

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.30 vom 3. August 2022

BS Appellationsgericht, 2022-08-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2021.30

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.30 du 3 août 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.30 del 3 agosto 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird. Das ist vorliegend der Fall. Der Berufungskläger ist gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erhebung von Rechtsmitteln legitimiert. Er hat seine Berufungsanmeldung und -erklärung innert der gesetzlichen Fristen gemäss Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO eingereicht. Auf die Berufung ist daher einzutreten. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des baselstädtischen Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts.

1.2 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden.

E. 2

2.1 Nach dem angefochtenen Urteil soll sich der Berufungskläger am 4. Oktober 2019 trotz eines gültigen Einreiseverbots in der Schweiz aufgehalten haben. Der Berufungskläger habe sodann auch nicht geltend gemacht, keine Kenntnis vom Einreiseverbot gehabt zu haben. Hinsichtlich des Aufenthaltszwecks erwog die Vorinstanz, dass die Behauptung des Berufungsklägers, wonach er den Ausstieg beim Bahnhof in St. Louis verpasst habe und deshalb in Basel angekommen sei, nicht glaubhaft sei. Vielmehr bestehe der Verdacht, dass der Berufungskläger einen längeren Aufenthalt in der Schweiz beabsichtigt habe, um Einbruchdiebstähle zu begehen. Dies legten die zahlreichen Vorstrafen des Berufungsklägers wegen Einbruchdiebstahls und das klassische Einbruchswerkzeug (eine Taschenlampe, ein Schlitzschraubenzieher, ein Minitool, eine graue Kappe und ein schwarzer Schal), welches bei seiner Einreise am 4. Oktober 2019 habe sichergestellt werden können, nahe.

2.2 Der Berufungskläger bestreitet nicht, am 4. Oktober 2019 in Kenntnis des Einreiseverbots in der Schweiz gewesen zu sein. Seine Aussagen zum Zweck der Einreise bzw. des Aufenthalts sind widersprüchlich. An der Berufungsverhandlung gab er an, er habe einen Freund in Baselland besuchen wollen, um bei diesem sein persönliches Geld zu holen. Auf die Frage, ob er vorhatte, bei diesem Freund zu übernachten, antwortete er, dass er vielleicht dort übernachtet hätte und anschliessend am nächsten Tag zurück nach Frankreich gegangen wäre (zweitinstanzliches Verhandlungsprotokoll, Akten S. 224). Hingegen machte der Berufungskläger an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und im

Rahmen der Kontrolle durch die Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) vom 4. Oktober 2019 die Aussage, er habe den Ausstieg in St. Louis verpasst und sei deshalb nach Basel gekommen (erstinstanzliches Verhandlungsprotokoll, Akten S. 80 f.; Protokoll EZV vom 4. Oktober 2019, Akten S. 12).

E. 2.1

und 2.3.1). Selbst eine Verurteilung trotz eines formellen oder materiellen Mangels der Anklageschrift verletzt daher den Anklagegrundsatz nicht in jedem Fall, sondern nur dann, wenn sich dieser Mangel auch tatsächlich auf die Verteidigung ausgewirkt hat (BGer 6B_941/2018 vom 6. März 2019 E. 1.3.4, 6B_1079/2015 vom 29. Februar 2016 E. 1.1). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung lässt es der Anklagegrundsatz denn auch zu, dass der im gerichtlichen Verfahren ermittelte Sachverhalt von der Darstellung in der Anklageschrift abweicht. Die Fixierung des Anklagesachverhalts geht nicht weiter als es für eine verlässliche Eingrenzung des Verhandlungsgegenstands und eine wirksame Verteidigung erforderlich ist (BGer 6B_958/2019 vom 5. Februar 2021 E. 2.2 mit Verweis auf BGE 141 IV 132 E. 3.4.1). Ergibt das gerichtliche Beweisverfahren, dass sich das Tatgeschehen in einzelnen Punkten anders abgespielt hat, als im Anklagesachverhalt dargestellt, so hindert der Anklagegrundsatz das Gericht nicht, die beschuldigte Person aufgrund des abgeänderten Sachverhaltes zu verurteilen, sofern die Änderungen für die rechtliche Qualifikation des Sachverhalts nicht ausschlaggebende Punkte betreffen und die beschuldigte Person Gelegenheit hatte, dazu Stellung zu nehmen (BGer 6B_954/2021 vom 24. März 2022 E. 1.2, 6B_638/2019 vom 17. Oktober 2019 E. 1.4.2, 6B_50/2018 vom 7. Dezember 2018 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen; zum Ganzen AGE SB.2021.47 vom 26. Januar 2022 E. 2.13.2).

4.4.4 Die Anklage nennt vorliegend als Tathandlung, wie dargestellt, lediglich den Aufenthalt des Berufungsklägers in der Schweiz. Die Einreise des Berufungsklägers in die Schweiz ergibt sich hingegen weder aus den angeklagten Tatbeständen noch aus dem Anklagesachverhalt. Zwar wird das gegen den Berufungskläger bestehende Einreiseverbot angesprochen («Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem SIS sowie im Zentralen Migrationsinformationssystem ZEMIS, gültig bis 8. Oktober 2023»), allerdings wiederum lediglich, um die Widerrechtlichkeit des Aufenthalts des Berufungsklägers zu begründen. Auch aus dem Hinweis auf die «Kontrolle um 19:15 Uhr am Grenzübergang Basel Bahnhof SNCF» ergibt sich nicht, dass dem Berufungskläger nebst seinem Aufenthalt auch die Einreise in die Schweiz vorgeworfen werden könnte, da mit der Ortsangabe lediglich auf den Ort hingewiesen wird, an dem der vermeintliche illegale Aufenthalt des Berufungsklägers festgestellt worden war. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Berufungskläger in seiner Verteidigung wirksam auf den Vorwurf der rechtswidrigen Einreise einstellen konnte, zumal der Berufungskläger juristischer Laie ist und im vorliegenden Verfahren nicht über eine Rechtsvertretung verfügt. Der Anklagegrundsatz schliesst deshalb vorliegend einen Schuldspruch wegen rechtswidriger Einreise aus.

