



Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Urteil vom 31. Oktober 2023

Mitwirkende	Oberrichter M. Winiger (Vorsitz) Oberrichterinnen J. Lanker Oberrichter M. Müller, R. Kläger, E. Graf Obergerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	O1S 22 8
Sitzungsort	Trogen
Berufungsklägerin	A. verteidigt durch: Fürsprecher AA.
Berufungsbeklagte	Staatsanwaltschaft Appenzell Ausserrhoden vertreten durch: Staatsanwalt B.
Gegenstand	Täuschung der Behörden Berufung gegen das Urteil des Einzelrichters des Kantonsgerichts SE1 21 1 vom 11. November 2021

Anträge

a) der Staatsanwaltschaft und Berufungsbeklagten:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Die Beschuldigte A. sei wegen Täuschung von Behörden, begangen in der Zeit vom 13. Dezember 2017 bis 11. November 2019 schuldig zu sprechen.
2. Die Beschuldigte sei zu einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je CHF 50.00, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, und zu einer Busse von CHF 1'000.00 (die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhaftem Nichtbezahlen soll 10 Tage betragen) zu verurteilen.
3. Die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 400.00, der Auftritt der Staatsanwaltschaft vor Schranken in der Höhe von CHF 500.00 sowie die Gerichtskosten seien der Beschuldigten aufzuerlegen.

im Berufungsverfahren:

(kein Antrag)

b) der Beschuldigten und Berufungsklägerin:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Der Strafbefehl sei vollumfänglich aufzuheben und die Beschuldigte von der Täuschung von Behörden freizusprechen.
2. Eventualiter sei das Migrationsamt anzuweisen, auf die Verfügung eines Einreiseverbotes zu verzichten.

im Berufungsverfahren:

Das Urteil des Einzelrichters des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 11. November 2021 im genannten Verfahren sei vollumfänglich aufzuheben und die Beschuldigte der Täuschung von Behörden freizusprechen.

Sachverhalt

- A. Die Beschuldigte und Berufungsklägerin A. (nachfolgend Beschuldigte) reiste am 3. Dezember 2017 in die Schweiz ein und heiratete am 13. Dezember 2017 den Schweizerbürger C. Am 18. Dezember 2017 erteilte ihr das Amt für Inneres des Kantons Appenzell Ausserrhoden die Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der Bestimmungen über den Familiennachzug (act. B 3/24/2).

- B. Wegen Verdachts auf Scheinehe widerrief das Migrationsamt Appenzell Ausserrhoden am 8. Oktober 2019 die Aufenthaltsbewilligung, erstattete am 11. November 2019 Strafanzeige gegen das Ehepaar und verwies die Beschuldigte per 15. November 2019 aus der Schweiz, wobei sie das Land am 14. November 2019 verliess (act. B 3/14.1.2 und B 3/24/3).
- C. Mit Strafbefehl vom 15. Oktober 2020 wurde die Beschuldigte wegen Täuschung der Behörden zu einer bedingten Geldstrafe und zu einer Busse verurteilt (act. B 3/14.1.2). Dagegen erhob die Beschuldigte fristgerecht Einsprache (act. B 3/12.1). Die Staatsanwaltschaft und Berufungsbeklagte (nachfolgend Staatsanwaltschaft) hielt an ihrem Strafbefehl fest und überwies die Akten gemäss Art. 356 Abs. 1 StPO an den Einzelrichter des Kantonsgerichts zur Durchführung des Hauptverfahrens (act. B 3/15). Am 10. November 2021 holte der Einzelrichter beim Migrationsamt weitere beweisrelevante Akten ein (act. B 3/24). Am 11. November 2021 fand die Hauptverhandlung statt (act. B 3/25). Die Parteien verzichteten auf eine mündliche Urteilsöffnung. Das schriftliche Urteilsdispositiv wurde am 12. November 2021 versandt und konnte dem Rechtsvertreter der Beschuldigten am 15. November 2021 zugestellt werden (act. B 3/34). Mit Schreiben vom 25. November 2021 meldete der Verteidiger fristgemäss die Berufung an (act. B 3/35), weshalb eine schriftliche Urteilsbegründung ausgefertigt wurde (act. B 3/39 = B 2).
- D. Das Kantonsgericht sprach die Beschuldigte wegen Täuschung der Behörden gemäss Art. 118 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG, SR 142.20), begangen im Zeitraum vom 13. Dezember 2017 bis 11. November 2019, schuldig und verurteilte sie zu einer bedingten Freiheitsstrafe von vier Monaten sowie einer Busse von CHF 200.00, bei schuldhaftem Nichtbezahlen ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 2 Tagen (act. B 2 S. 15). Zudem wurden ihr die Verfahrenskosten in Höhe von CHF 5'720.90 auferlegt. Im Umfang von CHF 3'220.90 (amtliche Verteidigung) wurden diese vorläufig und im Umfang von CHF 180.00 (Dolmetscherkosten) definitiv auf die Staatskasse genommen. Fürsprecher AA. wurde für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger mit CHF 3'220.90 (inkl. Barauslagen und MWSt) - unter Vorbehalt der Rückforderung nach Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO - aus der Staatskasse entschädigt (act. B 2 S. 16).

Auf eine Wiedergabe der Urteilsbegründung in den angefochtenen Punkten wird verzichtet und auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen.

- E. a) Gegen das Urteil vom 11. November 2021, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 4. März 2022 erfolgte (act. B 3/41), liess die Beschuldigte mit Eingabe vom 24. März 2022 Berufung erklären (act. B 1).
- b) Mit Verfügung vom 12. April 2022 wurde der Staatsanwaltschaft Gelegenheit gegeben, einen schriftlichen und begründeten Nichteintretensantrag und/oder eine schriftliche Anschlussberufung einzureichen (act. B 4). Diese verzichtete (stillschweigend) auf diese Möglichkeit.
- c) Am 29. Juni 2023 wurden die Parteien vorgeladen und ihnen zur Kenntnis gebracht, dass das Urteil des Obergerichts, 1. Abteilung, vom 29. November 2022 in Sachen A. gegen D. und E. betreffend Eheungültigkeit (O1Z 21 6) beigezogen wird (act. B 7).
- F. Die mündliche Berufungsverhandlung vor dem Obergericht fand am 31. Oktober 2023 in Anwesenheit der Beschuldigten und ihres Verteidigers sowie von Dolmetscher F. statt. Die Verfahrensbeteiligten verzichteten auf eine mündliche Eröffnung des Urteils (act. B 18 S. 9).

Erwägungen

1. Formelles

1.1 Zuständigkeit

Auf die vorinstanzliche Erwägung I. zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit kann verwiesen werden. Bezüglich der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit des Obergerichts ist auf die Art. 26 und 27 des am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Justizgesetzes vom 13. September 2010 (JG, bGS 145.31) hinzuweisen. Nach Art. 26 JG ist das Obergericht Berufungs- und Beschwerdeinstanz in der allgemeinen Strafrechtspflege, unter Vorbehalt der Befugnisse des Einzelrichters (letztere beschränken sich gemäss Art. 27 JG auf den Bereich des Zwangsmassnahmerechts).

1.2 Rechtzeitigkeit der Berufung

Die erstinstanzliche Urteilsbegründung wurde der Beschuldigten am 4. März 2022 zugestellt (act. B 3/41). Die Berufungserklärung durch Fürsprecher AA. vom 24. März 2022 erfolgte somit fristgerecht (Art. 399 Abs. 3 StPO; act. B 1).

1.3 Gegenstand des Berufungsverfahrens

Die Beschuldigte verlangt die vollumfängliche Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz (act. B 1).

