

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

Urteil

SK 18 425 - 427

Bern, 20. Dezember 2019

Besetzung

Oberrichter Vicari (Präsident),
Oberrichter Gerber, Oberrichter J. Bähler
Gerichtsschreiberin Bettler

Verfahrensbeteiligte

A. _____
amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin B. _____
Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
3013 Bern

Gegenstand

Widerhandlung gegen das Ausländergesetz, Hehlerei sowie Wi-
derrufsverfahren

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-
Seeland (Einzelgericht) vom 10. April 2018 (PEN 17 314 / WID
PEN 17 972 / WID PEN 17 973)



Inhaltsverzeichnis

I. Formelles.....	3
1. Erstinstanzliches Urteil	3
2. Berufung	3
3. Beweisergänzungen	3
4. Anträge des Beschuldigten	4
5. Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer	5
II. Vorwurf der Hehlerei	5
6. Sachverhalt und Beweiswürdigung	5
6.1 Ausgangslage	5
6.2 Beweismittel	6
6.3 Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz	6
6.4 Erwägungen der Kammer	6
7. Rechtliche Würdigung	9
7.1 Rechtliche Grundlagen.....	9
7.2 Subsumtion	10
III. Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts	10
8. Sachverhalt und Beweiswürdigung	10
8.1 Ausgangslage	10
8.2 Beweismittel	11
8.3 Erwägungen der Kammer	12
9. Rechtliche Würdigung	14
9.1 Rechtliche Grundlagen.....	14
9.2 Subsumtion	14
IV. Strafzumessung	16
10. Anwendbarkeit der EU-Rückführungsrichtlinie	16
10.1 Allgemeines.....	16
10.2 Subsumtion	17
11. Anwendbares Recht	18
12. Konkretes Vorgehen und Strafraumen	19
13. Tatkomponenten	19
13.1 Objektive Tatkomponenten	19
13.2 Subjektive Tatkomponenten.....	19
13.3 Fazit Tatkomponenten	19
14. Täterkomponenten	20
15. Straftat und Strafvollzug	20
16. Retrospektive Konkurrenz	21
17. Strafmaß	23
V. Kosten und Entschädigung	23
18. Verfahrenskosten	23
19. Entschädigung.....	23
VI. Dispositiv	25

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Das Regionalgericht Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) verurteilte A. _____ (nachfolgend: Beschuldigter) mit Urteil vom 10. April 2018 wegen rechtswidrigen Aufenthalts und Hehlerei zu einer Freiheitsstrafe von 65 Tagen als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 24. August 2017 und zu den Verfahrenskosten, insgesamt bestimmt auf CHF 2'250.00 (ohne Kosten für die amtliche Verteidigung; pag. 102 f., Ziff. I. erstinstanzliches Urteil).

Auf den Widerruf des mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Oberland, vom 25. Oktober 2013 (O 13 9607) für eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je CHF 50.00, ausmachend CHF 750.00, gewährten bedingten Vollzugs sowie des mit Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 (PEN 13 295) für eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten gewährten bedingten Vollzugs wurde verzichtet, unter Auferlegung der Verfahrenskosten für das Widerrufsverfahren von CHF 750.00 an den Beschuldigten (pag. 104, Ziff. II. erstinstanzliches Urteil). Weiter befand die Vorinstanz über die Entschädigung der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten und verfügte die Rückgabe des beschlagnahmten Mobiltelefons an die berechtigte Person nach Eintritt der Rechtskraft (pag. 104 f., Ziff. III. f. erstinstanzliches Urteil).

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte, amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin B. _____, mit Schreiben vom 19. April 2018 form- und fristgerecht die Berufung an (pag. 111). Nach Zustellung der schriftlichen Urteilsbegründung mit Verfügung vom 10. Oktober 2018 (pag. 147 f.) erklärte der Beschuldigte mit Eingabe vom 31. Oktober 2018 form- und fristgerecht die Berufung und beantragte einen Freispruch von der Anschuldigung des rechtswidrigen Aufenthalts und der Hehlerei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (pag. 153). Mit Schreiben vom 6. November 2018 teilte die Generalstaatsanwaltschaft mit, dass sie auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichte (pag. 158 f.). Gestützt auf das Schreiben der Verfahrensleitung vom 13. Dezember 2018 (pag. 164) erklärte sich der Beschuldigte mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 mit der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens einverstanden (pag. 165). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 wurde die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens angeordnet (Art. 406 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]; pag. 167 f.).

Mit Eingabe vom 15. März 2019 begründete der Beschuldigte seine Berufung innert zweifach erstreckter Frist (pag. 174 f.; pag. 178 f.; pag. 180 ff.).

3. Beweisergänzungen

Von Amtes wegen wurden oberinstanzlich im Sinne einer Beweisergänzung ein aktueller Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt (pag. 169 f.) und aufgrund des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018 die Akten GB170013 ediert (vgl. pag. 195 f.).

Mit dem Einverständnis zur Durchführung des schriftlichen Verfahrens erübrigt sich die in der Berufungserklärung vom 31. Oktober 2018 beantragte Befragung des Beschuldigten (pag. 153; pag. 165).

Die Verteidigung beantragte in der Berufungsbegründung vom 15. März 2019 die Edition der Beschwerdeakten über ein laufendes Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht (pag. 187). Grundlage des beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Wiedererwägungsgesuchs seien Dokumente, aus denen die Abstammung der Familie des Beschuldigten aus Khanaqin hervorgehe. In dieses Gebiet würden normalerweise keine Wegweisungen verfügt. Auch wenn über das Wiedererwägungsgesuch noch nicht abschliessend habe befunden werden können, zeige das Vorgehen des Beschuldigten dennoch auf, dass er nicht in der Lage sei, in den Irak zurückzukehren (pag. 187). Auf telefonische Nachfrage teilte die Verteidigung am 26. August 2019 mit, dass ihrer Ansicht nach aktuell beim Bundesverwaltungsgericht kein Verfahren hängig sei. Diese Verfahren seien alle abgeschlossen (pag. 193).

Gemäss Art. 389 Abs. 1 StPO beruht das Rechtsmittelverfahren grundsätzlich auf den Beweisen, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind. Beweisabnahmen des erstinstanzlichen Gerichts werden ausnahmsweise wiederholt, wenn Beweisvorschriften verletzt worden sind, die Beweiserhebungen unvollständig waren, oder wenn die Akten über die Beweiserhebungen unzuverlässig erscheinen (Art. 389 Abs. 2 StPO). Vorbehalten bleibt die Erhebung der erforderlichen zusätzlichen Beweise (Art. 389 Abs. 3 StPO).

Es ist Sache der Kammer, den vorliegenden Sachverhalt zu würdigen. Sie kann dabei auf eine umfangreiche Beweisgrundlage in den amtlichen Akten zurückgreifen, wozu auch die im Verfahren PEN 15 880 / SK 17 3 edierten Migrationsakten gehören (SK 17 3, pag. 65 ff.). Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist nicht ersichtlich, inwiefern die erstmals im Rechtsmittelverfahren vorgebrachte Abstammung des Beschuldigten aus Khanaqin etwas am Beweisergebnis ändern könnte (vgl. Ziff. III. 8.3 hinten). Inwiefern die Beschwerdeakten über ein (allenfalls) laufendes Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht zusätzlich zur Erhellung des Sachverhalts beitragen können, erschliesst sich daher nicht.

Der mit Berufungsbegründung vom 15. März 2019 gestellte Antrag auf Edition der Beschwerdeakten über ein laufendes Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht ist abzuweisen.

4. Anträge des Beschuldigten

Rechtsanwältin B._____ stellte und begründete namens des Beschuldigten folgende Anträge (pag. 153):

1. Der Berufungsführer sei von der Anschuldigung des rechtswidrigen Aufenthalts und der Hehlerei vollumfänglich frei zu sprechen;
2. Beweisantrag: Befragung des Berufungsführers;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

5. **Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer**

Die Verteidigung hielt in der Berufungserklärung vom 31. Oktober 2018 fest, das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 10. April 2018 werde vollumfänglich angefochten (pag. 153). Aus ihren Anträgen lässt sich allerdings schliessen, dass der Verzicht auf den Widerruf der mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Oberland, vom 25. Oktober 2013 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je CHF 50.00, ausmachend CHF 750.00, und der mit Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 22 Monaten nicht angefochten wird (Ziff. II. erstinstanzliches Urteil). Unangefochten blieb seitens der Verteidigung auch die Verfügung in Ziff. IV. 1. des erstinstanzlichen Urteils. Es kann insoweit die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils festgestellt werden.

Von der Kammer zu überprüfen sind die Schuldsprüche wegen rechtswidrigen Aufenthalts und Hehlerei, der Sanktionspunkt sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Kammer verfügt dabei als Berufungsgericht über umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO) und ist aufgrund der alleinigen Berufung des Beschuldigten an das Verschlechterungsverbot (Verbot der reformatio in peius) gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO gebunden, d.h. sie darf das Urteil nicht zu Ungunsten des Beschuldigten abändern.

