

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 21 398

Bern, 20. Dezember 2021

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid,
Oberrichterin Hubschmid
Gerichtsschreiber Rudin

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Rechtsanwältin **B.** _____
Beschuldigter/Beschwerdeführer



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

Gegenstand

amtliche Verteidigung
Strafverfahren wegen rechtswidrigen Aufenthaltes

Beschwerde gegen die Verfügung der Regionalen Staatsanwalt-
schaft Berner Jura-Seeland vom 18. August 2021 (BJS 20 7891)

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) erliess am 7. Juli 2021 einen Strafbefehl gegen A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) wegen rechtswidrigen Aufenthalts vom 7. November 2018 bis zum 6. Mai 2021 und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu je CHF 30.00, ausmachend CHF 4'500.00. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Der Beschwerdeführer wurde zudem mit einer Verbindungsbusse von CHF 900.00 bestraft, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen. Ausserdem wurden ihm Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 800.00 auferlegt. Der Beschwerdeführer erhob am 13. Juli 2021 per Formular Einsprache gegen den Strafbefehl, weshalb die Staatsanwaltschaft ihn mit Schreiben vom 16. Juli 2021 aufforderte, diese zu begründen. Mit Schreiben vom 28. Juli 2021 teilte Rechtsanwältin B._____ der Staatsanwaltschaft mit, dass der Beschwerdeführer sie mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt habe, und bat um Akteneinsicht sowie Einsetzung als amtliche Verteidigung. Mit Verfügung vom 18. August 2021 lehnte die Staatsanwaltschaft das Gesuch um Beiordnung einer Verteidigung ab. Hiergegen erhob der Beschwerdeführer, verteidigt durch Rechtsanwältin B._____, am 30. August 2021 Beschwerde bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) mit folgenden Anträgen:

1. Die Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben.
2. Für den Beschwerdeführer sei mit Wirkung ab dem 28. Juli 2021 die amtliche Verteidigung in der Person der unterzeichnenden Anwältin zu bestellen.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind von der Staatskasse zu tragen.
4. Dem Beschwerdeführer sei eine Entschädigung für die Aufwendungen in diesem Beschwerdeverfahren gemäss der beiliegenden Kostennote zu entrichten.

Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte mit Stellungnahme vom 20. September 2021 mit Verweis auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

2. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert zehn Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 396 Abs. StPO; Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.

3.

3.1 Die Staatsanwaltschaft hält in der angefochtenen Verfügung fest, es liege kein Fall einer notwendigen Verteidigung vor. Darüber hinaus biete der Straffall weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht Schwierigkeiten, denen der Beschwerdeführer nicht gewachsen sei. Er halte sich unbestrittenermassen ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz auf, nachdem sein Asylgesuch rechtskräftig abgewiesen worden sei. Er wisse dies. Bereits anlässlich des Ausreisegesprächs beim Migrationsamt des Kantons Zürich habe er zudem angegeben, dass eine Rückkehr nach Somalia für ihn trotz des negativen Asylentscheides absolut nicht in Frage komme. Mit anderen Worten sei der Sachverhalt einfach und unbestritten. Wenn der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren zudem dartun wolle, weshalb er noch nicht ausgereist sei und sich bis dato nicht um eine legale Ausreise bzw. Papierbeschaffung bemüht habe, könne er dies auch ohne weiteres ohne Anwalt tun (mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1B_555/2012 vom 6. Dezember 2012). Juristische Vorkenntnisse hinsichtlich des Rückführungsübereinkommens und hinsichtlich der Rechtsprechung zu Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG brauche er – entgegen der Verteidigung – hierfür nicht. Darüber hinaus sei vorliegend der Aktenumfang bescheiden und sprachliche Barrieren vermöchten die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Sprachprobleme könnten gegebenenfalls mit dem Bezug eines Dolmetschers bzw. Übersetzers überwunden werden. Die EU-Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG der Europäischen Union [nachfolgend: EU-Rückführungsrichtlinie]) stünde der Bestrafung gemäss Strafbefehl vom 7. Juli 2021 (bedingte Geldstrafe und Verbindungsbusse) ohnehin nicht entgegen, da eine derartige Strafe – anders als eine Freiheitsstrafe – die Rückführung nicht zu verhindern vermöge.

3.2 Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, es sei unbestritten, dass er sich ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz aufhalte und einen negativen Asylentscheid habe. Allein dieser Umstand führe jedoch noch zu keiner Verurteilung wegen eines Verstosses gegen Art. 115 Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG; SR 142.20). In rechtlicher Hinsicht ergäben sich Schwierigkeiten, welche für einen Laien nicht einfach zu bewältigen seien. Insbesondere stelle sich die Frage der Anwendbarkeit der EU-Rückführungsrichtlinie. Es müsse geklärt werden, ob diese einer Bestrafung des Beschwerdeführers wegen rechtswidriges Aufenthalts entgegenstehe, wie der Begründung der Einsprache entnommen werden könne.

Gemäss der erwähnten Begründung der Einsprache vom 30. August 2021 gegen den Strafbefehl stützt sich der Beschwerdeführer auf das Argument, die EU-Rückführungsrichtlinie stünde einer Bestrafung im Weg, weil sich in den Akten keine Unterlagen fänden, welche darauf schliessen liessen, dass das administrative Rückführungsverfahren bereits abgeschlossen worden sei. Es habe lediglich ein Ausreisegespräch stattgefunden. Aufgrund der fehlenden Reisepapiere sei eine Ausreise im Gesamtergebnis objektiv nicht möglich. Der Beschwerdeführer könne demnach nicht wegen rechtswidrigen Aufenthalts strafrechtlich verurteilt werden, weil es der EU-Rückführungsrichtlinie entgegenstünde. Entgegen den abschliessenden Bemerkungen der Staatsanwältin spiele es für die Beurteilung der Vereinbarkeit mit der EU-Rückführungsrichtlinie keine Rolle, ob eine Geldstrafe oder eine

Freiheitsstrafe ausgesprochen worden sei. Als erstes sei festzuhalten, dass das Bundesgericht in der Rechtsprechung zur EU-Rückführungsrichtlinie äusserst weitgehend und in allgemeiner Weise von nationalen Strafbestimmungen spreche. Zweitens werde aus einer möglichen Umwandlung einer auszusprechenden Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung die abstrakte Möglichkeit einer Freiheitsstrafe geschaffen. Deshalb habe zum Beispiel das Obergericht des Kantons Zürich den Konflikt mit der EU-Rückführungsrichtlinie auch bei einer ausgefallenen Geldstrafe bejaht (mit Hinweis auf das Urteil SB 120425 des Obergerichtes Zürich vom 15. Januar 2013 E. 3.3.4).

- 3.3 Die Verteidigung ist in den Art. 128 ff. StPO geregelt. In besonders schwerwiegenden Straffällen ist sie unter bestimmten Voraussetzungen notwendig, d.h. der beschuldigten Person muss auf jeden Fall ein Verteidiger zur Seite gestellt werden. Bestimmt sie keinen Wahlverteidiger, muss ihr diesfalls zwingend ein amtlicher Verteidiger bestellt werden (Art. 132 Abs. 1 Bst. a StPO). In Bagatellfällen besteht dagegen grundsätzlich kein Anspruch auf amtliche Verteidigung (Art. 132 Abs. 2 StPO). Steht für den Fall einer Verurteilung eine Freiheitsstrafe von über 4 Monaten oder eine Geldstrafe von über 120 Tagessätzen in Aussicht, liegt jedenfalls kein Bagatellfall mehr vor (Art. 132 Abs. 3 StPO). In den dazwischen liegenden Fällen relativer Schwere ist eine amtliche Verteidigung anzuordnen, wenn der Beschuldigte nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung seiner Interessen geboten erscheint (Art. 132 Abs. 1 Bst. b StPO). Letzteres ist dann der Fall, wenn der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Probleme aufwirft, denen der Beschuldigte allein nicht gewachsen ist (Art. 132 Abs. 2 StPO). Mit dieser Regelung der amtlichen Verteidigung wird die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK für den Bereich des Strafprozessrechts umgesetzt (BGE 143 I 164 E. 3.5 mit Hinweis). Daraus, aber auch aus dem Wortlaut von Art. 132 Abs. 3 StPO («jedenfalls dann nicht»), folgt, dass nicht automatisch von einem Bagatellfall auszugehen ist, wenn die im Gesetz genannten Schwellenwerte nicht erreicht sind. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Formulierung von Art. 132 Abs. 2 StPO durch die Verwendung des Worts «namentlich» zum Ausdruck bringt, dass nicht ausgeschlossen ist, neben den beiden genannten Kriterien (kein Bagatellfall; tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre) weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Mithin ist eine Beurteilung der konkreten Umstände des Einzelfalls notwendig, die sich einer strengen Schematisierung entzieht. Immerhin lässt sich festhalten, dass je schwerwiegender der Eingriff in die Interessen der betroffenen Person ist, desto geringer die Anforderungen an die erwähnten tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten sind, und umgekehrt (zum Ganzen: BGE 143 I 164 E. 3.5 mit Hinweisen). Familiäre Interessenkonflikte, Sprachschwierigkeiten, mangelnde Schulbildung oder die Konfrontation mit anwaltlich vertretenen Gegenparteien bzw. Mitbeschuldigten können tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten begründen, welche, insgesamt betrachtet, für die sachliche Notwendigkeit einer amtlichen Verteidigung sprechen (BGE 138 IV 35 E. 6.3-6.4 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 1B_228/2021 vom 16. Juli 2021 E. 1; 1B_170/2013 vom 30. Mai 2013 E. 4.5).

3.4 Dem Beschwerdeführer sind weiter die Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 145 IV 197 entgegenzuhalten (a.a.O, E. 1.4.3 f.):

Das Bundesgericht hat in BGE 143 IV 249 E. 1.9 festgehalten, dass eine Rückführungsrichtlinienkonforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (SR 142.20) verlangt, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet wird, wenn gegen den Betroffenen mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen wurden. Die Verhängung einer Geldstrafe ist demgegenüber mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar, vorausgesetzt sie erschwert das Verfahren der Entfernung nicht. Eine solche Sanktion kann unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249 E. 1.9 S. 260 f.).

[...]

Mit Strafbefehl vom 11. Juni 2015 hat die Staatsanwaltschaft den Beschwerdeführer zu einer Geldstrafe verurteilt. [...] Inwiefern der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe im Umfang von 33,3 Tagen die Rückführung des Beschwerdeführers hätte massgebend erschweren können, ist angesichts der von ihm dargelegten Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung der Ausweispapiere und der stark beschränkten Dauer der Ersatzfreiheitsstrafe nicht ersichtlich. Unter diesen Umständen kann nicht von einer im Sinne der Rückführungsrichtlinie relevanten Verzögerung der Rückführung durch die angeordnete Ersatzfreiheitsstrafe ausgegangen werden. Die Staatsanwaltschaft konnte im Hinblick auf die ausgesprochene Geldstrafe davon absehen, den Stand des Rückführungsverfahrens abschliessend abzuklären und zu den Akten zu nehmen. Nach dem Vorstehenden kann offenbleiben, ob dem Beschwerdeführer vorzuwerfen ist, seine Vorbringen gegen den Strafbefehl nicht im ordentlichen Einspracheverfahren geltend gemacht zu haben (vgl. BGE 130 IV 72 E. 2.3 S. 75 f.; vorne E. 1.1).

3.5 Es kann grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen der Staatsanwaltschaft in der angefochtenen Verfügung inkl. der dortigen Verweise verwiesen werden. Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft gegen den Beschwerdeführer einen Strafbefehl erlassen, gemäss welchem er wegen rechtswidrigen Aufenthalts in der Zeit vom 7. November 2018 bis zum 6. Mai 2021 zu einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu je CHF 30.00 verurteilt wird; dies unter Aufschub des Vollzugs der Geldstrafe und Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Zudem wird er mit einer Verbindungsbusse von CHF 900.00 bestraft, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen. Der Beschwerdeführer ist keiner Landessprache mächtig. Im Schreiben des SEM vom 25. Mai 2018 wurde der Beschwerdeführer explizit auf die Möglichkeit hingewiesen, Rückkehrhilfe in Anspruch zu nehmen. Gemäss dem Bericht über das Ausreisegespräch vom 7. November 2018 äusserte sich der Beschwerdeführer gegenüber dem Staatssekretariat für Migration des Kantons Zürich dahingehend, eine Rückkehr nach Somalia komme absolut nicht in Frage. Er habe auch keine Reisepapiere. In den Akten findet sich weiter ein Schreiben vom 4. Februar 2019 der Botschaft der Republik Somalia, mit welchem bestätigt wird, dass der Beschwerdeführer aus Somalia stammt. Dem Einvernahmeprotokoll vom 4. Mai 2021 des Beschwerdeführers bei der Kantonspolizei Zürich ist alsdann zu entnehmen, er wolle nicht zurück nach Somalia (Z. 14) und das vorerwähnte Schreiben vom 4. Februar 2019 habe er im Hinblick auf seine geplante Hochzeit bei der Botschaft von Somalia erhalten (Z. 43).

- 3.6 In casu verfügt der Beschwerdeführer unstrittig nicht über die erforderlichen Mittel für einen Anwalt und vor dem Hintergrund der im Raum stehenden (bedingten) Geldstrafe in der Höhe von 150 Tagessätzen nebst einer Verbindungsbusse von CHF 900.00 bzw. insgesamt 180 Strafeinheiten liegt kein Bagatellfall vor. Zu prüfen ist deshalb, ob der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Probleme aufwirft, denen der Beschwerdeführer allein nicht gewachsen ist. Für Probleme in tatsächlicher Hinsicht spricht lediglich, dass der Beschwerdeführer der Landessprache nicht mächtig ist. Die Staatsanwaltschaft hat diesbezüglich allerdings zu Recht auf den Anspruch auf Übersetzung bzw. einen Übersetzer hingewiesen. Weiter ist gestützt auf die persönlich erhobene Einsprache gegen den Strafbefehl sowie die vom Beschwerdeführer erhältlich gemachte Bestätigung der somalischen Botschaft davon auszugehen, dass er grundsätzlich durchaus in der Lage ist, mit Behörden zu verkehren und sich von offizieller Stelle Unterlagen zu besorgen. Indessen geht aus den Akten hervor, dass der Beschwerdeführer eine Ausreise nach Somalia ablehnt; Rückkehrbemühungen oder die Inanspruchnahme der Rückkehrhilfe seinerseits brachte er im Hauptverfahren nicht vor. Naturgemäss stellt der abstrakte Nachweis der Unmöglichkeit der Rückreise ohne betreffende Bemühungen gewisse Probleme, was vorliegend allerdings nicht massgeblich sein kann. Die vom Beschwerdeführer sinngemäss behauptete grundsätzliche Unmöglichkeit der Rückkehr liesse sich auch ohne juristische Ausbildung ohne Weiteres bei den zuständigen Stellen erfragen bzw. von diesen bestätigen. So macht er im Beschwerdeverfahren auch nicht geltend, dass das vorliegende Strafverfahren in tatsächlicher Hinsicht Probleme aufwirft, welchen er nicht gewachsen ist. Vielmehr beruft er sich auf Schwierigkeiten in rechtlicher Hinsicht betreffend die EU-Rückführungsrichtlinie. Er übersieht jedoch, dass die sich angeblich stellende Rechtsfrage keine Probleme aufwirft. Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass die Verhängung einer Geldstrafe der EU-Rückführungsrichtlinie nicht entgegensteht, und einen Konflikt stets lediglich in Bezug auf Freiheitsstrafen thematisiert (BGE 147 IV 232 E. 1.7; BGE 143 IV 264 E. 2 ff.; jeweils mit Hinweisen). Es hat darüber hinaus bestätigt, dass auch eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von 33 Tagen die Rückführung nicht erschwert und somit mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar ist (BGE 145 IV 197 E. 1.4.4; zum Widerspruch zwischen dem vom Beschwerdeführer angeführten [älteren] Urteil SB 120425 des Obergerichts Zürich vom 15. Januar 2013 E. 3.3.4 und der bundesgerichtlichen Praxis: GRASDORF-MEYER/OTT /VETTERLI, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Bern 2021, S. 374). Da vorliegend derzeit höchstens der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe der Verbindungsbusse von 30 Tagen zur Diskussion stehen kann, weil die Geldstrafe bedingt ausgefällt wurde, bieten weder die EU-Rückführungsrichtlinie noch die im Raum stehende Sanktion in rechtlicher Hinsicht Probleme, welche die Bestellung einer amtlichen Verteidigung erforderlich machen würden. Die Beschwerde erweist sich deshalb als unbegründet und ist abzuweisen.
4. Der Beschwerdeführer trägt aufgrund seines Unterliegens die Verfahrenskosten, vorliegend bestimmt auf CHF 1'200.00 (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die von ihm beantragte Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist bei diesem Verfahrensausgang nicht zu sprechen.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'200.00, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Entschädigung wird keine gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Beschwerdeführer, v.d. Rechtsanwältin B. _____
(per Einschreiben)
 - der Generalstaatsanwaltschaft (per Kurier)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland, Staatsanwältin C. _____ (mit den Akten – per Einschreiben)

Bern, 20. Dezember 2021

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter J. Bähler

Der Gerichtsschreiber:

Rudin

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt.

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.