1.4 Verwertbarkeit der Aussagen von C.

1.4.1 Die Verteidigung moniert das Fehlen einer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme von C. und bringt vor, die in den polizeilichen Befragungen zu Tage tretenden Differenzen könnten zufolge des Hinschieds des Ehegatten nicht mehr bereinigt werden (act. B 1 S. 2). Die Vorinstanz habe zudem nicht geprüft, wie die Partnerschaft weitergegangen wäre, wenn C. nicht gestorben wäre bzw. wie die Lage ohne die Beeinflussung durch G. wäre (act. B 1 S. 3).

1.4.2 G. sprach am 28. Juni 2019 im Beisein von C. auf dem Polizeiposten H. vor und berichtete, dass dieser mit A. verheiratet sei, jedoch nicht im gleichen Haushalt zusammenlebe. A. habe nun ein Kind von einem anderen Mann geboren, weshalb er die Meinung vertrete, dass die Ehe nur zum Zweck der Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung geschlossen worden sei (act. B 3/1.3 S. 1 f.). Am 2. Juli 2019 wurde C. durch die Kantonspolizei als Auskunftsperson (act. B 3/1.3.4) und am 7. Januar 2020 als Beschuldigter (act. B 3/1.3.1) einvernommen (bei einer weiteren Einvernahme als Beschuldigter am 12. Dezember 2019 verweigerte er die Aussage, act. B 3/1.3.2). C. verstarb am 14. Mai 2020; mit Einstellungsverfügung vom 30. Juni 2020 wurde das gegen ihn geführte Verfahren Nr. U 19 1436 eingestellt (act. B 3/14.2.1).

1.4.3 Die Ausführungen der Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung hielten sich im Rahmen der Berufungserklärung (act. B 1 und B 15).

1.4.4 Das vom Gesetzgeber gewählte Modell der Beweisabnahme durch das erstinstanzliche Gericht entspricht einer beschränkten Unmittelbarkeit (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des

schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, Rz. 1329). Gemäss Art. 343 StPO, welcher auch im Rechtsmittelverfahren Anwendung findet (Art. 379 StPO), hat das Gericht bei Lückenhaftigkeit von Amtes wegen selbst neue Beweise abzunehmen bzw. bereits abgenommene zu ergänzen (Abs. 1). Sodann sind die im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobenen Beweise zu wiederholen, so wenn einer Partei die Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO verweigert wurden (Abs. 2). Von wesentlicher Bedeutung ist Art. 343 Abs. 3 StPO, eine Vorschrift deren praktische Umsetzung wegen des damit verbundenen Ermessensspielraums für die Praxis nicht einfach ist: Danach hat das Gericht auch die im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobenen Beweise nochmals abzunehmen, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint (*dieselben*, a.a.O., Rz. 1330). Diese Vorschrift erfordert, dass die entscheidenden Beweismittel zu bestrittenen Anklagepunkten vor Gericht nochmals abgenommen werden. In Art. 343 StPO ungelöst bleibt, ob die Beweismittel, die im Vorverfahren ordnungsgemäss erhoben wurden, jedoch nach Abs. 3 nochmals vor Gericht abgenommen werden sollten, verwertbar bleiben, wenn eine Wiederholung nicht mehr möglich ist. Dürfen beispielsweise die Aussagen einer im Vorverfahren korrekt einvernommenen wichtigen Zeugin verwertet werden, die verstorben oder unauffindbar ist? Eine Verwertbarkeit erscheint hier als zulässig, allerdings unter Betonung einer besonders sorgfältigen und zurückhaltenden Beweiswürdigung (*dieselben*, a.a.O., Rz. 1331; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2018, N. 9 zu Art. 343 StPO; HAURI/VENETZ, in: Basler Kommentar, StPO, 2. Aufl. 2014, N. 26 zu Art. 343 StPO; ARIANE KAUFMANN, Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung, 2013, S. 306 f.; BGE 140 IV 196 E. 4.4.5).

- 1.4.5 Der Verteidigung ist insoweit beizupflichten, als die Aussagen von C. betreffend die Frage, wie lange die Beschuldigte bei ihm in I. gewohnt habe, anlässlich der polizeilichen Einvernahmen vom 2. Juli 2019 (act. B 3/1.2.5 S. 3) und vom 7. Januar 2020 (act. B 1.2.3 S. 4 f.) in der Tat auseinandergehen und diese Differenz durch die Staatsanwaltschaft zufolge des Versterbens von C. nicht mehr bereinigt werden konnte bzw. kann (Art. 317 StPO). Allerdings betreffen die Abweichungen insbesondere den Umstand, ob die Beschuldigte und C. überhaupt je resp. wie lange in einem gemeinsamen Haushalt lebten. Diesen Sachverhalt erachtet das Obergericht jedoch nicht als erstellt (unten E. 2.6) und er ist demzufolge auch für den Entscheid, ob die Beschuldigte sich nach Art. 118 Abs. 1 AIG schuldig gemacht hat, nicht wesentlich (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2 mit weiteren Hinweisen). Auf die weiteren Aussagen von C. vor der Polizei kann hingegen abgestellt werden; nach dem Gesagten sind diese aber mit besonderer Vorsicht zu würdigen.

Wie die Ehe resp. die Partnerschaft mit der Beschuldigten sich weiterentwickelt hätte, wenn C. nicht verstorben wäre resp. G. diesen nicht zur Vorsprache bei der Polizei angehalten hätte, ist demgegenüber nicht relevant. Für die Strafbarkeit der Beschuldigten ist allein ihr Verhalten gegenüber den Behörden bei der Erlangung der Aufenthaltsbewilligung massgebend.

- 1.4.6 Im Übrigen führt auch die Tatsache, dass aufgrund des Todes von C. keine Konfrontation stattfinden konnte, nicht zur Unverwertbarkeit seiner Aussagen. Eine Verletzung des Konfrontationsanspruchs wurde durch die Beschuldigte erstens nicht gerügt. Zweitens stellen die Aussagen von C. nicht die entscheidenden Beweismittel dar (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2 mit weiteren Hinweisen); die massgeblichen Indizien ergeben sich vielmehr aus objektiven Gegebenheiten des Eheschlusses und der Eheführung (vgl. dazu E. 2.6).

2. Materielles - Täuschung der Behörden

2.1 Rechtliche Grundlagen

- 2.1.1 Der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AIG macht sich strafbar, wer die mit dem Vollzug des AIG betrauten Behörden durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen täuscht und dadurch die Erteilung einer Bewilligung für sich oder andere erschleicht oder bewirkt, dass der Entzug einer Bewilligung unterbleibt.

- 2.1.2 Art. 118 Abs. 1 AIG umfasst drei objektive Tatbestandselemente: Der Täter oder die Täterin muss ein täuschendes Verhalten an den Tag legen, das bei den Ausländerbehörden einen Irrtum erweckt, gestützt auf welchen sie eine Bewilligung erteilen oder es unterlassen, eine Bewilligung zu entziehen. Der Irrtum ist Folge der Täuschung. Zwischen dem täuschenden Verhalten und dem Handeln der Behörden muss ein Motivationszusammenhang bestehen; in Kenntnis der wahren Tatsachen hätten sich die Behörden anders verhalten (VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), 2010, N. 4 zu Art. 118 AuG). Nicht jede falsche Angabe erfüllt den Tatbestand. In Betracht fallen nur solche, die für die Bewilligung ausschlaggebend sind (ANDREAS ZÜND, in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N 2 zu Art. 118 AIG). Objekt der Täuschung sind (falsche) Tatsachen (HANS MAURER, Navigator Kommentar StGB, 21. Aufl. 2022, N. 2. zu Art. 118 AIG).

