

Hochschulstrasse 17
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 17 273

Bern, 30. November 2017

Besetzung

Oberrichterin Hubschmid (Präsidentin i.V.), Oberrichter Zihlmann,
Oberrichter Vicari
Gerichtsschreiberin Segessenmann

Verfahrensbeteiligte

A._____,
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt B._____
Beschuldigter/Berufungsführer



gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3001 Bern

Gegenstand

Fälschen von Ausweisen und Widerhandlung gegen das Ausländergesetz

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland (Einzelgericht) vom 10.05.2017 (PEN 2017 130)

Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil vom 10. Mai 2017 sprach das Regionalgericht Bern-Mittelland (Einzelgericht) A._____ (nachfolgend Beschuldigter) von der Anschuldigung der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20), angeblich begangen zwischen dem 20. August 2015 und dem 23. Dezember 2015 in Worb, Nidau und anderswo ohne Ausrichtung einer Entschädigung und ohne Ausscheidung von Verfahrenskosten frei. Hingegen befand es den Beschuldigten der Fälschung von Ausweisen, begangen am 21. September 2015 in Bern, sowie der Widerhandlung gegen das AuG durch rechtswidrigen Aufenthalt zwischen dem 24. Juli 2015 und dem 19. August 2015 sowie vom 24. Dezember 2015 bis am 7. November 2016 in Worb, Nidau und anderswo schuldig, und verurteilte ihn hierfür zu einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen sowie zur Bezahlung der Verfahrenskosten von CHF 2'320.00. Weiter befand die Vorinstanz über die amtliche Entschädigung des Verteidigers des Beschuldigten und verfügte die Einziehung des gefälschten Passes (pag. 116 f.).

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte, amtlich vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 17. Mai 2017 form- und fristgerecht die Berufung an (pag. 141). In der ebenfalls form- und fristgerecht erfolgten Berufungserklärung vom 18. Juli 2017 erklärte der Beschuldigte die Anfechtung des Urteils bezüglich der erfolgten Schuldsprüche und der Einziehung des Passes (pag. 151 f.). Mit Verfügung vom 19. Juli 2017 gewährte die Verfahrensleitung den Parteien Gelegenheit, Anschlussberufung zu erklären oder Nichteintretensgründe geltend zu machen. Weiter nahm sie die Durchführung des schriftlichen Verfahrens in Aussicht und forderte die Parteien auf, hierzu Stellung zu nehmen (pag. 154 f.). Am 26. Juli 2017 teilte die Generalstaatsanwaltschaft mit, dass sie auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichte (pag. 158 f.). Der Beschuldigte erklärte sich seinerseits am 9. August 2017 mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden (pag. 160), woraufhin dieses mit Verfügung vom 15. August 2017 angeordnet, und der Beschuldigte zur Einreichung einer schriftlichen Berufungsbegründung aufgefordert wurde (pag. 162 f.). Am 15. September 2017 ging die schriftliche Berufungsbegründung ein (pag. 185 ff.), der Schriftenwechsel wurde mit Verfügung vom 18. September 2017 als geschlossen erachtet (pag. 193 ff.).

3. Anträge der Parteien

In seiner Berufungserklärung vom 18. Juli 2017 stellte Rechtsanwalt B._____ namens des Beschuldigten folgende Anträge (pag. 151 f.):

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil vom 10. Mai 2017 betreffend die Ziffer I (Freispruch) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf der Fälschung von Ausweisen (Ziffer II.1) sowie der Widerhandlung gegen das AuG durch rechtswidrigen Aufenthalt (Ziffer II.2) freizusprechen.
3. Eventualiter sei der Beschuldigte in Abänderung der Ziffer 1 unten auf Seite 2 des Urteils vom 10. Mai 2017 zu einer bedingten Geldstrafe, eventualiter zu einer bedingten Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer angemessenen Probezeit zu verurteilen.
4. Die Verfahrenskosten seien dem Kanton Bern zu auferlegen, eventualiter anteilmässig gemäss Ausgang des Verfahrens (Ziffer 2 Seite 2 unten).
5. Die Parteientschädigung, evtl. das amtliche Honorar seien gemäss bereits eingereichter und gemäss einzureichender Kostennote festzulegen (Ziffer III auf Seite 3).
6. Der Pass sei dem Beschuldigten herauszugeben (Ziffer IV).

- Unter Kosten – und Entschädigungsfolge -

4. **Oberinstanzliche Beweisergänzungen**

Von Amtes wegen wurde über den Beschuldigten mit Verfügung vom 15. August 2017 ein aktueller Strafregisterauszug (pag. 164 ff.) und ein Leumundsbericht samt Erhebungsformular wirtschaftliche Verhältnisse (pag. 178 ff.) eingeholt. Weiter zog die Verfahrensleitung auch sämtliche Vorakten bei (pag. 163). Mit Eingabe vom 2. November 2017 reichte Rechtsanwalt B._____ Kopien der Schreiben des Zivilstandskreises Bern-Mittelland vom 6. Oktober 2017, des Migrationsdienstes vom 27. September 2017 sowie das Schreiben von Rechtsanwalt B._____ an den Migrationsdienst vom 25. September 2017 inklusive Kopie Reisepass und Bestätigung pendentes Ehevorbereitungsverfahrens zu den Akten (pag. 195 ff.).