II. **Vorwurf der Hehlerei**

6. **Sachverhalt und Beweiswürdigung**

6.1 **Ausgangslage**

Dem Beschuldigten wird im Strafbefehl vom 22. Februar 2017 – der als Anklage gilt (Art. 356 Abs. 1 StPO) – Hehlerei, begangen zwischen dem 4. August 2014 und 4. Oktober 2014, zur Last gelegt. Der Beschuldigte soll im Durchgangszentrum C._____ in D._____ ein Mobiltelefon gekauft haben, von dem er gewusst habe oder zumindest habe annehmen müssen, dass es sich um einen gestohlenen Gegenstand gehandelt habe (pag. 28 f.).

Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte das ursprünglich gestohlene Mobiltelefon (vgl. pag. 1 ff.) im Durchgangszentrum C._____ in D._____ einem anderen Asylsuchenden zu einen Kaufpreis von CHF 120.00 abgekauft hat. Bestritten ist demgegenüber, ob der Beschuldigte wusste oder zumindest hätte wissen müssen, dass das Mobiltelefon gestohlen war. Der Beschuldigte macht geltend, es habe keinen Grund gegeben, am rechtmässigen Vorerwerb des Mobiltelefons durch den Verkäufer zu zweifeln. Der bezahlte Kaufpreis von CHF 120.00 sei im Vergleich zum damaligen Marktpreis nicht derart tief gewesen, dass er deshalb und aufgrund der gesamten Umstände die Unrechtmässigkeit des Kaufgeschäfts hätte annehmen bzw. erkennen müssen (pag. 123, S. 7 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung; pag. 182).

6.2 **Beweismittel**

Die Vorinstanz hat den Anzeigerapport vom 14. August 2014 (pag. 1 ff.), den Nachtrag vom 25. August 2015 (pag. 5 ff.) sowie die Aussagen des Beschuldigten an der polizeilichen Einvernahme vom 4. August 2015 (pag. 8 ff.) und anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 10. April 2018 (pag. 88 ff.) ausführlich wiedergegeben (pag. 121 und pag. 123 ff.; S. 5 und S. 7 ff. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Die Verteidigung reichte an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung einen Internetausdruck mit Informationen zum Neupreis eines Mobiltelefons der Marke LG Nexus 5X ein. Dieses Dokument wurde antragsgemäss zu den Akten erkannt (pag. 93; pag. 101).

Es wird auf die entsprechenden Aktenstellen verwiesen. Soweit sich ergänzende und/oder präzisierende Ausführungen zu den einzelnen Beweismitteln aufdrängen, erfolgen diese im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung der Kammer.

6.3 **Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz**

Die Vorinstanz kam beweismächtigend zum Schluss, dass der Beschuldigte keine direkte Kenntnis der deliktischen Herkunft des Mobiltelefons gehabt habe. Hingegen sei beweismässig erstellt, dass der Beschuldigte das Mobiltelefon wissentlich tief unter dem Marktpreis erworben habe, obwohl für den tiefen Kaufpreis keine objektiv nachvollziehbaren Gründe vorgelegen hätten. Dieser Umstand stelle ein offensichtliches Indiz für die kriminelle Herkunft des Mobiltelefons dar. Schliesslich würden auch die höchst fragwürdigen Rahmenbedingungen eindeutig auf die deliktische Vorgeschichte hindeuten und hätten aus objektiver Sicht zumindest eine Überprüfung des Kaufobjekts erfordert. Der Beschuldigte hätte den deliktischen Hintergrund des Mobiltelefons klar erkennen können, wenn er die zahlreichen Verdachtsmomente ernst genommen hätte und die Rechtmässigkeit des Mobiltelefons für ihn von Bedeutung gewesen wäre (pag. 129 f., S. 13 f. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

6.4 **Erwägungen der Kammer**

- 6.4.1 Der Beschuldigte führte an der polizeilichen Einvernahme vom 4. August 2015 (pag. 8 ff.) aus, er habe das Mobiltelefon vor ca. 10 Monaten oder einem Jahr im Durchgangszentrum C._____ von E._____ abgekauft. E._____ habe ihm gesagt, er brauche das Telefon nicht mehr und habe es ihm verkauft. Er (der Beschuldigte) habe CHF 120.00 für das Mobiltelefon bezahlt (pag. 9 Z. 22 f.). E._____ habe ihm gesagt, er habe das Mobiltelefon vor zwei Monaten für CHF 350.00 gekauft (pag. 9 Z. 36, Z. 43 f.). Auf Nachfrage erklärte der Beschuldigte, er habe es schon komisch gefunden, dass E._____ das Mobiltelefon für nur CHF 120.00 verkauft habe, aber für ihn sei das ja gut gewesen (pag. 9 Z. 45 f.). Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 10. April 2018 gab der Beschuldigte ebenfalls an, dass er das Mobiltelefon von einem anderen Asylsuchenden für CHF 120.00 gekauft habe (pag. 89 Z. 15 f.). Das Telefon habe seinem Kollegen nicht gefallen, deshalb habe er es verkauft (pag. 89 Z. 25 f.). Sein Kollege habe ihm gesagt, dass er die Kaufquittung nicht mehr habe. Er habe dann nicht mehr weiter gefragt, weil er dringend ein Telefon gebraucht habe (pag. 89 Z. 31 ff.). Auf Ergänzungsfrage der Verteidigung präziserte der Beschuldigte, er habe ein Te-

lefon gebraucht damit er zahlen könne und mit dem er via Internet Kontakt zu seiner Familie haben könne. Er habe im Aufenthaltsraum rumgefragt, wer ein Telefon zu verkaufen habe. Der Mitbewohner habe ihm gesagt, er habe eines. Ursprünglich habe er mehr Geld dafür verlangt. Sie hätten lange diskutiert und schliesslich diesen Preis vereinbart. Er könne sich nicht mehr erinnern, wieviel der Verkäufer ursprünglich verlangt habe. Es seien mehr als CHF 220.00, eventuell auch CHF 300.00 gewesen. Er (der Beschuldigte) habe ihm dann gesagt, dass er dringend ein Telefon brauche. Nach langer Verhandlung habe er das Mobiltelefon für CHF 120.00 erhalten (pag. 92 Z. 5 ff.).

Anders als die Vorinstanz erachtet die Kammer die Aussagen des Beschuldigten nicht als widersprüchlich (vgl. pag. 126 f., S. 10 f. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Die Verteidigung wies zu Recht darauf hin, dass es durchaus sein kann, dass das Mobiltelefon dem Verkäufer nicht gefallen hat und er es gleichzeitig nicht mehr gebraucht hat (pag. 9 Z. 29 f.; pag. 89 Z. 25 f.; pag. 183). Der Beschuldigte machte zwar erst anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung Aussagen zur Initialisierung und zum Ablauf des Kaufgeschäfts (pag. 92 Z. 8 ff.). Er wurde von der Polizei dazu allerdings gar nicht befragt (vgl. pag. 8 ff.). Dass der Beschuldigte selber aktiv auf die Suche nach einem internetfähigen Mobiltelefon ging, erscheint nachvollziehbar und lebensnah. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die erstmalige Befragung des Beschuldigten zehn Monate oder ein Jahr nach dem Erwerb des Mobiltelefons stattfand (vgl. pag. 8; pag. 9 Z. 25 f.). Anschliessend vergingen rund zweieinhalb Jahre bis zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung (pag. 86 ff.). Dass der Beschuldigte den Kauf des Mobiltelefons nicht in jeder Einvernahme identisch schilderte, ist allein schon infolge des Zeitablaufs erklärbar. Der Beschuldigte räumte anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung Erinnerungslücken ein und legte allfällige Unsicherheiten offen (pag. 89 Z. 29; pag. 90 Z. 1 f.; pag. 92 Z. 15 f.). Dass er sich an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht mehr daran erinnern konnte, wieviel der Verkäufer für das Mobiltelefon bezahlt hatte (pag. 89 Z. 28 f.), erscheint mit Blick auf den langen Zeitablauf ohne Weiteres nachvollziehbar und spricht nicht gegen die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen. Anders als die Vorinstanz geht die Kammer nicht davon aus, dass der Beschuldigte seine Aussagen vor Gericht bewusst abgeschwächt hat, um eine Verurteilung wegen Hehlerei zu umgehen (vgl. pag. 127, S. 11 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

Der Beschuldigte gab sowohl an der polizeilichen Einvernahme als auch an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung an, er habe nicht gewusst, dass das Mobiltelefon gestohlen gewesen sei. Wenn er das gewusst hätte, hätte er das Telefon nicht gekauft (pag. 9 Z. 43, Z. 47 f., Z. 61 f.; pag. 91 Z. 38). E._____ habe ihm gesagt, er habe das Mobiltelefon gekauft und er (der Beschuldigte) habe ihm geglaubt (pag. 9 Z. 43 f.; vgl. auch pag. 89 Z. 25).

Gestützt auf die Aussagen des Beschuldigten ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Erwerbszeitpunkt keine direkte Kenntnis der deliktischen Herkunft des Mobiltelefons hatte (pag. 129, S. 13 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

- 6.4.2 Zu prüfen ist, ob der Beschuldigte aus den gesamten Umständen auf den unrechtmässigen Vorerwerb des Mobiltelefons hätte schliessen können bzw. ob konkrete

Verdachtsgründe für die deliktische Herkunft des Mobiltelefons bestanden, die für den Beschuldigten klar erkennbar waren.

Die Vorinstanz hielt fest, ein gewichtiges Indiz für die deliktische Herkunft des Mobiltelefons sei der vereinbarte Kaufpreis, der signifikant unter dem damaligen Marktpreis gelegen haben müsse (pag. 127, S. 11 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

Gemäss dem Anzeigerapport vom 14. August 2014 betrug der Wert des gestohlenen Mobiltelefons CHF 380.00 (pag. 2). Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass damit der Neupreis gemeint ist (pag. 127, S. 11 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Als der Beschuldigte das Mobiltelefon erworben hat, war dieses allerdings nicht neu. Es handelte sich um ein gebrauchtes Gerät (pag. 89 Z. 19). Soweit die Vorinstanz ausführt, der Marktpreis des Mobiltelefons dürfte innert eines Jahres kaum unter CHF 300.00 gefallen sein, kann ihr nicht gefolgt werden (pag. 128, S. 12 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Aus dem Anzeigerapport geht nicht hervor, wie lange der Geschädigte das Mobiltelefon in Gebrauch hatte, bevor es gestohlen wurde. Dass keine Hinweise vorliegen, die auf einen schlechten Zustand des Mobiltelefons hindeuten, ändert daran nichts. Mobiltelefone unterliegen einer schnellen Wertverminderung. Technologische Neuerungen lassen die alten Modelle innert relativ kurzer Zeit als überholt erscheinen. Zudem wies die Verteidigung zu Recht darauf hin, dass das Mobiltelefon ohne Garantie verkauft wurde. Der Beschuldigte hätte somit keine Ansprüche gehabt, wenn das Mobiltelefon nach dem Kauf einen Mangel aufgewiesen hätte (pag. 185). Anders als die Vorinstanz erachtet es die Kammer nicht als erstellt, dass der Marktpreis des Mobiltelefons im Erwerbszeitpunkt deutlich über dem vereinbarten Kaufpreis gelegen haben musste (vgl. pag. 128, S. 12 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Es bestand keine auffällige Diskrepanz zwischen dem Marktwert und dem Kaufpreis des Mobiltelefons. Dem Beschuldigten kann daher nicht vorgeworfen werden, dass er das Mobiltelefon wissentlich tief unter dem Marktpreis erworben hat.

Zu prüfen ist weiter, ob der Beschuldigte aus den übrigen Umständen des Kaufgeschäfts auf die deliktische Herkunft des Mobiltelefons hätte schliessen können. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte das Mobiltelefon nicht von einer ihm unbekannten Person auf der Strasse zum Kauf angeboten bekam. Vielmehr ist gestützt auf seine Aussagen davon auszugehen, dass der Beschuldigte den Verkäufer zumindest kannte. Die beiden wohnten in derselben Asylunterkunft und der Beschuldigte sprach von einem Kollegen (pag. 9 Z. 22; pag. 89 Z. 15 f., Z. 25 f.; pag. 92 Z. 10). Zudem ging die Initiative für das Kaufgeschäft vom Beschuldigten aus. Er erkundigte sich im Aufenthaltsraum der Asylunterkunft, ob jemand ein Mobiltelefon zu verkaufen habe (pag. 92 Z. 9 f.). Der Beschuldigte gab zu Protokoll, er habe sich kein neues Mobiltelefon gekauft, weil ihm ein solches zu teuer gewesen sei (pag. 89 Z. 21 f.). Dies erscheint mit Blick auf seine finanzielle Situation ohne Weiteres nachvollziehbar (vgl. pag. 88 Z. 18 ff.). Da es sich um ein gebrauchtes Gerät handelte, ist auch nicht verdächtig, dass der Verkäufer dem Beschuldigten keine Kaufquittung vorlegen konnte (vgl. pag. 89 Z. 31 f.). Occasionwaren werden erfahrungsgemäss häufig ohne Kaufquittung verkauft, sei es, weil der Verkäufer die Quittung nicht mehr hat oder weil die Garantie bereits abgelaufen ist

und die Quittung deshalb nicht mehr als nötig erachtet wird. Schliesslich erscheint der Umstand, dass der andere Asylsuchende das Mobiltelefon für CHF 120.00 verkaufte, obwohl er dieses gemäss den Aussagen des Beschuldigten zwei Monate zuvor für CHF 350.00 gekauft habe (vgl. pag. 9 Z. 36, Z. 43 f.), zwar seltsam, reicht aber als Verdachtsmoment für sich alleine nicht aus, um die Möglichkeit einer strafbaren Vortat naheulegen. Zumal der Beschuldigte an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung glaubhaft schilderte, dass der Verkäufer ursprünglich einen höheren Preis verlangt, sie sich nach langer Diskussion aber auf diesen Preis geeinigt hatten (pag. 92 Z. 11 ff.).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder aufgrund der Höhe des Kaufpreises noch der übrigen Umstände des Kaufgeschäfts konkrete Verdachtsgründe für eine strafbare Vortat bestanden, die für den Beschuldigten klar erkennbar gewesen wären. Der Beschuldigte musste nicht mit der Möglichkeit rechnen, dass das Mobiltelefon zuvor durch einen Diebstahl erlangt worden war. Damit kann ihm auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er das Mobiltelefon ohne Hintergrundabklärungen erworben hat.

7. Rechtliche Würdigung

7.1 Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 160 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) wird wegen Hehlerei bestraft, wer eine Sache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie ein anderer durch eine strafbare Handlung gegen das Vermögen erlangt hat, erwirbt, sich schenken lässt, zum Pfande nimmt, verheimlicht oder veräussert hilft.

Der Grund der Strafbarkeit des Hehlers liegt darin, dass er einen durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustand fortsetzt und festigt. Er hindert oder erschwert die Wiederherstellung des durch die Vortat gestörten rechtmässigen Zustandes, beispielsweise die Wiedererlangung der Sache durch den Berechtigten. Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Gemäss dem Wortlaut von Art. 160 Ziff. 1 StGB wird vorausgesetzt, dass der Täter weiss oder annehmen muss, dass die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt worden ist. Diese Formulierung ist im Sinne einer Beweisregel gegen naheliegende Ausreden zu verstehen und soll den Rückschluss von der Kenntnis der Verdachtsgründe auf den Willen des Täters, sich über diese hinwegzusetzen, erleichtern. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung reicht es aus, wenn Verdachtsgründe die Möglichkeit einer strafbaren Vortat nahelegen. Danach genügt die Feststellung, dass der Täter im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre die Verdachtsgründe kannte, die ihm die Überzeugung von der deliktischen Herkunft der Sache aufdrängen mussten, und dass er die Tat auch für diesen Fall vornahm (Urteile des Bundesgerichts 6B_292/2019 vom 25. Juni 2019 E. 2.1.3; 6B_691/2014 vom 8. Dezember 2014 E. 2.; 6B_836/2010 vom 4. Februar 2011 E. 2.3.1; je mit Hinweisen).

7.2 Subsumtion

Das fragliche Mobiltelefon wurde dem im Zug schlafenden Eigentümer von einem Unbekannten entwendet. Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass der Vortäter damit zweifelsfrei den objektiven und subjektiven Tatbestand des Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB erfüllt hat. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich, weshalb eine strafbare Vortat gegeben ist (pag. 131, S. 15 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

Indem der Beschuldigte das gestohlene Mobiltelefon kaufte, erlangte er darüber eigene Verfügungsmacht und erwarb damit das Mobiltelefon im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 StGB. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der Beschuldigte keine direkte Kenntnis des Diebstahls hatte und somit nicht direktvorsätzlich handelte. Zudem bestanden weder aufgrund der Höhe des Kaufpreises noch der übrigen Umstände des Kaufgeschäfts konkrete Verdachtsgründe für eine strafbare Vortat, die für den Beschuldigten klar erkennbar gewesen wären. Zu Gunsten des Beschuldigten ist davon auszugehen, dass er nicht mit der Möglichkeit rechnen musste, dass das Mobiltelefon zuvor durch eine strafbare Handlung gegen das Vermögen erlangt worden war. Der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

Der Beschuldigte ist daher in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils von der Anschuldigung der Hehlerei freizusprechen.

III. Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts

8. Sachverhalt und Beweismwürdigung

8.1 Ausgangslage

Dem Beschuldigten wird im Strafbefehl vom 22. Februar 2017 – der als Anklage gilt (Art. 356 Abs. 1 StPO) – vorgeworfen, sich vom 13. August 2014 bis am 4. August 2015 illegal in der Schweiz aufgehalten zu haben (pag. 28).