4.5 Fraglich ist, ob im Berufungsverfahren eine Rechtsgrundlage besteht, welche gebietet, der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Anpassung des Anklagesachverhalts hinsichtlich der rechtswidrigen Einreise zu geben.

Art. 404 Abs. 1 StPO beschränkt den Streitgegenstand im Berufungsverfahren auf Punkte, die bereits im erstinstanzlichen Urteil beurteilt worden sind. Soll von dieser Regel

abgewichen werden, ist eine besondere Rechtsgrundlage notwendig (BGE 147 IV 167 E. 1.2). Diesbezüglich kommen grundsätzlich verschiedene Bestimmungen in Frage: Die StPO unterscheidet zwischen der Verbesserung einer nicht ordnungsgemäss erstellten Anklageschrift durch Ergänzung oder Berichtigung (Art. 329 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 StPO), der Änderung oder Ergänzung der Anklage bezüglich der bereits angeklagten Tat (Anklageänderung bzw. -ergänzung, Art. 333 Abs. 1 StPO) und der Erweiterung der Anklage um eine zusätzliche Straftat (Anklageerweiterung, Art. 333 Abs. 2 StPO; vgl. BGER 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 E. 2.6.2 [zur Publikation vorgesehen]). Nachfolgend ist die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf den vorliegenden Fall zu prüfen.

4.5.1 Gestützt auf Art. 329 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 zweiter Satz StPO weist das Gericht eine Anklage zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück, wenn die Anklage den Anforderungen an den Inhalt einer Anklageschrift (Art. 325 StPO) nicht entspricht, wenn die Akten nicht im Sinne von Art. 100 StPO ordnungsgemäss geführt sind oder ■ ausnahmsweise ■ wenn Beweise zu ergänzen sind (vgl. BGE 141 IV 39 E. 1.6). Eine Prüfung und Rückweisung im Sinne von Art. 329 StPO kann auch im Berufungsverfahren erfolgen (vgl. Art. 379 StPO; BGE 147 IV 167 E. 1.3; BGER 6B_1216/2020 vom 11. April 2022 E. 1.3.1).

4.5.1.1 Bei der Prüfung, ob die Anklage den Anforderungen an den Inhalt einer Anklageschrift genügt, handelt es sich um eine vorläufige, auf die Formalien beschränkte und regelmässig summarische Prüfung. Sie bezweckt, formell oder materiell klar mangelhaften Anklagen zu verhindern (BGE 141 IV 20 E. 1.5.4; BGER 1B_457/2017 vom 22. November 2017 E. 3.4, 6B_676/2013 vom 28. April 2014 E. 3.6.4; Griesser, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Schulthess Kommentar StPO, 3. Auflage, Zürich 2020, Art. 329 N 1 und 14). In ihrem Rahmen ist hinsichtlich des Anklagesachverhalts lediglich zu beurteilen, ob die Anklage den Sachverhalt im Hinblick auf den von der Staatsanwaltschaft bezeichneten Straftatbestand rechtsgenügend umschreibt (Griesser, a.a.O., Art. 333 N 1; Schmid/Jositsch, Praxiskommentar StPO, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 333 N 2). So kommt Art. 329 Abs. 2 StPO namentlich zur Anwendung, wenn die in der Hauptverhandlung relevierten Beweise einen etwas anders gearteten Lebensvorgang ergeben als in der Anklage geschildert und die Anpassung des Sachverhalts an das neue Beweisergebnis (bei gleichbleibendem Tatbestand) notwendig ist (vgl. BGER 6B_894/2016 vom 14. März 2017 E. 1.1.2; Stephenson/Zalunadro-Walser, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 329 N 12). Hingegen ist die Prüfung des Anklagesachverhalts unter anderen als von der Staatsanwaltschaft angeklagten Straftatbeständen Gegenstand von Art. 333 Abs. 1 StPO und nicht von Art. 329 StPO (zu Ersterem sogleich E. 4.5.2; vgl. Griesser, a.a.O., Art. 333 N 1; Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 333 N 2; Riklin, Orell Füssli Kommentar StPO, 2. Aufl., Zürich 2014, N 6). Für das Berufungsverfahren ist schliesslich zu berücksichtigen, dass Art. 329 Abs. 2 StPO nur Anklageergänzungen erlaubt, die sich im Rahmen des erstinstanzlich fixierten Verfahrensgegenstandes halten (BGE 147 IV 167 E. 1.3; BGER 6B_1216/2020 vom 11. April 2022 E. 1.3.1).

4.5.1.2 Vorliegend ist die Anwendbarkeit von Art. 329 StPO bereits ausgeschlossen, weil der angeklagte Sachverhalt im Hinblick auf den von der Staatsanwaltschaft bezeichneten Straftatbestand, d.h. den rechtswidrigen Aufenthalt des Berufungsklägers, rechtsgenügend umschrieben ist. Es liegt demnach kein Mangel der Anklage im Sinne von Art. 329 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 325 StPO vor, welcher eine Rückweisung zur Ergänzung nach

Art. 329 Abs. 2 StPO rechtfertigen würde.

4.5.2 Nach Art. 333 Abs. 1 StPO gibt das Gericht der Staatsanwaltschaft Gelegenheit, die Anklage zu ändern, wenn nach seiner Auffassung der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt einen anderen Straftatbestand erfüllen könnte, die Anklageschrift aber den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht. Die dem Gericht eingeräumte Kompetenz geht hier folglich weiter als bei Art. 329 StPO und ermöglicht eine Einladung zur Anklageänderung (vgl. BGer 6B_894/2016 vom 14. März 2017 E. 1.1.2; 6B_904/2015 vom 27. Mai 2016 E. 1.4.1). Die Bestimmung ist im Rahmen der Parteienträge (vgl. Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4, Art. 404 Abs. 1 StPO) und soweit mit dem Verbot der *reformatio in peius* vereinbar (Art. 391 Abs. 2 StPO) auch im Berufungsverfahren anwendbar (Art. 379 StPO; BGer 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 E. 2.6.3 [zur Publikation vorgesehen], 6B_1216/2020 vom 11. April 2022 1.3.2, 6B_428/2013 vom 15. April 2014 E. 3.3).

4.5.2.1 Art. 333 Abs. 1 StPO gelangt typischerweise zur Anwendung, wenn der angeklagte Sachverhalt aus Sicht des Gerichts einen anderen rechtlichen Tatbestand erfüllen könnte, dessen Tatbestandsvoraussetzungen allerdings in der Anklage nicht (vollständig) umschrieben sind. Eine Ergänzung der Anklage kommt auch in Betracht, wenn das Gericht der Ansicht ist, der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt erfülle eine qualifizierte Variante des angeklagten Tatbestands, in der Anklage jedoch nur der Grundtatbestand dargestellt wird, während eine Darstellung des Qualifikationsmerkmals fehlt (vgl. BGE 147 IV 167 E. 1.4; BGer 6B_1216/2020 vom 11. April 2022 1.3.2, 6B_688/2017 vom 1. Februar 2018 E. 2.3).

4.5.2.2 Der Anklageänderung (bzw. der gerichtlichen Einladung hierzu) sind Grenzen gesetzt. Art. 333 Abs. 1 StPO sieht eine Einladung zur Anklageänderung bloss dann vor, wenn «der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt einen anderen Straftatbestand erfüllen könnte». Daraus wird abgeleitet, die Anklageergänzung müsse sich im Bereich der bereits angeklagten Lebensvorgänge, d.h. des ursprünglichen Prozessthemas, bewegen (Griesser, a.a.O., Art. 333 N 3 mit Verweis auf die Botschaft zur StPO, BBl 2006 S. 1085 ff., 1280; vgl. auch Riklin, a.a.O., Art. 333 N 7, wonach Delikte, welche in der Anklage überhaupt nicht erwähnt würden, nicht von Art. 333 Abs. 1 erfasst seien). Das Bundesgericht hat ebenfalls festgehalten, dass eine Anwendung von Art. 333 Abs. 1 StPO bei Verfahren ohne Beteiligung von Privatklägern nur in engen Grenzen möglich sei. Es gehe darum, ungerechtfertigte Freisprüche zu verhindern, namentlich in Konstellationen, in denen der «an sich gleiche Lebensvorgang» unter einen anderen Tatbestand zu subsumieren sei (BGer 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 E. 2.6.7 [zur Publikation vorgesehen]). Umgekehrt müssen die Tatvorwürfe der neuen und der abgeänderten Anklage nicht absolut identisch sein ■ in derartigen Fällen wäre eine Änderung der Anklage gar nicht nötig (vgl. Art. 350 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 344 StPO; BGer 6B_688/2017 und 6B_689/2017 vom 1. Februar 2018 E. 2.5.1).

4.5.2.3 Über den spezifischen, vorliegend interessierenden Fall der Anklageänderung im Berufungsverfahren hatte das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Leitentscheid (BGE 147 IV 167) zu befinden. Jenem Entscheid lag folgende Konstellation zugrunde: Dem Beschuldigten wurde in der Anklageschrift sexuelle Nötigung vorgeworfen. Er habe, so die Staatsanwaltschaft, der Geschädigten bei einem Nachtessen Schlaftabletten verabreicht, sie nach dem Einschlafen ausgezogen und sich später an der widerstandsunfähigen Geschädigten vergangen, indem er mindestens einen seiner Finger oder einen unbekanntem Gegenstand in ihre Scheide eingeführt habe. Das erstinstanzliche

Gericht verurteilte den Beschuldigten gestützt auf diesen Sachverhalt wegen sexueller Nötigung. Hiergegen erhob der Beschuldigte Berufung und die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung. Anlässlich der Berufungsverhandlung beschloss das Berufungsgericht, die Staatsanwaltschaft zur Ergänzung der Anklage einzuladen. Mit ergänzter Anklageschrift beschuldigte die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten zusätzlich folgender Handlungen: Er habe die sich in seinem Bett befindliche Geschädigte ins Gesicht geschlagen, sie an den Haaren gerissen und aufgefordert, die Mitbeschuldigte zu küssen und oral zu befriedigen. Dadurch habe er sich der sexuellen Nötigung, eventuell des Versuchs dazu, schuldig gemacht. Das Berufungsgericht sprach den Berufungskläger daraufhin der sexuellen Nötigung und (zusätzlich) der versuchten sexuellen Nötigung schuldig (vgl. BGE 147 IV 167 Sachverhalt A). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das Berufungsgericht unter keinem Titel befugt gewesen sei, das Schulderkenntnis der ersten Instanz um einen zusätzlichen, vor erster Instanz nicht angeklagten Sachverhalt zu erweitern (BGE 147 IV 167 E. 1.6). In Bezug auf Art. 333 Abs. 1 StPO hielt es fest, dass diese Bestimmung zur Anwendung gelange, wenn nach Auffassung des Gerichts der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt einen anderen (Umqualifizierung) ■ oder, bei echter Konkurrenz, einen zusätzlichen ■ Straftatbestand erfüllen könne. Die Überweisung an die Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 333 Abs. 1 StPO ziele allerdings nicht darauf ab, weitere, bisher nicht verfolgte Tatvorgänge zu erfassen (BGE 147 IV 167 E. 1.4). Das Bundesgericht ging somit davon aus, dass die zusätzlichen, neu angeklagten Ereignisse desselben Abends (an den Haaren Reissen, Aufforderung zu sexuellen Handlungen) ausserhalb der ursprünglich angeklagten Lebensvorgänge lagen, weshalb eine Anwendung von Art. 333 Abs. 1 StPO nicht in Frage kam.

Im Nachgang des soeben dargestellten Entscheids bot sich dem Bundesgericht erneut die Möglichkeit, sich mit der Thematik der Anklageänderung im Berufungsverfahren auseinanderzusetzen (BGer 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 [zur Publikation vorgesehen]). Zu beurteilen war folgender Sachverhalt: Der Beschuldigte wurde vom Berufungsgericht u.a. wegen versuchter schwerer Körperverletzung verurteilt. Die Staatsanwaltschaft hatte Anklage wegen qualifizierter einfacher Körperverletzung erhoben. Der Anklagesachverhalt schilderte den objektiven Tathergang im Detail (Einschlagen mit einem Teleskopstock u.a. auf den Kopf des Geschädigten, erlittene Verletzungen etc.). Allerdings warf die Anklageschrift dem Beschuldigten in subjektiver Hinsicht bloss vor, beabsichtigt zu haben, dem Geschädigten «ernsthafte» Verletzungen zuzufügen (BGer 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 [zur Publikation vorgesehen] E. 2.3). Das Bundesgericht erwog, dass der in der Anklage umschriebene subjektive Sachverhalt nicht für eine Verurteilung wegen versuchter schwerer Körperverletzung ausreiche, da der Vorsatz dort auf lebensgefährliche oder bleibende ■ und nicht bloss ernsthafte ■ Verletzungen gerichtet sein müsse. Aufgrund der Verletzung des Anklagegrundsatzes sei die Angelegenheit an das Berufungsgericht zurückzuweisen. Fraglich sei, so das Bundesgericht, ob in diesem Rückweisungsverfahren vor dem Berufungsgericht eine Änderung der Anklage in Bezug auf die Umschreibung des Vorsatzes möglich sei. Nach Behandlung anderweitiger, hier nicht einschlägiger Fragen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das Berufungsgericht zu prüfen habe, ob der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 333 Abs. 1 StPO Gelegenheit zu geben sei, die Anklage in tatsächlicher Hinsicht um die subjektiven Elemente einer versuchten schweren Körperverletzung zu ergänzen (BGer 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 [zur Publikation vorgesehen] E. 2.6). Damit scheint das Bundesgericht hier ■ im Unterschied zum oben beschriebenen Entscheid ■

davon ausgegangen zu sein, dass die Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 StPO jedenfalls nicht bereits deshalb ausgeschlossen war, weil durch eine Anklageänderung neue, verfahrensfremde Tatvorgänge Eingang ins Berufungsverfahren gefunden hätten. Ähnlich urteilte auch das Appellationsgericht, als es die Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 StPO bejahte, weil die Abweichung in der geänderten Anklage lediglich den subjektiven Hintergrund der ansonsten in objektiver Hinsicht gleichbleibenden Tat betraf (vgl. AGE SB.2015.46 vom 7. April 2017 E. 2.3).

4.5.2.4 Vorliegend ist somit entscheidend, ob die rechtswidrige Einreise des Berufungsklägers noch innerhalb des ursprünglich angeklagten Lebensvorgangs liegt (diesfalls wäre eine Anklageänderung nach Art. 333 Abs. 1 StPO zulässig) oder es sich dabei um einen bisher nicht verfolgten, verfahrensfremden Tatvorgang handelt (diesfalls wäre eine Anklageänderung nach Art. 333 Abs. 1 StPO unzulässig).