5. **Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer**

Zufolge vollumfänglicher Anfechtung der erstinstanzlichen Schuldsprüche hat die Kammer die Vorwürfe der Fälschung von Ausweisen und der Widerhandlung gegen das AuG, gemäss erstinstanzlichem Urteil begangen zwischen dem 24. Juli 2017 und dem 19. August 2017 sowie zwischen dem 24. Dezember 2015 und dem 7. November 2016, die Strafzumessung sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu überprüfen. Die Kammer verfügt dabei über volle Kognition (Art. 398 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Der Freispruch von der Anschuldigung der Widerhandlung gegen das AuG durch rechtswidrigen Aufenthalt, angeblich begangen zwischen dem 20. August 2015 und dem 23. Dezember 2015, ist hingegen in Rechtskraft erwachsen.

Aufgrund der fehlenden (Anschluss-)berufung durch die Generalstaatsanwaltschaft ist die Kammer an das Verschlechterungsverbot gebunden (Art. 391 Abs. 2 StPO), und darf das Urteil nicht zu Ungunsten des Beschuldigten abändern.

II. **Fälschung von Ausweisen**

6. **Vorwurf gemäss Strafbefehl (Anklage)**

Dem Beschuldigten wird gemäss Strafbefehl vom 10. Januar 2017, der vorliegend als Anklage dient, vorgeworfen, sich im Rahmen des Ehevorbereitungsverfahrens

beim Zivilstandesamt des Kantons Bern mit einem total gefälschten Pass ausgewiesen zu haben. Der Beschuldigte habe seinen Pass gemäss eigenen Angaben absichtlich im Heimatland zurückgelassen und sich diesen nach längerer Zeit zuschicken lassen, weswegen er davon habe ausgehen müssen, dass es sich dabei um eine Fälschung handle. Der Beschuldigte habe den Pass in der Absicht eingereicht, dadurch zur Eheschliessung befugt zu sein und sein Fortkommen zu erleichtern (pag. 31).

7. Unbestrittener und bestrittener Sachverhalt

Der Sachverhalt ist gänzlich bestritten. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz hat der Beschuldigte nicht eingestanden, dass der Pass eine Fälschung ist. Vielmehr macht er geltend, dass seine Kenntnisse eine solche Beurteilung nicht zulassen würden (pag. 44 und Ausführungen der Verteidigung auf pag. 186). Das Gericht hat daher beweiswürdigend darüber zu befinden, ob es sich beim fraglichen Pass um eine Fälschung handelt. Falls diese Frage zu bejahen ist, ist weiter zu prüfen, ob der Beschuldigte den Pass in Kenntnis davon, dass es sich dabei um eine Fälschung handelt, eingereicht hat bzw. ob er hätte wissen müssen, dass es sich um eine Fälschung handelt.

8. Ausführungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz legt dar, dass die Umstände rund um die Erlangung des Passes den Beschuldigten hätten misstrauisch stimmen müssen. Der Beschuldigte hätte den Pass bei Erhalt prüfen müssen. Einige Fälschungsmerkmale seien auf den ersten Blick erkennbar gewesen. Seine Angabe, wonach er den Pass nicht kontrolliert habe, weise darauf hin, dass es ihm gleichgültig gewesen sei bzw. er auch davon ausgegangen sei, dass es sich dabei um eine Fälschung handle. Der Beschuldigte habe durch die Verwendung eines gefälschten Passes auch einen Vorteil erlangt. So habe er den ordentlichen Behördenweg in seinem Heimatland umgehen können (pag. 127 f., S. 8 f. der Entscheidbegründung).

9. Argumente der Verteidigung

Die Verteidigung macht geltend, der Beschuldigte habe zu keinem Zeitpunkt eingestanden, dass es sich bei seinem Pass um eine Fälschung handle. Vielmehr habe er dargelegt, dass er als Laie eine solche Beurteilung nicht vornehmen könne, und der Pass der Guineischen Vertretung zwecks Überprüfung vorgelegt werden müsse. Die Spezialistin des Kriminaltechnischen Dienstes habe dargelegt, dass es mehrere Versionen des Passes gebe und die Unregelmässigkeiten nur mithilfe diverser Hilfsmittel erkannt werden konnten. Bereits die Tatsache, dass eine entsprechende Abklärung in Auftrag gegeben werden musste, zeige, dass die Fälschung – sofern denn eine solche vorliege, was offen gelassen werden könne – nicht offensichtlich sei (pag. 186 f.).