Der Beschuldigte wurde mit Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 24. August 2017 im Verfahren SK 17 3 wegen rechtswidrigen Aufenthalts, begangen vom 12. September 2013 bis zum 12. August 2014, schuldig erklärt und zu einer Freiheitsstrafe von 65 Tagen verurteilt (SK 17 3, pag. 509 ff.). Der vorliegend zu beurteilende Deliktszeitraum (13. August 2014 bis 4. August 2015) schliesst unmittelbar an den im Verfahren SK 17 3 beurteilten Deliktszeitraum an. Es kann deshalb nachfolgend weitgehend auf die Sachverhaltsfeststellung im Urteil des Obergerichts vom 24. August 2017 abgestellt werden.

Zur Vorgeschichte des Beschuldigten hielt das Obergericht in seinem Urteil vom 24. August 2017 Folgendes fest (SK 17 3, pag. 513 f.):

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.).

Es ist unbestritten, dass sich der Beschuldigte seit dem 1. Oktober 2009 ununterbrochen in der Schweiz aufhält, obschon sein Asylgesuch vom 2. Oktober 2009 mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Dezember 2012 rechtskräftig abgewiesen wurde. Der Beschuldigte hielt sich damit auch während des vorliegend zu beurteilenden Zeitraums vom 13. August 2014 bis 4. August 2015 illegal in der Schweiz auf (pag. 181).

Bestritten und nachfolgend zu prüfen ist, ob dem Beschuldigten eine freiwillige Rückkehr in den Irak (objektiv) möglich und zumutbar 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 drohte (pag. 123; pag. 182; pag. 186; SK 17 3, pag. 514). Bestritten ist ferner die Abstammung des Beschuldigten. Die Verteidigung bringt erstmals im oberinstanzlichen Verfahren vor, der Beschuldigte stamme aus Khanaqin (und damit nicht aus dem in der nordirakischen Provinz Suleymaniya gelegenen Kalar; pag. 187).

8.2 Beweismittel

Die Vorinstanz hat den Nachtrag vom 25. August 2015 (pag. 5 ff.) sowie die Aussagen des Beschuldigten an der polizeilichen Einvernahme vom 4. August 2015 (pag. 8 ff.) und anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 10. August 2018 (pag. 88 ff.) ausführlich wiedergegeben (pag. 121 und pag. 123 ff.; S. 5 und S. 7 ff. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

Die Vorinstanz edierte hinsichtlich des Vorwurfs des rechtswidrigen Aufenthalts zudem die Verfahrensakten des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland PEN 15 880 sowie die Akten des Obergerichts SK 17 3 (pag. 79). Ferner reichte die Verteidigung an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung einen irakischen Haftbefehl vom 26. März 2017 im Original auf Arabisch sowie eine Übersetzung desselben ein (pag. 97 f.). Diese Unterlagen wurden antragsgemäss zu den Akten erkannt (pag. 93). Auf den Beizug der Migrationsakten wurde verzichtet, da diese im Verfahren PEN 15 880 / SK 17 3 ediert wurden (vgl. pag. 87; SK 17 3, pag. 65 ff.).

Es wird auf die entsprechenden Aktenstellen verwiesen. Soweit sich ergänzende und/oder präzisierende Ausführungen zu den einzelnen Beweismitteln aufdrängen, erfolgen diese im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung der Kammer.

8.3 Erwägungen der Kammer

- 8.3.1 Wie bereits erwähnt, hielt sich der Beschuldigte im vorliegend zu beurteilenden Zeitraum (13. August 2014 bis 4. August 2015) unbestrittenermassen illegal in der Schweiz auf (vgl. Ziff. II. 8.1 vorne).

Das Obergericht erachtete es in seinem Urteil SK 17 3 vom 24. August 2017 nach eingehender Beweiswürdigung als erstellt, dass dem Beschuldigten eine freiwillige Rückkehr in den Irak möglich gewesen wäre. Er hätte die Möglichkeit gehabt, sich bei der irakischen Botschaft Reisepapiere ausstellen zu lassen. Dass trotz eingeleiteter Papierbeschaffung bis heute keine Reisedokumente vorliegen würden, sei dadurch zu erklären, dass der Beschuldigte seinen Mitwirkungspflichten nicht nachkomme (Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 E. 11.1.2, pag. 521).

Hinsichtlich der allgemeinen Situation im Irak gelangte das Obergericht gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und die Einschätzung der Migrationsbehörden zu Schluss, dass weder die allgemeine Menschenrechtssituation noch die Sicherheitslage den Vollzug der Wegweisung des Beschuldigten in den Jahren 2013/2014 als unzulässig bzw. unzumutbar erscheinen liessen. Im Zusammenhang mit der allgemeinen Situation im Irak habe dem Beschuldigten im zu beurteilenden Zeitraum keine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr gedroht (Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 E. 11.4.2, pag. 527).

Das Obergericht ging zu Gunsten des Beschuldigten davon aus, dass sich der behauptete Motorradunfall mit Todesfolge tatsächlich ereignet habe (Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 E. 11.4.3, pag. 530). Auffallend sei aber, dass für den Beschuldigten bei der Entscheidung, nicht in den Irak zurückkehren zu wollen – neben der strafrechtlichen Verfolgung – offenbar finanzielle Probleme im Vordergrund stünden. Mit der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass der Beschuldigte sich nicht primär aus Furcht vor der angeblich drohenden Blutrache geweigert habe, freiwillig in den Irak zurückzukehren, sondern vielmehr aus Angst vor der Strafverfolgung, möglicher finanzieller Folgen sowie aus Angst vor dem Gesichtsverlust gegenüber seiner Familie. Zwar sei nachvollziehbar, dass der Beschuldigte es vorziehe, illegal in der Schweiz zu bleiben, statt in sein Heimatland zurückzukehren. Es bestehe aber keine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr für Leib und Leben oder andere schützenswerte Rechtsgüter des Beschuldigten (Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 E. 11.4.3, pag. 531).

Das Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Wie bereits erwähnt, schliesst der vorliegend zu beurteilende Deliktszeitraum (13. August 2014 bis 4. August 2015) unmittelbar an den im Verfahren SK 17 3 beurteilten Zeitraum an (vgl. Ziff. II. 8.1 vorne). Dem Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 10. April 2018 kann entnommen werden, dass die Verteidigung zur Begründung ihrer Anträge weitgehend auf das Urteil des Obergerichts abstellte (vgl. pag. 93 ff.). Auch im oberinstanzlichen Verfahren macht die Verteidigung nicht geltend, das Obergericht habe den Sachverhalt unvollständig oder unrichtig festgestellt. Die Kammer sieht ihrerseits keine Veranlassung, von den Sachverhaltsfeststellungen im Urteil SK 17 3 vom 24. August 2017

abzuweichen. Zu prüfen ist daher nachfolgend einzig, ob der Haftbefehl vom 26. März 2017 (pag. 97 f.) oder die neu geltend gemachte Abstammung des Beschuldigten aus Khanaqin etwas an der Beurteilung im Urteil SK 17 3 vom 24. August 2017 ändern.

- 8.3.2 Die Verteidigung rügt, die Vorinstanz habe den Haftbefehl vom 26. März 2017 zu Unrecht als irrelevant taxiert, weil dieser nicht den angezeigten Zeitraum betreffe. Aus der gesamten Vorgeschichte des Beschuldigten ergebe sich klar, dass die strafrechtliche Verfolgung wegen Mordes schon seit der Einreise des Beschuldigten in die Schweiz ein Thema gewesen sei. Der Strafbefehl (recte: Haftbefehl) sei zwar aus irgendeinem Grund auf den 26. März 2017 datiert, allerdings handle es sich beim zugrundeliegenden Sachverhalt immer noch um ein Ereignis, welches kurz vor der Flucht des Beschuldigten aus dem Irak stattgefunden habe (pag. 186).

Die Verteidigung reichte an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ein arabisches Dokument ein. Gemäss der Übersetzung handelt es sich dabei um einen Haftbefehl des Justizrats der Provinz Kurdistan, Präsidium des Berufungsgerichts der Region Kirkuk, Strafgericht von Garmian, vom 26. März 2017, wonach der Beschuldigte zu verhaften und dem Richter Salah Abdullah Karim vorzuführen sei, da er wegen einer bei der Polizeiwache Kalar deponierten Anzeige des Mordes beschuldigt sei (pag. 97 f.).

Der Verteidigung ist beizupflichten, dass der Anschuldigung des Mordes im Haftbefehl vom 26. März 2017 wohl der tödliche Motorradunfall 2009 in Kalar zugrundeliegt. Dies ändert allerdings nichts am Umstand, dass der eingereichte Haftbefehl erst am 26. März 2017 ausgestellt wurde und folglich während des vorliegend zu beurteilenden Zeitraums vom 13. August 2014 bis 4. August 2015 noch nicht bestand. Der Haftbefehl vom 26. März 2017 ändert daher nichts an der Beurteilung, dass der Beschuldigte im fraglichen Zeitraum über die Möglichkeit verfügt hätte, in den Irak zurückzukehren (vgl. pag. 130, S. 14 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

- 8.3.3 Die Verteidigung bringt in der Berufungsbegründung vom 15. März 2019 erstmals vor, der Beschuldigte stamme aus Khanaqin, einem Gebiet weit weg von der für ihn sicheren Zone. Dorthin würden normalerweise keine Wegweisungen verfügt (pag. 187).

Die Abstammung des Beschuldigten war bis anhin weder im vorliegenden Verfahren noch im Asylverfahren oder im Verfahren SK 17 3 umstritten. Der Beschuldigte gab gegenüber den Migrationsbehörden an, er sei ein sunnitischer Kurde und stamme aus Kalar in der Provinz Suleymaniya (SK 17 3, pag. 153, vgl. auch pag. 71 ff., pag. 225, pag. 513). Die erstmals im oberinstanzlichen Verfahren vorgebrachte Abstammung des Beschuldigten aus Khanaqin erscheint daher nicht glaubhaft und ist als Schutzbehauptung zu werten. Selbst wenn der Beschuldigte aus Khanaqin stammen würde, ist nicht ersichtlich und wird im Übrigen auch seitens der Verteidigung nicht dargelegt, inwiefern ihm dadurch eine freiwillige Rückkehr in den Irak objektiv nicht möglich gewesen sein soll.

9. Rechtliche Würdigung

9.1 Rechtliche Grundlagen

Am 1. Januar 2019 hat das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20) eine Teilrevision und Namensänderung erfahren (Änderung des AuG vom 16. Dezember 2016, AS 2018 3171). Es heisst neu Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20). Das dem Beschuldigten vorgeworfene Delikt ereignete sich vor dem 1. Januar 2019. Die hier relevante Bestimmung von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG stimmt inhaltlich mit Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG überein. Das neue Recht ist folglich nicht milder, weshalb das zum Tatzeitpunkt geltende alte Recht anzuwenden ist (vgl. Art. 126 Abs. 4 AIG).

Gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG macht sich strafbar, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält.

Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der Pflicht zur Bewilligung des Aufenthalts nach Art. 10 ff. AuG. In der Schweiz verweilt daher rechtmässig, wer entweder durch gesetzliche Vorschrift oder durch eine individuelle Bewilligung aufenthaltsberechtigt ist. Wer ein Asylgesuch gestellt hat, darf sich bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss in der Schweiz aufhalten (Art. 42 des Asylgesetzes [AsylG; SR 142.31]). Mit dem definitiven Wegweisungsentscheid und dem Ablauf der Ausreisefrist besteht keine Aufenthaltsberechtigung mehr (Urteil des Bundesgerichts 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.1).

Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG gelangt nicht zur Anwendung, wenn es der betroffenen ausländischen Person objektiv unmöglich ist, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig in das Heimatland zurückzukehren. Von einer objektiven Unmöglichkeit im Sinne des Schuldprinzips ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auszugehen, wenn für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung triftige Gründe sprechen oder praktisch feststeht, dass sich die Ausreise kaum realisieren lassen wird. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn die Ausreise trotz Mitwirkung bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint. Zu denken ist etwa an eine längerdauernde Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen bzw. an eine ausdrückliche oder zumindest klar erkennbare und konsequent gehandhabte Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1081/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 2.2 mit Hinweisen).

9.2 Subsumtion

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der Beschuldigte im angeklagten Zeitraum vom 13. August 2014 bis 4. August 2015 die Möglichkeit gehabt hätte, freiwillig in sein Heimatland zurückzukehren (Ziff. III. 8.3.1 vorne). Eine die Strafbarkeit ausschliessende objektive Unmöglichkeit der Ausreise (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1081/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 2.2 mit Hinweisen) 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.

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 Zeitraums vom 13. August 2014 bis 4. August 2015. Damit ist der objektive Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG erfüllt.

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 erfüllt.

Der Beschuldigte macht geltend, es liege ein Notstand vor. Ihm drohe nebst familiären Vergeltungsmassnahmen die Todesstrafe, weil er gemäss dem Haftbefehl vom 26. März 2017 wegen Mordes gesucht werde (pag. 188; pag. 133, S. 17 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

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[n], nicht anders abwendbare[n] Gefahr» ausgesetzt sieht. Nur bei Vorliegen einer solchen Notstandslage ist es allenfalls nicht rechtswidrig oder entschuldbar, eine mit Strafe bedrohte Tat zu begehen.

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass dem Beschuldigten weder aufgrund der allgemeinen Situation im Irak noch aufgrund seiner persönlichen Situation eine unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr drohte (Ziff. III. 8.3 vorne). Der eingereichte Haftbefehl datiert vom 26. März 2017 und lag damit im angeklagten Deliktszeitraum (13. August 2014 bis 4. August 2015) noch nicht vor. Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass der Haftbefehl vom 26. März 2017 daher für den Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts in der Zeit vom 13. August 2014 bis 4. August 2015 nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht unbeachtlich ist (pag. 134, S. 18 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung).

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

Der Beschuldigte ist daher in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils des rechtswidrigen Aufenthalts, begangen in der Zeit vom 13. August 2014 bis 4. August 2015, schuldig zu sprechen.

IV. Strafzumessung

10. Anwendbarkeit der EU-Rückführungsrichtlinie

10.1 Allgemeines

Da es um eine Verurteilung auf dem Gebiet des Ausländerstrafrechts geht, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit 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: EU-Rückführungsrichtlinie oder Richtlinie), welche nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesgerichts dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen einräumt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 4.4 mit Hinweisen).

Mit Bundesbeschluss vom 18. Juni 2010 nahm die Bundesversammlung die EU-Rückführungsrichtlinie als Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes an (AS 2010 5925). Die schweizerische Gerichtsbarkeit ist demnach verpflichtet, alles vorzukehren, um die europäische Rechtsprechung zu dieser Richtlinie umzusetzen (BGE 143 IV 264 E. 2.1 S. 266, publ. in: Pra 107 (2018) Nr. 79 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schliesst die EU-Rückführungsrichtlinie die Ahndung des rechtswidrigen Aufenthalts durch ein Schweizer Gericht nicht aus (BGE 143 IV 249 E. 1.9 S. 260, publ. in: Pra 107 (2018) Nr. 78). Eine Rückführungsrichtlinien-konforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG verlangt indes, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet wird, wenn gegen den Betroffenen mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen («mesures nécessaires pour procéder à l'éloignement») noch nicht ergriffen wurden. Die Verhängung einer Geldstrafe ist demgegenüber mit der Rückführungsrichtlinie nicht unvereinbar, vorausgesetzt sie erschwert das Verfahren der Entfernung nicht (BGE 143 IV 249 Regeste und E. 1.9 S. 260 f., publ. in: Pra 107 (2018) Nr. 78).

Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. b der EU-Rückführungsrichtlinie können die Mitgliedsstaaten beschliessen, die Richtlinie nicht auf Drittstaatsangehörige anzuwenden, die nach einzelstaatlichem Recht aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind oder gegen die ein Auslieferungsverfahren anhängig ist.

Das Bundesgericht hielt in BGE 143 IV 264 ausdrücklich an seiner Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 Bst. b der EU-Rückführungsrichtlinie fest. Es bestätigte nach Auseinandersetzung mit dem Urteil des EuGH i.S. Achughbadian, seiner eigenen Rechtsprechung sowie der in der Lehre geäusserten Kritik, dass die EU-Rückführungsrichtlinie nicht auf Drittstaatsangehörige anwendbar ist, die nebst dem rechtswidrigen Aufenthalt weitere Straftaten ausserhalb des Ausländerrechts begangen haben (BGE 143 IV 264 E. 2.3 ff. S. 266 ff., publ. in: Pra 107 (2018) Nr. 79). Vom Anwendungsbereich der EU-Rückführungsrichtlinie ebenfalls nicht erfasst wird die Bestrafung eines weggewiesenen Ausländers wegen illegaler Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Wer als Ausländer in der Schweiz einer nicht bewil-

lichten Erwerbstätigkeit nachgeht, kann sich folglich nicht auf die EU-Rückführungsrichtlinie berufen, um einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe oder zu gemeinnütziger Arbeit zu entgehen (Urteile des Bundesgerichts 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 4.4 mit Hinweisen; 6B_196/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.2.1).

10.2 Subsumtion

Bereits an dieser Stelle kann vorweggenommen werden, dass für den Schuld-spruch wegen rechtswidrigen Aufenthalts einzig eine Freiheitsstrafe in Betracht kommt. Eine Geldstrafe könnte bei dem von Nothilfe lebenden Beschuldigten (vgl. pag. 88 Z. 19 f.) voraussichtlich nicht vollzogen werden und gemeinnützige Arbeit scheitert nicht nur an der fehlenden Zustimmung, sondern auch mangels legalen Aufenthalts des Beschuldigten (vgl. BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4 S. 110).

Das Obergericht kam im Urteil SK 17 3 vom 24. August 2017 nach eingehender Beweiswürdigung zum Schluss, dass die Behörden nicht alles für die Vollstreckung der Wegweisung Zumutbare unternommen hätten. Die Anordnung von Durchsetzungshaft wäre zulässig und nicht aussichtslos gewesen. Damit sei die EU-Rückführungsrichtlinie grundsätzlich auf den vorliegenden Fall anwendbar und eine Sanktionierung des rechtswidrigen Aufenthalts mit einer Freiheitsstrafe gemäss der Richtlinie eigentlich ausgeschlossen (Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 E. 11.1.2 und E. 11.1.4, pag. 522 und pag. 525). Diese Ausführungen gelten auch für das vorliegende Verfahren, weshalb darauf verwiesen werden kann.

Zu prüfen ist, ob vorliegend der Ausschluss gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. b der EU-Rückführungsrichtlinie greift. Gemäss der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts steht die Rückführungsrichtlinie einer Freiheitsstrafe dann nicht entgegen, wenn ein Drittstaatsangehöriger nebst dem rechtswidrigen Aufenthalt weitere Straftaten begangen hat (BGE 143 IV 264 E. 2.3 ff. S. 266 ff. mit Hinweisen, publ. in: Pra 107 (2018) Nr. 79; vgl. Ziff. IV. 10.1 vorne).

Der Beschuldigte hat sich im vorliegenden Verfahren (einzig) des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gemacht. Von der Anschuldigung der Hehlerei ist er freizusprechen.

Das Bundesgericht hat – soweit ersichtlich – bislang nicht entschieden bzw. sich jedenfalls nicht eingehender damit auseinandergesetzt, ob seine Rechtsprechung zum Ausschluss der Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie auch gilt, wenn die nebst 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. Wenn der Drittstaatsangehörige also wegen anderer Delikte in einem früheren Verfahren bereits rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, der im neuen Verfahren zu beurteilende rechtswidrige Aufenthalt allerdings bereits vor dem Ersturteil begangen wurde und hierfür ebenso eine Freiheitsstrafe (als Zusatzstrafe) ausgesprochen werden soll (vgl. zum Ganzen Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 E. 11.1.3, pag. 523 f.).

Das Obergericht hielt im Urteil SK 17 3 vom 24. August 2017 fest, es erschiene stossend, wenn ein Drittstaatsangehöriger, dessen illegaler Aufenthalt – aus welchen Gründen auch immer – im früheren Verfahren wegen anderer Delikte nicht mitangeklagt gewesen sei, aufgrund der EU-Rückführungsrichtlinie nicht mit (Zusatz-)Freiheitsstrafe bestraft werden könne, während dieselbe Richtlinie der Bestrafung eines Drittstaatsangehörigen, dessen illegaler Aufenthalt in ein- und demselben Verfahren mit den anderen Delikten zu beurteilen sei, mit einer Gesamtfreiheitsstrafe nicht entgegenstehe. Jedenfalls in Fällen «vollständiger» retrospektiver Konkurrenz müsse die Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie daher ebenfalls ausgeschlossen sein (Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 E. 11.1.3, pag. 524).

Der Beschuldigte beging den vorliegend zu beurteilenden rechtswidrigen Aufenthalt in der Zeit vom 13. August 2014 bis 4. August 2015 und damit bevor er mit Urteil des Obergerichts vom 24. August 2017 zu einer Freiheitsstrafe von 65 Tagen, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013, und mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018 zu einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen verurteilt wurde (pag. 170).

Da der Beschuldigte mit Urteil des Obergerichts vom 24. August 2017 einzig des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gesprochen wurde, führt dieses Urteil nicht zum Ausschluss der Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie. Dass das Urteil des Obergerichts eine teilweise Zusatzstrafe zum Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 ist, vermag daran nichts zu ändern. Der Beschuldigte beging die vorliegend zu beurteilende Tat erst nach dem Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013. Zu diesem Urteil liegt daher keine retrospektive Konkurrenz vor. Nach Ansicht der Kammer wäre es stossend, wenn die im Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 beurteilten Delikte bei der Frage der Anwendbarkeit der EU-Rückführungsrichtlinie ebenfalls mitberücksichtigt würden.

Hingegen ist eine Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018 zu bestimmen. Da der Beschuldigte in diesem Urteil wegen rechtswidrigen Aufenthalts und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, greift der Ausschluss gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. b der EU-Rückführungsrichtlinie (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 4.4 mit Hinweis; 6B_196/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.2.1). Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe für den Schuldspruch wegen rechtswidrigen Aufenthalts ist daher zulässig.

11. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2018 sind die revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Hat der Täter vor diesem Datum ein Verbrechen oder Vergehen begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so sind gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB die neuen Bestimmungen anzuwenden, wenn sie für ihn milder sind. Ob das neue im Vergleich zum alten Gesetz milder ist, beurteilt sich nicht nach einer abstrakten Betrachtungsweise, sondern in Bezug auf den konkreten Fall (Grundsatz der konkreten Vergleichsmethode; BGE 134 IV 82

E. 6.2.1 S. 87). Ausschlaggebend ist, nach welchem Recht der Täter für die zu beurteilende Tat besser wegkommt (BGE 126 IV 5 E. 2c S. 8 mit Hinweisen). Anzuwenden ist in Bezug auf ein und dieselbe Tat nur entweder das alte oder das neue Recht. Eine kombinierte Anwendung der beiden Rechte ist ausgeschlossen (BGE 134 IV 82 E. 6.2.3 S. 88 mit Hinweisen).

Die Kammer erkennt für den Schuldspruch wegen rechtswidrigen Aufenthalts im neuen Recht keinen Ansatz für eine mildere Bestrafung, weshalb das zum Tatzeitpunkt geltende alte Recht anzuwenden ist (Art. 2 Abs. 2 StGB).

12. Konkretes Vorgehen und Strafraumen

Die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz zur Strafzumessung sind zutreffend. Darauf kann verwiesen werden (pag. 134 f., S. 18 f. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Auf das Vorgehen bei retrospektiver Konkurrenz wird nachstehend unter Ziff. IV. 16. näher eingegangen.

Der Beschuldigte hat sich des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gemacht. Es sind keine aussergewöhnlichen Umstände ersichtlich, aufgrund welcher der ordentliche Strafraumen zu verlassen wäre (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_853/2014 vom 9. Februar 2015 E. 4.2). Der Strafraumen reicht somit von einem Tagessatz Geldstrafe bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG).

13. Tatkomponenten

13.1 Objektive Tatkomponenten

Der Beschuldigte hielt sich vom 13. August 2014 bis 4. August 2015 und damit während rund 12 Monaten illegal in der Schweiz auf. Das ist eine erhebliche Dauer.

Der Beschuldigte handelte mit einer eher tiefen kriminellen Energie. Sein Vorgehen ist nicht als besonders verwerflich zu bezeichnen. Vielmehr verhielt er sich – abgesehen von der fehlenden Mitwirkung bei der Papierbeschaffung – gegenüber den Migrationsbehörden grundsätzlich anständig.

13.2 Subjektive Tatkomponenten

Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz. Es ist davon auszugehen, dass er sich nicht primär aus Furcht vor einer angeblich drohenden Blutrache weigerte, freiwillig in den Irak zurückzukehren, sondern vielmehr aus Angst vor einer Strafverfolgung, möglichen finanziellen Folgen sowie aus Angst vor einem Gesichtsverlust gegenüber seiner Familie. Seine Beweggründe sind zwar bis zu einem gewissen Grad nachvollziehbar, wirken sich jedoch nicht verschuldensmindernd aus.

13.3 Fazit Tatkomponenten

Das Tatverschulden ist im Verhältnis zum Strafraumen von einem Tagessatz Geldstrafe bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe insgesamt als leicht zu bezeichnen. Die Tatschwere ergibt sich im Wesentlichen aus der Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts. Im Übrigen handelt es sich in objektiver und subjektiver Hinsicht um einen «Durchschnittsfall». Es rechtfertigt sich daher, zur Bestimmung der verschulden-

sangemessenen Strafe die Richtlinien des Verbands Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VBRS) heranzuziehen.

Die VBRS-Richtlinien sehen bei einem rechtswidrigen Aufenthalt zwischen 3 und 12 Monaten eine Referenzstrafe von 40 bis 90 Strafeinheiten vor (VBRS-Richtlinien 2019, S. 28).

Mit Blick hierauf erscheint vorliegend eine Strafe in der Höhe von 90 Strafeinheiten verschuldensangemessen.

14. **Täterkomponenten**

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten geben zu keinen Bemerkungen Anlass und wirken sich deshalb neutral auf die auszufällende Strafe aus.

Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Oberland vom 25. Oktober 2013 wurde er wegen Diebstahls zu einer bedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu CHF 50.00 verurteilt. Zudem wurde er mit Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013 wegen mehrfachen Diebstahls, mehrfachen bandenmässigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs und Übertretung nach Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG; SR 812.121) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten und einer Busse von CHF 200.00 verurteilt (pag. 169 f.).

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

Das Verhalten des Beschuldigten nach der Tat und im Strafverfahren ist nicht zu beanstanden. Er hat sich stets korrekt und soweit möglich auch kooperativ verhalten. Der Beschuldigte weigerte sich aber weiterhin, die Schweiz freiwillig zu verlassen und zeigte 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.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine erhöhte Strafempfindlichkeit nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu bejahen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1095/2014 vom 24. März 2015 E. 3.3 mit Hinweisen). Solche Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich. Die Strafempfindlichkeit des Beschuldigten ist deshalb als neutral zu beurteilen.

Zusammenfassend wirken sich die Täterkomponenten aufgrund der beiden Vorstrafen leicht strafe erhöhend aus, weshalb die Strafe um 10 Strafeinheiten auf 100 Strafeinheiten zu erhöhen ist.

15. **Strafart und Strafvollzug**

Gemäss Art. 41 Abs. 1 aStGB kann das Gericht auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für ei-

ne bedingte Strafe (Art. 42 aStGB) nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann.

Das Obergericht hielt in seinem Urteil SK 17 3 vom 24. August 2017 zutreffend fest, dass dem Beschuldigten angesichts seiner bisherigen Weigerung, die Schweiz freiwillig zu verlassen, und seiner Uneinsichtigkeit eine ungünstige Prognose gestellt werden muss. Eine bedingte Strafe hätte nicht die erforderliche spezialpräventive Wirkung. Wie bereits erwähnt ist zu erwarten, dass eine Geldstrafe bei dem von Nothilfe lebenden Beschuldigten voraussichtlich nicht vollzogen werden könnte. Gemeinnützige Arbeit scheitert nicht nur an der fehlenden Zustimmung, sondern auch mangels legalen Aufenthalts des Beschuldigten (vgl. BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4 S. 110; Ziff. IV. 10.2 vorne). Damit sind die Voraussetzungen von Art. 41 Abs. 1 aStGB gegeben. Die Strafe ist in Form einer (kurzen) unbedingten Freiheitsstrafe auszufällen (vgl. zum Ganzen Urteil des Obergerichts SK 17 3 vom 24. August 2017 E. 17., pag. 533).

16. **Retrospektive Konkurrenz**

Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 aStGB).

Die Bestimmung will im Wesentlichen das in Art. 49 Abs. 1 aStGB verankerte Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Der Täter, der mehrere gleichartige Strafen verwirkt hat, soll nach einem einheitlichen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht (BGE 142 IV 265 E. 2.3.1 S. 267; BGE 141 IV 61 E. 6.1.2 S. 67; BGE 138 IV 113 E. 3.4.1 S. 115; je mit Hinweisen).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erlaubt Art. 49 Abs. 2 aStGB keine erneute Beurteilung der in Rechtskraft erwachsenen Grundstrafe. Dass das Zweitgericht die Zusatzstrafe nach den zu Art. 49 Abs. 1 aStGB entwickelten Grundsätzen zu bilden hat, erlaubt es ihm nicht, im Rahmen der retrospektiven Konkurrenz auf die rechtskräftige Grundstrafe zurückzukommen. Zwar hat es sich in die Lage zu versetzen, in der es sich befände, wenn es alle der Grund- und Zusatzstrafe zugrunde liegenden Delikte in einem einzigen Entscheid zu beurteilen hätte. Die gedanklich zu bildende hypothetische Gesamtstrafe hat es jedoch aus der rechtskräftigen Grundstrafe (für die abgeurteilten Taten) und der nach seinem freien Ermessen festzusetzenden Einzelstrafen für die neuen Taten zu bilden. Sein Ermessen beschränkt sich auf die von ihm gemäss Art. 49 Abs. 2 aStGB vorzunehmende Asperation zwischen rechtskräftiger Grundstrafe und der für die noch nicht beurteilten Taten auszusprechenden Strafe (BGE 142 IV 265 E. 2.4.1 f. S. 268 ff.).

Der Beschuldigte beging den vorliegend zu beurteilenden rechtswidrigen Aufenthalt in der Zeit vom 13. August 2014 bis 4. August 2015 und damit bevor er mit Urteil des Obergerichts vom 24. August 2017 zu einer Freiheitsstrafe von 65 Tagen, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013, und mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018 zu einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen verurteilt wurde (pag. 170).

Beim Urteil des Obergerichts vom 24. August 2017 handelt es sich um eine teilweise Zusatzstrafe zum Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 14. November 2013. Die Kammer teilt die in der Lehre vertretene Auffassung, wonach keine Zusatzstrafe zu einer (teilweisen) Zusatzstrafe auszufallen ist (vgl. RIEDO, Retrospektive Intransparenz, Bemerkungen zu Art. 49 Abs. 2 StGB, in: Queloz/Niggli/Riedo (Hrsg.), *Droit pénal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Zürich 2012, S. 358; TRECHSEL/THOMMEN, in: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 3. Aufl. 2018, N. 15 zu Art. 49 StGB). Andernfalls käme der Beschuldigte für die gleichen Straftaten mehrfach in den Genuss einer für ihn günstigen Asperation. Zudem müsste die Kammer so in ihrer Strafzumessung auf die rechtskräftige Grundstrafe des Urteils des Obergerichts vom 24. August 2017 zurückkommen, was ihr jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht erlaubt ist (BGE 142 IV 265 E. 2.4.1 S. 269; vgl. hierzu das Vorgehen der Vorinstanz bei der Zusatzstrafenbildung, pag. 137 ff., S. 21 ff. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Zum Urteil des Obergerichts vom 24. August 2017 ist deshalb keine Zusatzstrafe auszufallen.

Hingegen liegt eine (vollständige) retrospektive Konkurrenz zum Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018 vor. Die vom Bezirksgericht Bülach beurteilten Delikte (rechtswidriger Aufenthalt und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung) und das vorliegend zu beurteilende Delikt (rechtswidriger Aufenthalt) unterliegen der gleichen Strafandrohung (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe, Art. 115 Abs. 1 AuG). Zur Bestimmung der Einsatzstrafe geht die Kammer vom rechtswidrigen Aufenthalt, begangen in der Zeit vom 5. August 2015 bis 8. September 2017, aus. Damit enthält die Grundstrafe die schwerste Straftat und diese ist aufgrund der Einzelstrafe für den neu zu beurteilenden rechtswidrigen Aufenthalt angemessen zu erhöhen. Anschliessend ist von der gebildeten Gesamtstrafe die Grundstrafe abzuziehen, was die Zusatzstrafe ergibt (vgl. BGE 142 IV 265 E. 2.4.4 S. 272).

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Strafzumessung für das durch eine Verurteilung unterbrochene Dauerdelikt des illegalen Aufenthalts zu berücksichtigen, dass die Strafe dem Gesamtverschulden entspricht, sofern der Täter keinen neuerlichen Tatentschluss gefasst hat (BGE 135 IV 6 E. 4.2 S. 11; Urteile des Bundesgerichts 6B_274/2016 vom 15. Mai 2017 E. 4., nicht publ. in BGE 143 IV 249; 6B_366/2016 vom 15. Mai 2017 E. 4., nicht publ. in BGE 143 IV 264; 6B_1226/2013 vom 31. März 2014 E. 1.1).

Angesichts des Umstands, dass vorliegend ein Dauerdelikt zu bestrafen ist, erscheint es angebracht, für den Schuldspruch wegen rechtswidrigen Aufenthalts, begangen in der Zeit vom 13. August 2014 bis 4. August 2015, asperierend lediglich 50 der 100 Strafeinheiten zu berücksichtigen. Die Freiheitsstrafe von 120 Tagen (bzw. 120 Strafeinheiten) gemäss dem Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018 ist somit in Anwendung von Art. 49 Abs. 2 aStGB um 50 Strafeinheiten zu erhöhen, was eine hypothetische Gesamtstrafe von 170 Strafeinheiten ergibt. Von dieser hypothetischen Gesamtstrafe ist die mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018 ausgesprochene Freiheitsstrafe von 120 Tagen (bzw. 120 Strafeinheiten) abzuziehen, womit eine Zusatzstrafe von 50 Strafeinheiten resultiert.

17. Strafmass

Zusammenfassend erachtet die Kammer für den Schuldspruch wegen rechtswidrigen Aufenthalts eine Freiheitsstrafe von 50 Tagen als angemessen.

Der Beschuldigte ist somit zu einer (unbedingten) Freiheitsstrafe von 50 Tagen zu verurteilen, dies als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018.

V. Kosten und Entschädigung

18. Verfahrenskosten

Fällt die Rechtsmittelinstanz selber eine neue Entscheidung, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Die Verfahrenskosten werden grundsätzlich vom Kanton getragen, der das Verfahren geführt hat (Art. 423 Abs. 1 StPO). Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Da die Kammer den Beschuldigten von der Anschuldigung der Hehlerei freispricht, rechtfertigt es sich vorliegend, 1/2 der erstinstanzlichen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 2'250.00 (ohne Kosten für die amtliche Verteidigung), ausmachend CHF 1'125.00, auszuscheiden und dem Kanton Bern aufzuerlegen. Die auf den Schuldspruch entfallenden erstinstanzlichen Verfahrenskosten (1/2), ausmachend CHF 1'125.00, hat der Beschuldigte zu tragen.

Rechtsanwältin B._____ beantragte oberinstanzlich namens des Beschuldigten einen vollumfänglichen Freispruch (pag. 153). Aufgrund des Ausmasses an Obsiegen und Unterliegen rechtfertigt es sich vorliegend, dem Beschuldigten 1/2 der oberinstanzlichen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 2'000.00 (Art. 24 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]; Richtlinien für die Bemessung der Verfahrenskosten in Strafsachen am Obergericht des Kantons Bern gemäss Beschluss der Strafabteilungskonferenz vom 23. April 2018), ausmachend CHF 1'000.00, aufzuerlegen. 1/2 der oberinstanzlichen Verfahrenskosten, ausmachend CHF 1'000.00, werden ausgeschieden und vom Kanton Bern getragen.

19. Entschädigung

Gemäss Art. 135 Abs. 1 StPO wird die amtliche Verteidigung nach dem Anwaltstarif desjenigen Kantons entschädigt, in dem das Strafverfahren geführt wurde. Art. 135 Abs. 4 StPO bestimmt, dass die beschuldigte Person bei einer Verurteilung zu den Verfahrenskosten dazu verpflichtet ist, (Bst. a) dem Kanton die der amtlichen Verteidigung ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen und (Bst. b) der Verteidigung die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

Die Entschädigung für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten vor erster Instanz durch Rechtsanwältin B._____ wurde von der Vorinstanz gemäss der

Kostennote vom 10. April 2018 (pag. 100) bestimmt und ist zu bestätigen (pag. 144, S. 28 der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Der Beschuldigte hat dem Kanton Bern 1/2 der für das erstinstanzliche Verfahren ausgerichteten Entschädigung von insgesamt CHF 2'652.25, ausmachend CHF 1'326.10, zurückzahlen und Rechtsanwältin B._____ 1/2 der Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar von insgesamt CHF 646.70, ausmachend CHF 323.35, zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO). Für die auf den Freispruch entfallende Entschädigung (1/2) besteht weder für den Kanton Bern noch für Rechtsanwältin B._____ ein Rückforderungs- bzw. Nachforderungsrecht (vgl. BGE 139 IV 261 E. 2.2.1 ff. S. 263 f. mit Hinweisen).

Die Entschädigung für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten vor oberer Instanz durch Rechtsanwältin B._____ wird gemäss der eingereichten und für angemessen erachteten Kostennote vom 10. September 2019 (pag. 199) bestimmt. In der Kostennote vom 10. September 2019 hat es beim Posten «Ausarbeiten Berufungsbegründung» einen offensichtlichen Fehler (5 Stunden à CHF 200.00 ergeben nicht CHF 200.00). Die Kammer geht von einem Stundenaufwand von insgesamt 11.25 Stunden aus und gelangt so zu einer Entschädigung von insgesamt CHF 2'477.10. Der Beschuldigte hat dem Kanton Bern 1/2 der für das oberinstanzliche Verfahren ausgerichteten Entschädigung von insgesamt CHF 2'477.10, ausmachend CHF 1'238.55, zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO). Für die auf das Obsiegen entfallende Entschädigung (1/2) besteht für den Kanton Bern kein Rückforderungsrecht (vgl. BGE 139 IV 261 E. 2.2.1 ff. S. 263 f. mit Hinweisen). Es wird festgestellt, dass Rechtsanwältin B._____ die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar nicht geltend macht, so dass von einem Verzicht auszugehen ist (vgl. pag. 199).

VI. Dispositiv

Die 1. Strafkammer erkennt:

I.

Es wird festgestellt, dass das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) vom 10. April 2018 insofern **in Rechtskraft erwachsen** ist, als

A.

1. der A._____ mit Urteil der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Oberland, Thun, vom 25.10.2013 (O 13 9607) für eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je CHF 50.00, ausmachend CHF 750.00, gewährte **bedingte Vollzug nicht widerrufen** wurde.
2. der A._____ mit Urteil des Regionalgerichts Oberland, Thun, vom 14.11.2013 (PEN 13 295) für eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten gewährte **bedingte Vollzug nicht widerrufen** wurde.
3. die **Verfahrenskosten** für das Widerrufsverfahren von **CHF 750.00** A._____ auf-
erlegt wurden.

B.

weiter verfügt wurde:

Folgender Gegenstand wird der berechtigten Person (I._____) nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zurückgegeben:

- Mobiltelefon LG, IMEI Nr. 353490060467806

II.

A._____ wird freigesprochen:

von der Anschuldigung der **Hehlerei**, angeblich begangen zwischen 04.08.2014 und 04.10.2014 im Durchgangszentrum C._____, D._____;

unter Auferlegung der anteilmässigen **erstinstanzlichen Verfahrenskosten (1/2)** von total CHF 2'250.00 (ohne Kosten für die amtliche Verteidigung), ausmachend **CHF 1'125.00**, an den **Kanton Bern**,

unter Auferlegung der anteilmässigen **oberinstanzlichen Verfahrenskosten (1/2)** von total CHF 2'000.00, ausmachend **CHF 1'000.00**, an den **Kanton Bern**,

unter Ausrichtung einer **Entschädigung** an die amtliche Verteidigerin von A._____, Rechtsanwältin B._____, gemäss Ziff. IV. 1. nachfolgend.

III.

A. _____ wird schuldig erklärt:

des **rechtswidrigen Aufenthalts**, begangen in der Zeit vom 13.08.2014 bis 04.08.2015 in Biel/Bienne

und in Anwendung der

Art. 2 Abs. 2 StGB

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

Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG,

Art. 423 Abs. 1, 426 Abs. 1, 428 Abs. 1 und 3 StPO

verurteilt:

1. Zu einer **Freiheitsstrafe** von **50 Tagen**, als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2018.
2. Zur Bezahlung der auf den Schuldspruch entfallenden **erstinstanzlichen Verfahrenskosten (1/2)** von total CHF 2'250.00 (ohne Kosten für die amtliche Verteidigung), ausmachend **CHF 1'125.00**.
3. Zur Bezahlung der anteilmässigen **oberinstanzlichen Verfahrenskosten (1/2)** von total CHF 2'000.00, ausmachend **CHF 1'000.00**.

IV.

1. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin von A. _____, Rechtsanwältin B. _____, wurde/wird für das erst- bzw. oberinstanzliche Verfahren wie folgt bestimmt:

Erste Instanz

Leistungen bis 31.12.2017					
	Stunden	Satz			
amtliche Entschädigung	3.50	200.00	CHF		700.00
Auslagen MWST-pflichtig			CHF		30.30
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF	730.30	CHF		58.40
Auslagen ohne MWST			CHF		0.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten			CHF		788.70
volles Honorar		250.00	CHF		875.00
Auslagen MWSt-pflichtig			CHF		30.30
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF	905.30	CHF		72.40
Auslagen ohne MWSt			CHF		0.00
Total			CHF		977.70
nachforderbarer Betrag			CHF		189.00

Leistungen ab 01.01.2018					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		8.50	200.00	CHF	1'700.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	30.30
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF		1'730.30	CHF	133.25
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'863.55
volles Honorar			250.00	CHF	2'125.00
Auslagen MWSt-pflichtig				CHF	30.30
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF		2'155.30	CHF	165.95
Auslagen ohne MWSt				CHF	0.00
Total				CHF	2'321.25
nachforderbarer Betrag				CHF	457.70

A._____ hat dem Kanton Bern 1/2 der für das erstinstanzliche Verfahren ausgerichteten Entschädigung von insgesamt CHF 2'652.25, ausmachend **CHF 1'326.10**, zurückzuzahlen und Rechtsanwältin B._____ 1/2 der Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar von insgesamt CHF 646.70, ausmachend **CHF 323.35**, zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO). Für die auf den Freispruch entfallende Entschädigung (1/2) besteht weder für den Kanton Bern noch für Rechtsanwältin B._____ ein Rückforderungs- bzw. Nachforderungsrecht.

Obere Instanz

		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		11.25	200.00	CHF	2'250.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	50.00
Mehrwertsteuer 7.7%	auf CHF		2'300.00	CHF	177.10
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	2'477.10

A._____ hat dem Kanton Bern 1/2 der für das oberinstanzliche Verfahren ausgerichteten Entschädigung von insgesamt CHF 2'477.10, ausmachend **CHF 1'238.55**, zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO). Für die auf das Obsiegen entfallende Entschädigung (1/2) besteht für den Kanton Bern kein Rückforderungsrecht. Es wird festgestellt, dass Rechtsanwältin B._____ auf die Geltendmachung der Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar verzichtet.

2. Zu eröffnen:

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

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Koordinationsstelle Strafregister (nur Dispositiv, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde)

- den Bewährungs- und Vollzugsdiensten des Kantons Bern (BVD, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde)
- dem Amt für Migration und Personenstand, Migrationsdienst (MIDI, nur Dispositiv, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde)
- dem Staatssekretariat für Migration (SEM, nur Dispositiv, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde)

Bern, 20. Dezember 2019

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident:

Oberrichter Vicari

Die Gerichtsschreiberin:

Bettler

i.V. Gerichtsschreiberin Volknandt

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: Viale Stefano Franscini 7, 6500 Bellinzona) schriftlich und begründet Beschwerde führen (Art. 135 Abs. 3 Bst. b StPO).