Der hier zu beurteilende Fall ist nicht mit den beiden letztgenannten Urteilen des Appellationsgerichts bzw. des Bundesgerichts (vgl. AGE SB.2015.46 vom 7. April 2017 bzw. BGer 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 [zur Publikation vorgesehen]) vergleichbar. Die fragliche Anklageänderung betreffe nicht bloss eine andere Sachverhaltsumschreibung in subjektiver Hinsicht bei gleichbleibender objektiver Tat. Vielmehr würde mit der Anklage hinsichtlich der rechtswidrigen Einreise eine zusätzliche, bisher nicht Verfahrensgegenstand bildende Tat Eingang in das Verfahren finden. Freilich kann ein gewisser Zusammenhang zwischen dem Aufenthalt und der Einreise nicht von der Hand gewiesen werden, bedingt doch der Aufenthalt eine vorgelagerte Einreise. Allerdings ergibt sich aus dem ebenfalls oben erläuterten BGE 147 IV 167, dass nicht jede irgendwie geartete Konnexität zwischen dem zusätzlichen Vorwurf und den ursprünglich angeklagten Vorfällen genügt, um die Anwendung von Art. 333 Abs. 1 StPO zu rechtfertigen: Auch in jenem Fall wiesen die zusätzlichen Anschuldigungen eine erkennbare Verbindung zum ursprünglichen Anklagesachverhalt auf, da sie grundsätzlich denselben Vorfall am selben Abend, dieselben involvierten Personen und eine ähnlich gelagerte Straftat betrafen (oben E. 4.5.2.3, erster Absatz). Trotzdem kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die zusätzlichen Vorwürfe ausserhalb des angeklagten Lebenssachverhalts lägen. Dies muss auch für das vorliegende Verfahren gelten, in dem bisher lediglich der Aufenthalt des Berufungsklägers in der Schweiz, also die zeitliche Periodenachdessen Einreise in die Schweiz, zur Beurteilung stand. Handelt es sich demnach bei der rechtswidrigen Einreise um einen bisher nicht verfolgten, verfahrensfremden Tatvorgang, so ist die diesbezügliche Änderung der Anklage gestützt auf Art. 333 Abs. 1 StPO ausgeschlossen.

4.5.3 Eine letzte Möglichkeit zur Modifikation der Anklage bietet Art. 333 Abs. 2 StPO: Werden während des Hauptverfahrens neue Straftaten der beschuldigten Person bekannt, so kann das Gericht der Staatsanwaltschaft gestatten, die Anklage zu erweitern (Art. 333 Abs. 2 StPO). Eine Anklageerweiterung im Sinne von Art. 333 Abs. 2 StPO ist im Berufungsverfahren allerdings nicht mehr möglich, da dies eine Durchbrechung des Grundsatzes der Doppelinanzlichkeit (vgl. Art. 80 Abs. 2 BGG und Art. 32 Abs. 3 BV) bedeuten würde und mit dem Verbot der reformatio in peius (vgl. Art. 391 Abs. 2 StPO) unvereinbar wäre (BGE 147 IV 167 E. 1.5.2 f.; BGer 6B_1404/2020 vom 17. Januar 2022 E. 2.6.2 [zur Publikation vorgesehen]). Zudem handelt es sich vorliegend bei der rechtswidrigen Einreise nicht um eine «neue» Straftat im Sinne von Art. 333 Abs. 2 StPO, welche erst während des gerichtlichen Verfahrens bekannt wurde.

4.5.4 Insgesamt besteht somit keine Rechtsgrundlage, welche eine Anklageänderung (bzw. eine Rückweisung der Anklageschrift an die Staatsanwaltschaft) hinsichtlich des Vorwurfs der rechtswidrigen Einreise gebieten würde. Es bleibt deshalb dabei, dass der Berufungskläger in Gutheissung seiner Berufung vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen ist.

E. 2.3

2.3.1 Gemäss dem Rapport der EZV vom 4. Oktober 2019 wurde der aus Algerien stammende, schriftlose Berufungskläger gleichentags um 19:15 Uhr in Basel am Grenzübergang Bahnhof Basel SNCF auf der Schweizer Seite angehalten und einer Zoll- und Personenkontrolle unterzogen, wobei festgestellt wurde, dass er keine Reisepapiere auf sich trug (Akten S. 10 f.). Eine anlässlich der Kontrolle durchgeführte Abfrage ergab, dass der Berufungskläger mit einem vom 9. Oktober 2018 bis 8. Oktober 2023 gültigen und ihm am 11. Oktober 2018 eröffneten Einreiseverbot belegt worden war (Rapport der EZV vom 4. Oktober 2019, Akten S. 12). Im mitgeführten Gepäck des Berufungsklägers konnten eine Taschenlampe, ein Schlitzschraubenzieher, ein Minitool, eine graue Kappe und ein schwarzer Schal gefunden werden, wobei der Berufungskläger gemäss den Angaben im Rapport den Verwendungszweck dieser Gegenstände nicht genau erläutern konnte. Der Berufungskläger habe überdies, so der Rapport, sinngemäss angegeben, dass er von Mulhouse komme und auf dem Weg nach St. Louis sei, den dortigen Ausstieg aber verpasst habe. In Mulhouse habe er den ganzen Tag gearbeitet. In der Schweiz habe er einmal Asyl gehabt, nun lebe er aber in Frankreich, wo er über keinen gültigen Aufenthaltsstatus verfüge (Rapport der EZV vom 4. Oktober 2019, Akten S. 12). Nach Erlass einer sofort vollstreckbaren Wegweisungsverfügung wurde der Berufungskläger schliesslich am selben Abend um 20:20 Uhr Richtung Frankreich aus der Kontrolle entlassen (Rapport der EZV vom 4. Oktober 2019, Akten S. 13).

2.3.2 Es ist hinreichend belegt, dass gegen den Berufungskläger ein vom 9. Oktober 2018 bis 8. Oktober 2023 gültiges Einreiseverbot besteht, das ihm am 11. Dezember 2018 eröffnet worden war (vgl. Rapport der EZV vom 4. Oktober 2019, Akten S. 12; ZEMIS-Auszug vom 4. Oktober 2019, Akten S. 17; vgl. auch Wegweisungsverfügung vom 4. Oktober 2019, Akten S. 23). Der Berufungskläger bestreitet denn auch dessen Kenntnis nicht. Überdies verfügt er über keine Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz und macht eine solche auch nicht geltend. Ebenso ist die Einreise des Berufungsklägers in die Schweiz beim Grenzübergang Bahnhof Basel SNCF am 4. Oktober 2019 bzw. sein Verweilen in der Schweiz an diesem Tag von 19:15 Uhr bis ca. 20:20 Uhr erstellt (vgl. Wegweisungsverfügung vom 4. Oktober 2019, Akten S. 22 ff.; vom Berufungskläger unterzeichnetes Formular zum rechtlichen Gehör vom 4. Oktober 2019, Akten S. 19 f.; vom Berufungskläger unterzeichnete Erklärung vom 4. Oktober 2019, Akten S. 21).

2.3.3 Streitig ist in tatsächlicher Hinsicht somit lediglich, aus welchem Grund der Berufungskläger an besagtem Tag in die Schweiz einreisen wollte. Hierauf wird zurückzukommen sein (unten E. 4.3.2).

E. 3

In rechtlicher Hinsicht erwog die Vorinstanz, dass sich gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20) strafbar mache, wer sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalte. Der Aufenthalt sei rechtswidrig, wenn der Ausländer im Anschluss an eine unrechtmässige Einreise in der Schweiz verbleibe. Dabei setze der

rechtswidrige Aufenthalt eine gewisse Dauer der Anwesenheit voraus; ein Aufenthalt von wenigen Stunden genüge nicht. Neben der tatsächlichen Dauer sei aber auch die Willensrichtung massgebend, nämlich, ob sich der Ausländer auf ein Verbleiben einrichte oder nur aufgrund widriger Umstände verspätet abreise. Der Berufungskläger sei im Wissen um das ihn betreffende Einreiseverbot in die Schweiz eingereist, wobei er klassisches Einbruchswerkzeug mitgeführt habe. Vor dem Hintergrund, dass er bereits zahlreiche Vorstrafen wegen Einbruchdiebstahls aufweise, bestehe der Verdacht, dass er einen längeren Aufenthalt in der Schweiz beabsichtigt habe, um weitere Einbruchdiebstähle zu begehen. Somit habe sich der Berufungskläger, indem er sich trotz des Einreiseverbots mit Wissen und Willen in der Schweiz aufgehalten habe, des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gemacht.

E. 4

4.1 Gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG verstösst, wer sich ■ sei es mit Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit (vgl. Art. 115 Abs. 3 AIG) ■ rechtswidrig in der Schweiz aufhält. Für die Annahme eines Aufenthalts im Sinne der Bestimmung wird zunächst eine gewisse Mindestdauer vorausgesetzt (objektives Element). Diesbezüglich wird mehrheitlich von einer Mindestaufenthaltsdauer von 24 Stunden ausgegangen (Zünd, in: Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019, Art. 115 N 7; Maurer, in: Donatsch [Hrsg.], StGB/JStG Kommentar, 20. Aufl., Zürich 2018, Art. 115 AIG N 19; Sauthier, in: Nguyen/Amarelle [Hrsg.], Code annoté de droit des migrations, Bern 2017, Art. 115 LEtr N 14; KGer FR 501.2021.183 vom 13. Mai 2022 E. 2.5). Gemäss einer anderen Meinung ist hingegen im Regelfall erst nach einer Anwesenheit von über einer Woche ein Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG zu bejahen (Vetterli/D■Addario di Paolo, in: Caroni et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Art. 115 N 19; Grasdorf-Meyer/Ott/Vetterli, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Bern 2021, Rz. 1351). Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, dass bei einer Anwesenheitsdauer von wenigen Stunden kein strafrechtlich relevanter Aufenthalt vorliegt (Zünd, a.a.O., Art. 115 N 7 unter Verweis auf BGE 112 IV 115, der sich allerdings nicht explizit mit der Frage auseinandersetzt; Vetterli/D■Addario di Paolo, a.a.O., Art. 115 N 19; Sauthier, a.a.O., Art. 115 LEtr N 14; Grasdorf-Meyer/Ott/Vetterli, a.a.O., Rz. 1351; KGer FR 501.2021.183 vom 13. Mai 2022 E. 2.5). Das Appellationsgericht verwies in einem früheren Urteil zunächst mehrfach auf die Mindestaufenthaltsdauer von 24 Stunden, sprach im selben Urteil alsdann aber auch von der «Mindestdauer eines strafbaren Aufenthaltes von 12 Stunden» (AGE SB.2020.85 vom 27. Januar 2021 E. 4.3 und 4.4). Die beschuldigte Person hielt sich in jenem Fall zwei Mal bloss während eines kurzen Zeitraums in der Schweiz auf (zwecks Abholung eines Autos bzw. Gesprächs mit der Ex-Frau) und wurde beim dritten Mal sogleich anlässlich der Einreise festgenommen, weshalb ein Aufenthalt von hinreichender Länge verneint wurde (vgl. AGE SB.2020.85 vom 27. Januar 2021 E. 4.4).

Nebst der tatsächlichen Anwesenheitsdauer setzt ein Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG zusätzlich voraus, dass der Ausländer gewillt ist, für eine hinreichend lange Zeit in der Schweiz zu verweilen bzw. dass er sich auf ein Verbleiben in der Schweiz einrichtet (subjektives Element; Vetterli/D■Addario di Paolo, a.a.O., Art. 115 N 19; Zünd, a.a.O., Art. 115 N 7; Nägeli/Schoch, in: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 22.35). Demnach müssen auch die Umstände des Aufenthalts und die mit diesem verfolgten Ziele berücksichtigt werden (Vetterli/D■Addario di Paolo, a.a.O., Art. 115

N 19). So kann bei einer Durchreise durch die Schweiz die 24-Stunden-Grenze schnell überschritten sein, ohne dass dabei ein rechtswidriger Aufenthalt vorliegt (Vetterli/D■Addario di Paolo, a.a.O., Art. 115 N 19). Gleiches gilt, wenn ein Ausländer bloss aufgrund widriger Umstände verspätet abreist ■ auch hier ist sein Wille nicht auf den längeren Verbleib gerichtet, weshalb kein Aufenthalt gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG anzunehmen ist (vgl. Zünd, a.a.O., Art. 115 N 7; Nägeli/Schoch, a.a.O., Rz. 22.35).

4.2 Vorliegend befand sich der Berufungskläger am 4. Oktober 2019 von 19:15 Uhr bis ca. 20:20 Uhr, d.h. während etwas mehr als einer Stunde, in der Schweiz. Eine derart kurze Verweildauer stellt nach dem soeben Dargelegten noch keinen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG dar.

4.3 Die Vorinstanz möchte indes nebst der tatsächlichen Anwesenheitsdauer v.a. auch die Willensrichtung des Berufungsklägers berücksichtigt wissen: Sie verweist auf die Meinung von Zünd, wonach im Zusammenhang mit der Frage des Aufenthalts auch zu berücksichtigen sei, ob sich der Ausländer auf ein Verbleiben einrichte oder nur aufgrund widriger Umstände verspätet abreise (Zünd, a.a.O., Art. 115 N 7). Da der Berufungskläger einschlägig vorbestraft sei und bei der Einreise klassisches Einbruchwerkzeug mitgeführt habe, bestehe der Verdacht, dass er einen längeren Aufenthalt beabsichtigt habe, um weitere Einbruchdiebstähle zu begehen. Diese Ansicht ist abzulehnen:

4.3.1 Zunächst gilt es, festzuhalten, dass es sich bei der Mindestaufenthaltsdauer und dem Willen zu einem Aufenthalt von hinreichender Länge nicht, wie die Vorinstanz implizit anzunehmen scheint, um alternative, sondern kumulative Voraussetzungen handelt. Nur wenn beide vorliegen, ist ein Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG anzunehmen. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der von der Vorinstanz zitierten Literaturstelle: Gemäss Zünd mag man hinsichtlich der erforderlichen Aufenthaltsdauer «als Faustregel von 24 Stunden ausgehen», wird aber (zusätzlich) die Willensrichtung berücksichtigen müssen (vgl. Zünd, a.a.O., Art. 115 N 7; vgl. auch Vetterli/D■Addario di Paolo, a.a.O., Art. 115 N 19; Nägeli/Schoch, a.a.O., Rz. 22.35).

4.3.2 Sodann ist fraglich, ob der Berufungskläger erwiesenermassen gewillt war, länger in der Schweiz zu verweilen (vgl. bereits oben E. 2.3.3). Die Vorinstanz geht diesbezüglich von einem «Verdacht» auf die Absicht längeren Aufenthalts zwecks Verübung von Einbruchdiebstählen aus. Gestützt auf einen blossen Verdacht ist ein Schuldspruch indes unzulässig, da diesfalls ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK, SR 0.101], Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV, SR 101] und Art. 10 Abs. 1 und 3 StPO) vorläge. Massgebend ist aufgrund des In-dubio-Grundsatzes vielmehr, ob das Gericht nach Auswertung der notwendigen Beweise zum Schluss kommt, dass die Zuverlässigkeit des Beweisergebnisses nicht ernsthaft zu bezweifeln ist (BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.2 und E. 2.2.3.3, mit Hinweisen). Bestehen nach objektiver Würdigung der gesamten Beweise ernsthafte Zweifel oder kann eine für die beschuldigte Person günstigere Tatversion vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden, so verbietet die Unschuldsvermutung, von einem belastenden Sachverhalt auszugehen (BGE 144 IV 345 E. 2.2.1; 138 V 74 E. 7). Nach diesem Massstab ist im Folgenden zu ermitteln, ob vorliegend eine Absicht Berufungsklägers zum längeren Verbleib in der Schweiz rechtsgenüchlich bewiesen ist.

Die Vorinstanz stützt sich auf die Vorstrafen des Berufungsklägers und den Umstand, dass am Grenzübergang im Gewahrsam des Berufungsklägers «klassisches Einbruchwerkzeug»

festgestellt werden konnte. Die Vorstrafen des Berufungsklägers sind ohne Weiteres einschlägig (vgl. Strafregisterauszug vom 1. Juli 2022, Akten S. 194 ff.). Auch bestreitet der Berufungskläger nicht, bei der Einreise eine Taschenlampe, einen Schlitzschraubenzieher, ein Minitool, eine graue Kappe und einen schwarzen Schal mitgeführt zu haben (vgl. Protokoll EZV vom 4. Oktober 2019, Akten S. 12). Sodann sind die eigenen Angaben des Berufungsklägers zum Zweck seiner Einreise widersprüchlich (oben E. 2.2). Selbst wenn allerdings aufgrund dieser Umstände die Absicht des Berufungsklägers, in der Schweiz Einbruchdiebstähle zu begehen, als erstellt erachtet würde, müsste weiter erwiesen sein, dass damit ein längerer, über einige Stunden hinausgehender Aufenthalt verbunden wäre. Diesbezüglich kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Berufungskläger vorgehabt hätte, lediglich innerhalb weniger Stunden einen Einbruchdiebstahl zu begehen, um sich anschliessend zwecks Entfernung vom Tatort und Sicherung der Beute wieder ins grenznahe Ausland zu begeben. Auch bei Annahme einer Absicht zur Verübung eines Einbruchdiebstahls ist demnach zu Gunsten des Berufungsklägers von einer Absicht zum Verweilen in der Schweiz während weniger Stunden auszugehen. Damit ist der Wille des Berufungsklägers zu einem längeren Aufenthalt nicht erwiesen. Gleiches gälte im Übrigen, wenn mit dem Berufungskläger davon ausgegangen würde, er hätte vorgehabt, am Abend des 4. Oktober 2019 zu seinem Freund nach Baselland zu gehen, allenfalls bei diesem zu übernachten und am nächsten Tag wieder zurück nach Frankreich zu reisen. Auch in diesem Fall wäre die geforderte Mindestdauer des Aufenthalts nicht erreicht. Folglich kann dem Berufungskläger, entgegen der Vorinstanz, kein Wille zu längerem Aufenthalt in der Schweiz nachgewiesen werden.

4.3.3 Nach dem Dargelegten liegt im hier zu beurteilenden Fall kein Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG vor, weshalb der Berufungskläger vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen ist.

E. 4.4

4.4.1 Reist ein Ausländer unter Verletzung der Einreisevorschriften nach Art. 5 AIG in die Schweiz ein, macht er sich der rechtswidrigen Einreise gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG schuldig. Rechtswidrigkeit liegt insbesondere vor, wenn eine Einreise trotz Einreiseverbots (Art. 5 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 67 AIG) oder ohne Ausweispapiere und erforderliches Visum (Art. 5 Abs. 1 lit. a AIG) erfolgt (Zünd, a.a.O., Art. 115 N 2). Die Einreise im Sinne der Strafnorm erfolgt mit dem Überschreiten der Landesgrenze (Zünd, a.a.O., Art. 115 N 3; Vetterli/D■■Addario di Paolo, a.a.O., Art. 115 N 3). Demnach wird, anders als beim Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts, kein Verweilen in der Schweiz während einer gewissen Mindestdauer verlangt.

4.4.2 Es ist erstellt, dass der Berufungskläger am 4. Oktober 2019 trotz gültigen Einreiseverbots ohne Ausweispapiere und Visum in die Schweiz einreiste. Die Anzeige der EZV vom 4. Oktober 2019 bezog sich entsprechend auch auf den Tatbestand der rechtswidrigen Einreise (Akten S. 10). Allerdings wird in der Anklage, d.h. im Strafbefehl vom 28. November 2019, lediglich der Straftatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts genannt (Akten S. 28). Auch spricht der Strafbefehl lediglich davon, dass sich der Berufungskläger am 4. Oktober 2019 unter Missachtung der gegen ihn bestehenden Fernhaltungsmassnahmen illegal in der Schweiz aufgehalten habe, wobei auf die Kontrolle am Grenzübergang Basel Bahnhof SNCF verwiesen wird (Akten S. 29). Fraglich ist deshalb, ob vorliegend unter Berücksichtigung des Anklagegrundsatzes eine Verurteilung wegen rechtswidriger Einreise in Erwägung gezogen werden kann.

4.4.3 Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten, in Art. 9 StPO verankerten Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. Gegenstand des Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Entsprechend ist das Gericht an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden, nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (Umgrenzungsfunktion; Immutabilitätsprinzip; Art. 350 Abs. 1 StPO). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind (BGE 143 IV 63 E. 2.2, 141 IV 132 E. 3.4.1, 140 IV 188 E. 1.3, 126 I 19 E. 2a; AGE SB.2021.14 vom 14. Juli 2021 E. 3.1.3.1; vgl. auch Jean-Richard-dit-Bressel, Flexibilität der Anklage, in: *forum poenale* 2017 S. 309 ff., 311). Das Anklageprinzip bezweckt damit zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 143 IV 63 E. 2.2, 133 IV 235 E. 6.2 f.). Konkretisiert wird der Anklagegrundsatz zur Hauptsache durch die formellen Anforderungen, welche das Verfahrensrecht an die Anklageschrift stellt und welche in Art. 325 Abs. 1 StPO umschrieben werden. Dabei geht es insbesondere darum, dass die Umstände aufgeführt sind, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören (BGE 141 IV 132 E. 3.4.1 S. 142 f., 126 I 19 E. 2a S. 21; BGer 6B_253/2017 vom 1. November 2017 E. 1.3, 6B_20/2011 vom 23. Mai 2011, E. 3.3; AGE SB.2021.14 vom 14. Juli 2021 E. 3.1.3.1).

Das Akkusationsprinzip verfolgt demnach keinen Selbstzweck, sondern soll die Funktionen der Umgrenzung und der Information gewährleisten. Entscheidend ist, dass der Betroffene genau weiss, welcher Lebensvorgang Gegenstand der Anklage war bzw. welche Handlungen er beschuldigt und wie sein Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit er sich in seiner Verteidigung richtig vorbereiten kann (BGE 143 IV 63 E. 2.2, 141 IV 132 E. 3.4.1, 140 IV 188 E. 1.3; BGer 6B_656/2020 vom 23. Juni 2021 E. 1.4, 6B_584/2016 vom 6. Februar 2017 E.

E. 5

Der Berufungskläger obsiegt vollumfänglich mit seinem Antrag, weshalb ihm weder für das erst- noch das zweitinstanzliche Verfahren Kosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 428 Abs. 1 und 3 StPO). Mangels Rechtsvertretung ist ihm keine Parteientschädigung auszurichten; auch anderweitige Entschädigungs- oder Genugtuungsansprüche des Berufungsklägers sind nicht ersichtlich (vgl. Art. 429 ff. StPO).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.