10. Beweismittel durch die Kammer

Die Vorinstanz hat die bezüglich der vorliegend zu beurteilenden Sachverhaltsfrage einschlägigen Beweismittel zutreffend dargelegt. Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden (pag. 125 ff., S. 6-8 der Entscheidbegründung).

Zunächst ist zu klären, ob es sich beim fraglichen Pass des Beschuldigten um eine Fälschung handelt. Diese Frage kann nach Ansicht der Kammer entgegen den Ausführungen der Verteidigung auch ohne entsprechende Bestätigung der guineischen Vertretung in der Schweiz beantwortet werden. Vorliegend konnte die Sachverständige aufzeigen, dass der Pass mehrere Fälschungsmerkmale aufweist, so insbesondere das offensichtliche Fälschungsmerkmal der Fehlerhaftigkeit der Prüfwerte (vgl. die Auflistung der Fälschungsmerkmale im Bericht des Kriminaltechnischen Dienstes vom 14. Oktober 2016, pag. 8). Die Kammer erachtet die Ausführungen der Sachverständigen als vollumfänglich nachvollziehbar. Es sind keine Gründe ersichtlich, davon abzuweichen. Beim fraglichen Pass des Beschuldigten handelt es sich demnach um eine Fälschung. Ergänzend ist jedoch festzuhalten, dass die Fälschungsmerkmale (für einen Laien) nicht sofort erkennbar sind. So lassen sich auf den ersten Blick keine offensichtlichen Unregelmässigkeiten feststellen. Auch die Sachverständige hat auf entsprechenden Hinweis der erstinstanzlichen RichterIn, wonach die Fälschungsmerkmale von Auge nur schwach erkennbar seien, darauf hingewiesen, dass der Nachweis unter Zuhilfenahme verschiedener Hilfsmittel wie Makroskop und Lichtquellen erfolgt sei (pag. 102).

Zu prüfen ist weiter, ob der Beschuldigte Kenntnis der Fälschung hatte. Sein Aussageverhalten lässt nach Ansicht der Kammer keinen eindeutigen Schluss zu. Der Beschuldigte brachte konstant vor, er sei zwar davon ausgegangen, dass der Pass echt sei, es sei ihm jedoch nicht möglich, abschliessend zu beurteilen, ob es sich tatsächlich um eine Fälschung handle oder nicht. Auch bezüglich der Frage, wie er in den Besitz des gefälschten Passes gelangt sei, machte er im Wesentlichen gleichbleibende Aussagen. So gab er zusammengefasst an, der Pass sei ursprünglich in seinem Heimatland ausgestellt worden, und er habe diesen bei seiner Abreise nach Europa zurückgelassen. Als er den Pass benötigt habe, habe er sich an einen Freund gewandt, welcher ihm den Pass schliesslich mitgebracht und in Spanien der Post übergeben habe. Als er den Pass erhalten habe, habe er nur kurz reingeschaut, den Pass aber nicht genauer überprüft. Der Beschuldigte hat sich zwar in keine Widersprüche verstrickt. Inhaltlich werfen seine Aussagen jedoch durchaus Fragen auf. Nach Ansicht der Kammer ist insbesondere fraglich, wieso der Freund des Beschuldigten einen gefälschten Pass verschicken sollte, ohne den Beschuldigten darüber zu informieren. Ein solches Vorgehen ist eher schwer nachvollziehbar. Auch die Schilderung des Beschuldigten, sein Freund habe den Pass von Guinea persönlich nach Spanien gebracht, da er ohnehin nach Spanien haben reisen wollen, und dort dann per Post aufgegeben, macht wenig Sinn. Andererseits ist durchaus möglich, dass der Freund des Beschuldigten den Pass aus Sicherheitsgründen erst aus Spanien und nicht bereits aus Guinea verschickt hatte, da innerhalb von Europa die Postzustellung rascher und zuverlässiger erfolgen dürfte.

Auch wenn diese dargelegten Gründe dafür sprechen, dass der Beschuldigte Kenntnis der Fälschung hatte bzw. hätte haben müssen, bestehen aus nachfolgenden Gründen durchaus auch Zweifel an diesem Beweisschluss. Wie erwähnt, sind die Fälschungsmerkmale nicht derart offensichtlich bzw. von Auge erkennbar, dass der Beschuldigte diese sofort hätte erkennen müssen. Umso mehr, als er bereits längere Zeit keinen guineischen Pass mehr gesehen haben dürfte. Ebenso ist nach Ansicht der Kammer glaubhaft, dass der Beschuldigte – wie er geltend machte –

