festsetzung der Urteilsgebühr Rechnung getragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht
im Verfahren nach Art. 36a OG:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern und dem Obergericht des Kantons Luzern, II. Kammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. Februar 2006
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: