

Hochschulstrasse 17
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 17 3
SK 17 4
SK 17 5

Bern, 24. August 2017

Besetzung

Oberrichter Aebi (Präsident i.V.), Oberrichterin Bratschi, Oberrichter J. Bähler
Gerichtsschreiber Erismann

Verfahrensbeteiligte

A._____, Staatsangehörigkeit Irak, _____
amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin B. _____
Beschuldigter/Berufungsführer



gegen

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

Gegenstand

Widerhandlung gegen das Ausländergesetz sowie Widerrufsverfahren

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) vom 3. November 2016 (PEN 2015 880 / WID PEN 2015 123 / WID PEN 2016 124)

Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil vom 3. November 2016 erkannte das Regionalgericht Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) (pag. 386 ff.) was folgt:

«I.

Das Strafverfahren gegen A. _____

wegen **rechtswidrigen Aufenthaltes**, angeblich begangen vom 19. Dezember 2012 bis zum 11. September 2013, in F. _____

wird wegen des Verbots der doppelten Strafverfolgung eingestellt,

ohne Ausrichtung einer **Entschädigung** und **ohne** Ausscheidung von **Verfahrenskosten**.

II.

A. _____ wird **schuldig erklärt:**

des **rechtswidrigen Aufenthaltes**, begangen vom 12. September 2013 bis zum 12. August 2014, in F. _____.

III.

1. Der A. _____ mit Urteil des Regionalgerichts Berner Oberland PEN 13 295 vom 14. November 2013 für eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten und mit Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Oberland O 13 6907 vom 25. Oktober 2013 für eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen à CHF 50.00 gewährte **bedingte Vollzug** wird **nicht widerrufen**.

2. A. _____ wird **verwarnt**.

3. Die **Verfahrenskosten** für das Widerrufsverfahren von **CHF 600.00** werden A. _____ auferlegt.

[reduzierte Verfahrenskosten ohne schriftliche Begründung]

IV.

A. _____ wird

in Anwendung des Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG, sowie

Art. 41 Abs. 1, Art. 47, Art. 49 Abs. 2 StGB,

Art. 426 ff. StPO

verurteilt:

1. zu einer **Freiheitsstrafe** von **neunzig Tagen**, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Regionalgerichts Berner Oberland PEN 13 295 vom 14. November 2013.

2. zu den **Verfahrenskosten**, sich zusammensetzend aus Gebühren von CHF 2'400.00 und Auslagen (inkl. Kosten für die amtliche Verteidigung) von CHF 3'946.30, insgesamt bestimmt auf CHF 6'346.30 (ohne Kosten für die amtliche Verteidigung auf **CHF 2'400.00**).

[Zusammensetzung der Gebühren und Auslagen und reduzierte Verfahrenskosten ohne schriftliche Begründung]

V.

Die amtliche Entschädigung und das volle Honorar für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten durch Rechtsanwältin B. _____ werden wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		17.92	200.00	CHF	3'584.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	70.00
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	3'654.00	CHF	292.30
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	3'946.30
volles Honorar		17.92	250.00	CHF	4'480.00
Auslagen MWSt-pflichtig				CHF	70.00
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	4'550.00	CHF	364.00
Auslagen ohne MWSt				CHF	0.00
Total				CHF	4'914.00
nachforderbarer Betrag				CHF	967.70

Der Kanton Bern entschädigt Rechtsanwältin B. _____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten mit CHF 3'946.30.

Der Beschuldigte hat dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B. _____ die Differenz von CHF 967.70 zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

VI.

Weiter wird **verfügt**:

1. Die Zustimmung zur Löschung des erstellten DNA-Profiles (PCN-Nr. _____) ist nach Ablauf der Frist durch das zuständige Bundesamt einzuholen (Art. 16 Abs. 4 DNA-Profil-Gesetz).
2. Die Zustimmung zur Löschung der erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten ist nach Ablauf der Frist durch die auftraggebende Behörde einzuholen (Art. 17 Abs. 4 i.V.m. 19 Abs. 1 Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten).
3. Schriftlich zu eröffnen:
 - den Parteien.

Schriftlich mitzuteilen:

- der Koordinationsstelle Strafregister (KOST),
- dem Amt für Justizvollzug des Kantons Bern,
- dem Amt für Migration und Personenstand (MIP),
- dem Staatssekretariat für Migration (SEM).»

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldete A. _____ (nachfolgend: Beschuldigter) noch gleichentags Berufung an (pag. 392).

Die schriftliche Urteilsbegründung datiert vom 22. Dezember 2016 (pag. 397 ff.).

Mit Eingabe vom 24. Januar 2017 reichte der Beschuldigte form- und fristgerecht eine bereits ausführlich begründete Berufungserklärung ein (pag. 442 ff.).

Die Generalstaatsanwaltschaft teilte mit Eingabe vom 30. Januar 2017 mit, sie verzichte auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (pag. 489).

Mit Zustimmung des Beschuldigten (pag. 490) ordnete die Verfahrensleitung mit Verfügung vom 21. Februar 2017 die Durchführung des schriftlichen Verfahrens an (pag. 492 f.).

Der Beschuldigte verzichtete mit Eingabe vom 22. Februar 2017 auf eine Ergänzung seiner Berufungserklärung/-begründung vom 24. Januar 2017 (pag. 495).

Mit Verfügung vom 23. Februar 2017 wurde der Schriftenwechsel für abgeschlossen erklärt (pag. 497 f.).

3. **Beweisergänzungen**

Von Amtes wegen wurden in oberer Instanz ein aktueller Leumundsbericht vom 11. März 2017 (pag. 499 ff.) sowie ein aktueller Strafregisterauszug vom 13. März 2017 (pag. 505 f.) eingeholt.

4. **Anträge**

Der Beschuldigte lässt Folgendes beantragen (pag. 443):

- «1. Der Berufungsführer/Beschuldigte sei vollumfänglich freizusprechen.
2. Die Verfahrenskosten beider Instanzen seien vollumfänglich dem Kanton Bern aufzuerlegen.
3. Dem Berufungsführer/Beschuldigten sei eine angemessene Entschädigung für die Ausübung seiner Verfahrensrechte zu gewähren, in erster Instanz gemäss bereits in den Vorakten befindlicher Honorarnote und in zweiter Instanz gemäss am Ende des Verfahrens noch einzureichender Honorarnote»

Gemäss Honorarnote vom 19. Juli 2017 wird eine amtliche Entschädigung in der Höhe von CHF 1'872.70 sowie die Festsetzung des vollen Honorars zum Ansatz von CHF 250.00/Std. beantragt (pag. 508).

5. **Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer**

In der Berufungserklärung wird nicht explizit ausgeführt, ob der Beschuldigte das erstinstanzliche Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfechtet (vgl. Art. 399 Abs. 3 lit. a der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Aus seinen Anträgen lässt sich allerdings schliessen, dass die Teileinstellung des Verfahrens ohne Ausrichtung einer Entschädigung und ohne Ausscheidung von Verfahrenskosten (Ziff. I des Urteilsdispositivs) nicht angefochten wird. Es kann insoweit die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils festgestellt werden.

Unangefochten blieb (seitens von Rechtsanwältin B. _____ auf dem Beschwerdeweg) auch die Höhe der Entschädigung für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten im erstinstanzlichen Verfahren. Darauf ist im Berufungsverfahren von Amtes wegen nur zurückzukommen, falls die Vorinstanz das ihr bei der Honorar-

festsetzung zustehende Ermessen in unhaltbarer Weise ausgeübt haben sollte (Urteile des Bundesgerichts 6B_349/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 2.4.2, 6B_769/2016 vom 11. Januar 2017 E. 2.3). Mitangefochten ist hingegen die Verlegung dieser Kosten, konkret die Verpflichtung des Beschuldigten zur Rückzahlung der amtlichen Entschädigung sowie die Nachzahlungspflicht gegenüber seiner Verteidigerin.

In diesem und allen anderen Punkten hat die Kammer das erstinstanzliche Urteil umfassend, mit voller Kognition, zu überprüfen (Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO).

Da einzig der Beschuldigte ein Rechtsmittel eingelegt hat, darf sie das angefochtene Urteil dabei allerdings nicht zu Ungunsten des Beschuldigten abändern (Verschlechterungsverbot, Art. 391 Abs. 2 StPO). Ausgeschlossen sind namentlich eine strengere Bestrafung des Beschuldigten sowie ein Widerruf des dem Beschuldigten mit Urteil des Regionalgerichts Oberland PEN 13 295 und mit Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Oberland O 13 6907 gewährten bedingten Vollzugs für die ausgesprochenen Strafen von 22 Monaten Freiheitsstrafe bzw. 15 Tagessätzen Geldstrafe zu CHF 50.00.

II. Materielles

6. Vorwurf gemäss Strafbefehl

Gemäss dem als Anklageschrift geltenden Strafbefehl vom 18. Mai 2015 (pag. 17) wird dem Beschuldigten vorgeworfen, sich vom 19. Dezember 2012 bis am 12. August 2014 illegal in der Schweiz aufgehalten zu haben.

7. Ausgangslage / unbestrittener Sachverhalt

Der Beschuldigte ist irakischer Staatsangehöriger kurdischer Ethnie und stammt aus dem in der nordirakischen Provinz Suleymaniya (Teil der Autonomen Kurdischen Region) gelegenen Kalar.

Der Beschuldigte reiste am 1. Oktober 2009 in die Schweiz ein und ersuchte am 2. Oktober 2009 um Asyl (pag. 67 ff.). Mit Entscheid vom 16. September 2011 wies das Bundesamt für Migration (BFM) das Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung des Beschuldigten an (pag. 152 ff.). Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 14. Dezember 2012 ab (pag. 224 ff.). Dem Beschuldigten wurde eine neue Ausreisefrist bis zum 16. Januar 2013 angesetzt. Dies unter Hinweis auf seine Verpflichtung, bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken, und darauf, dass er sich allfälligen Zwangsmassnahmen aussetze, sollte er den Anordnungen der kantonalen Behörden keine Folge leisten (pag. 242).

Ein Gesuch vom 30. Januar 2013 um Verlängerung der Ausreisefrist zum Zweck des Abschlusses eines Ehevorbereitungsverfahrens wurde vom BFM am 8. Februar 2013 mit der Begründung abgewiesen, dass eine Eheschliessung nicht unmittelbar bevorstehe (pag. 249 f.).

Der Beschuldigte stellte am 5. September 2013 und am 12. Februar 2016 Gesuche um Wiedererwägung des Wegweisungsentscheids bzw. um vorläufige Aufnahme. Beide wurden abgewiesen (pag. 285 ff., 339 ff.).

Trotz rechtskräftigem negativem Asylbescheid und angeordneter Wegweisung liess der Beschuldigte die Ausreisefrist unbenutzt verstreichen und hielt sich bis zu seiner Festnahme am 12. August 2014 ununterbrochen in der Schweiz auf.

Unbestrittenermassen unternahm der Beschuldigte von sich aus keine Anstrengungen, die Schweiz zu verlassen. Weder nahm er Rückkehrhilfe in Anspruch, noch sprach er bei der irakischen Botschaft vor, um sich Reisedokumente ausstellen zu lassen. Immerhin händigte er den Behörden seine Identitätskarte und seinen Nationalitätenausweis im Original aus (vgl. pag. 153, 269).