den Pass nach Erhalt nicht eingehend überprüfte (pag. 44 und 108). Wie durch die guineische Botschaft bestätigt wurde, sind die im Pass enthaltenen Personendaten wie Name, Geburtsdatum und Geburtsort korrekt (pag. 51). Auch enthält der Pass ein Bild des Beschuldigten. Unter diesen Umständen ist durchaus nachvollziehbar, dass der Beschuldigte den Pass keiner eingehenden Überprüfung unterzog, das Ausstelldatum nicht überprüfte und ihm damit auch nicht auffallen konnte, dass der Pass erst nach seiner Ausreise aus Guinea ausgestellt wurde. Aus diesem Umstand alleine kann jedenfalls nichts zu Lasten des Beschuldigten abgeleitet werden. Weiter ist auch das mögliche Motiv des Beschuldigten für die Verwendung eines gefälschten Passes unklar. Wie erwähnt, sind die Personalien im gefälschten Pass korrekt. Der Beschuldigte hat nicht versucht, seine wahre Identität zu verschleiern. Offenbar ist es dem Beschuldigten auch ohne weiteres möglich, innert nützlicher Frist an einen Originalpass zu gelangen. Er hat in der Zwischenzeit bei den guineischen Behörden die Ausstellung eines neuen Passes beantragt, was offenbar keine Probleme verursacht hat (pag. 95). Der neue Originalpass ist nun auch eingetroffen und dem Migrationsdienst und dem Zivilstandskreis weitergeleitet worden (pag. 202 ff.). Wieso der Beschuldigte unter diesen Umständen das Risiko eingehen sollte, einen gefälschten Pass zu verwenden, ist nicht ersichtlich. Kommt hinzu, dass gefälschte Dokumente zwar auf dem Schwarzmarkt erhältlich sind, jedoch – insbesondere wenn es sich wie vorliegend nicht um eine offensichtliche Fälschung handelt – einen nicht unerheblichen Preis haben. Wieso der mittellose Beschuldigte einen solchen Aufwand betreiben sollte, welcher ihm keinen ersichtlichen Nutzen verschafft und lediglich Risiken birgt, ist nicht ersichtlich.

Unter diesen Umständen ist auch ein eventualvorsätzliches Handeln des Beschuldigten weder vorstellbar noch nachweisbar. Entweder hat der Beschuldigte bewusst eine Fälschung bestellt und diese auch bezahlt, oder er durfte darauf vertrauen, dass ihm sein Freund seinen Originalpass zuschicken würde.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass nach Ansicht der Kammer beide erläuterten Sachverhaltshypothesen denkbar sind und bei objektiver Betrachtung durchaus Zweifel daran bestehen, dass sich der Sachverhalt wie in der Anklage geschildert zugetragen hat. Der Beschuldigte ist daher nach dem Grundsatz in dubio pro reo vom Vorwurf der Fälschung von Ausweisen freizusprechen.

III. Rechtswidriger Aufenthalt

11. Vorwurf gemäss Strafbefehl (Anklage)

Dem Beschuldigten wird gemäss Strafbefehl, der vorliegend als Anklage dient, vorgeworfen, sich trotz ihm bekannten rechtskräftigen Wegweisungsentscheid vom 6. Januar 2014 weiterhin in der Schweiz aufgehalten zu haben, wobei die letzte Verurteilung am 23. Juli 2015 erfolgt sei (pag. 31).

12. Bestrittener und unbestrittener Aufenthalt

Unbestritten ist, dass die Wegweisung des Beschuldigten am 6. Januar 2014 in Rechtskraft erwachsen ist. Der Beschuldigte hatte Kenntnis der Tatsache, dass er gemäss diesem Wegweisungsentscheid die Schweiz hätte verlassen sollen

(pag. 105). Weiter steht fest, dass sich der Beschuldigte vom 20. August 2015 bis zum 23. Dezember 2015 im Strafvollzug befand (pag. 20). Der Beschuldigte hat nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe die Schweiz nicht mehr verlassen (pag. 105). Schliesslich steht fest, dass der Beschuldigte, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 10. Mai 2016 um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung der Heirat ersuchte (pag. 77). Dieses Gesuch wurde insoweit gutgeheissen, als der Migrationsdienst dem Beschuldigten mit Schreiben vom 27. September 2017 mitteilte, dass sein Aufenthalt bis am 26. Dezember 2017 formlos toleriert werde (pag. 200).

Unklar ist, ob sich der Beschuldigte vor dem Strafvollzug im Zeitraum vom 24. Juli 2015 bis zum 19. August 2015 in der Schweiz aufgehalten hat.