2.1.3 Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz, und die Absicht, die Vorschriften des AuG zu umgehen. Eine Eventualabsicht existiert nicht; die Täuschung der Behörden muss Zweck der Heirat sein, auch wenn sich der Täter oder die Täterin nicht sicher ist, ob der angestrebte Erfolg eintritt (VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O., N. 13 zu Art. 118 AuG; a.A. bezüglich Eventualvorsatz HANS MAURER, a.a.O., N. 4 zu Art. 118 AIG).

2.1.4 Wer basierend auf einer Scheinehe um eine Bewilligung ersucht, spiegelt der zuständigen Behörde den Ehemillen nur vor bzw. verschweigt den fehlenden Ehemillen und handelt damit tatbestandsmässig (HANS MAURER, a.a.O., N. 3 zu Art. 118 AIG). Eine Scheinehe liegt vor, wenn die Ehegatten nicht eine eigentliche Lebensgemeinschaft zu führen beabsichtigten, sondern die Eheschliessung nur aus aufenthaltsrechtlichen Überlegungen eingegangen wurde. Erforderlich ist, dass der Wille zur Führung der Lebensgemeinschaft im Sinne einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen, körperlichen und spirituellen Verbindung zumindest bei einem Ehepartner fehlt (Urteil des Bundesgerichts 2C_150/2021 vom 27. Dezember 2021 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

2.2 Anklagesachverhalt

2.2.1 Der Tatvorwurf der Staatsanwaltschaft ergibt sich aus dem Strafbefehl vom 15. Oktober 2020 (act. B 3/14.1.2), welcher nach erfolgter Einsprache der Beschuldigten im Sinne von Art. 356 Abs. 1 StPO als Anklageschrift der Vorinstanz überwiesen wurde (act. B 3/15).

2.2.2 Nach der Darstellung im Strafbefehl sei der - zwischenzeitlich verstorbene - Ehegatte der Beschuldigten, C., gemeinsam mit seinem Nachbarn G. am 28. Juni 2019 beim Polizeiposten H. erschienen (act. B 3/14.1.2 S. 1). G. habe ausgeführt, dass C. zusammen mit der Beschuldigten A. eine Scheinehe führen würde, nur damit die Beschuldigte eine Aufenthaltsbewilligung erhalte. Auf Vorhalt habe C. angegeben, die Beschuldigte vor zehn Jahren kennengelernt zu haben. Allerdings habe er bis vor drei Jahren keinen Kontakt mehr zu ihr gehabt. Im Restaurant J. in K. habe er sie wiedergesehen, wobei L. ihm die Beschuldigte als superehrliche Frau vorgestellt habe, die gut arbeiten könne. Zwei Monate nach dem Wiedersehen habe er um ihre Hand angehalten. Da das Zivilstandsamt Zweifel an der Eheschliessung gehabt hätte, sei die Heirat um ein Jahr verschoben worden. Gemäss C. habe die Beschuldigte nie bei ihm in I. gewohnt, er kenne ihren Wohnort überhaupt nicht. Das nach der Eheschliessung gezeugte Kind sei nicht von ihm, da er weder mit ihr Geschlechtsverkehr gehabt habe noch überhaupt zeugungsfähig sei. Mit Schreiben vom 11. November 2019 habe das Migrationsamt von Appenzell Ausserrhoden Strafanzeige gegen das Ehepaar eingereicht. Dabei stehe zweifellos fest, dass es sich um

eine Scheinehe handeln würde. Die Ehe sei nur eingegangen worden, um die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern zu umgehen. Die erteilte Bewilligung sei durch das Migrationsamt von Appenzell Ausserrhoden am 8. Oktober 2019 widerrufen und die Beschuldigte per 15. November 2019 aus der Schweiz weggewiesen worden, wobei diese die Schweiz selbständig am 14. November 2019 verlassen habe.

Im Ergebnis habe sich die Beschuldigte wegen Verletzung von Art. 118 Abs. 1 AIG strafbar gemacht, indem sie mit dem Ziel, sich einen Aufenthaltstitel zu erschleichen, den zuständigen Behörden wahrheitswidrig eine Lebensgemeinschaft mit C. und einen gemeinsamen Haushalt mit ihm vorgespiegelt habe.

2.3 Vorbringen der Parteien

2.3.1 Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 11. November 2021 führte die Staatsanwaltschaft im Wesentlichen aus, dass C. anlässlich seiner Selbstanzeige ausgesagt habe, dass die Beschuldigte seit der Heirat nie bei ihm gewohnt habe und er nie den Wohnort der Beschuldigten in Erfahrung bringen konnte. Eine entsprechende Frage, ob er sich von der Beschuldigten ausgenutzt fühle, habe dieser bejaht. Die Beschuldigte „gehe mit anderen ins Nest, das sei schon eine Ausnutzerei, wenn sie sich schwängern lasse von einem anderen.“ Auch den Vorwurf der Scheinehe habe C. bejaht. Er sei sich also bewusst gewesen, dass die Heirat einzig dazu gedient habe, den Status der Beschuldigten zu legalisieren, damit diese in der Schweiz arbeiten könne und auch nach fünf Jahren den Schweizerpass erhalte (act. B 3/27 S. 3).

Insgesamt könne von einer Lebensgemeinschaft nicht die Rede sein, zumal die Aussagen der Beschuldigten diametral zu allen anderen Aussagen stehen würden und nicht glaubhaft seien. Sämtliche Indizien würden eine klare Sprache sprechen. Die Beschuldigte habe nie bei ihrem Ehegatten gewohnt. Sie habe während der Ehe ein Kind mit einem anderen Mann gezeugt. Ihr Ehegatte habe sich selber angezeigt, da er selber der Überzeugung gewesen sei, eine Scheinehe zu führen, nachdem er sich selber von der Beschuldigten ausgenutzt gefühlt habe. Die Beschuldigte habe somit den Behörden wahrheitswidrig vorgespiegelt, mit Herrn C. eine Lebensgemeinschaft führen zu wollen, um einen Aufenthaltstitel zu erschleichen. Ein Ehewille habe nie bestanden (act. B 3/27 S. 4).

2.3.2 Der Verteidiger der Beschuldigten machte vor dem Kantonsgericht zusammengefasst geltend, die Beweislage könne zufolge des Hinschieds des Ehegatten nicht mehr vollständig und beidseitig eruiert werden (act. B 3/28 S. 1). Es müsse daher versucht werden, zu konstruieren, wie sich die Partnerschaft entwickelt hätte, wenn C. nicht

gestorben wäre und G. sich nicht eingemischt hätte. Aus verschiedenen Gründen könne auf die Aussagen von C. im Rahmen der Selbstanzeige nicht abgestellt werden. Dieser sei seinem Vermieter und Hausmeister G. hörig gewesen; er habe sich nicht getraut, ihm zu widersprechen (act. B 3/28 S. 2). Es sei ihm wichtig gewesen, dass die Beschuldigte mit der Tochter M. wieder zurückkehren und die Ehe weiterführen würde. Schliesslich habe er M. im Wissen, dass sie nicht seine Tochter sei, als Kind angenommen.

Wenn auch die familiäre Situation nicht üblich sei, bestehe keine Grundlage für die Annahme einer Täuschung der Behörden (act. B 3/28 S. 4). Aufgrund des Hinschieds des Ehegatten könne aber auch das Gegenteil nicht bewiesen werden. Es bestehe beweisrechtlich eine Pattsituation. Damit sei die Widerhandlung gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz hinfällig und die Beschuldigte vom Vorwurf der Täuschung freizusprechen.

