

Hochschulstrasse 17
Postfach
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 24 286

Bern, 26. März 2025

Besetzung

Oberrichter Horisberger (Präsident i.V.),
Oberrichter Schmid,
Oberrichterin Bochsler
Gerichtsschreiberin Bucher

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwältin B. _____

Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
Postfach, 3001 Bern

Gegenstand

Widerhandlung gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-
Seeland (Einzelgericht) vom 12. März 2024 (PEN 23 319)



Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Das Regionalgericht Berner Jura-Seeland (nachfolgend: Vorinstanz) sprach A._____ (nachfolgend: Beschuldigter) mit Urteil vom 12. März 2024 schuldig des rechtswidrigen Aufenthaltes, begangen in der Zeit vom 16. Juli 2021 bis 6. September 2022 und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 100 Tagen sowie zu den erstinstanzlichen Verfahrenskosten. Weiter setzte die Vorinstanz die Entschädigung für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten durch Rechtsanwältin B._____ im erstinstanzlichen Verfahren fest und bestimmte die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten an den Kanton Bern. Schliesslich verfügte sie über die über den Beschuldigten erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten (pag. 179 ff.).

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldete Rechtsanwältin B._____ namens und im Auftrag des Beschuldigten am 21. März 2024 fristgerecht Berufung an (pag. 187). Die erstinstanzliche Urteilsbegründung datiert vom 20. Juni 2024 (pag. 194 ff.) und wurde dem Beschuldigten am 24. Juni 2024 zugestellt (pag. 222). Am 15. Juli 2024 erklärte Rechtsanwältin B._____ für den Beschuldigten fristgerecht, das Urteil der Vorinstanz vollumfänglich anzufechten (pag. 232 ff.). Die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern teilte mit Eingabe vom 18. Juli 2024 den Verzicht auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren mit (pag. 267 f.).

3. Schriftliches Verfahren und oberinstanzliche Beweisergänzungen

Mit Berufungserklärung vom 15. Juli 2024 beantragte Rechtsanwältin B._____ namens und im Auftrag des Beschuldigten die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens (pag. 233 ff.). Mit Verfügung vom 19. Juli 2024 wurde in Anwendung von Art. 406 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) die Durchführung des schriftlichen Verfahrens angeordnet. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, eine schriftliche Begründung seiner Berufung einzureichen (pag. 269 ff.). Diese reichte Rechtsanwältin B._____ nach einmalig erstreckter Frist am 5. September 2024 zu den Akten (pag. 289 ff.). Mit Verfügung vom 6. September 2024 wurde der Schriftenwechsel als abgeschlossen erachtet (pag. 311 f.).

Über den Beschuldigten wurde von Amtes wegen ein Auszug aus dem Strafregister (datierend vom 19. Juli 2024, pag. 271 ff.) eingeholt.

4. Anträge des Beschuldigten

Rechtsanwältin B._____ stellte namens und im Auftrag des Beschuldigten die folgenden Anträge (pag. 290; vgl. auch pag. 233):

1. Es sei die vorliegende Berufung gutzuheissen, der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 12. März 2024 aufzuheben und das Verfahren an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

2. Eventualiter sei der Berufungskläger in sämtlichen Anklagepunkten freizusprechen.
3. Subeventualiter sei von einer Bestrafung abzusehen.
4. Es seien sämtliche Verfahrens- und Gerichtskosten sowie die Kosten für die amtliche Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen.
5. Eventualiter seien die Verfahrenskosten zufolge Uneinbringlichkeit vom Staat zu tragen.
6. Dem Berufungskläger sei für das Berufungsverfahren die amtliche Verteidigung mit RA B. _____ als amtliche Verteidigerin zu gewähren
7. Unter o/e-Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates.

5. **Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer**

Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen den Schuldspruch wegen rechtswidrigen Aufenthaltes und die sich daraus ergebenden Folgen, namentlich die Strafe sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die erstinstanzlich festgesetzte Höhe der amtlichen Entschädigung von Rechtsanwältin B. _____ wurde demgegenüber nicht angefochten, womit diese in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1231/2022 vom 10. März 2023).

Die weiteren Punkte des erstinstanzlichen Urteils hat die Kammer neu zu beurteilen. Sie verfügt dabei über volle Kognition (Art. 398 Abs. 2 StPO), ist aufgrund der alleinigen Berufung des Beschuldigten jedoch an das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO gebunden. Sie darf das erstinstanzliche Urteil demnach nicht zu seinem Nachteil abändern.

6. **Anklagegrundsatz**

6.1 **Oberinstanzliche Vorbringen der Verteidigung**

Die Verteidigung des Beschuldigten rügte wie bereits vor der Vorinstanz oberinstanzlich eine Gehörsverletzung bzw. eine Verletzung des Anklagegrundsatzes. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, die Vorinstanz verkenne im Rahmen ihrer Erwägungen, dass der Strafbefehl vom 28. März 2023 weder eine Schilderung des dem Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalts noch eine Begründung enthalte. Es sei dabei irrelevant, was aus der polizeilichen Einvernahme mit dem Beschuldigten hervorgehe, wenn sich im Strafbefehl keine Sachverhaltschilderung und entsprechende Begründung finde. Dies müsse umso mehr gelten, als vorliegend nur am 6. September 2022 eine kurze polizeiliche Einvernahme durchgeführt worden sei, also noch vor Erlass des Strafbefehls. Eine Befragung durch die Staatsanwaltschaft habe nicht stattgefunden. Die polizeiliche Einvernahme könne nicht der Erklärung des Sachverhalts dienen. Dies könne aber irrelevant bleiben, denn gemäss Bundesgericht habe aus dem Strafbefehl selbst ersichtlich zu sein, welcher konkrete Lebensvorgang zur Beurteilung stehe. Es genüge nicht, dass sich der Sachverhalt aus den Akten ergebe oder den Anforderungen des Anklagegrundsatzes erst Rechnung getragen werde, wenn eine Einsprache erfolge. Die Vorinstanz hätte die Anklage gegebenenfalls zur Ergänzung oder Berichtigung

zurückweisen müssen, da sie an den in der Anklageschrift umschriebenen Sachverhalt gebunden sei. Das Gericht könne den Sachverhalt nicht anhand der im Strafbefehl abstrakt aufgeführten Gesetzesnormen und der Akten selbst erstellen (pag. 291 f.).

6.2 Rechtliche Grundlagen

Nach dem Anklagegrundsatz (Art. 9 und 325 StPO) bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung möglichst kurz, aber genau zu bezeichnen. Sodann hat die Anklage die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen anzugeben. Die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte sind somit in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Ob die zeitliche und örtliche Umschreibung ausreicht, ist nicht abstrakt, sondern zusammen mit dem übrigen Inhalt der Anklage zu beurteilen. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). Unter diesem Gesichtspunkt muss die beschuldigte Person aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Dies bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass die betroffene Person genau weiss, welcher konkreter Handlungen sie beschuldigt wird und welchen Straftatbestand sie durch ihr Verhalten erfüllt haben soll, damit sie sich in ihrer Verteidigung richtig vorbereiten kann. Solange klar ist, welcher Sachverhalt der beschuldigten Person vorgeworfen wird, kann auch eine fehlerhafte und unpräzise Anklage nicht dazu führen, dass es zu keinem Schuldspruch kommen darf. Allgemein gilt, je gravierender die Vorwürfe, desto höhere Anforderungen sind an den Anklagegrundsatz zu stellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1346/2023 vom 28. Oktober 2024 E. 2.3.1. mit weiteren Hinweisen).