13. Beweiswürdigung durch die Kammer

In sachverhaltsmässiger Hinsicht schliesst sich die Kammer bezüglich der Frage, ob sich der Beschuldigte in der Zeit zwischen dem 23. Juli 2015 und dem 19. August 2015 in der Schweiz aufgehalten hat, vollumfänglich den Ausführungen der Vorinstanz an (pag. 129 f., S. 10 f. der Entscheidungsbegründung). Aufgrund der entsprechenden rechtskräftigen Verurteilung steht fest, dass sich der Beschuldigte bis am 23. Juli 2015 in der Schweiz aufgehalten hatte (pag. 18). Die u.a. für diesen rechtswidrigen Aufenthalt ausgesprochene Strafe hat er ab dem 20. Mai 2015 verbüsst (pag. 20). Aus den Aussagen des Beschuldigten ergibt sich, dass er 2014 die Schweiz verlassen hatte, 2015 jedoch wieder zurückgekehrt ist, und dann die gegen ihn ausgesprochenen Strafen verbüsst hatte (vgl. pag. 47 und 105). Auf diese Aussagen des Beschuldigten kann ohne weiteres abgestellt werden. Ebenso ist wie oben dargelegt erstellt, dass der Beschuldigte Kenntnis davon hatte, dass er über keinen gültigen Aufenthaltstitel verfügte.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass sich der Beschuldigte in den zu prüfenden Zeiträumen, konkret also zwischen dem 24. Juli 2015 und dem 19. August 2015 sowie zwischen dem 24. Dezember 2015 und dem 7. November 2016 ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten hat. Ob der Beschuldigte davon ausging, dass er sich ab dem 10. Mai 2016 legal in der Schweiz aufhalten durfte, ist mit Blick auf die nachfolgenden rechtlichen Überlegungen unerheblich.

14. Rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz und Vorbringen der Verteidigung

Die Vorinstanz ist zum Schluss gelangt, dass der Beschuldigte im Zeitraum, welchen er nicht im Strafvollzug verbracht hat, ohne weiteres die Schweiz hätte verlassen können. Aus dem Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung vom 10. Mai 2016 habe er kein Bleiberecht ableiten dürfen (pag. 132, S. 13 der Entscheidungsbegründung)

Die Verteidigung bringt demgegenüber vor, das Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung sei nach wie vor hängig. Der kantonale Migrationsdienst kenne den Aufenthaltsort des Beschuldigten und stehe in regelmässigem Kontakt mit dem Verteidiger. Er habe bewusst darauf verzichtet, den Antrag auf superprovisorische Bewilligung des Aufenthalts abzuweisen. Rechtsanwalt B._____ bringt vor, er habe den Beschuldigten darauf hingewiesen, dass er davon ausgehe, dass

der Migrationsdienst über den Antrag befinden müsste. Der Beschuldigte habe daher darauf vertrauen dürfen, dass er sich nicht illegal in der Schweiz aufhalte, womit er mangels Vorsatz freizusprechen sei (pag. 187 f.). Diese Ausführungen sind in der Zwischenzeit insoweit überholt, als der Migrationsdienst das Gesuch gutgeheissen hat.

15. Rechtliche Würdigung durch die Kammer

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG).

Der Aufenthalt ist rechtswidrig, wenn der Ausländer im Anschluss an eine unrechtmässige Einreise in der Schweiz verbleibt und wenn er nach einer ihm angesetzten Ausreisefrist oder nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts in der Schweiz verbleibt. Ersucht der Ausländer um eine neue Bewilligung, die Verlängerung einer Bewilligung oder die Verlängerung einer Ausreisefrist, so ist sein Aufenthalt so lange rechtmässig, als das Gesuch pendent ist oder ihm nicht rechtskräftig die aufschiebende Wirkung entzogen wurde (HANS MAURER, Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch und weiteren einschlägigen Erlassen mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, 19. Auflage 2013, N 19 zu Art. 115 sowie auch LUZIA VETTERLI, GABRIELLA D'ADDARIO DI PAOLO, Stämpflis Handkommentar zum AuG, Bern 2010, N 23 zu Art. 115). Das Bundesgericht hat sich zu dieser konkreten Frage soweit ersichtlich noch nicht geäußert.

Indem sich der Beschuldigte wissentlich und willentlich zwischen dem 24. Juli 2015 und dem 19. August 2015 und zwischen dem 24. Dezember 2015 sowie dem 10. Mai 2016 trotz rechtskräftigem Wegweisungsentscheid in der Schweiz aufgehalten hat, hat er sich des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gemacht.

Am 10. Mai 2016 hat der Beschuldigte jedoch ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung der Heirat eingereicht. Dieses wurde am 27. September 2017 insofern gutgeheissen, als dem Beschuldigten mitgeteilt wurde, dass sein Aufenthalt bis zum 26. Dezember 2017 formlos toleriert werde (pag. 200). Die Kammer schliesst sich den obigen Lehrmeinungen an und erachtet den Aufenthalt des Beschuldigten ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht als rechtswidrig. Dies rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil das Gesuch aufgrund veränderter tatsächlicher Umstände erfolgt ist. So hat der Beschuldigte in der Zwischenzeit eine Partnerin kennengelernt, mit der er die Ehe eingehen möchte. Anders wäre die Situation u.U. zu beurteilen, wenn ein erneutes Ersuchen um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Wissen um dessen Aussichtslosigkeit und bei unveränderten Umständen eingereicht worden wäre. Diesfalls würde sich die Frage stellen, ob nicht ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen vorliegen würde, zumal dadurch Verzögerungen im Vollzug einer Wegweisung erreicht werden könnten. Dies hat jedoch für den vorliegenden Fall nicht zu gelten. Dafür spricht insbesondere auch der Umstand, dass der kantonale Migrationsdienst während längerer Zeit nicht über das Gesuch befunden hat. In der Zwischenzeit hat der Migrations-