2.4 Ausführungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz sah es als erstellt an, dass die Beschuldigte im Gesuch um Aufenthaltsbewilligung vom 14. Dezember 2017 zwecks Familiennachzug die Angabe angekreuzt habe, in einem gemeinsamen Haushalt mit ihrem Ehegatten zu leben oder leben zu wollen (act. B 2 E. 2.6 S. 7). Die Beschuldigte habe auch im Rahmen des Ehevorbereitungsverfahrens gegenüber dem Zivilstandsamt H. mitgeteilt, dass sie beabsichtige, nach der Heirat mit ihrem zukünftigen Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt zu führen. Im Widerrufsverfahren ihrer Aufenthaltsbewilligung habe die Beschuldigte gegenüber dem Amt für Inneres am 26. September 2019 eingestanden, nicht bereit gewesen zu sein, in eine vermüllte Wohnung zu ziehen. Damit habe sie selbst eingeräumt, nie mit ihrem schweizerischen Ehegatten zusammengewohnt zu haben.

Die Aussagen von C. und G. sowie die Fotos, welche die Beschuldigte und die Tochter M. bei C. in I. zeigten, würden belegen, dass die Beschuldigte C. regelmässig besucht habe. Indessen sei nicht belegt, dass die Beschuldigte regelmässig an den Wochenenden bei ihm übernachtet und bei ihm im gleichen Haushalt gelebt habe. Die Fotos allein würden nicht beweisen, dass die Beschuldigte mit C. eine Wohngemeinschaft geführt habe. Die Fotografien würden vielmehr den Anschein erwecken, dass die Beschuldigte bei C. lediglich zu Besuch gewesen sei (act. B 2 E. 2.6 S. 8).

Im Ergebnis gelangte die Vorinstanz in Würdigung der Beweislage zum Schluss, es sei davon auszugehen, dass die Beschuldigte C. zwar regelmässig besucht habe, sie aber nie bei ihm gewohnt und mit ihm nicht im gleichen Haushalt gelebt habe (act. B 2 E. 2.6 S. 9).

Gestützt auf diese Feststellungen erging der eingangs erwähnte erstinstanzliche Schuldspruch im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AIG.

2.5 Ausführungen der Beschuldigten im Berufungsverfahren

Auf die Einwände der Verteidigung in der Berufungserklärung (act. B 1) wurde bereits eingegangen (oben E. 1.4). An Schranken wurden keine neuen Aspekte vorgetragen (act. B 15).

- 2.6 Dass zum Zeitpunkt der Gesucheinreichung die geplante Aufnahme eines gemeinsamen Haushalts nur vorgetäuscht war, lässt sich den Akten nicht mit hinreichender Bestimmtheit entnehmen. Aufgrund der Aussagen sowohl der Beschuldigten als auch von C. kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die Führung eines gemeinsamen Haushalts in rein objektiver Hinsicht, d.h. unabhängig von einem Ehemillen, und zumindest für eine befristete Zeit, tatsächlich geplant war. Die belastenden Aussagen von C. sind in diesem Zusammenhang nicht eindeutig. Während dieser beim Gespräch mit der Kantonspolizei vom 28. Juni 2019 angegeben haben soll, dass die Beschuldigte nie bei ihm in I. gewohnt habe (act. B 3/1.2.4 S. 2), sagte er im Rahmen seiner Einvernahme vom 2. Juli 2019 sinngemäss aus, dass die Beschuldigte anfänglich noch bei ihm gewohnt habe und erst nach Aufnahme ihrer Arbeitsstelle bei der O. in eine andere Wohnung gezogen sei (act. B 3/1.2.5 S. 3). Am 7. Januar 2020 erklärte C., die Beschuldigte habe nur drei Monate bei ihm gewohnt. Ein Verbleib in der Wohnung in I. sei nicht mehr möglich gewesen, da morgens um 5.00 Uhr kein Bus nach H. zu ihrer Arbeitsstätte gefahren sei (act. B 3/1.2.3 S. 5). Die Beschuldigte selbst hat angegeben, mit C. für eine beschränkte Zeit zusammen gelebt zu haben (vgl. act. B 3/26 S. 2; act. B 3/3.3 S. 2 f.). Dies hat sie auch an der Berufungsverhandlung bestätigt (act. B 18 S. 4 f.).

Aufgrund der Aussagen der Direktbeteiligten kann die Dauer des Zusammenlebens nicht präzise festgestellt werden. Entsprechend kann gemäss der dargestellten Beweislage und unter Berücksichtigung des Grundsatzes in dubio pro reo (Art. 10 Abs. 3 StPO) nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit der Schluss gezogen werden, dass die Beschuldigte zu keinem Zeitpunkt bei C. gewohnt hat und nie die Absicht hatte, zumindest für eine beschränkte Zeit in seiner Wohnung zu leben. Durch das Ankreuzen des entsprechenden Feldes im Formular „Gesuch Ausländerbewilligung“, wonach der Aufenthalt zum Zweck der Führung eines gemeinsamen Haushalts erfolgt sein soll, hat sich die Beschuldigte entgegen der Auffassung der Vorinstanz also nicht strafbar gemacht und eine Täuschungsabsicht kann insofern nicht angenommen werden.

- 2.7 Es ist deshalb in einem weiteren Schritt der Vorwurf der Staatsanwaltschaft zu prüfen, wonach die Beschuldigte die Ehe am 13. Dezember 2017 lediglich zum Zweck des Erhalts einer Aufenthaltsbewilligung geschlossen und eine Ehegemeinschaft nicht wirklich gewollt habe (act. B 3/14.1.2 S. 1 unten).
- 2.7.1 Ob eine Scheinehe geschlossen wurde bzw. ob die Ehe bloss formell besteht, entzieht sich in der Regel dem direkten Beweis und ist nur durch Indizien zu erstellen. Solche Indizien können äussere Gegebenheiten, aber auch innere, psychische Vorgänge betreffen (Wille der Ehegatten; Urteil des Bundesgerichts 2C_154/2015 vom 17. März 2015 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen). Für die Annahme einer Scheinehe bedarf es konkreter Hinweise darauf, dass die Ehegatten nicht eine eigentliche Lebensgemeinschaft führen wollen, sondern die Ehe nur aus ausländerrechtlichen Überlegungen geschlossen haben. Zu diesen Indizien zählen namentlich folgende Umstände: Die Tatsache, dass die nachzuziehende Person von einer Wegweisung bedroht ist oder ohne Heirat keine Aufenthaltsbewilligung erlangen kann; das Vorliegen eines erheblichen Altersunterschieds zwischen den Ehegatten; die Umstände des Kennenlernens und der Beziehung, so etwa eine kurze Bekanntschaft vor der Heirat oder geringe Kenntnisse eines Ehegatten über den anderen; die Vereinbarung einer Bezahlung für die Heirat oder die Tatsache, dass die Ehegatten nie eine Wohngemeinschaft aufgenommen haben (Urteil des Bundesgerichts 2C_154/2015 vom 17. März 2015 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen).
- 2.7.2 Die Beschuldigte ist P. Staatsangehörige. Sie war vor der Heirat in P. wohnhaft und war dort arbeitslos (vgl. act. B 3/1.1, Beilagen Zivilstandsamt H., Scheinehegespräch des Zivilstandsamtes Q. vom 24. August 2017 Frage 14). Die Beschuldigte ist ausgebildete Krankenschwester, kann sich auf Deutsch aber nur minimal verständigen (act. B 3/1.1, Beilagen Zivilstandsamt H., Scheinehegespräch des Zivilstandsamtes Q. vom 24. August 2017 Frage 1 ff.). Es erscheint vor diesem Hintergrund unwahrscheinlich, dass die Beschuldigte ausserhalb des Familiennachzugs intakte Chancen auf Erteilung einer längerfristigen Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung gehabt hätte. Nach eigenen Angaben trat die Beschuldigte nur zwei Monate nach ihrer Einreise in H. eine Arbeitsstelle an (act. B 3/26 S. 3). Es ist somit naheliegend, dass die Erlangung einer Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung ein wesentliches Motiv für die Heirat war.
- 2.7.3 C. wurde XXXX geboren; die Beschuldigte XYXX. Die Ehegatten weisen somit einen Altersunterschied von 28 Jahren auf. Rechtsprechungsgemäss kann dieser sehr grosse Altersunterschied ein Hinweis für eine Scheinehe sein.

- 2.7.4 Bezogen auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt ist neben dem Altersunterschied zu berücksichtigen, dass C. finanziell in sehr knappen Verhältnissen lebte und von seiner Mutter und der Sozialhilfe unterstützt wurde (act. B 3/1.2.3 S. 3; B 3/1.2.5 S. 6; B 3/1.1, Beilage Zivilstandsamt H., Scheinehegespräch des Zivilstandamtes H. vom 24. August 2017 S. 2 Frage 17). Über die Wohnverhältnisse berichtet die Beschuldigte selbst, dass „man dort nicht die Möglichkeit habe, mit einem Baby zu leben“ (act. B 3/26 S. 2). Schliesslich war C. bekanntermassen zeugungsunfähig (vgl. act. B 3/1.1, Beilagen Zivilstandsamt H., Scheinehegespräch des Zivilstandamtes H. vom 24. August 2017 S. Frage 19) und es bestehen aufgrund der Aussagen seines Vermieters Hinweise auf leichte kognitive Beeinträchtigungen (act. B 3/3.5 S. 3 f. Fragen 20 und 29). Gemeinsame Interessen und Hobbies wurden gegenüber dem zuständigen Zivilstandsamt H. durch C. und die Beschuldigte nicht geltend gemacht (vgl. act. B 3/1.1, Beilage Zivilstandsamt H., Scheinehegespräch des Zivilstandamtes H. vom 24. August 2017 S. 2 Fragen 10 ff.). Weiter bestehen aufgrund der Aussagen der Beschuldigten selbst Hinweise auf einen übermässigen Alkoholkonsum bei C. (act. B 3/26 S. 7 und B 18 S. 4).

Diese Umstände sind in ihrer Gesamtheit durchaus geeignet, die vorgebrachten Heiratsmotive der Beschuldigten in Frage zu stellen und legen bereits für sich die Vermutung nahe, dass das primäre und entscheidende Interesse der Beschuldigten darin bestand, durch die Heirat eine langfristige Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung in der Schweiz zu erhalten.

- 2.7.5 Ein weiteres gewichtiges Indiz für das Bestehen einer Scheinehe stellen für das Obergericht die Umstände des Kennenlernens dar.

Aufgrund der Aussagen von C. ist davon auszugehen, dass sich die Ehegatten bereits im Jahr 2010 in P. flüchtig kennen gelernt haben (act. B 3/1.2.3 S. 2). Damals sei er aber noch mit seiner Ex-Frau verheiratet gewesen. Danach sei der Kontakt mit der Beschuldigten für mehrere Jahre abgebrochen (act. B 3/1.2.3 S. 3). Erst etwa ein Jahr vor der Heirat hätten sie sich zufällig im Restaurant J., K., getroffen, wo sie im Service gearbeitet hätte. Sie hätten sich gegenseitig noch gekannt. Er sei dann regelmässig im Restaurant verkehrt und sie seien bei dieser Gelegenheit ins Gespräch gekommen. Sie hätte ihn in ihrer Freizeit ab und zu besucht. Sie hätten dabei manchmal auf der Terrasse grilliert und zuhause ein bisschen herumgeschmust. Er hätte sie geheiratet, weil er sie liebe. Er habe sie gefragt und sie habe ja gesagt (act. B 3/1.2.3 S. 2 f. Fragen 8 ff.). Gemäss den Angaben der Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung ist der Kontakt nach dem Kennenlernen im Jahr 2012 demgegenüber nie abgebrochen und sie will auch nicht im Restaurant J. in K. gearbeitet

haben (act. B 18 S. 7). Wie es sich damit genau verhält, kann dahingestellt bleiben, da diese Umstände im Gesamtkontext gesehen nicht von Bedeutung sind.

Gemäss Bericht der Kantonspolizei vom 24. Juli 2019 sei die Beschuldigte C. vom Wirt des Restaurants, L., als super ehrliche Frau vorgestellt worden, die sehr gut arbeiten könne. Zwei Monate nach dem Wiedersehen habe er um ihre Hand angehalten (act. B 3/1.2.4 S. 2). L. hätte nichts vermittelt (act. B 3/1.2.3 S. 4 Frage 26). Herr L. habe nur gemeint, er hätte eine Frau für ihn. Er würde sie ja bereits kennen. Es sei eine super ehrliche Frau und könne sehr gut arbeiten. Sie würde ehrlich sein (act. B 3/1.2.5 S. 6 Frage 40). Gemäss Aussagen des Nachbarn G. hätten sich die Ehegatten in einer Beiz in K. kennengelernt. Nachher sei relativ schnell die Rede von Heirat gewesen (act. B 3/3.5 S. 5 Frage 37).

Es ist aufgrund dieser Aussagen zusammenfassend festzuhalten, dass die Bekanntschaft zwischen den Eheleuten vor dem Heiratsentschluss sehr kurz war. Zudem wirft die Tatsache Fragen auf, dass gerade L. - der spätere Vater des unehelichen Kindes der Beschuldigten – C. und die Beschuldigte gegenseitig vorgestellt hatte und die spätere Heirat so aktiv anbahnte. Die genauen Hintergründe dieser Vermittlungstätigkeit und die Motivlage von L. können offenbleiben. Im Ergebnis weisen aber auch die Umstände des Kennenlernens klar auf eine Scheinehe hin.

2.7.6 Nichts Anderes ergibt sich aus den weiteren Umständen der Beziehung. In diesem Zusammenhang ist wesentlich, dass die Beschuldigte bereits wenige Monate nach der Heirat und Aufnahme des gemeinsamen Zusammenlebens aus der Wohnung ihres Ehemannes auszog, um in H. zu arbeiten. Der genaue Zeitpunkt des Auszugs lässt sich aufgrund der Akten nicht erstellen. Die Aussagen der Ehegatten weisen in diesem Punkt erhebliche Diskrepanzen auf. Wie bereits festgestellt, geht das Obergericht aufgrund der Aussagen von C. davon aus, dass die Beschuldigte zumindest wenige Monate nach der Heirat aus der gemeinsamen Wohnung auszog und ihn darauf nur noch besuchte. Gemäss Aussagen von C. wusste er nicht, wohin die Beschuldigte gezogen war (act. B 3/1.2.3 S. 5 Frage 28; B 3/1.2.5 S. 3 Frage 12). Von ihrer Schwangerschaft habe er erst kurz vor der Geburt erfahren (act. B 3/1.2.3 S. 4 Frage 24; B 3/1.2.5 S. 4 Frage 25). Die Beschuldigte will ihrem Mann gegenüber die Schwangerschaft zu einem früheren Zeitpunkt, d.h. nach dem dritten Monat, erwähnt haben (act. B 3/3.3 S. 6; act. B 18 S. 6).

Die Aussagen von C. erscheinen insgesamt plausibel und glaubhaft, zumal er sich damit selbst belastete. Er war zum Zeitpunkt der Einvernahmen mit der Beschuldigten verheiratet und legte im Rahmen der Einvernahmen keinen übermässigen Belastungseifer an den Tag. Im Kern blieb sein Aussageverhalten konstant, obwohl insbesondere bei der Einvernahme

vom 7. Januar 2020 klar zum Ausdruck kommt, dass er seine Ehefrau in Schutz nehmen wollte und weiter auf ihre Rückkehr hoffte. Auch in dieser Einvernahme bestätigte er im Kern den Auszug der Beschuldigten aus seiner Wohnung wenige Monate nach der Heirat, die Tatsache, dass er über ihren späteren Aufenthaltsort nicht im Bild war und dass sie ihn in seiner Wohnung nur sporadisch besuchte. Die Differenz bezüglich der Angaben, wann er von der Schwangerschaft erfahren hat, vermag an diesem Bild nichts zu ändern.

Gegen eine Scheinehe spricht auch nicht, dass die Beschuldigte aufgrund der Aussagen sowohl des Ehemannes als auch des Zeugen G. regelmässig bei ihrem Ehemann auf Besuch war und die Beziehung zwischen den Ehegatten gut war (act. B 3/3.5 S. 3 Frage 19), C. auf eine Rückkehr seiner Ehefrau hoffte und auch das von L. gezeugte Kind anerkannt hatte. Aufgrund der vom Obergericht als stimmig und glaubhaft erachteten Aussagen des Zeugen G. bestehen Hinweise, dass der Beschuldigte unter leichten kognitiven und lebenspraktischen Beeinträchtigungen litt (act. B 3/3.5 S. 3 f. Fragen 20 und 29). Es ist aufgrund der Aussagen von C. davon auszugehen, dass die Beschuldigte auch ihren Ehemann über die wahren Hintergründe des Eheschlusses täuschte und sich seine Leichtgläubigkeit zu Nutze machte. Auch eine einseitige Scheinehe eines Ausländers oder einer Ausländerin kann indessen den Tatbestand der Täuschung von Behörden erfüllen (Urteil des Bundesgerichts 2C_150/2021 vom 27. Dezember 2021 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

Die vom Verteidiger der Beschuldigten gegen die Glaubhaftigkeit von C. vorgebrachten Einwände sind nicht stichhaltig (vgl. auch E. 1.4). Es gibt keinerlei Hinweise auf eine fehlende Einvernahmefähigkeit von C. Seine Aussagen sind insgesamt plausibel und konsistent und decken sich im Kern mit den Aussagen der Beschuldigten und weiteren Beweismitteln. Weiter gibt es keinerlei Grund zur Annahme, dass C. unter Zwang ausgesagt hat. Auch seine zwischenzeitliche Verteidigerin, Rechtsanwältin S., hat eine fehlende Einvernahmefähigkeit oder eine Unverwertbarkeit seiner Aussagen nicht geltend gemacht. Unter welchen Umständen er sich am 28. Juni 2019 selbst angezeigt und damit das Verfahren auch gegen die Beschuldigte ins Rollen gebracht hat, kann offenbleiben und ist für die Würdigung seiner Aussagen in den Einvernahmen vom 2. Juli 2019, 12. Dezember 2019 sowie vom 7. Januar 2020 nicht von Belang.

2.7.7 Unabhängig vom Aussageverhalten der Beteiligten ist schliesslich relevant, dass die Beschuldigte im Juni 2019 ein Kind zur Welt brachte (act. B 3/3.3 S. 3), welches aus der Beziehung zu L. stammt (act. B 3/1.2.5 S. 5), der heute vollumfänglich für den Unterhalt der Beschuldigten und ihrer Tochter aufkommt (act. B 18 S. 4). Das Kind wurde somit weniger als ein Jahr nach der Heirat mit ihrem Ehegatten von dem Mann gezeugt, den sie bereits

im Jahr 2016 vom Restaurant J. in K. her kannte und der die spätere Heirat der Ehegatten auch anbahnte. Das Eingehen einer sexuellen Beziehung zu einem Dritten wenige Monate nach der Heirat mit dem 28 Jahre älteren C. von dem sie wusste, dass dieser zeugungsunfähig war und darüber hinaus in Umständen lebte, die von ihr offensichtlich nicht als kindgerecht betrachtet wurden (act. B 3/26 S. 2), ist für das Obergericht ein weiterer klarer Hinweis darauf, dass die Ehe von der Beschuldigten von Beginn weg mit der Absicht geschlossen wurde, eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung in der Schweiz zu erlangen. Entgegen früheren Aussagen (vgl. act. B 3/3 S. 7 Frage 75) hat die Beschuldigte an der Berufungsverhandlung zugegeben, dass zwischen ihr und C. nie ein sexuelles Verhältnis bestanden hat und sie deswegen die Beziehung zum Vater ihrer Tochter eingegangen ist (act. B 18 S. 8; siehe auch act. B 3/1.2.3 S. 3 Frage 11 und B 3/1.2.5 S. 4 Frage 29). Für das Obergericht ist somit erstellt, dass im Sinne der Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 2C_150/2021 vom 27. Dezember 2021 E. 3.2) zumindest bei der Beschuldigten der Wille zur Führung der Lebensgemeinschaft im Sinne einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen, körperlichen und spirituellen Verbindung von Beginn weg gefehlt hat.

Hinzuzufügen ist, dass das Obergericht Appenzell Ausserrhoden, 1. Abteilung, in Sachen A. gegen D. und E. betreffend Eheungültigkeit im Urteil vom 29. November 2022 ebenfalls von einer Scheinehe ausgegangen ist (Verfahren Nr. O1S 21 6, act. B 6 E. 2.3.7 S. 19 f.).

2.7.8 Zusammenfassend ist für das Obergericht auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine Scheinehe rechtsprechungsgemäss nicht leichthin angenommen werden darf und nicht bereits dann gegeben ist, wenn ausländerrechtliche Motive für den Eheschluss mitentscheidend waren (Urteil des Bundesgerichts 2C_154/2015 vom 17. März 2015, E. 2.1), erwiesen, dass für die Beschuldigte ganz vorwiegend und entscheidend ausländerrechtliche Motive den Ausschlag für die Heirat gegeben haben.

2.9 Indem die Beschuldigte trotzdem gestützt auf diese nur formell und unter Mentalreservation bestehende Ehe am 14. Dezember 2017 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Familiennachzug ersuchte, hat sie das Amt für Inneres vorsätzlich getäuscht und in einen Irrtum versetzt, um wissentlich und willentlich eine Bewilligung zu erschleichen, in die Schweiz einreisen zu können. Damit hat sie den Tatbestand von Art. 118 Abs. 1 AIG in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.

Nach dem Gesagten ist die Beschuldigte im Ergebnis in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AIG schuldig zu sprechen.

3 Strafe

- 3.1 Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Strafzumessung zutreffend aufgezeigt. Auch hat sie richtigerweise darauf hingewiesen, dass die Strafandrohung für den Tatbestand der Täuschung der Behörden gemäss Art. 118 Abs. 1 AIG einen ordentlichen Strafraum von Geldstrafe bis hin zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren vorsieht. Darauf kann verwiesen werden (act. B 2 E. 4 S. 10 f.).
- 3.2 Die Beurteilung der Vorinstanz, wonach im vorliegenden Fall in objektiver Hinsicht von einem mittelschweren Verschulden auszugehen sei, ist zutreffend. Auch die Ausführungen der Vorinstanz zu den subjektiven Tatkomponenten und zu den Täterkomponenten geben keinen Anlass zu Bemerkungen. Das Verhalten der Beschuldigten zeugt insgesamt von einer nicht unerheblichen kriminellen Energie, womit sich die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe von 120 Tagessätzen als schuldangemessen erweist. Auch die Tagessatzhöhe von CHF 10.00 ist angesichts der finanziellen Mittellosigkeit der Beschuldigten nicht zu beanstanden.
- 3.3 Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 und 2 StGB anstelle der Geldstrafe von 120 Tagessätzen eine Freiheitsstrafe von vier Monaten Dauer ausgesprochen. Sie begründet dies mit der Tatsache, dass die Aufenthaltsbewilligung der Beschuldigten durch das Amt für Inneres des Kantons Appenzell Ausserrhoden am 8. Oktober 2019 widerrufen wurde und die Beschuldigte wieder in P. leben würde. Weiter sei sie nach ihren Angaben völlig mittellos und lebe von der Unterstützung ihrer Familie. Unter diesen Umständen sei nicht ersichtlich, wie die Beschuldigte die für P. Verhältnisse hohe Geldstrafe von CHF 1'200.00 bezahlen könne. Da sie in P. lebe, sei ein Inkasso der Geldstrafe im Ausland kaum möglich. Dies führe im Ergebnis zu einer ungünstigen Vollzugsprognose für eine Geldstrafe, weshalb auf eine Freiheitsstrafe von vier Monaten erkannt werde (act. B 2 E. 4 S. 12).
- 3.4 Auch wenn die Erwägungen der Vorinstanz zu diesem Punkt inhaltlich nachvollziehbar sind, ist zu berücksichtigen, dass der Schuldspruch wegen eines vorgeworfenen Verhaltens im Rahmen des ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens im Jahr 2017 erfolgt. Die neuen Bestimmungen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, auf welche die Vorinstanz die Verhängung der kurzen Freiheitsstrafe abstützt, sind indes erst am 1. Januar 2018 - und somit nach Verübung der zu beurteilenden Straftat - in Kraft getreten.
- 3.5 Gemäss Art. 2 StGB wird nach diesem Gesetz beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Abs. 1). Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen

vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für ihn das mildere ist (Abs. 2). Diese Bestimmung ist über ihren etwas engen Wortlaut hinaus auch bei Teilrevisionen des StGB anwendbar. Ob die neue gesetzliche Regelung milder als die alte ist, bestimmt sich nach der konkreten Methode unter Berücksichtigung der gesamten Umstände. Es ist zu prüfen, ob der Beschuldigte bei Anwendung, der im Zeitpunkt der Beurteilung geltenden Normen besser wegkommt, als bei Anwendung der Normen, die zur Zeit der Verübung der Taten galten (BGE 142 IV 401 E. 3.3).

- 3.6 Während nach altem Recht die Ausfällung einer Geldstrafe von einem bis zu 360 Tagessätzen möglich war (Art. 34 Abs. 1 aStGB), ist nach neuem Recht nur noch eine Geldstrafe von drei bis 180 Tagessätzen zulässig (Art. 34 Abs. 1 StGB). Gemäss altem Recht war überdies eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten nur ausnahmsweise zulässig, wenn der bedingte Strafvollzug ausser Betracht fiel und eine Geldstrafe aller Voraussicht nach nicht vollzogen werden konnte (Art. 41 Abs. 1 aStGB; BGE 134 IV 60 E. 3.1).
- 3.7 Mit der Revision wurde die Möglichkeit von kurzen (bedingten oder unbedingten) Freiheitsstrafen wiedereingeführt. Gemäss neuem Recht kann das Gericht statt auf eine Geldstrafe auf eine Freiheitsstrafe erkennen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB), oder eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB). Während nach neuem Recht für die Erkennung einer kurzen Freiheitsstrafe ausreichend ist, dass eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann, sind die Voraussetzungen nach dem alten Recht strenger: Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten war nur unter den kumulativen Voraussetzungen möglich, dass der bedingte Strafvollzug nicht in Betracht kommt und eine Geldstrafe aller Voraussicht nach nicht vollzogen werden kann. Das neue Recht ist folglich für den Beschuldigten nicht milder und die Sanktionierung hat deshalb nach altem Recht zu erfolgen (Art. 41 Abs. 1 aStGB).
- 3.8 Es ist somit zu prüfen, ob die Wahl der Sanktionsart durch die Vorinstanz den Anforderungen von Art. 41 Abs. 1 aStGB standhält. Dies ist zu verneinen. Bezüglich der gesetzlichen Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. B 2 E 4.5 S. 12 f.). Die Beschuldigte ist als Ersttäterin zu betrachten und es besteht im vorliegenden Fall kein Anlass, an einer günstigen Legalprognose zu zweifeln. Mit der Vorinstanz sind die Voraussetzungen für einen bedingten Strafvollzug im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB als erfüllt zu betrachten. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass die Voraussetzungen für die Ausfällung einer Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe nach Massgabe von Art. 41 Abs. 1 aStGB nicht

gegeben sind. Die Beschuldigte ist daher nach dem Gesagten zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu verurteilen. Die Höhe des Tagessatzes kann - wie bereits erwähnt (E. 3.2) - bei CHF 10.00 belassen werden. Der Vollzug der Geldstrafe ist bedingt aufzuschieben, wobei die von der Vorinstanz angeordnete Probezeit von zwei Jahren angemessen erscheint (Art. 44 Abs. 1 StGB).

- 3.9 Die von der Vorinstanz gestützt auf Art. 42 Abs. 4 StGB ausgesprochene Verbindungsbusse von CHF 200.00 gibt zu keinerlei Diskussionen Anlass. Hingegen stellt sich die Frage, ob der Tagessatz bei der bedingten Geldstrafe (Art. 34 StGB) auch bezüglich der Ersatzfreiheitsstrafe bei der Verbindungsbusse Anwendung findet. Diese Frage wird von STEFAN HEIMGARTNER mit überzeugenden Argumenten bejaht (Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 16 zu Art. 106 StGB; ebenso BGE 134 IV 60 E. 7.3.3). Die genannte Voraussetzung, dass bei Ausfällung der Busse die finanziellen Verhältnisse des Täters einbezogen werden, ist hier erfüllt, da die Vorinstanz mit Rücksicht auf die prekären wirtschaftlichen Verhältnisse nämlich eine extra tiefe Verbindungsbusse von lediglich CHF 200.00 ausgesprochen hat (act. B 2 E. 4.6 S. 13). In Abweichung vom Urteil der Vorinstanz ist somit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen auszusprechen.

4. Fazit

Nach dem Gesagten ist die Berufung unter Verweis auf die vorstehenden Ausführungen im Strafpunkt insofern teilweise gutzuheissen, als anstelle der von der Vorinstanz ausgesprochenen bedingten Freiheitsstrafe von vier Monaten auf eine bedingte Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je CHF 10.00 zu erkennen ist und die Ersatzfreiheitsstrafe bei der Verbindungsbusse nicht 2, sondern 20 Tage beträgt. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

5. Kosten und Entschädigungen

5.1 Erst- und zweitinstanzliche Verfahrenskosten

Rechtsgrundlagen

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Ausgenommen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung; vorbehalten bleibt Art. 135 Abs. 4 StPO (Art. 426 Abs. 1 StPO). Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus den Gebühren zur Deckung des Aufwands und den Auslagen im konkreten Straffall (Art. 422 Abs. 1 StPO). Auslagen sind unter anderem Kosten für die amtliche Verteidigung und unentgeltliche Verbeiständung (Art. 422 Abs. 2 lit. a StPO), Kosten für Übersetzungen (Art. 422 Abs. 2 lit. b StPO) sowie Kosten für die Mitwirkung anderer Behörden (Art. 422 Abs. 2 lit. d StPO).

Erwirkt die Partei, die das Rechtsmittel ergriffen hat, einen für sie günstigeren Entscheid, können ihr die Verfahrenskosten unter anderem auferlegt werden, wenn der angefochtene Entscheid nur unwesentlich abgeändert wird (Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO). Bei der Bestimmung von Art. 428 Abs. 2 StPO handelt es sich um eine Kann-Vorschrift, sodass das Gericht nach Ermessen entscheiden kann (Urteil des Bundesgerichts 6B_900/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.3 mit Hinweis auf YVONA GRIESSER, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 9 zu Art. 428 StPO).

Erstinstanzliche Verfahrenskosten

Die Beschuldigte wurde im erstinstanzlichen Verfahren der Täuschung der Behörden gemäss Art. 118 Abs. 1 AIG schuldig gesprochen (act. B 2 E. 3, S. 9 f.). Die Gerichtsgebühr hat die Vorinstanz auf CHF 450.00 festgelegt. Dazu kamen folgende Auslagen: CHF 2'050.00 Kosten der Voruntersuchung (inkl. Vertretung vor Gericht), CHF 180.00 Dolmetscherkosten sowie CHF 3'220.90 für die amtliche Verteidigung. Im Umfang von CHF 5'720.90 (CHF 5'900.90 abzüglich der Dolmetscherkosten) wurden die Verfahrenskosten der Beschuldigten auferlegt, wobei die Kosten der amtlichen Verteidigung im Betrag von CHF 3'220.90 vorläufig auf die Staatskasse genommen wurden.

Das vorinstanzliche Urteil wird im Schuldpunkt und bezüglich des Strafmasses bestätigt. Lediglich bezüglich der Sanktionsart und bei der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe für die Verbindungsbusse erfährt es eine Korrektur. Damit liegt klarerweise ein Anwendungsfall von Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO vor und es kann bei der nachvollziehbaren Verteilung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten sein Bewenden haben.

Zweitinstanzliche Verfahrenskosten

Mit der gleichen Begründung sind der Beschuldigten auch die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Akten sind durchschnittlich umfangreich und das Obergericht hat eine Berufungsverhandlung durchgeführt. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird deshalb auf CHF 1'500.00 festgesetzt (Art. 29 Abs. 1 lit. b Gebührenordnung, bGS 233.3). Vor dem Obergericht sind zudem Auslagen von CHF 200.00 für den Dolmetscher sowie die nachfolgend noch festzulegenden Kosten der amtlichen Verteidigung angefallen (Art. 422 Abs. 2 lit. a StPO). Die Letzteren werden vorläufig auf die Staatskasse genommen (Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO), die Dolmetscherkosten definitiv (Art. 426 Abs. 3 lit. b StPO; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., Kommentar, N. 11 zu Art. 426 StPO).

5.2 Entschädigung für die amtliche Verteidigung

Der Beschuldigten wurde die amtliche Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren gewährt (act. B 3/8.10). Besondere Verhältnisse ausgenommen gilt die Bewilligung praxisgemäss auch im Berufungsverfahren (Urteil des Bundesgerichts 1B_80/2019 vom 26. Juni 2019 E 2.2).

Die amtliche Verteidigung wird gemäss Art. 135 Abs. 1 StPO nach dem Anwaltstarif desjenigen Kantons entschädigt, in welchem das Strafverfahren durchgeführt wurde. Der amtliche Verteidiger wird nach dem notwendigen Zeitaufwand entschädigt (Art. 23 Abs. 1

Anwaltstarif, AT, bGS 145.53). Sein Honorar beträgt CHF 200.00 pro Stunde (Art. 24 Abs. 1 AT). Es darf insgesamt nicht höher als das pauschal zu bemessende Honorar sein (pauschal CHF 1'000.00 bis CHF 6'500.00; Art. 13 lit. b i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 24 Abs. 2 AT).

Die vor dem Kantonsgericht eingereichte Honorarnote hat das Kantonsgericht zu Recht als tarifkonform geschützt und dem amtlichen Verteidiger für seine Bemühungen eine Entschädigung von CHF 3'220.90 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen (act. B 2 E. 5 S. 13).

Bei der dem Obergericht vorgelegten Kostennote wurde der Aufwand für die Berufungsverhandlung (inkl. Fahrzeit) doppelt erfasst (act. B 17). Vom geltend gemachten Aufwand von 13 Stunden sind demzufolge 2 Stunden abzuziehen. Im Übrigen können die Bemühungen im Umfang von 11 Stunden als angemessen bezeichnet werden (Art. 23 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 1 AT). Dem amtlichen Verteidiger ist für das Berufungsverfahren daher eine Entschädigung in Höhe von CHF 2'109.30 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Diese soeben erwähnten Beträge stellen auch das "volle Honorar" im Sinne von Art. 135 Abs. 4 lit. b StPO dar, weil im Kanton Appenzell Ausserrhoden die Honorarsätze bei der ordentlichen Entschädigung und der Entschädigung der amtlichen Verteidigung gleich hoch sind (vgl. die Art. 19 Abs. 1 und 24 Abs. 1 AT).

Sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschuldigten erlauben, ist sie in Anwendung von Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO verpflichtet, dem Kanton CHF 5'330.20 für die amtliche Verteidigung vor beiden Instanzen zurückzubezahlen.

Demnach erkennt das Obergericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Beschuldigte A. der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AIG schuldig gesprochen.
2. Die Beschuldigte wird verurteilt zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je CHF 10.00, insgesamt CHF 1'200.00, sowie zu einer Busse von CHF 200.00.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird bedingt aufgeschoben, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt A. die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen (Art. 42 Abs. 4 und Art. 106 Abs. 2 StGB).

4. Folgende Verfahrenskosten, bestehend aus

CHF	2'050.00	Kosten der Voruntersuchung (inkl. Vertretung der Anklage vor erster Instanz)
CHF	450.00	erstinstanzliche Gerichtsgebühr
<u>CHF</u>	<u>1'500.00</u>	zweitinstanzliche Gerichtsgebühr
CHF	4'000.00	insgesamt,

werden vollumfänglich A. auferlegt.

5. Die übrigen Verfahrenskosten, bestehend aus

CHF	180.00	Dolmetscherkosten vor erster Instanz
CHF	3'220.90	Kosten der amtlichen Verteidigung vor erster Instanz
CHF	200.00	Dolmetscherkosten vor zweiter Instanz
<u>CHF</u>	<u>2'109.30</u>	Kosten der amtlichen Verteidigung vor zweiter Instanz
CHF	5'710.20	insgesamt,

werden im Betrag von CHF 380.00 (Dolmetscherkosten vor beiden Instanzen) definitiv und im Betrag von CHF 5'330.20 (Kosten der amtlichen Verteidigung vor beiden Instanzen, inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) vorläufig auf die Staatskasse genommen. CHF 5'330.20 stehen unter dem Vorbehalt der Rückerstattung der Kosten durch A. nach Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO.

6. Der Berufungsklägerin wird für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren keine Entschädigung zugesprochen.
7. Fürsprecher AA. wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger vor beiden Instanzen mit CHF 5'330.20 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Staatskasse entschädigt. Es wird festgestellt, dass das volle Honorar im Sinne von Art. 135 Abs. 4 lit. b StPO CHF 5'330.20 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) beträgt.

8. **Rechtsmittel:**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 78 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

Gegen den Entschädigungsentscheid gemäss Ziffer 7 kann die amtliche Verteidigung bzw. der unentgeltliche Rechtsbeistand innert 10 Tagen Beschwerde gemäss Art. 135 Abs. 3 lit. b bzw. Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) erheben. Die Beschwerde ist beim Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona, schriftlich einzureichen. Hinsichtlich des Inhalts und der Form der Beschwerde wird auf Art. 385 StPO verwiesen.

9. Mitteilung an:

- die Berufungsklägerin über ihren amtlichen Verteidiger, eingeschrieben
- die Staatsanwaltschaft (U 20 99), eingeschrieben
- die Vorinstanz (SE1 21 1), mit interner Post

10. Zustellung nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an:

- Kantonale Koordinationsstelle für das Strafregister, mit interner Post
- Amt für Finanzen (Formular), mit interner Post
- Amt für Inneres, Abteilung für Migration, mit interner Post

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. Marc Winiger

lic. iur. Barbara Schittli

versandt am: 4. Dezember 2023