6.3 Erwägungen der Kammer

Der kritisierte Strafbefehl vom 28. März 2023 steht im Einklang mit der hiervor zitierten Rechtsprechung. Dem Beschuldigten wird darin gestützt auf Art. 115 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) vorgeworfen, sich im Zeitraum vom 16. Juli 2021 bis 6. September 2022 rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten zu haben (pag. 21). Aus dem angeklagten Sachverhalt geht eindeutig hervor, welcher konkrete Lebensvorgang dem Beschuldigten vorgeworfen wird. Die Unterlassung, d.h. die nicht erfolgte fristgerechte Ausreise, ergibt sich offensichtlich daraus, dass sich der Beschuldigte im massgebenden Zeitraum noch in der Schweiz aufhielt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass im Strafbefehl als «Ort» C._____ (Örtlichkeit) in D._____ (Ortschaft) angegeben und dieser im Dispositiv der Vorinstanz um die Bezeichnung «und anderswo» ergänzt wurde (vgl. Ziff. I.1. des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs [pag. 179]). Der Ort der Tatausführung bzw. vorliegend die Feststellung des Beschuldigten durch die Polizei bildet keine ausschlaggebende Angabe, mit der ein Schuldspruch steht oder fällt oder eine effektive Verteidigung behindert oder in Frage gestellt würde. Die Ände-

nung ist zudem für die rechtliche Qualifikation ohne Bedeutung, zumal sich die Ortschaft D. _____ (Ortschaft) in der Schweiz befindet. Es gibt keinerlei Hinweise dafür, dass der Beschuldigte zu irgendeinem Zeitpunkt im Unklaren darüber gewesen wäre, was ihm vorgeworfen wird oder sich nicht angemessen hätte verteidigen können. Rechtsanwältin B. _____ hat auch nicht geltend gemacht, in der Vorbereitung ihrer Verteidigung beeinträchtigt gewesen zu sein. Der Anklagegrundsatz ist damit nicht verletzt.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung

7. Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz

Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz wird durch den Beschuldigten nicht bestritten (pag. 235; vgl. auch pag. 292 ff.). Es kann somit oberinstanzlich von dem durch die Vorinstanz als erwiesen erachteten Sachverhalt ausgegangen werden (pag. 203 f., S. 10 f. der vorinstanzlichen Urteilsbegründung). Ebenfalls hat die Vorinstanz die wesentlichen Beweismittel korrekt zusammengefasst, weshalb integral darauf verwiesen wird (pag. 199 ff., S. 6 ff. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Für die Kammer gilt folgender Sachverhalt als erstellt:

Die objektive Sachlage präsentiert sich klar. Der Beschuldigte ist ohne Ausweispapiere am 26.07.2017 in die Schweiz eingereist (S. 8 Migrationsakten) und hat seither das Land nicht mehr verlassen (pag. 169). Er hatte vorerst den Status eines Asylsuchenden. Mit in Rechtskraft erwachsenem, abweisendem Asylentscheid (pag. 116 ff.) wurde ihm eine Ausreisefrist per 03.05.2018 gesetzt (pag. 136), wovon der Beschuldigte Kenntnis hat. Der Beschuldigte hat seit Ablauf der Ausreisefrist ununterbrochen in der Schweiz gelebt, so auch im vorgeworfenen Zeitraum vom 16.07.2021 bis zum 06.09.2022.

Der Beschuldigte hat die Entscheide der Behörden jeweils erhalten und auch deren Inhalt gekannt. Auch war er in Kenntnis über die ihm angesetzte Ausreisefrist per 03.05.2018. Der Beschuldigte erklärte sodann, dass er die Schweiz nicht verlassen werde, wenn er nicht legal wieder einreisen könne (pag. 170, Z. 40-41).

III. Rechtliche Würdigung

8. Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG wird bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Die Vorinstanz hat die weiteren rechtlichen Voraussetzungen und die einschlägige Rechtsprechung zutreffend wiedergegeben und es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden (pag. 204 ff., S. 11 ff. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

9. Subsumtion

9.1 Objektiver und subjektiver Tatbestand

Gemäss erstelltem Sachverhalt hielt sich der Beschuldigte seit dem 4. Mai 2018 und damit auch im angeklagten Zeitraum vom 16. Juli 2021 bis zum 6. September 2022 ohne Bewilligung in der Schweiz auf, obwohl er wusste, dass er die Schweiz nach der rechtskräftigen Abweisung seines Asylgesuchs und dem Ablauf der Ausreisefrist hätte verlassen müssen. Er handelte mit direktem Vorsatz. Der objektive und subjektive Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sind demnach erfüllt.

9.2 Rechtfertigungs- und Schuldausschliessungsgründe

Zur Frage allfälliger Rechtfertigungs- und Schuldausschliessungsgründe erwog die Vorinstanz, was folgt (pag. 207 f., S. 14 f. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung):

Die Verteidigung bringt vor, der Beschuldigte verfüge über keine Reisepapiere, diese seien in den Händen des Militärs. Zudem müsse ein Mann zur Ausstellung neuer Papiere nachweisen, dass er den Militärdienst geleistet habe oder von diesem befreit worden sei. Der Beschuldigte habe die obligatorischen Dienstjahre nicht abgeschlossen und verfüge daher über keine Möglichkeit, einen Reisepass zu beantragen und legal aus der Schweiz auszureisen (pag. 172 f.).

Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass vom Beschuldigten keine eigenständigen und ernsthaften Bemühungen bei der Papierbeschaffung zu erkennen sind. Im Gegenteil: Anlässlich der Einvernahme an der Hauptverhandlung vom 12.03.2024 gab der Beschuldigte an, er habe nie versucht, neue Ausweispapiere zu beschaffen (pag. 169 Z 37 f.). Er habe Angst zur Botschaft zu gehen, weil sie ihn in ein Gefängnis bringen könnten und ihn dort erhängen könnten (pag. 163 Z 41 f.). Mit der E. _____ (Land) Botschaft habe er im Zusammenhang mit der Papierbeschaffung noch nie Kontakt aufgenommen (pag. 169 Z 45 ff.). Was der von Rechtsanwältin B. _____ eingereichte Auszug von der Website des Generalkonsulats anbelangt, aus welchem die Voraussetzungen zur Ausstellung neuer Papiere aufgelistet seien (pag. 167, pag. 152), ist darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei um einen Auszug von der Website des Generalkonsulats F. _____ (Land) G. _____ (Ortschaft) handelt. Entsprechende Voraussetzungen finden sich auf der Website des Generalkonsulats F. _____ (Land) H. _____ (Ortschaft) nicht (vgl. Botschaft F. _____ (Land) - H. _____ (Ortschaft) (mfa.gov.ir), zuletzt abgerufen am 15.05.2024). Dass dem Beschuldigten die Papierbeschaffung auch bei angemessener Mitwirkung nicht möglich wäre, erachtet das Gericht – nachdem der Beschuldigte selbst zugibt, bisher keine Vorkehrungen im Zusammenhang mit der Papierbeschaffung getroffen zu haben – als nicht erstellt.

Weiter bringt die Verteidigung vor, der Beschuldigte sei während seines Militärdienstes als Wachmann eingesetzt worden und habe in einem bewaffneten Konflikt seine Waffe nicht nach Befehl eingesetzt. Er sei darauf von einem Oberst misshandelt und eingesperrt worden. Es sei ihm anschliessend die Flucht aus dem Militärcamp und schliesslich in die Schweiz gelungen. Dem Beschuldigten würde als Deserteur, I. _____ (Nationalität) und illegal Ausreisender bei einer Rückkehr in sein Heimatland Diskriminierung und eine Gefängnisstrafe drohen. Es gebe dort kein faires Verfahren und der Beschuldigte sei der Folter und weiteren Rechtsverletzungen ausgesetzt. Der Beschuldigte habe gar keine andere Wahl als in der Schweiz zu bleiben (pag. 173). Hinsichtlich der diesbezüglichen Vorbringen des Beschuldigten ist vorab klarzustellen, dass das vorliegende Strafverfahren nicht dazu dienen kann, den rechtskräftigen Wegweisungsentscheid in Frage zu stellen, welcher in umfassender Würdigung der diesbezüglich relevanten Gesichtspunkte erging und vom Bundesverwaltungsgericht – ausführlich begründet – bestätigt wurde (vgl. pag. 110 ff., pag. 125 ff.). Sowohl das SEM als auch das

Bundesverwaltungsgericht stufen die Ausführungen des Beschuldigten über seine Gründe zur Flucht als unzureichend begründet, widersprüchlich und schliesslich als unglaubhaft ein (pag. 112, 129 f.). Seine Ausführungen in Bezug auf seine militärische Ausbildung, einen bewaffneten Kampf und hinsichtlich seiner Befreiung, seiner anschliessenden Flucht aus der Militärbasis seien zu wenig substantiiert dargelegt worden, es fehle an Wahrheitsgehalt und insofern an der Flüchtlingseigenschaft des Beschuldigten (pag. 112, 129 ff., 132). Von einer offensichtlichen Unzulässigkeit des Wegweisungsentscheids kann keinesfalls ausgegangen werden. Mit den Vorbringen im Zusammenhang mit den drohenden Gefahren, welche ihm bei einer Rückreise in sein Heimatland angeblich drohen, verlangt der Beschuldigte letztlich nichts anderes, als eine unzulässige Neubeurteilung oder gar Missachtung der rechtskräftigen ausländerrechtlichen Entscheide durch das Strafgericht. Es liegt kein Notstand vor und es sind auch keine anderen Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe für das Verhalten des Beschuldigten ersichtlich.

Dagegen wendete die Verteidigung des Beschuldigten oberinstanzlich im Wesentlichen ein, dass sich die Vorinstanz mit der Frage, ob eine freiwillige Ausreise für den Beschuldigten überhaupt möglich gewesen wäre, nicht befasst habe (vgl. zum Ganzen pag. 293).

Vorliegend ist unstrittig, dass es der Beschuldigte gänzlich unterliess, einen E._____(Land) Reisepass oder Reisepapiere zu beantragen. Insofern kann auch offenbleiben, ob der Nachweis eines geleisteten Wehrdienstes bzw. der Befreiung hiervon – wie auf der Webseite der E._____(Land) Vertretung in J._____(Land) aufgeführt – auch für die Ausstellung von Reisedokumenten durch die E._____(Land) Botschaft in der Schweiz erbracht werden muss. So oder anders ist mehr als fraglich, ob der Beschuldigte mit seiner militärischen Ausbildung tatsächlich begonnen und diese abgebrochen hat, wie seine Verteidigung vorbringt. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, qualifizierten die Verwaltungsbehörden die Aussagen des Beschuldigten im Zusammenhang mit den von ihm geschilderten Erlebnissen im Militär als unglaubhaft (pag. 112; pag. 129 ff.; zur grundsätzlichen Verbindlichkeit des Entscheids zur Wegweisungsfrage vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1471/2021 vom 9. März 2023 E. 2.3.2. mit weiteren Hinweisen). Dem Beschuldigten stand es frei, seinen Mitwirkungspflichten nachzukommen und freiwillig bei der E._____(Land) Botschaft Reisedokumente zu beantragen. Auch seine Angst, anlässlich des Gangs zur E._____(Land) Botschaft in ein Gefängnis gebracht und dort erhängt zu werden, ist unbegründet. Er hätte sich mit der Botschaft mittels telefonischer Kontaktaufnahme oder über einen Mittelsmann in Verbindung setzen können. Unter diesen Umständen und mangels Weigerung seitens der E._____(Land) Behörden, seine Rückkehr zuzulassen oder ihm Ausweispapiere auszustellen, kann sich der Beschuldigte nicht auf eine objektive Unmöglichkeit berufen, die Schweiz zu verlassen und legal in sein Heimatland zurückzukehren.

Weiter brachte die Verteidigung des Beschuldigten oberinstanzlich vor, dass die Vorinstanz nicht aufzeige, inwiefern der Beschuldigte ihm zumutbare Mitwirkungshandlungen verweigert habe. Der Beschuldigte habe die Vorladung zur Einvernahme beim Migrationsdienst des Kantons Bern (nachfolgend: MIDI) zur «Reisepapierbeschaffung/Reisevorbereitung» am 2. November 2018 wahrgenommen. Durch das MIDI seien aber keine weiteren Schritte zur Reisevorbereitung ergriffen

worden, bei denen der Beschuldigte hätte mitwirken können. Es könne demzufolge nicht von einer Verweigerung von konkreten Mitwirkungshandlungen die Rede sein. Das MIDI hätte bei diesem Gespräch beispielsweise ein Foto machen können. Die Frage nach Fotos deute ebenfalls darauf hin, dass es dem MIDI möglich gewesen wäre, weitere Schritte zur Beschaffung eines Reisepasses zu treffen. Es wäre dem MIDI ebenfalls möglich gewesen, einen Termin mit der Botschaft zu vereinbaren und den Beschuldigten vorzuführen (pag. 294).

Auch dieser Einwand verfängt nicht. Zwar nahm der Beschuldigte den Termin beim MIDI wahr, er brachte jedoch nicht sämtliche angeforderten Unterlagen, namentlich Passfotos, mit (pag. 142; pag. 149 f.). Weiter wurde der Beschuldigte im Rahmen dieses Ausreisegesprächs aufgefordert, sich bei der Rückkehrberatung anzumelden und ihm in diesem Zusammenhang ein Flyer ausgehändigt. Gemäss Protokoll nahm er dies zur Kenntnis (pag. 150). Ebenfalls wurde dem Entscheid des Staatssekretariats für Migration (nachfolgend: SEM) vom 17. August 2017 eine Broschüre mit Informationen zur freiwilligen Rückkehr in K. _____ (Land) beigelegt und der Hinweis angebracht, dass die Schweizerischen Behörden Unterstützung zur Rückkehr bieten würden (pag. 110). Es ist weder aktenkundig noch wird vom Beschuldigten vorgebracht, je mit dem SEM, dem MIDI oder einer sonstigen Migrationsbehörde Kontakt aufgenommen oder sich bei der Rückkehrberatung angemeldet zu haben. Diese Schritte wären von ihm zu erwarten gewesen, hätte er sich um seine freiwillige Rückreise bzw. um seine Reisepapiere bemühen wollen. Der Beschuldigte hat somit gegenüber den Migrationsbehörden nicht alle Handlungen unternommen, die von ihm erwartet werden können, um den Vollzug seiner Ausweisung zu fördern. Er kam auch diesbezüglich seiner Mitwirkungspflicht nur ungenügend nach. Dabei handelt es sich um Umstände, die nicht ausserhalb der Einflussmöglichkeiten des Beschuldigten liegen. Vielmehr will der Beschuldigte die Schweiz nicht verlassen. Dies tat er auch gegenüber dem MIDI kund; so würden sein Vater und seine Geschwister hier leben und er habe in seiner Heimat Probleme (pag. 149 f.).

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen sind keine eigenständigen und ernsthaften Bemühungen des Beschuldigten für eine freiwillige Rückkehr in sein Heimatland zu erkennen. Indem er keine Bestrebungen für die Beschaffung von Ausweis- oder Reisepapieren unternahm, vereitelte er die legale Ausreise aus der Schweiz. Es liegen keine konkreten Hinweise dafür vor, dass es dem Beschuldigten trotz Mitwirkung nicht möglich gewesen wäre, legal auszureisen. Der Tatbestand ist damit erfüllt. Weiter hat das Beweisverfahren ergeben, dass dem Beschuldigten weder aufgrund der allgemeinen Situation im K. _____ (Land) noch aufgrund seiner persönlichen Situation eine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr drohte. Es mangelte mithin im Deliktszeitraum an einer Notstandslage, welche den illegalen Aufenthalt in der Schweiz zu rechtfertigen oder zumindest zu entschuldigen vermocht hätte.

9.3 Fazit

Der Beschuldigte ist des rechtswidrigen Aufenthaltes, begangen in der Zeit vom 16. Juli 2021 bis 6. September 2022 in D. _____ (Ortschaft) und anderswo, schuldig zu sprechen.

IV. Strafzumessung

10. Grundlagen der Strafzumessung

Für die theoretischen Ausführungen zur Strafzumessung wird auf die Vorinstanz verwiesen (pag. 209 f., S. 16 f. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Der Vollständiger halber ist auf Nachfolgendes hingewiesen:

Nach Art. 41 Abs. 1 StGB kann das Gericht statt auf eine Geldstrafe auf eine Freiheitsstrafe erkennen, wenn (lit. a) eine solche geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten oder (lit. b) eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann. Es hat die Wahl der Freiheitsstrafe näher zu begründen (Art. 41 Abs. 2 StGB; BGE 144 IV 313 E. 1.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_93/2022 vom 24. November 2022 E. 1.3.3 mit Hinweis).

11. Strafraumen

Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sieht einen Strafraumen von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor. Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so beträgt die Geldstrafe mindestens drei und höchstens 180 Tagessätze (vgl. Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 StGB). Es sind keine aussergewöhnlichen Umstände ersichtlich, aufgrund welcher der ordentliche Strafraumen zu verlassen wäre (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_853/2014 vom 9. Februar 2015 E. 4.2). Der Strafraumen bei einem Verstoß gegen Art. 115 AIG reicht mithin von drei Tagessätzen Geldstrafe bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe.

12. Wahl der Strafart

12.1 Vorbemerkungen

Wie nachfolgend noch dargelegt wird (vgl. E. 12.3 hiernach), erachtet die Kammer für die vorliegend zu beurteilende Tat einzig das Aussprechen einer Freiheitsstrafe als angemessen. Vorab ist zu prüfen, ob dieser Wahl der Strafart ein internationales Übereinkommen entgegensteht.

12.2 EU-Rückführungsrichtlinie vom 16. Dezember 2008

12.2.1 Rechtliche Grundlagen

Die Schweiz ist über das Schengen-Übereinkommen (SR 0.362.31) verpflichtet, die EU-Rückführungsrichtlinie vom 16. Dezember 2008 (RL 2008/115/EU [vormals: EG]) anzuwenden (BGE 145 IV 197 E. 1.4.3; 143 IV 249 E. 1.2 mit Hinweis). Diese Richtlinie bezweckt eine minimale Harmonisierung der Verfahren zur Wegweisung und Rückführung von sich illegal aufhaltenden Drittstaatsangehörigen und räumt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EuGH dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein. Sie steht der Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts nicht entgegen, jedoch darf die Sanktion die effektive Rückführung nicht gefährden. Nach der Rechtsprechung verlangt eine rückführungsrichtlinienkonforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG, dass eine Freiheitsstrafe lediglich ausgesprochen wird, wenn die Person den erforderlichen Entfernungsmassnahmen, zu denen auch Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 8 der Richtlinie gehören, unterworfen wurde resp. diese

aufgrund des Verhaltens dieser Person gescheitert sind (BGE 147 IV 232 E. 1.2; 145 IV 197 E. 1.4.3; 143 IV 249 E. 1.4.3., E. 1.5. und E. 1.9; Urteile des Bundesgerichts 6B_388/2022 vom 27. April 2023 E. 2.3.; 6B_908/2021 vom 29. November 2022 E. 5.3; 6B_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.1; je mit Hinweisen). Wenn auch eine Zwangsmassnahme die Rückführung nicht ermöglicht hat, ist eine Bestrafung wegen illegalen Aufenthalts wieder zulässig. Ist mithin eine zwangsweise Rückschaffung nicht möglich, steht der strafrechtlichen Sanktionierung nichts entgegen; Durchsetzungshaft muss zuvor nicht angeordnet werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1365/2019 vom 11. März 2020 E. 2.3.4.). 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 145 IV 197 E. 1.4.3; 143 IV 249 E. 1.9; Urteile des Bundesgerichts 6B_908/2021 vom 29. November 2022 E. 5.3; 6B_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.1; 6B_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 1.4; je mit Hinweisen).

Mit Blick auf die erwähnten Zwangsmassnahmen ist auf die Rechtsprechung zur Durchsetzungshaft hinzuweisen:

Hat eine ausländische Person ihre Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz innerhalb der ihr angesetzten Frist nicht erfüllt und kann die rechtskräftige Weg- oder Ausweisung aufgrund ihres persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden, so kann sie, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen, in Haft genommen werden, sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist und eine andere mildere Massnahme nicht zum Ziel führt (Art. 78 Abs. 1 AIG). Zweck der Durchsetzungshaft ist es, die ausreisepflichtige Person in jenen Fällen zu einer Verhaltensänderung zu bewegen, in denen nach Ablauf der Ausreisefrist der Vollzug der rechtskräftig gegen sie angeordneten Weg- oder Ausweisung – trotz entsprechender behördlicher Bemühungen – ohne ihre Kooperation nicht (mehr) möglich erscheint (vgl. BGE 140 II 409 E. 2.1; 135 II 105 E. 2.2.1; 134 II 201 E. 2; Urteile des Bundesgerichts 2C_323/2020 vom 18. Juni 2020 E. 3.1. f.; 2C_629/2019 vom 19. Juli 2019 E. 3.1 f.). Ist der zwangsweise Vollzug der Wegweisung in ein Land aktuell ausgeschlossen, lässt er sich nur als innert absehbarer Frist möglich und damit als durchführbar bezeichnen, wenn dafür hinreichend konkrete Hinweise vorliegen. Andernfalls fehlt es an der ernsthaften Aussicht auf den Vollzug der Wegweisung (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_386/2020 vom 9. Juni 2020 E. 4.2.2; 2C_312/2020 vom 25. Mai 2020 E. 2.3.1; 2C_386/2010 vom 1. Juni 2010 E. 6).