dienst das Gesuch denn auch gutgeheissen, was den Schluss, dass der Aufenthalt nicht rechtswidrig war, bestätigt.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts, angeblich begangen zwischen dem 10. Mai 2016 und dem 7. November 2016, freizusprechen ist.

IV. Strafzumessung

16. Grundlagen der Strafzumessung

Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Strafzumessung und der Asperation zutreffend wiedergegeben. Auf diese Ausführungen wird verwiesen (pag. 133 f., S. 14 f. der Entscheidbegründung).

17. Objektive und subjektive Tatkomponenten

Der Beschuldigte hat sich des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gemacht. Der Strafraum beträgt gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr.

Der Beschuldigte hat sich trotz rechtskräftigem Wegweisungsentscheid zwischen dem 24. Juli 2015 und dem 19. August 2015 sowie zwischen dem 24. Dezember 2015 und dem 10. Mai 2016 rund 5 Monate illegal in der Schweiz aufgehalten. Der Beschuldigte handelte vorsätzlich und in der Absicht, in der Schweiz zu verbleiben, um die Ehe einzugehen, was tatbestandsmässig und neutral zu werten ist. Dem Beschuldigten wäre es möglich gewesen, auszureisen. Es ist nicht ersichtlich, dass er in seinem Heimatland in seiner körperlichen oder psychischen Integrität bedroht gewesen wäre.

Unter Berücksichtigung der Tatkomponenten sowie der Richtlinien für die Strafzumessung des Verbands Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VBRS, nachfolgend VBRS-Richtlinien) erachtet die Kammer eine Strafe von rund 60 Strafeinheiten als verschuldensangemessen.

18. Täterkomponenten

Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. 136 f., S. 17 f. der Entscheidbegründung). Der Beschuldigte lebt mit seiner Verlobten C. _____ zusammen, welche er in Kürze zu ehelichen beabsichtigt.

Dem aktuellen Leumundsbericht kann weiter entnommen werden, dass der Beschuldigte am 30. Juli 2017 alkoholisiert in einer Bar angetroffen, und aufgrund aggressiven Verhaltens zwecks Identitätsfeststellung auf eine Polizeiwache verbracht werden musste (pag. 179). Das festgestellte Verhalten war jedoch offensichtlich nicht von strafrechtlicher Relevanz (pag. 164). Jedoch wirken sich die (teils einschlägigen) Vorstrafen vorliegend im Umfang von 10 Strafeinheiten strafferhöhend aus.

Unter Berücksichtigung der Tat- und Täterkomponenten ist der Beschuldigte zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu verurteilen.

19. **Strafart und Vollzug**

Bei einer Strafe von 70 Strafeinheiten gilt das gesetzlich vorgesehene Primat der Geldstrafe (Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 40 f. StGB). Das Gericht kann auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 StGB).

Der Beschuldigte ist mehrfach und bezüglich des rechtswidrigen Aufenthalts auch einschlägig vorbestraft. Obwohl er bereits mehrere Freiheitsstrafen zu verbüssen hatte, hat ihn dies bis anhin nicht von weiterer Delinquenz abhalten können. Zwar hält sich der Beschuldigte zurzeit nicht rechtswidrig in der Schweiz auf. Aufgrund der angestrebten Heirat ist zudem auch denkbar, dass der Beschuldigte künftig über einen ordentlichen Aufenthaltstitel verfügen wird. Sein bisheriges Verhalten und die Vorstrafen zeugen jedoch von einer gewissen Gleichgültigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung. Da sich der Beschuldigte selbst von unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafen in der Vergangenheit nicht hat beeindrucken lassen, wäre eine bedingte Strafe nicht geeignet, um ihn von weiterer Delinquenz abzuhalten.

Jedoch ist fraglich, ob die weitere Voraussetzung von Art. 41 Abs. 1 StGB erfüllt ist. Der Beschuldigte macht in diesem Zusammenhang geltend, seine Verlobte sei erwerbstätig und lasse ihm zur Bestreitung des Haushalts ein Taschengeld zukommen, womit es ihm möglich wäre, die Geldstrafe zu begleichen (pag. 190).