Von behördlicher Seite wurde der Beschuldigte am 11. Juni 2013 zur Reisepapierbeschaffung/Reisevorbereitung vorgeladen (pag. 264). Das Ausreisegespräch beim Migrationsdienst des Kantons Bern (MIDI) fand am 21. Juni 2013 statt. Der Beschuldigte machte dabei klar, nicht zur Rückkehr in den Irak bereit zu sein. Die verlangten Passfotos brachte der Beschuldigte aus Angst vor der Ausstellung eines Laissez-Passer nicht bei (pag. 270 f.). In der Folge ersuchte der MIDI am 27. Juni 2013 beim BFM um Vollzugsunterstützung nach Art. 71 des Ausländergesetzes (AuG; SR 142.20) (pag. 268 f.), d.h. es wurde die Papierbeschaffung eingeleitet. Bis am 4. Mai 2015 lag jedoch seitens der irakischen Behörden keine Zusage für die Ausstellung eines Reisedokuments vor. Eine zwangsweise Ausschaffung war aufgrund der fehlenden Papiere bis zu diesem Zeitpunkt nicht möglich gewesen (pag. 11 = 323). Ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen i.S. von Art. 73 bis 78 AuG waren gegen den Beschuldigten bis dahin nicht ergriffen worden. Hingegen war der Beschuldigte per 1. September 2013 von der Sozialhilfe ausgeschlossen worden (pag. 272).

Der Beschuldigte wurde während seines Aufenthalts in der Schweiz mehrfach straffällig. Neben diversen mit Strafbefehlen geahndeten Übertretungen gegen das Betäubungsmittel-, das Strassenverkehrs- und das Personenbeförderungsgesetz (pag. 173, 220, 266, 274, 283) wurde er mit Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 wegen bandenmässigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung und mehrfachen Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten verurteilt (pag. 292 ff.). Kurz zuvor war er zudem mit Strafbefehl vom 25. Oktober 2013 wegen Diebstahls schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen verurteilt worden (pag. 300).

8. Umstrittene Punkte

Zur Diskussion steht einerseits, ob dem Beschuldigten eine freiwillige Rückkehr in den Irak (objektiv) möglich und zumutbar ist bzw. war. In diesem Zusammenhang ist in tatsächlicher Hinsicht umstritten, ob sich der Beschuldigte die notwendigen Reisedokumente bei der irakischen Botschaft hätte beschaffen können und ob ihm im Falle seiner Rückkehr in den Irak aufgrund der dortigen allgemeinen Sicherheitslage und/oder durch Blutrache eine Gefahr für Leib und Leben droht(e).

Andererseits ist fraglich, ob die von der Schweiz übernommene Rückführungsrichtlinie der EU (Richtlinie 2008/115/EG) im vorliegenden Fall überhaupt eine Verurteilung bzw. Bestrafung des Beschuldigten wegen illegalen Aufenthalts erlaubt.

9. Erwägungen der Vorinstanz

9.1

Die Vorinstanz erwog, nachdem es sich beim Beschuldigten um einen Drittstaatsangehörigen handle, welcher sich nach dem negativen Asylbescheid illegal im Schengen-Staat Schweiz aufhalte, finde die EU-Rückführungsrichtlinie auf den vorliegenden Fall grundsätzlich Anwendung. Die Schweiz sei gemäss Richtlinie verpflichtet, die geeigneten Vorkehrungen für eine effektive Rückführung des Beschuldigten in die Wege zu leiten. Da bis anhin aber lediglich ein Ausreisegespräch mit dem Beschuldigten stattgefunden habe und die Papierbeschaffung eingeleitet worden sei, sei von behördlicher Seite nicht alles für eine Rückführung Zumutbare vorgekehrt worden. Eine allfällige Strafe stehe der Rückführung und damit der Richtlinie somit grundsätzlich entgegen.

Allerdings sei die Richtlinie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht auf Drittstaatsangehörige anwendbar, welche neben der Straftat des illegalen Aufenthalts noch weitere Straftaten ausserhalb des Ausländerstrafrechts begangen hätten. Dass diese Drittstaatsangehörigen aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind, werde vom Bundesgericht nicht vorausgesetzt. Nachdem der Beschuldigte wegen ausserhalb des Ausländerrechts verübten Straftaten verurteilt worden sei, finde die Richtlinie vorliegend ausnahmsweise keine Anwendung und stehe folglich einer allfälligen Verurteilung nicht entgegen.

9.2

Zum Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) führte die Vorinstanz aus, das Nichtverlassen des Landes nach Ablauf des gesetzlichen Anwesenheitsrechts sei bei objektiver Unmöglichkeit der Ausreise strafrechtlich nicht vorwerfbar, weil das strafrechtliche Schuldprinzip die Freiheit voraussetze, anders handeln zu können. Eine derartige objektive Unmöglichkeit der Ausreise habe aber vorliegend nicht bestanden. Der Beschuldigte habe die Schweiz jederzeit freiwillig verlassen können. So hätte ihm die irakische Vertretung bei persönlicher Vorsprache Reisedokumente ausgestellt und der Kanton Bern sei bereit gewesen, ihm Rückkehrhilfe zu gewähren.

Die Rückkehr in den Irak sei dem Beschuldigten auch objektiv zumutbar gewesen. In den vier Provinzen der Autonomen Kurdischen Region bestehe nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Situation allgemeiner Gewalt i.S.v. Art. 83 Abs. 4 AuG. Auch sei der Beschuldigte bei einer Rückkehr in den Irak nicht einer verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt. Es müsse zu seinen Gunsten lediglich davon ausgegangen werden, dass ihn eine Strafe wegen fahrlässiger Tötung seines Arbeitskollegen [bei einem Motorradunfall, vgl. dazu nachstehend E. II.11.4.3] erwarte.

Es bestünden erhebliche Zweifel, dass dem Beschuldigten tatsächlich Blutrache drohe. Aufgrund seiner Aussagen sei vielmehr davon auszugehen, dass er die

strafrechtlichen und finanziellen Folgen des Unfalls sowie die Schmach gegenüber seiner Familie fürchte. Dabei handle es sich jedoch nicht um Gründe, welche eine Rückkehr in persönlicher Hinsicht als unzumutbar erscheinen lassen würden.

Nachdem die Rückkehr weder in persönlicher noch in objektiver Hinsicht unmöglich sei, habe der Beschuldigte durch den Verbleib in der Schweiz nach Ablauf der Ausreisefrist den objektiven Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt.

Der Beschuldigte verfüge über gültige irakische Ausweispapiere, welche es ihm ermöglicht hätten, bei den Behörden seines Landes vorzusprechen, um die nötigen Reisedokumente zu erhalten. Er habe jedoch mehrfach darauf hingewiesen, die Schweiz nicht freiwillig verlassen zu wollen. Er sei folglich wissentlich und willentlich hier geblieben und habe demnach mit direktem Vorsatz gehandelt. Auch der subjektive Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts sei erfüllt.

Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe lägen keine vor.

9.3

Schliesslich kam die Vorinstanz zum Schluss, nachdem die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern das Verfahren wegen rechtswidrigen Aufenthalts, angeblich begangen in der Zeit vom 19. Dezember 2012 bis 11. September 2013, bereits mit Verfügung vom 23. Oktober 2013 nicht an die Hand genommen habe, sei das hiesige Verfahren wegen des Grundsatzes „ne bis in idem“ einzustellen.

In Bezug auf den restlichen angeklagten Zeitraum (12. September 2013 – 12. August 2014) sei der Beschuldigte hingegen des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig zu sprechen.

10. Vorbringen des Beschuldigten

10.1

Der Beschuldigte lässt in seiner Berufungserklärung/-begründung vorbringen, es sei bereits der objektive Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG nicht erfüllt.

Strafbarkeit sei gemäss Bundesgericht dann gegeben, wenn die Ausreise nicht an äusseren Umständen, sondern daran scheitere, dass die betroffene Person nicht ausreisen wolle, sich ihrer Mitwirkung entziehe und so die rechtmässige Rückkehr in ihr Heimatland vereitle. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Der Beschuldigte habe durch sein Verhalten die rechtmässige Rückkehr nicht vereitelt. Die dem Migrationsdossier zu entnehmenden Begebenheiten würden auch in ihrer Gesamtheit nicht auf eine Vereitelungstätigkeit seinerseits schliessen lassen. Es seien vielmehr die Migrationsbehörden, welche ausser den Ausreisegesprächen nichts Zweckdienliches unternommen hätten.

Zudem sei nicht erwiesen, dass der Beschuldigte die Schweiz tatsächlich freiwillig hätte verlassen können, wenn er aktiv an der Papierbeschaffung mitgewirkt hätte. So liege erstaunlicherweise auch heute noch kein Laissez-Passer vor. Dies obwohl es für das Staatssekretariat für Migration (SEM) nicht gerade schwierig hätte sein sollen, an ein solches zu gelangen, wenn es doch dem Beschuldigten selbst so einfach gewesen sein solle, bei der irakischen Botschaft vorzusprechen und einen Pass zu erhalten.

Dass die ganze Prozedur ins Stocken geraten sei, sei nicht auf das Verhalten des Beschuldigten, sondern auf den Umstand zurückzuführen, dass der Beschuldigte zur ethnischen Minderheit der Kurden im Irak gehöre. Gemäss der erstinstanzlich eingereichten Email des BFM vom 2. Juli 2013 habe sich nämlich die Praxis bei zentralen Befragungen von weggewiesenen irakischen Staatsangehörigen geändert. Die Botschaft biete diese Dienstleistung aktuell nur noch für irakische Staatsangehörige aus dem Zentral- und Südirak an. Gemäss der erwähnten Email sei das BFM damals daran gewesen, für Menschen aus dem KRG-Gebiet [Gebiet des Kurdistan Regional Government] wie den Beschuldigten, eine adäquate Lösung zu suchen. Es sei deshalb sehr fraglich, ob der Beschuldigte ein Reisedokument erhalten würde, wenn er sich bei der irakischen Botschaft präsentieren würde.

10.2

Weiter stellt sich die Verteidigung auf den Standpunkt, die EU-Rückführungsrichtlinie sei uneingeschränkt auf den vorliegenden Fall anwendbar.

Der Staat sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet, die Zwangsmassnahmen nach Art. 73 bis 78 AuG auszuschöpfen, sofern diese möglich, verhältnismässig und sinnvoll seien. Diesbezüglich lasse sich festhalten, dass – wenn die Migrationsbehörden schon der Meinung seien, der Berufungsführer könne nach Vorsprache auf der irakischen Botschaft an seine Reisepapiere kommen – eine zwangsweise Vorführung vor den Botschaftsmitarbeitern möglich gewesen wäre. Die Vorinstanz habe jedenfalls richtig festgestellt, dass seitens der Migrationsbehörden nicht alles Zumutbare getan worden sei, um eine Rückführung durchzuführen.

Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen greife aber der Ausschluss von Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie vorliegend nicht. Der Beschuldigte sei zwar unbestrittenmassen wegen ausserhalb des AuG angesiedelter Delikte vorbestraft. Diese Vorstrafen seien allerdings rechtskräftig abgeurteilt und hätten nichts mit dem aktuell hängigen Verfahren zu tun, in welchem es ausschliesslich um Delinquenz im Bereich des AuG gehe. Zudem widerspreche die bundesgerichtliche Praxis dem klaren Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie, welcher statuiere, dass ein Ausschluss nur betreffend Drittstaatsangehörige beschlossen werden könne, welche aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind oder gegen die ein Auslieferungsverfahren anhängig ist. Gegen den Beschuldigten sei aber kein Auslieferungsverfahren anhängig und er sei auch nicht wegen einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig geworden. Allein der Umstand, dass er vorbestraft sei, genüge nicht, um die Anwendbarkeit der Richtlinie auszuschliessen.

Der Berufungsführer könne folglich nicht zu einer Haftstrafe verurteilt werden und es habe schon deshalb ein Freispruch zu erfolgen.

10.3

Selbst wenn man aber anderer Auffassung sein, die EU-Rückführungsrichtlinie für in casu nicht anwendbar erklären und den objektiven und subjektiven Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG bejahen wollte, so müssten immer noch allfällige Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe geprüft werden.

Der Beschuldigte habe mehrfach Todesangst vor einer Rückkehr in sein Heimatland und damit sinngemäss einen Rechtfertigungsgrund geltend gemacht. Er sei nach dem besagten Unfall nicht nur aus Angst vor den Strafverfolgungsbehörden geflüchtet, sondern insbesondere aus Angst vor der Lynchjustiz der Familienangehörigen des getöteten Hilfsarbeiters. In seinem Herkunftsgebiet sei Blutrache ein Bestandteil des sozialen Wertesystems. Die geltend gemachte Todesangst sei real und werde durch zahlreiche Beweismittel oder zumindest Indizien untermauert, auf welche die Vorinstanz aber nicht weiter eingegangen sei.

Ein weiterer Rechtfertigungs- bzw. Schuldausschlussgrund liege darin begründet, dass die Situation im Irak keinesfalls als sicher bezeichnet werden könne. Die allgemeine Lage in seinem Heimatland sei Grund genug, um den Beschuldigten in Angst zu versetzen und zu rechtfertigen, weshalb er die Schweiz nicht verlassen könne und wolle. So rate das EDA heute wie damals ausdrücklich von Reisen in den Irak ab.

11. Erwägungen der Kammer

11.1 Anwendbarkeit der Richtlinie 2008/115/EG

11.1.1 Allgemeines

Hinsichtlich des Inhalts der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (nachfolgend: Rückführungsrichtlinie oder Richtlinie) sowie der diesbezüglichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesgerichts kann zunächst auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (E. III.2.1.1 und 2.1.2, pag. 408 ff.).

Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung jüngst in seinem Urteil 6B_274/2016 vom 5. Mai 2017 (zur Publikation vorgesehen) zusammengefasst und weiterentwickelt.

Demnach geht das Rückführungsverfahren gemäss Richtlinie einer Bestrafung von Drittstaatsangehörigen wegen illegalen Aufenthalts nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG grundsätzlich vor. Allerdings stellt das in Art. 115 Abs. 4 AuG normierte Opportunitätsprinzip in solchen Fällen – entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (vgl. ZÜND, in: Spescha et al., Migrationsrecht, 4. Aufl. 2014, N. 12 zu Art. 115 AuG) – kein eigentliches Strafverfolgungshindernis dar (E. 1.8.2.). Im Gegenteil steht die Richtlinie einem Schuldspruch als solchem nicht entgegen (E. 1.9., 2. und 4.). Ausgeschlossen ist lediglich die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe. Und dies auch nur dann, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren noch nicht alle für eine Abschiebung erforderlichen Massnahmen («mesures nécessaires pour procéder à l'éloignement») unternommen wurden (E. 1.9). Die Verurteilung eines sich illegal in der Schweiz aufhaltenden Drittstaatsangehörigen zu einer Geldstrafe ist hingegen auch unter der Richtlinie zulässig, weil eine solche die Rückführung nicht behindert (E. 1.9.).

Nicht abschliessend geklärt ist jedoch, welche Massnahmen zur Durchführung eines Wegweisungsentscheids ergriffen worden sein müssen, damit das Rückkehr-

verfahren als zu Ende geführt bzw. gescheitert oder aussichtslos gelten kann. Nach Ergehen des Urteils des Gerichtshofs C_329/11 vom 6. Dezember 2011 i.S. Achughabian wurde in der Lehre die Auffassung vertreten, es sei den Mitgliedsstaaten nicht erlaubt, den illegalen Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen mit einer strafrechtlichen Inhaftierung zu ahnden, wenn gegen die betroffene Person noch keine Zwangsmassnahmen im Sinne von Art. 8 [Abs. 4] der Richtlinie verhängt worden seien und ihre Haft im Fall einer Inhaftnahme zur Vorbereitung und Durchführung der Ausschaffung [Art. 15 Richtlinie] die höchstzulässige Dauer noch nicht erreicht habe (SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Zur Auslegung der Begriffen "Massnahmen" und "Zwangsmassnahmen" in Art. 8 Abs. 1 und 4 der EU-Rückführungsrichtlinie, Asyl 2/12 S. 36 f., 37; CATHERINE HAGUENAU-MOIZARD, La pénalisation du séjour irrégulier en droit européen, en droit français et en droit suisse, in: Breitenmoser et al. [Hrsg.], Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Fragen, 2015, S. 169 ff., 174). Das Bundesgericht hat hingegen in der Vergangenheit u.a. entschieden, es genüge, wenn die kantonalen Migrationsbehörden der zuständigen Bundesbehörde die notwendigen Anträge zur Papierbeschaffung zustellten, die Ausschaffung jedoch blockiert sei, weil der Drittstaatsangehörige nicht freiwillig zurückkehre und die Botschaft deswegen keine Reisepapiere ausstelle. Entgegen der dortigen Vorinstanz, welche offenbar verlangt hatte, dass die Betroffene zunächst in Ausschaffungshaft zu versetzen sei, kam das Bundesgericht in jenem Fall zum Schluss, die Migrationsbehörden hätten alle zur Ausschaffung notwendigen Schritte unternommen (Urteil 6B_617/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5). In der Lehre wurde aus diesem Urteil geschlossen, Durchsetzungshaft müsse nicht angeordnet werden (ZÜND, a.a.O., N. 12 zu Art. 115 AuG). In einem anderen Entscheid liess das Bundesgericht sogar genügen, dass das Migrationsamt mit dem Vollzug der Wegweisung beauftragt worden war und der Drittstaatsangehörige wusste, dass er bei Nichtbefolgung der behördlich Anweisungen mit Zwangsmassnahmen rechnen musste (Urteil 6B_139/2014 vom 5. August 2014 E. 3., wobei das kantonale Migrationsamt in jenem Fall allerdings nur deshalb keine Zwangsmassnahmen ergriffen hatte, weil der Drittstaatsangehörige den Anschein erweckt hatte, er treffe die für seine Ausreise erforderlichen Vorbereitungen selbst). In zwei jüngeren Entscheiden hat das Bundesgericht den Migrationsbehörden demgegenüber vorgeworfen, keine Zwangsmassnahmen i.S.v. Art. 73 bis 78 AuG ergriffen zu haben (Urteile 6B_1172/2014 vom 23. November 2015 E. 1.3 und 6B_106/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 1.5). Im ersten der beiden zitierten Entscheide hielt es fest, es sei zwar die Papierbeschaffung eingeleitet und die Drittstaatsangehörige zwei Botschaften vorgeführt worden (wobei die Identität der Drittstaatsangehörigen weder von der einen noch von der anderen Botschaft bestätigt worden war). Hingegen seien keine Zwangsmassnahmen ergriffen, sondern der Betroffenen die Möglichkeit gelassen worden, das Land selbst zu verlassen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, unter diesen Umständen könne nicht davon gesprochen werden, dass das Rückführungsverfahren erfolglos zu Ende geführt worden sei. Im zweiten zitierten Entscheid verlangte das Bundesgericht, dass die ausländische Person sich Administrativmassnahmen entzogen oder die Behörden getäuscht haben müsse. Dass sie im Strafverfahren angegeben habe, nicht in ihr Heimatland zurückkehren zu wollen, genüge nicht, um das Rückführungsverfahren bei Nichtergreifung von

Zwangsmassnahmen als gescheitert zu erachten. In seinem jüngsten, zur Publikation vorgesehenen Entscheid liess das Bundesgericht nun explizit offen, welche im AuG vorgesehenen Schritte unter die in Art. 8 der Richtlinie genannten erforderlichen Massnahmen («mesures nécessaires») fallen (Urteil 6B_274/2016 vom 5. Mai 2017 E. 3.1 in fine).

Dagegen hielt das Bundesgericht im ebenfalls zur Publikation vorgesehen Urteil 6B_366/2016 vom 15. Mai 2017 ausdrücklich an seiner Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie fest. Es bestätigte nach erneuter Auseinandersetzung mit dem Urteil Achughbabian, seiner eigenen Rechtsprechung sowie der in der Lehre geäusserten Kritik, dass die Rückführungsrichtlinie nicht zur Anwendung gelangt, wenn ein Drittstaatsangehöriger neben dem illegalen Aufenthalt weitere Delikte begangen hat (E. 2.; jüngst erneut bestätigt im Urteil 6B_931/2016 vom 6. Juni 2017).

11.1.2 Grundsätzliche Anwendbarkeit der Richtlinie in casu

Der Beschuldigte unternahm von sich aus keine Anstrengungen, freiwillig aus der Schweiz auszureisen, obwohl er mit Ansetzung der Ausreisefrist – wie bereits im negativen Asylbescheid vom 16. September 2011 (pag. 157) – auf seine Mitwirkungspflichten und die Möglichkeit der Ergreifung von Zwangsmassnahmen im Falle fehlender Mitwirkung hingewiesen wurde. Im Gegenteil machte der Beschuldigte beim Ausreisegespräch klar, nicht zur freiwilligen Rückkehr in den Irak bereit zu sein. Daraufhin wurde vom kantonalen Migrationsdienst bei den Bundesbehörden die Papierbeschaffung eingeleitet, wobei der Beschuldigte bzw. die Behörden bereits über eine Identitätskarte sowie eine Nationalitätenbescheinigung (beides im Original) verfügten. Der Beschuldigte wurde indessen behördlicherseits nie der irakischen Botschaft vorgeführt und auch ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen i.S. Art. 73 ff. AuG wurden nicht ergriffen. Eine Zusage für die Ausstellung eines Reisedokuments seitens der irakischen Behörden lag knapp 2 Jahre nach Einleitung der Papierbeschaffung nicht vor und es ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte auch heute noch nicht über gültige Reisedokumente verfügt.

Es ist zu prüfen, ob im konkreten Fall alle i.S.v. Art. 8 der Richtlinie erforderlichen Massnahmen zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung ergriffen worden sind. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Migrationsbehörden mit der Einleitung der Papierbeschaffung alle zumutbaren Massnahmen getroffen haben, um das Rückkehrverfahren zu Ende zu führen, bzw. ob dieses aufgrund der Nichtmitwirkung des Beschuldigten in diesem Stadium bereits als gescheitert gelten konnte.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte im Rahmen seines Asyl- und Wegweisungsentscheids vom 14. Dezember 2012 auch die Zulässigkeit, die Zumutbarkeit und die Möglichkeit des Vollzugs der Wegweisung zu prüfen. Es kam zum Schluss, der Vollzug der Wegweisung sei vorliegend möglich, da keine Vollzugshindernisse i.S.v. Art. 83 Abs. 2 AuG bestünden und es dem Beschwerdeführer obliege, bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken (E. 6.4, pag. 238). Das Bundesverwaltungsgericht verneinte mithin eine sog. technische Unmöglichkeit aufgrund äusserer, ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der zur Mitwirkung verpflichteten weggewiesenen Person und der Behörden liegender Umstände (vgl. ZÜND, a.a.O. N. 6 zu Art. 83 AuG).

Damit übereinstimmend hielt der MIDI in seinem Schreiben vom 4. Mai 2015 fest, die irakische Vertretung würde dem Beschuldigten bei einer persönlichen Vorsprache ein Reisedokument ausstellen und der Kanton Bern sei bereit, ihm Rückkehrhilfe zu gewähren. Eine selbständige Ausreise sei folglich für den Beschuldigten jederzeit möglich (pag. 11).

Und auch das SEM kam in seinem abweisenden Wiedererwägungsentscheid vom 28. Februar 2016 zum Schluss, es liege keine technische Unmöglichkeit des Vollzugs vor (pag. 340).

Wenngleich Wegweisungshindernisse im Asylverfahren vom Gesuchsteller zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen sind, kann davon ausgegangen werden, dass die Migrationsbehörden berücksichtigt hätten, wenn irakische Staatsangehörige aus dem Gebiet des Kurdistan Regional Government (KRG; dieses umfasst auch die Provinz Suleymaniya, aus welcher der Beschuldigte stammt) bei freiwilliger Rückkehr regelmässig keine Reisepapiere erhielten.

Auf eine objektive Unmöglichkeit der freiwilligen Ausreise lässt sich auch nicht aus der von der Verteidigung an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zu den Akten gereichten Email vom 2. Juli 2013 schliessen. In dieser Email teilt das BFM dem MIDI mit, die irakische Botschaft in Bern sehe sich nicht mehr in der Lage, die zentralen Befragungen für die überwiegend kurdischen weggewiesenen Gesuchsteller durchzuführen. Ausgenommen seien Botschaftszuführungen von weggewiesenen irakischen Staatsangehörigen aus dem Zentral- und Südirak. Das BFM sei bemüht, eine adäquate Lösung zur Identitätsabklärung für aus dem KRG-Gebiet stammende Personen zu finden. Die Praxisänderung der irakischen Botschaft betraf demnach lediglich die Durchführung von zentralen Befragungen und Botschaftszuführungen von Personen aus dem KRG-Gebiet, mithin die Identitätsabklärung von Personen, welche nicht freiwillig in ihr Heimatland zurückkehren wollen. Wie in der Email klar festgehalten wird, blieb hingegen die Praxis zur Beschaffung von Reisepapieren bei freiwilligen Rückkehrern unverändert: Personen aus dem KRG-Gebiet benötigten weiterhin einen Bestätigungsstempel der irakischen Botschaft, woraufhin ein EJPD-Laissez-Passer ausgestellt werden konnte.

Soweit der Beschuldigte deshalb bestreitet, die reale Möglichkeit gehabt zu haben, sich bei der irakischen Botschaft Reisepapiere ausstellen zu lassen, kann ihm nicht gefolgt werden. Es ist vielmehr erstellt, dass dem Beschuldigten eine freiwillige Rückkehr in sein Heimatland möglich gewesen wäre (vgl. auch nachstehend E. II.11.2.1 zur objektiven Möglichkeit der Rückkehr). Entsprechend hat das SEM bisher die Vollzugsunterstützung auch nicht eingestellt (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen [VWWAL; SR 142.281]).

Dass trotz eingeleiteter Papierbeschaffung bis heute keine Reisedokumente vorliegen, ist dadurch zu erklären, dass der Beschuldigte seinen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt. Der Beschuldigte verfügt zwar über eine Identitätskarte und eine Nationalitätenbescheinigung. Auch bei Vorliegen von Originaldokumenten muss aber regelmässig überprüft werden, ob die Identitätsdokumente tatsächlich der Person zugehörig sind oder nicht (vgl. Handbuch Asyl und Rückkehr des SEM, Ar-

tikel G1, Die Identifizierung und Papierbeschaffung, Kapitel 2.1.). Bei Personen aus dem KRG-Gebiet ist gemäss der erwähnten Email vom 2. Juli 2013 offenbar ein entsprechender Stempel der irakischen Botschaft notwendig.

Eine Botschaftszuführung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 VVWAL war aber im Fall des Beschuldigten nicht aussichtsreich. Nachdem er bereits beim Ausreisegespräch klar zum Ausdruck gebracht hatte, nicht in den Irak zurückkehren zu wollen, und beispielsweise auch die verlangten Passbilder nicht beigebracht hatte, ist äusserst fraglich, ob der Beschuldigte bei einer solchen zwangsweisen Identitätsabklärung mitgewirkt hätte. Zudem war die irakische Botschaft ja gemäss der Email vom 2. Juli 2013 nicht mehr bereit, sich Personen aus dem KRG-Gebiet zuführen zu lassen. Es lässt sich deshalb den Migrationsbehörden entgegen den Vorbringen des Beschuldigten nicht vorwerfen, keine Botschaftszuführung unternommen zu haben.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob gegen den Beschuldigten Zwangsmassnahmen, namentlich Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG), hätten angeordnet werden müssen, welche ihn möglicherweise zur Mitwirkung gebracht hätte.

Das Bundesgericht hat zwar in der Vergangenheit bereits die Nichtmitwirkung bei der Papierbeschaffung genügen lassen, um von einem zu Ende geführten bzw. gescheiterten Rückkehrverfahren auszugehen (vgl. vorstehend E. II.11.1.1). In Übereinstimmung mit der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unter Berücksichtigung des Wortlauts von Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie, welcher explizit auch Zwangsmassnahmen bis hin zur Inhaftierung erlaubt, ist allerdings zu verlangen, dass zunächst Zwangsmassnahmen i.S.v. Art. 73 ff. ergriffen werden, wo diese zulässig und nicht aussichtslos sind. Das Verbot der Bestrafung des blossen illegalen Aufenthalts mit Freiheitsstrafe vor Durchführung des Rückkehrverfahrens gemäss Richtlinie soll ja gerade auch sicherstellen, dass die Voraussetzungen und Beschränkungen der Inhaftnahme zur Vorbereitung und Durchführung der Abschiebung gemäss Art. 15 f. der Richtlinie eingehalten werden (vgl. Urteil Achughabian, Rz. 36 und 51). Anders als in den erwähnten früheren bundesgerichtlichen Entscheiden hat sich der Beschuldigte vorliegend den Behörden nicht entzogen und sind Zwangsmassnahmen auch nicht bloss deshalb nicht angeordnet worden, weil er den Anschein erweckt hätte, selbst um die Ausreise besorgt zu sein.

Jedenfalls die Anordnung von Durchsetzungshaft wäre im vorliegenden Fall prima vista zulässig und nicht aussichtslos gewesen. Die Kammer kommt deshalb mit der Vorinstanz zum Schluss, dass die Behörden nicht alles für die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung Zumutbare unternommen haben.

Damit ist die EU-Rückführungsrichtlinie grundsätzlich auf den vorliegenden Fall anwendbar.

11.1.3 (Kein) Ausnahmsweiser Ausschluss gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie

Gemäss der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. vorstehend E. II.11.1.1) steht die Rückführungsrichtlinie einer Freiheitsstrafe dann nicht entgegen, wenn ein Drittstaatsangehöriger neben dem illegalen Aufenthalt weitere Delikte begangen hat. Gestützt auf Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie versagt das Bundesgericht derselben in solchen Fällen die Anwendung.

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, es liege hier ein derartiger Ausnahmefall vor, nachdem der Beschuldigte mit Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 und mit Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Oberland vom 25. Oktober 2013 wegen ausserhalb des Ausländerrechts verübten Straftaten verurteilt worden sei. Die Richtlinie finde demnach keine Anwendung und stehe einer allfälligen Verurteilung des Beschuldigten wegen illegalen Aufenthalts nicht entgegen.

Soweit der Beschuldigte diesbezüglich einwendet, die bundesgerichtliche Rechtsprechung widerspreche dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie, ist ihm das jüngst ergangene, zur Publikation vorgesehene Urteil 6B_366/2016 vom 15. Mai 2017 entgegenzuhalten. Es trifft zwar zu, dass gegen den Beschuldigten kein Auslieferungsverfahren anhängig ist und seine früheren strafrechtlichen Verurteilungen keine Rückkehrpflichten nach sich ziehen, wie dies der Wortlaut der Richtlinie prima vista voraussetzt. Der Gerichtshof hat jedoch in seinem Urteil Achughabian i.S. eines obiter dictums erwogen, Drittstaatsangehörige, die neben der Straftat des illegalen Aufenthalts eine oder mehrere weitere Straftaten begangen hätten, könnten gegebenenfalls nach Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie von deren Anwendungsbereich ausgenommen werden (Urteil C_329/11 vom 6. Dezember 2011 Rz. 41). Unter welchen „Gegebenheiten“ dies möglich ist, wurde vom EuGH nicht weiter ausgeführt. Der Gerichtshof forderte jedenfalls nicht explizit, dass eine Rückkehrverpflichtung aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion bestehen müsse. Im Übrigen sind die schweizerischen Gerichte bei der Auslegung der Richtlinie nicht an die EuGH-Rechtsprechung gebunden (vgl. etwa Urteil 6B_196/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.1.2 f.). Das Bundesgericht hat sich mit der in der Lehre an seiner Rechtsprechung geäusserten Kritik auseinandergesetzt und an seiner Auslegung festgehalten. Darauf ist zu verweisen.

Kommt hinzu, dass strafrechtliche Verurteilungen bereits vor Wiedereinführung der Landesverweisung regelmässig ausländerrechtliche Entfernungs- und Fernhalte-massnahmen nach sich ziehen, welche sich im vorliegenden Fall aber nicht aufdrängen, da der Beschuldigte ja bereits rechtskräftig weggewiesen worden war.

Es ist deshalb daran festzuhalten, dass eine Bestrafung des illegalen Aufenthalts mit Freiheitsstrafe auch unter der Rückführungsrichtlinie möglich ist, sofern der Drittstaatsangehörige daneben weitere Delikte begangen hat.

Der Beschuldigte bringt allerdings zu Recht vor, dass er im vorliegenden Strafverfahren einzig des illegalen Aufenthalts angeklagt ist, während seine anderen Straftaten in anderen Verfahren bereits rechtskräftig beurteilt wurden.

Soweit ersichtlich, hat das Bundesgericht bislang nicht entschieden bzw. sich jedenfalls nicht eingehender damit auseinandergesetzt, ob seine Rechtsprechung zum Ausschluss der Anwendung der Richtlinie auch gilt, wenn die neben dem illegalen Aufenthalt begangenen weiteren Delikte bereits in einem anderen Verfahren beurteilt wurden.

Die Frage stellt sich in besonderem Masse in Fällen (potentieller) retrospektiver Konkurrenz bzw. teilweiser retrospektiver Konkurrenz. Wenn der Drittstaatsangehörige also wie vorliegend wegen anderer Delikte in einem früheren Verfahren bereits

rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, der im neuen Verfahren zu beurteilende illegale Aufenthalt (oder ein Teil davon) allerdings bereits vor dem Ersturteil begangen wurde und hierfür ebenso eine Freiheitsstrafe (als [teilweise] Zusatzstrafe) ausgesprochen werden soll.

Es erschiene stossend, wenn ein Drittstaatsangehöriger, dessen illegaler Aufenthalt – aus welchen Gründen auch immer – im früheren Verfahren wegen anderer Delikte nicht mitangeklagt war, aufgrund der Rückführungsrichtlinie nicht mit (Zusatz-)Freiheitsstrafe bestraft werden könnte, während dieselbe Richtlinie der Bestrafung eines Drittstaatsangehörigen, dessen illegaler Aufenthalt in ein- und demselben Verfahren mit den anderen Delikten zu beurteilen ist, mit einer Gesamtfreiheitsstrafe nicht entgegensteht. Jedenfalls in Fällen "vollständiger" retrospektiver Konkurrenz muss deshalb die Anwendung der Richtlinie ebenfalls ausgeschlossen sein. Wenn also der illegale Aufenthalt vor dem Ersturteil begann und dieses nicht überdauerte, muss eine Bestrafung mit Zusatzfreiheitsstrafe möglich sein.

Konsequenterweise muss dies in Fällen *teilweiser* retrospektiver Konkurrenz auch für die *vor dem/bis zum* Ersturteil bestehende Dauer des illegalen Aufenthalts gelten.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob die Anwendung der Richtlinie bei teilweiser retrospektiver Konkurrenz auch in Bezug auf den *nach/ab* dem Zeitpunkt des Ersturteils begangenen illegalen Aufenthalt ausgeschlossen sein soll.

Beim illegalen Aufenthalt handelt es sich um ein Dauerdelikt. Eine Verurteilung bewirkt eine Zäsur. Die Aufrechterhaltung des illegalen Aufenthalts stellt eine selbständige Tat dar (BGE 135 IV 6 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_1226/2013 vom 31. März 2014 E. 1.1). Dies spricht eher gegen eine Gleichbehandlung des vor und des nach dem Ersturteil begangenen illegalen Aufenthalts, also für die Anwendbarkeit der Richtlinie und damit für ein Verbot einer Freiheitsstrafe.

Nach der bisherigen Rechtsprechung war Art. 49 Abs. 1 StGB in Fällen teilweiser retrospektiver Konkurrenz allerdings auch auf die nach dem Ersturteil begangenen Straftaten anwendbar. Gerade bei Aufrechterhaltung des illegalen Aufenthalts nach einer Verurteilung wegen desselben Dauerdelikts ist zudem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – trotz der durch die Verurteilung bewirkten Zäsur (vgl. vorstehend) – sicherzustellen, dass die neue Strafe zusammen mit der bereits ausgesprochenen dem gesamten Verschulden entspricht, sofern kein neuerlicher Tatentschluss gefasst wurde (BGE 135 IV 6 E. 4.2; Urteile des Bundesgerichts 6B_1226/2013 vom 31. März 2014 E. 1.1 in fine, 6B_274/2016 sowie 6B_366/2016 vom 15. Mai 2017 E. 4, beide zur Publikation vorgesehen). Dies spricht eher für eine Gleichbehandlung des vor und des nach dem früheren Urteil begangenen illegalen Aufenthalts, mithin für einen Ausschluss von der Anwendung der Richtlinie und damit für die Zulässigkeit einer Freiheitsstrafe.

Andererseits hat das Bundesgericht in seinem Leitentscheid BGE 142 IV 265 neuerdings offen gelassen, ob Art. 49 Abs. 1 StGB auch auf Delikte Anwendung findet, die der Täter begeht, nachdem er wegen anderer Straftaten verurteilt worden ist. Es hielt fest, von Wortlaut und Sinn der Norm her sei es ebenso gut denkbar, die

neuen, erst nach dem rechtskräftigen Ersturteil begangenen Taten mit einer selbstständigen Strafe zu ahnden (E. 2.4.7).

Allerdings entstünde so die stossende Situation, dass es in Bezug auf die Möglichkeit der Bestrafung des ein früheres Urteil überdauernden illegalen Aufenthalts (mit einer Freiheitsstrafe) auf den – von potentiell vielerlei Umständen abhängigen – Zeitpunkt des Ersturteils ankäme. Es hinge mit anderen Worten u.a. von der Prozessführung des Beschuldigten und der Geschäftslast des Gerichts im früheren Verfahren ab, inwieweit ein andauernder illegaler Aufenthalt in einem späteren Verfahren noch mit Freiheitsstrafe bestraft werden könnte.

Jedenfalls bei Vorliegen eines einzigen, die frühere Verurteilung überdauernden illegalen Aufenthalts muss deshalb auch der seit der früheren Verurteilung begangene Teil von der Anwendung der Richtlinie ausgeschlossen und mit Freiheitsstrafe sanktionierbar sein.

Ob dies auch in Fällen von mehreren separaten, vor und nach dem früheren Urteil begangenen illegalen Aufenthalten oder gar bei ausschliesslich nach dem früheren Urteil begangenen illegalen Aufenthalt – also in Fällen ohne retrospektive Konkurrenz – gelten muss, kann vorliegend offen gelassen werden.

11.1.4 Fazit

Die EU-Rückführungsrichtlinie ist grundsätzlich auf den vorliegenden Fall anwendbar.

Nachdem die Behörden nicht alles für die Vollstreckung der Wegweisung Zumutbare unternommen, namentlich keine Zwangsmassnahmen gemäss Art. 73 ff. AuG ergriffen haben, wäre die Sanktionierung des angeklagten illegalen Aufenthalts mit einer Freiheitsstrafe gemäss der Richtlinie eigentlich ausgeschlossen.

Da der Beschuldigte aber mit Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 weiterer Delikte schuldig gesprochen und zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt wurde, greift der Ausschluss gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie. Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe (teilweise als Zusatzstrafe) ist vorliegend ausnahmsweise sowohl für den bis zum Zeitpunkt des früheren Urteils wie auch für den ab diesem Zeitpunkt begangenen illegalen Aufenthalt zulässig.

11.2 Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG

11.2.1 (Keine) Objektive Unmöglichkeit Ausreise

Es wurde bereits dargelegt, dass der Beschuldigte im angeklagten und noch zu beurteilenden Zeitraum vom 12. September 2013 bis zum 12. August 2014 die Möglichkeit gehabt hätte, freiwillig in sein Heimatland zurückzukehren (vorstehend E. II.11.1.2).

Eine die Strafbarkeit ausschliessende objektive Unmöglichkeit der Ausreise (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_274/2016 vom 15. Mai 2017 E. 1.6.1; ZÜND, a.a.O., N. 7 zu Art. 115 AuG) lag damit nicht vor. Der Beschuldigte verfügte vielmehr über die Freiheit, anders zu handeln. Es stand ihm offen, seinen Mitwirkungspflichten nachzukommen und freiwillig bei der irakischen Botschaft Reisedokumente zu beantragen.

11.2.2 Objektiver Tatbestand

Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte die ihm gesetzte Frist zur Ausreise bis zum 16. Januar 2013 unbenutzt verstreichen liess und sich seither ohne Aufenthaltstitel ununterbrochen in der Schweiz aufhielt, also auch während des angeklagten und noch zu beurteilenden Zeitraums vom 12. September 2013 bis zum 12. August 2014.

Damit ist der objektive Tatbestand des illegalen Aufenthalts gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt.

11.3 Subjektiver Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG

Der Beschuldigte liess die Ausreisefrist bewusst und gewollt verstreichen und hielt sich danach im Wissen um seinen fehlenden Aufenthaltstitel willentlich weiterhin in der Schweiz auf. Er handelte mit direktem Vorsatz.

Somit ist auch der subjektive Tatbestand des illegalen Aufenthalts gegeben.

11.4 Rechtswidrigkeit und Schuld

11.4.1

Der Beschuldigte macht geltend, er habe nicht rechtswidrig oder jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt, nachdem er aufgrund der allgemeinen Lage im Irak und einer ihm drohenden Blutrache zu Recht Todesangst vor einer Rückkehr in sein Heimatland habe.

Der Beschuldigte benennt die von ihm angerufenen Rechtfertigungs- und Schuld-ausschlussgründe nicht näher. Zur Diskussion steht angesichts der geltend gemachten Bedrohung individueller Rechtsgüter des Beschuldigten ein rechtfertigender (Art. 17 StGB) oder entschuldbarer Notstand (Art. 18 StGB).

Das Gesetz fordert in beiden Fällen zunächst, dass sich der Täter einer «unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr» ausgesetzt sieht. Nur bei Vorliegen einer solchen Notstandslage ist es allenfalls nicht rechtswidrig oder entschuldbar, eine mit Strafe bedrohte Tat zu begehen.

Es gilt daher nachfolgend zu prüfen, ob der Beschuldigte im Zeitraum vom 12. September 2013 bis zum 12. August 2014 einer derartigen Gefahr ausgesetzt gewesen wäre, wenn er freiwillig in sein Heimatland zurückgekehrt wäre.

11.4.2

Was die damalige allgemeine Situation im Irak anbelangt, hielt das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 14. Dezember 2012 fest, die allgemeine Menschenrechtssituation im Nordirak lasse den Wegweisungsvollzug nicht als unzulässig i.S.v. Art. 83 Abs. 3 AuG erscheinen (E. 6.2, pag. 237, mit Verweis auf BVGE 2008/4 E. 6.2-6.6). Das Bundesverwaltungsgericht erwog weiter, es liege keine Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs i.S.v. Art. 83 Abs. 4 AuG vor, und verneinte damit implizit eine konkrete Gefährdung des Beschuldigten aufgrund von Krieg, Bürgerkrieg oder einer Situation allgemeiner Gewalt in seinem Heimatland (E. 6.3, pag. 238).

Zur selben Einschätzung in Bezug auf die allgemeine Situation im (Nord-)Irak gelangte das Bundesverwaltungsgericht etwa in seinen Entscheiden E-2328/2014 vom 12. Juni 2014 E. 7.2 und 7.3, E-403/2015 vom 27. Januar 2015 E. 4.1 und E-3737/2015 vom 14. Dezember 2015 E. 7.3.2 und 7.4.

Gestützt auf diese Rechtsprechung kam das SEM in seinem negativen Wiedererwägungsentscheid auch noch am 26. Februar 2016 zum Schluss, in den Provinzen der Autonomen Kurdischen Region sei nicht von einer Situation allgemeiner Gewalt auszugehen und es lägen keine konkreten Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass sich dies in absehbarer Zeit massgeblich verändern werde. Immerhin sei angesichts der Belastung der behördlichen Infrastrukturen durch innerhalb des Iraks vertriebene Personen der Prüfung des Vorliegens begünstigender individueller Faktoren, insbesondere denjenigen eines tragfähigen familiären Beziehungsnetzes, besonderes Gewicht beizumessen. Ein solches sei indessen beim Beschuldigten gegeben und es könne davon ausgegangen werden, dass er in der Lage sein werde, seinen Lebensunterhalt selbständig zu bestreiten. Das SEM erachtete deshalb den Wegweisungsvollzug auch noch Anfang 2016 als dem Beschuldigten nicht unzumutbar i.S.v. Art. 83 Abs. 4 AuG (pag. 340 f.).

Die Kammer hat keinen Anlass von dieser Einschätzung der Migrationsbehörden und des Bundesverwaltungsgerichts zur allgemeinen Situation im KRG-Gebiet abzuweichen. Weder die allgemeine Menschenrechtssituation noch die Sicherheitslage liessen den Vollzug der Wegweisung des Beschuldigten in den Jahren 2013/2014 unzulässig bzw. unzumutbar erscheinen. Aus den an Schweizer Reisende gerichteten Empfehlungen des EDA kann der Beschuldigte nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Im Zusammenhang mit der allgemeinen Situation im Irak drohte dem Beschuldigten im zu beurteilenden Zeitraum keine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr.

11.4.3

Der Beschuldigte gab im Asylverfahren bei seiner Befragung durch das BFM vom 16. Oktober 2009 an, er habe im Industriequartier von Kalar bei einem gewissen C._____ gearbeitet. Dieser habe im Juli 2009 entschieden, einen Hilfsarbeiter namens D._____ anzustellen. An einem Donnerstag Ende Juni 2009 hätten sie nicht viel zu tun gehabt und deshalb um ca. 10 Uhr morgens zu arbeiten aufgehört. Der Hilfsarbeiter habe ihn gebeten, ihn mit dem Motorrad nach Hause zu fahren. Da sei es zu einem Unfall gekommen. Als er eine Kollision mit einem Lastwagen habe vermeiden wollen, seien sie mit dem Motorrad ausgerutscht und zu Fall gekommen. Der Hilfsarbeiter sei dabei unter die Räder des Lastwagens geraten. Er (der Beschuldigte) und der im Sterben liegende Hilfsarbeiter seien in der Folge von Passanten ins Spital gebracht worden. Einer der Passanten habe den Hilfsarbeiter gekannt und dessen Familienangehörigen informiert. Als er (der Beschuldigte) die 15 aufgebrachten Angehörigen des Hilfsarbeiters habe beim Spital ankommen sehen, habe er grosse Angst gekriegt und sei nach Hause geflüchtet. Dort habe er Geld und seine Identitätskarte behändigt, sich anschliessend nach Suleymaniya [Hauptstadt der gleichnamigen Provinz] in ein Hotel begeben und von dort aus seinen Vater angerufen, um diesen über das Vorgefallene zu informieren. Sein Vater

und sein Bruder seien sofort zum Spital gefahren und hätten dort erfahren, dass der Hilfsarbeiter verstorben sei. Sie seien daraufhin von der Polizei festgenommen und in sich im Spital befindlichen polizeilichen Räumlichkeiten zu seinem Verbleib befragt worden. Noch am selben Abend hätten sich sein Vater und sein Onkel mit weiteren Angehörigen zum Haus des Opfers begeben, hätten dessen Familie um Entschuldigung gebeten und dieser eine finanzielle Entschädigung angeboten. Der Vater und zwei Brüder des Opfers hätten jedoch weder die Entschuldigung akzeptiert, noch seien sie zu Verhandlungen bereit gewesen. Vielmehr hätten sie geäußert, sie würden erst zufrieden sein, wenn er (der Beschuldigte) seine Schuld mit seinem Leben bezahlt habe. Als sein Vater den Angehörigen des Hilfsarbeiters am darauffolgenden Tag habe Lebensmittel übergeben wollen, um etwas zur Trauerfeier beizusteuern, seien diese noch wütender geworden, hätten gemeint, sie seien keine armen Leute, welche man auf diese Weise kaufen könne, und den Vater weggeschickt. Sie hätten wiederholt, dass er (der Beschuldigte) früher oder später mit seinem Leben bezahlen werde. Sein Vater habe ihm daraufhin geraten, das Land zu verlassen. Am Tag nach dem Unfall sei die Polizei bei ihm zu Hause erschienen und habe ihn mit einem Haftbefehl gesucht. Er fürchte um sein Leben (pag. 75 f. = pag. 92 f.).

Am 1. September 2011 wurde der Beschuldigte vom BFM offenbar vertieft zu seinen Asylgründen befragt. Das entsprechende Anhörungsprotokoll findet sich nicht in den beigezogenen Migrationsakten. Dem negativen Asylentscheid des BFM vom 16. September 2011 lässt sich jedoch entnehmen, dass der Beschuldigte den Unfallhergang nun anders geschildert habe als noch bei der Befragung vom 16. Oktober 2009. So habe er angegeben, mit dem Lastwagen zusammengestossen zu sein und dann mit dem Hilfsarbeiter am Boden gelegen zu haben. Weiter habe er neu mehrmals sinngemäss ausgesagt, der Hilfsarbeiter sei schon auf der Unfallstelle verstorben und im Spital habe dann ein Arzt den Tod desselben bestätigt. Der Beschuldigte habe bei der neuerlichen Anhörung sodann nicht mehr geschildert, dass sein Vater und sein Onkel von der Polizei auf die Wache geführt worden seien. Auch habe er unterschiedliche Gründe dafür angegeben, weshalb der Chef am Tag des Unfalls nicht im Betrieb anwesend gewesen sein solle. Diese Ungeheimheiten und Widersprüche habe der Beschuldigte nicht überzeugend zu erklären vermocht. Da er zudem den Unfall nur rudimentär und ohne persönliche Betroffenheit geschildert habe, seien die zentralen Vorbringen des Beschuldigten nicht glaubhaft gemacht (pag. 154 f.).

Das Bundesverwaltungsgericht kam in seinem Entscheid vom 14. Dezember 2012 zum selben Schluss. Der Beschuldigte sei trotz mehrfacher Aufforderung nicht in der Lage gewesen, den Unfallhergang genauer zu schildern. Tatsächlich bestünden diesbezüglich zudem Widersprüche, wenn auch nicht betreffend Zeitpunkt des Todes des Hilfsarbeiters. Aufgrund ihrer fraglichen Herkunft seien die vom Beschuldigten eingereichten Dokumente (Vorladung der Polizeistelle Kalar vom 23. Juli 2009, Todesschein vom 23. Juli 2009 sowie Vorladung bzw. Haftbefehl des Gerichts Kirkuk aus dem Jahr 2010, alles im Original [vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Buchstaben C., O. und Q, pag. 225, 228]) nicht beweistauglich und vermöchten nichts an der Unglaubhaftigkeit seiner Vorbringen zu ändern (E. 4.5 und 4.6, pag. 234 f.).

Anlässlich des Ausreisegesprächs vom 21. Juni 2013 gab der Beschuldigte an, er könne nicht nach Hause. Er könne nicht in den Irak zurück, weil er dort «wirklich Probleme» habe. Seine Angehörigen würden ihm nicht glauben, dass er in der Schweiz einen negativen Entscheid bekommen habe. Sie würden sagen, dass er faul sei und nicht arbeiten wolle (pag. 271).

Im vorliegenden Strafverfahren gab der Beschuldigte im Rahmen der polizeilichen Einvernahme vom 12. August 2014 zu Protokoll, dass er die Schweiz nicht verlassen könne. Er wisse nicht wohin und er habe «immer noch Probleme» im Irak (pag. 04 f.).

Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung sagte der Beschuldigte aus, er habe seine Heimat «wegen teilweise politische[r], teilweise gesellschaftliche[r] Probleme» verlassen. Er habe mit seinem Onkel als Metallbauer gearbeitet. Aufgrund der hohen Arbeitsbelastung im Sommer hätten sie einen Lehrling einstellen müssen. Ein Arbeitskollege habe dann diesen Lehrling mitgebracht und ihn normalerweise mit dem Auto nach Hause gefahren. An einem Donnerstag sei der Arbeitskollege jedoch nicht da gewesen und so habe er (der Beschuldigte) den Lehrling mit seinem Motorrad nach Hause gefahren. In einem Kreisverkehr sei es zu einer «Frontalkollision» mit einem Lastwagen gekommen, bei welcher der Lehrling «sofort getötet» worden sei. Er sei vom Lastwagen überfahren und auf der Stelle zerquetscht worden. Passanten hätten den Lehrling auf einen Toyota-Pick-Up geladen und ihn zum Spital gebracht. Er selbst habe auch Verletzungen erlitten. Als sie im Spital angekommen seien, hätten nur zwei Leute gewusst, dass er es gewesen sei, der den Unfall verursacht habe. Die Ärzte und Leute aus dem Spital hätten gewusst, dass der Lehrling verstorben sei. Da diesen vor Ort niemand gekannt habe, hätten sie ihn (den Beschuldigten) gefragt, woher dieser stamme und wer dessen Angehörigen seien. Er (der Beschuldigte) sei dann sofort nach Hause gegangen, habe seinen Ausweis mitgenommen und sei ein paar Tage nach Suleymaniya gegangen. Zwischenzeitlich sei der Unfall der Polizei gemeldet worden und diese sowie die Familie des Jungen hätten begonnen, ihn zu suchen. Das Gebiet Kalar, aus welchem der Lehrling gestammt habe, sei sehr konservativ und es würden dort noch traditionelle Familienregeln gelten. Dies bedeute, dass diejenigen Personen, welche dort lebten, Viehzüchter seien, welche sehr «dörflich» und konservativ und wenig zivilisiert seien. Ab und zu habe er von Suleymaniya aus Kontakt mit seiner Familie gehabt. Diese habe ihm gesagt, dass sich die Lage noch nicht beruhigt habe und die Familie des Opfers weiterhin nach ihm suche. Er habe Angst gehabt, in Suleymaniya zu bleiben, da es zu Nahe am Unfallort gewesen sei. Er hätte jederzeit von der Polizei angehalten werden können und habe nicht gewusst, ob er verhaftet und bei der Freilassung allenfalls von der Familie des Opfers verfolgt werden würde. Deshalb habe er weg gemusst und sei in die Türkei geflohen. Da die Leute aus der Region der Familie des Jungen grossen politischen Einfluss hätten und die Peschmerga-Kommandanten kennen würden, hätten sie von ihm eine Summe Geld verlangt, welche er nicht habe bezahlen können. Hierbei hätte es sich um eine aussergerichtliche Vereinbarung zwischen den Familien gehandelt, damit die Sache erledigt gewesen wäre. Aus diesen Gründen habe er in seiner Heimat keinerlei Perspektiven mehr gesehen, ausser verhaftet zu werden oder eine Geldsumme zu bezahlen. Daher sei er zunächst in die Türkei und von da nach Europa

geflohen. In der Zwischenzeit sei nun auch sein Vater verstorben und er habe niemanden mehr, der ihn zu Hause schützen würde. Der Vater hätte vielleicht durch seine Kontakte einen Vermittler einschalten können. Ausserdem habe er alles Ersparte seinen Anwälten abgeben bzw. sich verschulden müssen und so seiner Familie kein Geld schicken können. Seiner Familie sei es egal, ob er nach Hause zurückkehre oder nicht, da er diese nicht unterstützen könne. Seine Familie habe ihm immer Geld geschickt und er habe jedes Mal versprochen, dass die nächste Beschwerde durchdringen werde und er sie danach finanziell würde unterstützen können. Da dies jedoch nicht geklappt habe, würde seine Familie nun denken, dass er ein Lügner sei, und ihn deswegen hassen. Er habe sich mehrmals Gedanken gemacht zurückzukehren, mit «all diesen finanziellen Problemen» sei es ihm aber momentan praktisch unmöglich. Auf Vorhalt seiner Aussagen anlässlich des Ausreisegesprächs und Frage, weshalb er damals nicht erwähnt habe, Angst vor Konsequenzen wegen des Unfalls zu haben, meinte der Beschuldigte, er sei nicht danach gefragt worden. Auf Frage der Verteidigung, ob er mehr Angst vor einer Verhaftung «oder vor einer Tötung durch die Familie des Jungen» habe, antwortete der Beschuldigte, beides sei möglich, mehrheitlich habe er allerdings vor dieser Familie Angst (pag. 376 ff.).

Im Vorfeld der Verhandlung hatte der Beschuldigte dem Gericht ein irakisches Dokument in Kopie eingereicht. Gemäss Übersetzung handelt es sich dabei um einen «Haftbefehl» des Präsidiums des Berufungsgerichts der Region Kirkuk, Strafgericht von Garmian, vom 6. Mai 2015, wonach der Beschuldigte zu verhaften und dem Richter E. _____ vorzuführen sei, da er wegen einer bei der Polizeiwache Kalar deponierten Anzeige beschuldigt sei. Eine Bezeichnung der Art des Verbrechens und des gesetzlichen Artikels hierzu fehlen (pag. 369 f.). Gemäss dem Beschuldigten sei dieser Haftbefehl von der Polizei auf Ersuchen seines Bruders nochmals ausgestellt worden.

Würdigung:

Der Beschuldigte gab sowohl im Asylverfahren wie auch an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung an, er sei aufgrund seiner Beteiligung an dem Motorradunfall mit Todesfolge für den Hilfsarbeiter aus seiner Heimatstadt und schliesslich aus dem Irak geflohen. Es irritiert zwar, dass er anlässlich des Ausreisegesprächs und der polizeilichen Befragung vom 12. August 2014 lediglich von «Problemen» sprach, welche ihn an der Rückreise in den Irak hindern würden, und dass er im Asyl- und im Strafverfahren prima vista insbesondere zum Unfallhergang leicht unterschiedliche Angaben machte. Diese Ungereimtheiten könnten jedoch auch Folge der Übersetzung oder der wenig eingehenden Befragung durch die Polizei bzw. die Migrationsbehörden sein. Zudem enthalten die Schilderungen des Beschuldigten doch einige Details und Besonderheiten (etwa wie es dazu gekommen sei, dass ausnahmsweise er den Hilfsarbeiter nach Hause chauffiert habe). Berücksichtigt man zudem die im Strafverfahren wie offenbar auch im Asylverfahren eingereichten Dokumente (Todesbescheinigung, Vorladung, Haftbefehle), ist zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass sich der behauptete Motorradunfall mit Todesfolge tatsächlich ereignet hat.

In Bezug auf die ihm angeblich drohende Blutrache fällt dagegen auf, dass der Beschuldigte seine sofortige Flucht nach Suleymaniya anders als im Asylverfahren im Strafverfahren nicht damit begründete, im Spital auf eine Vielzahl aggressiver Angehörige des Hilfsarbeiters getroffen zu sein. In die Türkei will er sodann gemäss seinen Aussagen in der Hauptverhandlung geflüchtet sein, weil er die von der Familie des Opfers geforderte Geldsumme nicht habe aufbringen können, während er im Asylverfahren noch geltend gemacht hatte, die Opferfamilie sei nie an einer finanziellen Lösung interessiert gewesen.

Überhaupt fällt unabhängig von seinen im Asylverfahren gemachten Aussagen auf, dass für den Beschuldigten bei der Entscheidung, nicht in den Irak zurückkehren zu wollen – neben der strafrechtlichen Verfolgung – offenbar «finanzielle Probleme» im Vordergrund stehen. Er sprach zwar auch von einer möglichen Verfolgung durch die Familienangehörigen des Hilfsarbeiters. Erst auf suggestive Frage seiner Verteidigerin äusserte er, dass er «mehrheitlich» Angst vor seiner Tötung durch die Opferfamilie habe, als vor der Verhaftung. Dies erscheint wenig glaubhaft. Mit der Vorinstanz ist vielmehr davon auszugehen, dass der Beschuldigte sich nicht primär aus Furcht vor der angeblich drohenden Blutrache weigert, freiwillig in den Irak zurückzukehren, sondern vielmehr aus Angst vor der Strafverfolgung, möglicher finanzieller Folgen sowie aus Angst vor dem Gesichtsverlust gegenüber seiner Familie.

Damit macht der Beschuldigte zwar Gründe gelten, die es auch für die Kammer nachvollziehbar erscheinen lassen, dass er es vorzieht, illegal in der Schweiz zu bleiben, statt in sein Heimatland zurückzukehren. Die genannten Umstände begründe(te)n aber keine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr für Leib und Leben oder andere schützenswerte Rechtsgüter des Beschuldigten.

Es mangelte mithin im Deliktszeitraum an einer Notstandslage, welche den illegalen Aufenthalt in der Schweiz zu rechtfertigen oder zumindest zu entschuldigen vermocht hätte.

Selbst wenn man im Übrigen von einer drohenden Blutrache ausgehen wollte, müsste man zum selben Schluss kommen. Es ist davon auszugehen, dass die Sicherheits- und Justizbehörden der irakisch-kurdischen Nordprovinzen grundsätzlich in der Lage und auch willens sind und gewesen wären, dem Beschuldigten Schutz vor Verfolgung zu gewähren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2328/2014 vom 12. Juni 2014 E.5, in welchem Fall der aus dem Nordirak stammende Beschwerdeführer ebenfalls drohende Blutrache geltend gemacht hatte).

Ein rechtfertigender oder entschuldbarer Notstand liegt nicht vor.

11.5 Fazit

Der Beschuldigte ist wegen illegalen Aufenthalts, begangen vom 12. September 2013 bis zum 12. August 2014, schuldig zu erklären.

III. Strafzumessung

12. Allgemeines

Hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung und der Gesamtstrafenbildung im Falle retrospektiver Konkurrenz wird zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (E. IV.1, pag. 418 f. und IV.7. erster Absatz, pag. 422).

Auf das Vorgehen bei teilweiser retrospektiver Konkurrenz wird nachstehend unter E. III.18. näher eingegangen.

13. Strafraumen

Wer sich rechtswidrig in der Schweiz aufhält wird gemäss Art. 115 Abs. 1 AuG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.

14. Tatkomponenten

14.1 Objektive Tatschwere

14.1.1 Schwere der Rechtsgutverletzung

Der Beschuldigte hielt sich vom 12. September 2013 bis zum 12. August 2014, mithin 11 Monate, rechtswidrig in der Schweiz auf. Das ist eine erhebliche Dauer.

14.1.2 Verwerflichkeit des Handelns

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ist das Handeln des Beschuldigten nicht als besonders verwerflich zu bezeichnen. Vielmehr verhielt er sich – abgesehen von der fehlenden Mitwirkung bei der Papierbeschaffung – gegenüber den Migrationsbehörden grundsätzlich anständig.

14.2 Subjektive Tatschwere

Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz. Seine Beweggründe sind nachvollziehbar, wirken sich jedoch nicht verschuldensmindernd aus.

14.3 Fazit Tatverschulden

Insgesamt ist mit der Vorinstanz von einem insgesamt noch leichten Tatverschulden auszugehen.

Die Tatschwere ergibt sich im Wesentlichen aus der Dauer des illegalen Aufenthalts. Im Übrigen handelt es sich in objektiver und subjektiver Hinsicht um einen "Durchschnittsfall". Es rechtfertigt sich daher, zur Bestimmung der verschuldensangemessenen Strafe die Richtlinien des Verbands Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VBRS) heranzuziehen.

Diese VBRS-Richtlinien sehen bei einem rechtswidrigen Aufenthalt zwischen 3 und 12 Monaten eine Referenzstrafe von 40 bis 90 Strafeinheiten vor.

Mit Blick hierauf erscheint vorliegend eine Strafe in der Höhe von 85 Strafeinheiten verschuldensangemessen.

15. Täterkomponenten

15.1 Vorleben und persönliche Verhältnisse

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten enthalten keine Besonderheiten und wirken sich deshalb neutral auf die auszufällende Strafe aus.

Hingegen ist der Beschuldigte mehrfach vorbestraft. Einerseits wurde er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Oberland, vom 25. Oktober 2013 wegen Diebstahls zu einer bedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen verurteilt (pag. 300). Andererseits wurde er mit Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 wegen bandenmässigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung und mehrfachen Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten verurteilt (pag. 292 ff.).

Diese Vorstrafen sind nicht einschlägig, dürften jedoch mindestens teilweise auch mit dem Aufenthaltsstatus des Beschuldigten (Langeweile, Beschränkung auf Nothilfe) in Zusammenhang stehen. Zudem handelt es sich beim illegalen Aufenthalt um ein Probezeitdelikt. Das Vorleben des Beschuldigten ist mit der Vorinstanz leicht strafe erhöhend zu werten.

15.2 Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren

Im Strafverfahren hat sich der Beschuldigte korrekt verhalten. Er weigerte sich aber weiterhin und bis heute, die Schweiz freiwillig zu verlassen und zeigt sich insofern uneinsichtig. Aus dem Umstand, dass die Migrationsbehörden abgesehen von der Einleitung der Papierbeschaffung nichts weiter zum Vollzug der Wegweisung unternahmen, kann der Beschuldigte nichts für sich ableiten. Diese Täterkomponente ist leicht strafe erhöhend zu werten.

15.3 Strafempfindlichkeit

Der Beschuldigte ist als durchschnittlich strafempfindlich einzustufen. Diese Täterkomponente wirkt sich nicht auf die auszufällende Strafe aus.

16. Konkretes Strafmass Einzelstrafe

Aufgrund der Vorstrafen und des Nachtatverhaltens rechtfertigt sich eine Erhöhung der verschuldensangemessenen Strafe auf insgesamt 100 Strafeinheiten.

17. Strafart und Vollzugsform

Hinsichtlich der Strafart und der Vollzugsform kann vollumfänglich auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (E. IV.6., pag. 421).

Dem Beschuldigten muss angesichts seiner bisherigen Weigerung, die Schweiz freiwillig zu verlassen, und seiner Uneinsichtigkeit eine ungünstige Prognose gestellt werden. Bei aufgeschobenem Vollzug hätte die Strafe nicht die erforderliche spezialpräventive Wirkung. Ein bedingter Vollzug kommt nicht in Frage. Eine Geldstrafe könnte bei dem von Nothilfe lebenden Beschuldigten (vgl. pag. 503) voraussichtlich nicht vollzogen werden und gemeinnützige Arbeit scheitert nicht nur an der fehlenden Zustimmung, sondern auch mangels legalen Aufenthalts des Beschuldigten.

Damit sind die Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 StGB gegeben. Die Strafe ist in Form einer (kurzen) unbedingten Freiheitsstrafe auszufallen.

18. Teilweise retrospektive Konkurrenz

Nachdem der Beschuldigte mit Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 wegen bandenmässigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung und mehrfachen Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten verurteilt wurde und für den mit vorliegendem Urteil zu sanktionierenden illegalen Aufenthalt nur eine Freiheitsstrafe in Frage kommt, liegt ein Fall sog. teilweiser retrospektiver Konkurrenz vor.

Gemäss der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung hatte das Gericht in solchen Fällen teilweiser retrospektiver Konkurrenz eine Gesamtstrafe auszufällen. Bei deren Bildung war danach zu unterscheiden, ob die vor dem ersten Entscheid oder die danach begangene Tat schwerer wiegt. Im ersten Fall hatte das Gericht eine hypothetische Zusatzstrafe zum ersten Urteil auszufällen. Hierfür war zunächst zu bestimmen, welches Strafmass für die vor der Verurteilung begangenen Straftaten zusammen mit den abgeurteilten Taten ausgefällt worden wäre. Von diesem war sodann die im früheren Urteil ausgesprochene Strafe in Abzug zu bringen. Schliesslich war die Dauer der hypothetischen Zusatzstrafe unter Berücksichtigung der nach dem ersten Entscheid begangenen Tat angemessen zu erhöhen. Wog umgekehrt die nach dem ersten Urteil verübte Tat schwerer, so war von der für diese Tat verwirkten Strafe auszugehen und deren Dauer wegen der vor dem ersten Urteil begangenen Tat angemessen zu erhöhen, wobei das Gericht zu beachten hatte, dass für die frühere Tat eine - hypothetische - Zusatzstrafe zum ersten Urteil auszufällen war (Urteil des Bundesgerichts 6B_390/2012 vom 18. Februar 2013 E. 4.3.1).

MATHYS teilt das Ganze in fünf Schritte auf: In einem ersten Schritt ist die hypothetische (Gesamt-)Strafe 1 für die nach dem Ersturteil begangenen Delikte festzusetzen. Im zweiten Schritt ist eine hypothetische Gesamtstrafe 2 für die vor dem Ersturteil begangenen (teilweise bereits rechtskräftig beurteilten) Delikte zu bestimmen. Von dieser ist in einem dritten Schritt die rechtskräftige Grundstrafe für die bereits beurteilten Delikte abzuziehen und so die hypothetische Zusatzstrafe zum Ersturteil zu ermitteln. Im vierten Schritt ist zu bestimmen, ob diese hypothetische Zusatzstrafe oder aber die hypothetische (Gesamt-)Strafe 1 sich auf das schwerste Delikt bezieht. Es ist mithin anhand der abstrakten Strafdrohung, subsidiär unter Berücksichtigung der konkreten Tat, zu bestimmen, ob das schwerste Delikt vor oder nach dem Ersturteil begangen wurde. Im ersten Fall gilt die hypothetische Zusatzstrafe als Einsatzstrafe, im zweiten Fall die hypothetische (Gesamt-)Strafe 1. Die so ermittelte Einsatzstrafe ist schliesslich im fünften Schritt wegen der anderen noch zu sanktionierenden Straftaten angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die neu zu verhängende Strafe (HANS MATHYS, Leitfaden der Strafzumessung, Basel 2016, Rz. 397 ff.).

In einem Leitsatz zur Unabänderlichkeit der in Rechtskraft erwachsenen Erststrafe bei retrospektiver Konkurrenz hat das Bundesgericht neuerdings offen gelassen, ob Art. 49 Abs. 1 StGB auch auf Delikte Anwendung findet, die der Täter be-

geht, nachdem er wegen anderer Straftaten verurteilt worden ist. Es hielt fest, von Wortlaut und Sinn der Norm sei es ebenso gut denkbar, die neuen, erst nach dem rechtskräftigen Ersturteil begangenen Taten mit einer selbstständigen Strafe zu ahnden (BGE 142 IV 265 E. 2.4.7).

Da aber nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gerade bei der Strafzumessung für das durch eine Verurteilung unterbrochene Dauerdelikt des illegalen Aufenthalts zu berücksichtigen ist, dass die Strafe dem Gesamtverschulden entspricht, sofern der Täter keinen neuerlichen Tatentschluss gefasst hat (BGE 135 IV 6 E. 4.2; jüngst BGer 6B_366/2016 vom 15. Mai 2017 E. 4.), ist jedenfalls im vorliegenden Fall an der Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB auf die nach dem Ersturteil begangene Tat festzuhalten.

Der nach dem Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 begangene illegale Aufenthalt dauerte rund 9 Monate. Stünde einzig diese Dauer zur Diskussion, würde die Kammer hierfür – unter Mitberücksichtigung der Vorstrafen – eine Strafe von 90 Strafeinheiten als angemessen erachten (Schritt 1). Der vor dem früheren Urteil begangene illegale Aufenthalt dauerte rund 2 Monate. Mit Blick auf die VBRS-Richtlinien – die Referenzstrafe bei illegalem Aufenthalt von bis zu 3 Monaten Dauer beträgt 20-40 Strafeinheiten – wären hierfür als Einzelstrafe 35 Strafeinheiten angemessen. Davon wären asperierend 20 Strafeinheiten zu berücksichtigen. Die hypothetische Gesamtfreiheitsstrafe 2 betrüge demnach 22 Monate und 20 Tage (Schritt 2), die hypothetische Zusatzstrafe beliefe sich auf die besagten 20 Strafeinheiten (Schritt 3). Vorliegend wurde das schwerste Delikt (bandenmässiger Diebstahl) vor dem Ersturteil begangen. Als Einsatzstrafe gilt damit die hypothetische Zusatzstrafe von 20 Strafeinheiten (Schritt 4). Diese ist nun für die nach dem früheren Urteil begangene Dauer des illegalen Aufenthalts angemessen zu erhöhen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Angesichts des Umstands, dass vorliegend letztlich ein einziges Dauerdelikt (ein einziger Tatentschluss zum illegalen Aufenthalt) zu bestrafen ist, erscheint es angebracht, asperierend lediglich 45 der 90 Strafeinheiten zu berücksichtigen (Schritt 5). Damit resultiert eine auszufällende teilweise Zusatzstrafe in der Höhe von 65 Strafeinheiten bzw. 65 Tagen Freiheitsstrafe.

19. Fazit

Der Beschuldigte ist zu einer (unbedingten) Freiheitsstrafe von 65 Tagen zu verurteilen. Dies teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Regionalgerichts Oberland PEN 13 295 vom 14. November 2013.

IV. Widerruf

Das erstinstanzliche Urteil in den Widerrufsverfahren darf aufgrund des Verschlechterungsverbots nicht zu Lasten des Beschuldigten abgeändert werden. Ein Widerruf des mit Urteil des Regionalgerichts Berner Oberland PEN 13 295 vom 14. November 2013 für eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten und mit Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Oberland O 13 6907 vom 25. Oktober 2013 für eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen à CHF 50.00 gewährten bedingten Vollzugs ist

deshalb ausgeschlossen. Ebenso wenig ist eine Verlängerung der Probezeit zulässig.

Von einer Verwarnung ist angesichts der bereits abgelaufenen Probezeit abzusehen.

Die Kosten der Widerrufsverfahren erster Instanz hat der Beschuldigte zu tragen.

In oberer Instanz wird angesichts des vernachlässigbaren darauf entfallenden Aufwands auf die Ausscheidung von Verfahrenskosten im Widerrufspunkt (inkl. Festsetzung einer hierauf entfallenden Entschädigung der amtlichen Verteidigerin) verzichtet.

V. Kosten und Entschädigung

20. Erste Instanz

20.1 Verfahrenskosten

In Bezug auf den rechtskräftig eingestellten Verfahrensteil wurde rechtskräftig auf die Ausscheidung von Verfahrenskosten verzichtet. In Bezug auf den in zeitlicher Hinsicht noch zu beurteilenden Sachverhalt wird der Beschuldigte schuldig erklärt und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Er hat demnach nach Art. 426 Abs. 1 StPO die vollumfänglichen erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 2'400.00 zu tragen.

20.2 Entschädigung der amtlichen Verteidigung

Zu den Verfahrenskosten gehören auch die Kosten für die amtliche Verteidigung. Sie stellen Auslagen dar (Art. 422 Abs. 2 lit. a StPO), werden von der Kammer allerdings praxismässig separat ausgewiesen.

Die amtliche Entschädigung von Rechtsanwältin B._____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten in erster Instanz wurde vom Regionalgericht auf CHF 3'946.30, das volle Honorar auf CHF 4'914.00 bestimmt. Darauf ist nicht zurückzukommen (vgl. vorstehend E. I.5.).

Aufgrund seiner Verurteilung hat der Beschuldigte dem Kanton Bern die ausgerichtete amtliche Entschädigung vollumfänglich zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B._____ die volle Differenz zum vollen Honorar nachzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

21. Zweite Instanz

21.1 Verfahrenskosten

Im Rechtsmittelverfahren richtet sich die Kostentragung grundsätzlich nach dem Obsiegen bzw. Unterliegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Mit Blick auf den von ihm beantragten Freispruch unterliegt der Beschuldigte. Allerdings hat er insofern einen für ihn günstigeren Entscheid erwirkt, als anstelle der in erster Instanz ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 3 Monaten neu eine solche von

65 Tagen auszufallen ist. Es rechtfertigt sich daher, 1/5 der oberinstanzlichen Verfahrenskosten auf den Staat zu nehmen.

Die Gerichtsgebühr oberer Instanz wird im Rahmen des Tarifs von Art. 24 Abs. 1 lit. a des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) unter Berücksichtigung des für ein ursprüngliches Strafbefehlsverfahren doch erheblichen Aufwands auf CHF 1'000.00 bestimmt (Art. 5 VKD).

Der Beschuldigte hat hiervon 4/5, ausmachend CHF 800.00, zu tragen.

21.2 Entschädigung der amtlichen Verteidigung

Rechtsanwältin B._____ macht in ihrer Kostennote vom 19. Juli 2017 (pag. 508) einen Zeitaufwand von 8.67 Stunden geltend. Unter den aufgeführten Leistungen fungieren u.a. drei je einstündige Besprechungen mit der Klientschaft vom 3. November 2016, vom 6. und vom 24. Januar 2017. Die Kammer ist der Ansicht, dass nicht mehr als zwei Besprechungen bzw. ein zeitlicher Aufwand von nicht mehr als zwei Stunden unter diesem Titel geboten gewesen wären. Unter Berücksichtigung der noch zu leistenden, aber nicht aufgeführten Abschlussarbeiten kann das Honorar indessen entsprechend der Kostennote festgesetzt werden.

Der Kanton Bern hat Rechtsanwältin B._____ demnach für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten in oberer Instanz mit CHF 1'872.70 (inkl. MWST) zu entschädigen. Das volle Honorar ist auf CHF 2'167.50 festzusetzen.

Der Beschuldigte hat dem Kanton Bern 4/5 der ausgerichteten amtlichen Entschädigung zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B._____ 4/5 der Differenz zum vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

VI. Verfügungen

Hinsichtlich der Verfügungen wird auf das Dispositiv verwiesen.

VII. Dispositiv

Die 2. Strafkammer erkennt:

I.

Es wird **festgestellt**, dass das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 3. November 2016 (PEN 15 880) insoweit **in Rechtskraft erwachsen** ist, als

das Verfahren gegen A._____ wegen **rechtswidrigen Aufenthalts**, angeblich begangen vom 19. Dezember 2012 bis zum 11. September 2013 in F._____, ohne Ausrichtung einer Entschädigung und ohne Ausscheidung von Verfahrenskosten **eingestellt** wurde (Ziff. I. des Urteilsdispositivs).

II.

A._____ wird **schuldig erklärt**:

des **rechtswidrigen Aufenthalts**, begangen vom 12. September 2013 bis zum 12. August 2014 in F._____,

und in Anwendung der

Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG

Art. 41 Abs. 1, Art. 47, Art. 49 Abs. 2 StGB

Art. 426 Abs. 1 und 428 Abs. 1 StPO

verurteilt:

1. zu einer **Freiheitsstrafe** von **65 Tagen**, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Regionalgerichts Oberland PEN 13 295 vom 14. November 2013.
2. zu den **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 2'400.00**.
3. zu **4/5 der oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 1'000.00, ausmachend **CHF 800.00**.

III.

1. Der A._____ mit Urteil des Regionalgerichts Oberland PEN 13 295 vom 14. November 2013 für eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten und mit Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Oberland O 13 6907 vom 25. Oktober 2013 für eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen à CHF 50.00 gewährte **bedingte Vollzug** wird **nicht widerrufen**.
2. Die **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** für die Widerrufsverfahren von **CHF 600.00** werden **A._____** auferlegt.
3. Für die **oberinstanzliche** Beurteilung im Widerrufspunkt werden **keine Kosten ausgeschrieben** und **keine separate amtliche Entschädigung** bestimmt.

IV.

1. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin der beschuldigten Person, Rechtsanwältin B._____, wurde für das erstinstanzliche Verfahren wie folgt bestimmt:

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		17.92	200.00	CHF	3'584.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	70.00
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	3'654.00	CHF	292.30
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	3'946.30
volles Honorar				CHF	4'480.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	70.00
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	4'550.00	CHF	364.00
Total				CHF	4'914.00
nachforderbarer Betrag				CHF	967.70

Der Kanton Bern entschädigt Rechtsanwältin B._____ für die amtliche Verteidigung von A._____ in erster Instanz mit CHF 3'946.30.

A._____ hat dem Kanton Bern die für das erstinstanzliche Verfahren ausgerichtete Entschädigung von CHF 3'946.30 zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B._____ die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar, ausmachend CHF 967.70, zu erstatten, 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		8.67	200.00	CHF	1'734.00
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	1'734.00	CHF	138.70
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'872.70
volles Honorar				CHF	2'167.50
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	2'167.50	CHF	173.40
Total				CHF	2'340.90
Differenz				CHF	468.20

Der Kanton Bern entschädigt Rechtsanwältin B. _____ für die amtliche Verteidigung von A. _____ in oberer Instanz mit CHF 1'872.70.

A. _____ hat dem Kanton Bern 4/5 der für das oberinstanzliche Verfahren ausgerichteten Entschädigung, ausmachend CHF 1'498.15, zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B. _____ 4/5 der Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar, ausmachend CHF 374.55, zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

V.

Weiter wird **verfügt**:

1. Die Zustimmung zur Löschung des erstellten DNA-Profiles (PCN-Nr. _____) ist nach Ablauf der Frist durch das zuständige Bundesamt einzuholen (Art. 16 Abs. 4 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz).
2. Die Zustimmung zur Löschung der erhobenen biometrischen erkennungsdienstlichen Daten ist nach Ablauf der Frist durch die auftraggebende Behörde einzuholen (Art. 17 Abs. 4 i.V.m. 19 Abs. 1 Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten).
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten, a.v.d. Rechtsanwältin B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Koordinationsstelle Strafregister (KOST), nur Dispositiv, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist
- den Bewährungs- und Vollzugsdiensten des Kantons Bern (BVD), nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist
- dem Staatssekretariat für Migration (SEM) (Art. 3 Ziff. 1 Mitteilungsverordnung), nur Dispositiv, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist

- dem Amt für Migration und Personenstand, Migrationsdienst (MIDI) (Art. 82 Abs. 1 VZAE), nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist

Bern, 24. August 2017

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Aebi

Der Gerichtsschreiber:

Erismann

Rechtsmittelbelehrung

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

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