12.2.2 Ergebnis der Vorinstanz und oberinstanzliche Vorbringen des Beschuldigten

Die Vorinstanz führte zusammengefasst aus, dass eine zwangsweise Rückschaffung des Beschuldigten aktuell nicht möglich sei, weshalb keine Durchsetzungshaft habe angeordnet werden müssen. Sie gelangte zum Schluss, dass die zuständige Behörde hinsichtlich der Rückführung sämtliche zielführenden und vernünftigen Massnahmen ergriffen habe bzw. diese wegen der fehlenden Kooperation des Beschuldigten scheitern würden. Daran ändere der Umstand, dass auf theoretischer Ebene noch weitere (Zwangs-)Massnahmen zur Verfügung stünden, nichts. Die

EU-Rückführungsrichtlinie stehe dem Aussprechen einer Freiheitsstrafe nicht entgegen (pag. 211, S. 18 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

Dagegen wendete die Verteidigung des Beschuldigten oberinstanzlich ein, die Vorinstanz übersehe, dass die Durchsetzungshaft gerade dann angeordnet werde, wenn eine zwangsweise Ausschaffung nicht möglich sei. Sie führte zusammengefasst aus, die Durchsetzungshaft werde immer dann angeordnet, wenn eine betroffene Person zu einer Verhaltensänderung bewegt werden solle. Im vorliegenden Fall sei noch nie eine Haft angeordnet worden. Die Anordnung der Durchsetzungshaft sei potenziell zulässig und geeignet gewesen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine Durchsetzungshaft den Beschuldigten zu einer Verhaltensänderung bewegt hätte. Wäre dies ein Argument, könne die Durchsetzungshaft nie angeordnet werden, da wohl jede betroffene Person vor Haftbeginn aussagen würde, dass sie nicht ausreisen wolle. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz seien nicht genügend Massnahmen zur Vollstreckung der Wegweisung getroffen worden. Besonders bezeichnend sei, dass in den letzten sechs Jahren durch die Behörden keinerlei weiteren Schritte unternommen worden seien, um den Beschuldigten zur Rückreise zu bewegen. Es seien keine Bemühungen getroffen worden, um den Beschuldigten bei der Papierbeschaffung zu unterstützen oder eigene Bemühungen zur Beschaffung eines (Ersatz-)Reisepapieres getroffen worden. Es verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn eine Behörde den Aufenthalt offensichtlich toleriere und eine andere Behörde genau diesen Aufenthalt bestrafe (pag. 295 f.).

12.2.3 Erwägungen der Kammer

Am 29. Oktober 2018 wurde gestützt auf Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG (damals AuG) gegen den Beschuldigten eine Ausgrenzung verfügt (vgl. pag. 144 ff.), was als Zwangsmassnahme zu qualifizieren ist. Gemäss Verfügung vom 29. Oktober 2018 wurde der Beschuldigte durch die Kantonspolizei in der Drogenszene kontrolliert und wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz angezeigt. Allerdings erfolgte die Ausgrenzung aus dem Gebiet der Innenstadt der Gemeinde H._____ (Ortschaft) nicht nur, um den Beschuldigten davon abzuhalten, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu stören. Sie wurde ebenfalls verfügt, um die Anwesenheiten des Beschuldigten zu kontrollieren und ihm bewusst zu machen, dass er sich illegal in der Schweiz aufhalte und nicht vorbehaltlos von den mit einem Anwesenheitsrecht verbundenen Freiheiten profitieren könne (vgl. pag. 145 f.). Der Einwand der Verteidigung, die Ausgrenzung sei nicht ausländerrechtlich motiviert gewesen (pag. 297), verfängt somit nicht. Gleiches gilt in Bezug auf ihr Vorbringen, die Behörden seien während sechs Jahren untätig gewesen. Aus den sich in den Akten befindlichen Unterlagen des MIDI geht hervor, dass das SEM am 2. November 2018 und am 3. April 2021 um Vollzugsunterstützung bzw. am 12. März 2021 um Wiederaufnahme der Vollzugsunterstützung ersucht wurde (S. 80 ff., S. 336 und S. 352 ff. der MIDI-Akten [pag. 101]). Ebenfalls ist ersichtlich, dass der Beschuldigte ab dem 11. November 2021 untergetaucht war (S. 413 der MIDI-Akten [pag. 101]) und sich erst am 17. November 2022 und damit über ein Jahr später telefonisch beim MIDI meldete und angab, dass er ein neues Asylgesuch einreichen wolle (S. 427 ff. der MIDI-Akten [pag. 101]). Bereits vom 2. August 2019

bis 8. August 2019 und in der Zeit vom 6. März 2020 bis 19. Juli 2020 war der Beschuldigte untergetaucht (S. 214 und S. 436 der MIDI-Akten [pag. 101]). Die letzte Meldung über sein Verschwinden seit dem 15. Dezember 2022 erfolgte am 16. Januar 2023, am 8. März 2023 stellte der Beschuldigte wiederum ein Gesuch um Nothilfe (S. 446 und S. 449 ff. der MIDI-Akten [pag. 101]). Es ist offensichtlich, dass das Verhalten des Beschuldigten allfällige Vollzugsbemühungen seitens der Behörden erschwert hätte.

Zwar mag grundsätzlich die minimale Möglichkeit bestehen, dass die Anordnung von Durchsetzungshaft bei einer ausreiseunwilligen Person noch zu einem Umdenken führt. Ob dies beim Beschuldigten ebenfalls der Fall gewesen wäre, muss ernsthaft bezweifelt werden, gab er doch selbst an, es sei für ihn viel besser, in der Schweiz im Gefängnis zu leben, als in K._____ (Land) zurückzukehren (pag. 170 Z. 32). Wie die Vorinstanz zutreffend erwog (pag. 211, S. 18 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung), besteht zwischen der Schweiz und K._____ (Land) kein Rückübernahmeabkommen und K._____ (Land) akzeptiert keine Rückführungen gegen den Willen der betroffenen Person (<http://www.sem.admin.ch/sem/de/home/international-rueckkehr/ch-migrationsaussenpolitik/abkommen/rueckuebernahme.html>, zuletzt aufgerufen am 10. März 2025; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_323/2020 vom 18. Juni 2020 E. 4.1.). Die zwangsweise Rückschaffung ist somit nicht möglich und es ist nicht absehbar, wann der Beschuldigte (auch zwangsweise) in sein Heimatland zurückgeschafft werden kann. Wie ausgeführt (vgl. E. III.9.2 hiavor) weigert sich der Beschuldigte, Ausweispapiere zu beantragen. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Migrationsbehörden von der Anordnung von Durchsetzungshaft im vorliegend relevanten Zeitraum abgesehen haben. Auch der Einwand der Verteidigung des Beschuldigten, wonach die zuständigen Behörden insbesondere auch die Pflicht hätten, dass der betreffende Drittstaat «zügig aufgefordert wird, ein gültiges Identitäts- oder Reisedokument auszustellen oder das für die Rückkehr ausgestellte europäische Reisedokument anzuerkennen» (pag. 296), zielt ins Leere. Dies würde bedingen, dass der Beschuldigte um ein solches Dokument in seinem Heimatstaat überhaupt erst ersucht hätte. Von den Migrationsbehörden können, da die zwangsweise Rückführung des Beschuldigten ausgeschlossen ist und er selbst nicht beabsichtigt, bei seiner Rückführung zu kooperieren, keine weiteren Schritte verlangt werden. Mit der Vorinstanz scheitern sämtliche zumutbaren Massnahmen aufgrund der mangelnden Kooperation des Beschuldigten. Es ist nicht ersichtlich, welche weiteren Massnahmen seitens der Migrationsbehörden hätten ergriffen werden sollen. Dies insbesondere auch, da der Beschuldigte mehrfach gegen die verfügte Ausgrenzung versties (vgl. Auszug aus dem Strafregister [pag. 273 ff.]).

Demnach steht die EU-Rückführungsrichtlinie dem Aussprechen und allfälligen Vollzug einer Freiheitsstrafe nicht entgegen.

12.3 Wahl der Straftat

Wie sogleich aufgezeigt, kommt die Strafe zufolge des Verschlechterungsverbots unter 180 Strafeinheiten zu liegen. Es ist somit grundsätzlich eine Geldstrafe möglich. Auch bei dieser Strafhöhe gebieten jedoch die Anwendung von Art. 41 Abs. 1 Bst. a StGB, das Tatverschulden, die Zweckmässigkeit der Strafe sowie deren er-

wartete Wirksamkeit das Aussprechen einer Freiheitsstrafe: Der Strafregisteraus- zug des Beschuldigten weist nicht weniger als elf Vorstrafen aus (pag. 271 ff.). Al- lein bei sechs dieser Verurteilungen handelt es sich um einschlägige Vorstrafen. Der Beschuldigte wurde u.a. mehrfach wegen rechtswidrigen Aufenthalts, Missach- tung der Ein- oder Ausgrenzung und Vergehen sowie Übertretungen gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt. Neben Bussen erfolgten Verurteilungen zu be- dingten Geldstrafen (mit Urteilen der Regionalen Staatsanwaltschaft Emmental- Oberaargau vom 29. November 2018 und der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern- Mittelland vom 4. März 2019) und zu unbedingten Freiheitsstrafen (mit Urteilen der Regionalen Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau vom 15. Mai 2019 sowie der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 22. Juli 2019, vom 5. Septem- ber 2019, vom 10. Dezember 2019, vom 18. Februar 2020, vom 5. April 2020, vom 8. Juni 2020, vom 8. Juli 2020 und vom 7. September 2020). Aufgrund dieser Vor- geschichte und offenkundigen Renitenz des Beschuldigten ist davon auszugehen, dass eine Geldstrafe nicht ausreicht, um den Beschuldigten von der Begehung wei- terer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 41 Abs. 1 Bst. a StGB), zumal er sich nicht einmal von unbedingten Freiheitsstrafen beeindrucken lässt. Hinzu kommt, dass eine Geldstrafe bei dem von Nothilfe lebenden Beschuldigten (pag. 168 Z. 22) voraussichtlich nicht vollzogen werden könnte. Im Ergebnis hat die Vorinstanz gegenüber dem Beschuldigten zurecht eine Freiheitsstrafe ausgespro- chen.

Ebenfalls zutreffend versagte die Vorinstanz Art. 115 Abs. 5 AIG die Anwendung, zumal der Vollzug der rechtskräftigen Ausweisung nicht unmittelbar bevorsteht (pag. 209, S. 16 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Art. 115 Abs. 5 AIG ist auch oberinstanzlich nicht einschlägig.

13. Tatverschulden

13.1 Vorbemerkungen

Bei der Festsetzung der Strafe für die Widerhandlungen gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz orientiert sich die Kammer an den Richtlinien für die Strafzu- messung des Verbands Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (nachfolgend VBRS-Richtlinien, Stand 2021), welche für einen rechtswidrigen Aufenthalt von über zwölf Monaten eine Strafe ab 90 Strafeinheiten vorsehen (S. 28 VBRS-Richtlinien).

13.2 Objektive Tatschwere

Der Beschuldigte hielt sich vom 16. Juli 2021 bis zum 6. September 2022 und da- mit während knapp 14 Monaten illegal in der Schweiz auf. Es handelt sich um eine erhebliche Dauer. Das Vorgehen des Beschuldigten ist jedoch nicht als besonders verwerflich zu bezeichnen. Das Tatverschulden wiegt leicht, wofür die Kammer ei- ne Strafe von 100 Strafeinheiten resp. 100 Tagen Freiheitsstrafe als angemessen erachtet.

13.3 Subjektive Tatschwere

Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz. Es ist davon auszugehen, dass er sich nicht aus Furcht vor Verfolgung weigerte, freiwillig in K. _____ (Land)

zurückzukehren, sondern primär deshalb, weil sein Vater und die Halbgeschwister in der Schweiz leben. Seine Beweggründe sind – anders als die Vorinstanz folgert – nicht unbedingt nachvollziehbar, sondern vielmehr egoistisch. Sie wirken sich nicht verschuldensmindernd aus.

13.4 Zwischenfazit

Auch mit Blick auf die VBRS-Richtlinien erscheint vorliegend eine Strafe in der Höhe von 100 Tagen Freiheitsstrafe verschuldensangemessen.

13.5 Maximale Strafdauer beim rechtswidrigen Aufenthalt

Das andauernde und ununterbrochene rechtswidrige Verweilen im Lande ist ein Dauerdelikt. Fehlt es nach einem ersten Schuldspruch für eine zweite Verurteilung an einem neuen Tatentschluss, ist bei der Strafzumessung darauf zu achten, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist und die im Gesetz angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet (BGE 135 IV 6 E. 4.2; Urteile des Bundesgerichts 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 5.3.2; 6B_715/2015 vom 21. März 2016 E. 2.6.1; 6B_819/2008 vom 26. Dezember 2008 E. 2.3).

Die Vorinstanz führte hierzu aus, was folgt (pag. 214, S. 21 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung):

Der Beschuldigte wurde mit den Urteilen vom 29.11.2018, vom 04.03.2019, vom 15.05.2019, vom 22.07.2019, vom 05.04.2020 und vom 07.09.2020 (vgl. pag. 15 ff.) bereits wegen rechtswidrigen Aufenthalts verurteilt. Vorliegend ist nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte nach diesen Verurteilungen einen neuen Tatentschluss fasste, unrechtmässig in der Schweiz zu bleiben, was der Beschuldigte im Rahmen seiner Einvernahme anlässlich der Hauptverhandlung vom 12.03.2024 auch bestätigte (pag. 4, Z. 41, pag. 170, Z. 20 ff.). Vielmehr wollte er die Schweiz nie verlassen, wodurch er seinen illegalen Aufenthaltsstatus perpetuierte. Die einschlägigen Verurteilungen wegen rechtswidrigen Aufenthalts beinhalten zwar neben dem rechtswidrigen Aufenthalt weitere Schuldsprüche, die für die Gesamtstrafbildung teilweise massgeblich waren, zu Gunsten des Beschuldigten wird jedoch jeweils das Total der gesprochenen Strafeinheiten angerechnet, da nicht eruiert werden kann, in welchem Umfang die gesprochenen Strafeinheiten auf den rechtswidrigen Aufenthalt entfallen. Unter Berücksichtigung der einschlägigen Urteile vom 29.11.2018 der Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau (50 Strafeinheiten, pag. 156), vom 04.03.2019 der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (40 Strafeinheiten, pag. 157), vom 15.05.2019 Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau (40 Strafeinheiten, pag. 158), vom 22.07.2019 Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (30 Strafeinheiten, pag. 158 f.), vom 05.04.2020 der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (60 Strafeinheiten, pag. 159 f.) und vom 07.09.2020 Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (40 Strafeinheiten, pag. 163) sind damit – wie von der Verteidigung vorgebracht (pag. 174) bereits 260 Strafeinheiten abgegolten. Für das vorliegende Urteil verbleiben damit 100 Strafeinheiten bis zum Erreichen der mit Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG angedrohten Höchststrafe von 360 Tagen Freiheitsstrafe.

Der Vorinstanz ist dahingehend zuzustimmen, als von einem einzigen Tatentschluss für den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz auszugehen ist und die Summe der deswegen bereits rechtskräftig ausgesprochenen Strafen für die vorliegende Strafzumessung Beachtung finden muss. Allerdings sind bei jenen Vorstrafen, die nicht ausschliesslich eine Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts zum Gegenstand hatten, jeweils die Strafanteile für den rechtswidrigen Auf-

enthalt mit Blick auf die VBRS-Richtlinien auszuscheiden (vgl. Urteile des Obergerichts des Kantons Bern SK 22 89 vom 17. März 2023 E. 16.2 und SK 20 88 vom 29. Januar 2021 E. 20.6; in dem Sinne auch BGE 145 IV 449 E. 1.6.2.). Der von der Vorinstanz berücksichtigte Strafanteil von 260 Strafeinheiten wäre somit deutlich tiefer ausgefallen. Da vorliegend das Verschlechterungsverbot zu beachten ist, erübrigt sich indes eine detaillierte Berechnung der bereits abgegoltenen Strafanteile.

14. **Täterkomponente**

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten geben mit der Vorinstanz zu keinen Bemerkungen Anlass (pag. 213, S. 20 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Die bereits erwähnten, zahlreichen Vorstrafen führen demgegenüber zu einer deutlichen Straferhöhung: Der Beschuldigte liess sich von insgesamt neun unbedingten Freiheitsstrafen nicht weiter beeindrucken und delinquierte auch nach sechs Verurteilungen wegen rechtswidrigen Aufenthalts unbeirrt weiter. Damit demonstrierte der Beschuldigte eine massive Gleichgültigkeit gegenüber der geltenden Rechtsordnung. Diese Uneinsichtigkeit und Unbelehrbarkeit wirkt sich entgegen der Vorinstanz nicht lediglich leicht, sondern deutlich strafferhöhend aus. Das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren sind neutral zu bewerten. Insbesondere ist beim Beschuldigten keine Einsicht oder Reue erkennbar, die positiv berücksichtigt werden könnte. Vielmehr bemüht er sich nicht um Reisepapiere und ist nicht gewillt, die Schweiz zu verlassen. Der Beschuldigte weist keine erhöhte Strafempfindlichkeit auf. Er geht keiner Arbeit nach und hat keine familiären Verpflichtungen (pag. 168 Z. 22 und Z. 25). Im Ergebnis käme die Kammer mit ihrer Strafzumessung somit in einem Bereich von deutlich über 100 Tagen Freiheitsstrafe zu liegen.

15. **Konkrete Strafe**

15.1 Reformation in peius

Wie bereits ausgeführt, ist die Kammer an das Verschlechterungsverbot gebunden. Es ist ihr daher verwehrt, das Urteil der Vorinstanz zu Ungunsten des Beschuldigten abzuändern. In der Folge ist die von der Kammer als angemessen erachtete Freiheitsstrafe von deutlich über 100 Tagen Freiheitsstrafe auf 100 Tage Freiheitsstrafe zu reduzieren resp. festzusetzen.

15.2 Vollzug

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Bei der Prüfung des künftigen Wohlverhaltens resp. der Bewährungsaussichten sind alle wesentlichen Umstände zu beachten. Zu berücksichtigen sind neben den Tatumständen namentlich das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Relevante Prognosekriterien sind insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung, die Sozialisationsbiografie, das Arbeitsverhalten und das Bestehen sozialer Bindungen. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des

Entscheids miteinzubeziehen. Es ist unzulässig, einzelnen Umständen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder gänzlich ausser Acht zu lassen (Urteil des Bundesgerichts 6B_962/2023 vom 26. April 2024 E. 2.3.4). Einschlägige Vorstrafen sind bei der Prognosestellung erheblich zu gewichten; sie schliessen den bedingten Vollzug aber nicht notwendig aus (Urteil des Bundesgerichts 6B_1153/2021 vom 29. März 2023 E. 2.3.4).

Der Beschuldigte gab im Rahmen des Verfahrens mehrfach zu Protokoll, die Schweiz nicht freiwillig verlassen zu wollen (pag. 4 Z. 41; pag. 170 Z. 20 ff.). Angesichts seiner bisherigen Weigerung, die Schweiz zu verlassen, sowie der Vielzahl an teils einschlägigen Vorstrafen muss dem Beschuldigten eine ungünstige Prognose gestellt werden. Ebenfalls liess sich der Beschuldigte bislang weder von bedingten Geldstrafen noch von unbedingten Freiheitsstrafen von weiterer Delinquenz abhalten. Hinweise, wonach eine Stabilisierung der persönlichen Verhältnisse eingetreten wäre, sind keine ersichtlich. Mit der Vorinstanz fällt der bedingte Vollzug der Strafe ausser Betracht und die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen.

V. Kosten und Entschädigung

16. Verfahrenskosten

16.1 Erstinstanzliches Verfahren

Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO).

Der Schuldspruch der Vorinstanz wird oberinstanzlich bestätigt, der Beschuldigte hat damit die erstinstanzlichen Verfahrenskosten zu tragen. Die Vorinstanz hat diese auf CHF 2'350.00 festgesetzt (vgl. pag. 216, ohne Kosten für die amtliche Verteidigung).

16.2 Oberinstanzliches Verfahren

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Der Beschuldigte beantragte oberinstanzlich einen Freispruch und ist damit vollständig unterlegen. Er hat die oberinstanzlichen Verfahrenskosten, bestimmt auf CHF 2'000.00, zu tragen.

17. Amtliche Entschädigungen

17.1 Rechtliche Grundlagen

Zu den Verfahrenskosten gehören auch die Kosten der amtlichen Verteidigung (Art. 422 Abs. 2 lit. a StPO). Diese werden von der Kammer praxisgemäss separat ausgewiesen.

Der Kanton Bern bezahlt den amtlich bestellten Anwälten eine angemessene Entschädigung, die sich nach dem gebotenen Zeitaufwand bemisst und höchstens

dem Honorar gemäss der Tariffordnung für den Parteikostenersatz entspricht. Bei der Festsetzung des gebotenen Zeitaufwands sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen. Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]). Der Stundenansatz für die Entschädigung der amtlich bestellten Anwälte beträgt CHF 200.00 (Art. 1 der Verordnung über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]).

Der Tarifrahmen in Verfahren vor dem Einzelgericht des Regionalgerichts beträgt CHF 500.00 bis CHF 25'000.00 (Art. 17 Abs. 1 lit. b der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]). Im Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar 10-50% des Honorars in erster Instanz (Art. 17 lit. f PKV).

17.2 Erstinstanzliches Verfahren

Die Höhe der erstinstanzlich ausgerichteten amtlichen Entschädigung von Rechtsanwältin B._____ wurde nicht angefochten und ist in Rechtskraft erwachsen. Zufolge des Schuldspruches hat der Beschuldigte dem Kanton Bern die für das erstinstanzliche Verfahren an Rechtsanwältin B._____ ausgerichtete Entschädigung von CHF 1'670.00 zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

17.3 Oberinstanzliches Verfahren

Mit Kostennote vom 5. September 2024 machte Rechtsanwältin B._____ für das oberinstanzliche Verfahren einen Zeitaufwand von 12.3 Stunden zu CHF 220.00 geltend (pag. 303 ff.). Dies erscheint der Kammer mit Blick auf den gebotenen Zeitaufwand, die Schwierigkeit des Prozesses und den Aktenumfang als deutlich zu hoch.

Für die Redaktion der Berufungsbegründung wies Rechtsanwältin B._____ einen Aufwand von insgesamt 9.8 Stunden (vgl. Posten vom 30. Juli 2024 «Erstellen eines ersten Entwurfs der Begründung», vom 21. August 2024 und vom 4. September 2024 «Ergänzen des Begründungsentwurfs» sowie vom 5. September 2024 «Finalisieren und Einreichen der Begründung») aus. Angesichts dessen, dass Rechtsanwältin B._____ den Beschuldigten bereits in erster Instanz vertreten hatte, die Generalstaatsanwaltschaft auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichtete, der Verfahrensgegenstand keine besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten aufwies und der Aktenumfang mit einem Bundesordner überschaubar war, erscheint der Kammer für die Ausarbeitung und Abgabe der Berufungsbegründung ein Aufwand von maximal sechs Stunden als angemessen, was einer Kürzung um 3.8 Stunden entspricht. Weiter handelt es sich bei dem für die «Information des Klienten» vom 16. Juli 2024 geltend gemachten Aufwand um Kanzleiarbeit, deren Vergütung bereits im Anwaltstarif enthalten ist. Der hierfür ausgewiesene Aufwand von 0.1 Stunden ist mithin zu streichen. Darüber hinaus gibt die Honorarnote zu keinen Bemerkungen Anlass.

Zusammengefasst ist Rechtsanwältin B._____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten in oberer Instanz eine Entschädigung von CHF 1'680.00 auszurichten (8.4 Stunden zum gesetzlich festgelegten Stundenansatz von CHF 200.00).

Auf Entschädigung der MWST besteht mangels Geltendmachung kein Anspruch (vgl. auch pag. 174).

Zufolge seines Unterliegens hat der Beschuldigte dem Kanton Bern die für das oberinstanzliche Verfahren ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

VI. Verfügungen

18. Biometrische erkennungsdienstliche Daten

Die vom Beschuldigten erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten (PCN _____) sind nach Ablauf der gesetzlichen Frist zu löschen (Art. 354 Abs. 4 lit. a StGB i.V.m. Art. 16 Abs. 2 lit. b DNA-Profil-Gesetz).

VII. Dispositiv

Die 2. Strafkammer erkennt:

I.

Es wird festgestellt, dass das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) vom 12. März 2024 insoweit **in Rechtskraft erwachsen** ist, als die Entschädigung für die amtliche Verteidigung von A._____ durch Rechtsanwältin B._____ für das erstinstanzliche Verfahren wie folgt bestimmt wurde:

	Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung	7.60	200.00	CHF	1'520.00
Reisezuschlag			CHF	150.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten			CHF	1'670.00

Der Kanton Bern Rechtsanwältin B._____ für die amtliche Verteidigung von A._____ mit CHF 1'670.00 entschädigt hat.

II.

A._____ wird des **rechtswidrigen Aufenthaltes**, begangen in der Zeit vom 16. Juli 2021 bis 6. September 2022 in D._____ (Ortschaft) und anderswo **schuldig erklärt**

und in Anwendung der Artikel

115 Abs. 1 lit. b AIG

40, 41, 47, 333 StGB

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

verurteilt:

1. zu einer **Freiheitsstrafe** von **100 Tagen**.
2. zur Bezahlung der **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 2'350.00**.
3. zur Bezahlung der **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 2'000.00**.

III.

1. A._____ hat dem Kanton Bern die für das erstinstanzliche Verfahren ausgerichtete amtliche Entschädigung von CHF 1'670.00 zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

2. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin der beschuldigten Person, Rechtsanwältin B._____, wird für das oberinstanzliche Verfahren wie folgt bestimmt:

	Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung	8.40	200.00	CHF	1'680.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten			CHF	1'680.00

Der Kanton Bern entschädigt Rechtsanwältin B._____ für die amtliche Verteidigung von A._____ im oberinstanzlichen Verfahren mit CHF 1'680.00.

A._____ hat dem Kanton Bern die für das oberinstanzliche Verfahren ausgerichtete amtliche Entschädigung von CHF 1'680.00 zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

IV.

Weiter wird verfügt:

- Die von A._____ erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten (PCN _____) sind nach Ablauf der gesetzlichen Frist zu löschen (Art. 354 Abs. 4 lit. a StGB i.V.m. Art. 16 Abs. 2 lit. b DNA-Profil-Gesetz).
- Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Berufungsführer, a.v.d. Rechtsanwältin B._____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Koordinationsstelle Strafregister (Urteil mit Begründung; nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde)
- den Bewährungs- und Vollzugsdiensten des Kantons Bern (BVD; Urteil mit Begründung; nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde)
- dem Amt für Bevölkerungsdienste, Migrationsdienst des Kantons Bern (nur Dispositiv; innert 10 Tagen)
- dem Staatssekretariat für Migration (SEM; Urteil mit Begründung; innert 10 Tagen)

Bern, 26. März 2025

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Horisberger

Die Gerichtsschreiberin:

Bucher

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.