Das Bundesgericht hat sich in BGE 134 IV 60 ausführlich zur Vollzugsprognose einer Geldstrafe im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB geäußert und festgehalten, dass die Geldstrafe auch für Mittellose zur Verfügung stehen solle. Im konkreten Fall hat der erwerbslose Beschwerdeführer den Haushalt geführt und die Kinder betreut, während der Familienunterhalt durch seine Ehefrau bestritten wurde. Der Beschwerdeführer war selbst nicht erwerbstätig und erzielte kein eigenes Einkommen. Ihm sind jedoch gemäss Bundesgericht diejenigen Zuwendungen als Einkommen anzurechnen, auf die er einen familienrechtlichen Anspruch im Sinne von Art. 164 ZGB hat. Das Bundesgericht hat argumentiert, dass auch bei einem sehr geringen Einkommen nicht ohne Weiteres die Unvollziehbarkeit einer Geldstrafe angenommen werden dürfe. Der Mittellosigkeit sei vielmehr mit einem entsprechend tiefen Tagessatz Rechnung zu tragen (E. 8.4).

Der Beschuldigte lebt vorliegend in ähnlichen Verhältnissen wie im oben erläuterten Entscheid. Zwar ist er (noch) nicht verheiratet. Es ist jedoch davon auszugehen, dass er im Zeitpunkt der Rechtskraft dieses Urteils verheiratet sein wird. Der Beschuldigte geht keiner Erwerbstätigkeit nach und lebt mit seiner Verlobten zusammen, welche ihm für die Bestreitung des Haushalts einen Betrag inkl. Taschengeld in der Höhe von CHF 900.00 zukommen lässt. Bei dieser Konstellation kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gesagt werden, dass der Vollzug einer Geldstrafe nicht möglich ist. Angesichts des geringen Einkommens des Paares ist vorliegend der Tagessatz auf das noch zweckmässige Minimum von

CHF 30.00 festzusetzen. Es ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Geldstrafe von CHF 2'100.00 innert nützlicher Frist wird bezahlen können und es ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgend auf eine solche zu erkennen.

20. Fazit Strafzumessung

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen à CHF 30.00, total ausmachend CHF 2'100.00, zu verurteilen ist.

V. Kosten und Entschädigung

21. Erstinstanzliche Verfahrenskosten

Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt der Beschuldigte die Verfahrenskosten, wenn er verurteilt wird. Der Beschuldigte wurde vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Umfang von ungefähr 50 % sowie vom Vorwurf des Fälschens von Ausweisen freigesprochen. Unter Berücksichtigung des Schuldspruchs wegen rechtswidrigen Aufenthalts bezüglich der übrigen Dauer hat er die Hälfte der erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 2'320.00, ausmachend CHF 1'160.00, zu tragen. Die restanzlichen erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 1'160.00 trägt der Kanton Bern.

22. Oberinstanzliche Verfahrenskosten

Gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO sind die oberinstanzlichen Verfahrenskosten nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens zu verlegen. Die Kosten werden auf CHF 800.00 bestimmt. Der Beschuldigte hat bei diesem Ausgang des Verfahrens als im Umfang von $\frac{1}{2}$ obsiegend zu gelten. Er hat demzufolge $\frac{1}{2}$ der oberinstanzlichen Verfahrenskosten, ausmachend CHF 400.00, zu bezahlen. Die restanzlichen Verfahrenskosten von CHF 400.00 trägt der Kantons Bern.

23. Amtliche Entschädigung erste Instanz

Rechtsanwalt B._____ macht für das erstinstanzliche Verfahren einen Aufwand von rund 12 Stunden und Auslagen von CHF 105.00 geltend, was als angemessen erachtet wird (pag. 113 f.).

Soweit der Beschuldigte (im Umfang von 50 %) vor erster Instanz obsiegt, wird die Entschädigung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt B._____, auf CHF 1'352.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) bestimmt. Soweit der Beschuldigte vor erster Instanz unterliegt, ist Rechtsanwalt B._____ mit ebenfalls CHF 1'352.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) amtlich zu entschädigen. A._____ hat dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung zurückzuzahlen und Rechtsanwalt B._____ die Differenz von CHF 324.00 zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

24. Amtliche Entschädigung obere Instanz

Rechtsanwalt B._____ macht im oberinstanzlichen Verfahren einen Aufwand von 5,58 Stunden geltend, was als angemessen erachtet wird (pag. 209 f.). Soweit der Beschuldigte im Umfang von rund 50 % vor oberer Instanz obsiegt, wird die Entschädigung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt B._____, auf CHF 662.75 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) bestimmt. Soweit der Beschuldigte vor oberer Instanz unterliegt, ist Rechtsanwalt B._____ mit CHF 662.75 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) amtlich zu entschädigen. A._____ hat dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung zurückzuzahlen und Rechtsanwalt B._____ die Differenz von CHF 151.20 zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

VI. Verfügungen

Wie festgestellt, handelt es sich beim Reisepass um eine Fälschung, welche in Anwendung von Art. 69 Abs. 1 StGB eingezogen wird. Die Einziehung dient dazu, einen weiteren Gebrauch und damit eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu verhindern.

VII. Dispositiv

Die 1. Strafkammer erkennt:

I.

Das Urteil des **Regionalgerichts Bern-Mittelland** vom **10. Mai 2017** ist insofern in **Rechtskraft** erwachsen, als:

A. _____ freigesprochen wurde:

von der **Anschuldigung der Widerhandlung gegen das AuG durch rechtswidrigen Aufenthalt**, angeblich begangen in der Zeit vom 20.08.2015 bis am 23.12.2015 in Worb, Nidau und anderswo.

II.

A. _____ wird freigesprochen:

1. von der **Anschuldigung der Fälschung von Ausweisen**, angeblich begangen am 21.09.2016 in Bern;
2. von der **Anschuldigung des rechtswidrigen Aufenthalts**, angeblich begangen vom 10.05.2016 bis am 07.11.2016 in Worb, Nidau und anderswo;

unter Ausscheidung von $\frac{1}{2}$ **der erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 2'320.00, ausmachend **CHF 1'160.00**, welche der **Kanton Bern** zu tragen hat;

unter Ausscheidung von $\frac{1}{2}$ **der oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 800.00, ausmachend **CHF 400.00**, welche der **Kanton Bern** zu tragen hat.

III.

A. _____ wird schuldig erklärt:

des **rechtswidrigen Aufenthalts**, begangen in der Zeit vom **24.07.2015** bis am **19.08.2015** und vom **24.12.2015** bis zum **09.05.2016** in Worb, Nidau und anderswo

und in Anwendung der Artikel

34, 47 StGB

115 Abs. 1 Bst. b AuG

426 Abs. 1, 428 Abs. 1 und 3 StPO

verurteilt:

1. zu einer **Geldstrafe von 70 Tagessätzen à CHF 30.00**, ausmachend **CHF 2'100.00**;

2. zu den auf die Schuldsprüche entfallenden **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 1'160.00** (1/2 der erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 2'320.00);
3. zu den auf die Schuldsprüche entfallenden **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 400.00** (1/2 der oberinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 800.00).

IV.

Soweit A. _____ vor erster Instanz obsiegt, wird die Entschädigung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt B. _____, wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		6.00	200.00	CHF	1'200.00
Reisezuschlag				CHF	0.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	52.50
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		1'252.50	CHF	100.20
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'352.70

Soweit A. _____ vor erster Instanz unterliegt, wird die Entschädigung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt B. _____, wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		6.00	200.00	CHF	1'200.00
Reisezuschlag				CHF	0.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	52.50
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		1'252.50	CHF	100.20
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'352.70
volles Honorar				CHF	1'500.00
Reisezuschlag				CHF	0.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	52.50
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		1'552.50	CHF	124.20
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total				CHF	1'676.70
nachforderbarer Betrag				CHF	324.00

A. _____ hat dem Kanton Bern die auf sein Unterliegen entfallende ausgerichtete amtliche Entschädigung von CHF 1'352.70 zurückzuzahlen und Rechtsanwalt B. _____ die Differenz von CHF 324.00 zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Soweit A. _____ vor oberer Instanz obsiegt, wird die Entschädigung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt B. _____, wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		2.80	200.00	CHF	560.00
Reisezuschlag				CHF	0.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	53.65
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		613.65	CHF	49.10
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	662.75

Soweit A. _____ vor oberer Instanz unterliegt, wird die Entschädigung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt B. _____, wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		2.80	200.00	CHF	560.00
Reisezuschlag				CHF	0.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	53.65
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		613.65	CHF	49.10
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	662.75
volles Honorar				CHF	700.00
Reisezuschlag				CHF	0.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	53.65
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		753.65	CHF	60.30
Auslagen ohne MWSt				CHF	0.00
Total				CHF	813.95
nachforderbarer Betrag				CHF	151.20

A. _____ hat dem Kanton Bern die auf sein Unterliegen entfallende ausgerichtete amtliche Entschädigung von CHF 662.75 zurückzuzahlen und Rechtsanwalt B. _____ die Differenz von CHF 151.20 zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

V.

Weiter wird **verfügt**, dass der **gefälschte Reisepass** in Anwendung von Art. 69 Abs. 1 StGB **eingezogen wird**.

VI.

1. Zu eröffnen:

- dem Beschuldigten, a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
- der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Koordinationsstelle Strafregister (nur Dispositiv)
- dem Amt für Migration und Personenstand (MIDI) (nur Dispositiv)

Bern, 30. November 2017

Im Namen der 1. Strafkammer

Die Präsidentin i.V.:

Oberrichterin Hubschmid

Die Gerichtsschreiberin:

Segessenmann

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Gegen den Entschädigungsentscheid kann die amtliche Verteidigung innert 10 Tagen seit Eröffnung bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Adresse: Pretorio, Viale Stefano Franscini 3, 6500 Bellinzona) schriftlich und begründet Beschwerde führen (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO).