

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.28 vom 24. November 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2016.28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2016.28)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.28 du 24 novembre 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.28 del 24 novembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ziff. 1 des basel-städtischen Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

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

### **E. 2**

2.1 Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, benötigen unabhängig von ihrer Aufenthaltsdauer eine Bewilligung (Art. 11 Abs. 1 AuG). Als Erwerbstätigkeit gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbstständige oder selbstständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AuG). Dabei ist es nach Art. 1a Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) ohne Belang, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder nur vorübergehend ausgeübt wird. Die Erwerbstätigkeit muss gemäss der Zweckbestimmung einer kontrollierten Zulassungspolitik für Arbeitskräfte weit ausgelegt werden. Die Möglichkeit nicht erwerbsmässiger Tätigkeiten darf allerdings nicht vollständig ausgeschlossen werden. Gefälligkeitshandlungen, die nach objektiven Kriterien normalerweise nicht gegen Entgelt geleistet werden, fallen beispielsweise nicht unter den Begriff der Erwerbstätigkeit. Entscheidend für die Qualifikation einer Tätigkeit als üblicherweise auf Erwerb gerichtet ist, dass die Aufnahme der Tätigkeit durch die ausländische Person einen Einfluss auf den Schweizer Arbeitsmarkt hat. Die Abgrenzung ist im Einzelfall vorzunehmen (Egli/Meyer, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Art. 11 N 6). Leistungen aus einer sittlichen Pflicht, wie etwa die Kinderbetreuung durch die Grossmutter, sollen nicht unter den ausländerrechtlichen Begriff der Erwerbstätigkeit fallen (Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 4. Auflage, Zürich 2015, Art. 11 AuG N 3). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht stellt der gegenseitige Beistand naher Verwandter keine Erwerbstätigkeit dar, solange dies mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles noch als üblich beziehungsweise sozialadäquat betrachtet werden kann (BVGer C-2882/2010 vom 20. Juni 2011 E. 4.2.).

### **E. 2.2**

2.2.1 ■■■ Der Beschuldigte hat bereits im erstinstanzlichen Verfahren bestritten, dass er im Restaurant [...] einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Als die Vertreter des Migrationsamtes im Rahmen einer Kontrolle wegen Verdachts auf Schwarzarbeit das

Restaurant, welches durch seiner Schwester geführt wird, betreten und ihn (angeblich) bei der Zubereitung eines Kaffees angetroffen hatten, habe er sich in einem Nebenraum aufgehalten, in welchem sich gemäss seiner Darstellung nicht einmal eine Kaffeemaschine befunden habe (Akten S. 90). Da er der Bruder der Restaurantinhaberin sei, habe er sich öfters, jedoch bloss zu Besuchszwecken, in diesem Lokal aufgehalten. Dies sei auch anlässlich der Kontrolle am 17. März 2015, 14.45 Uhr, der Fall gewesen. Seine Schwester habe zwar eingeräumt, dass er ihr ab und zu behilflich gewesen sei, dies aber nicht gegen Entgelt. Sie habe ihm deshalb hin und wieder ein Taschengeld gegeben, welches aber mehr als Dankeschön für seine Kinder, als an ihn gedacht gewesen sei (Akten S. 91).

2.2.2 Im Rahmen der Befragung vom 20. März 2015 beim Migrationsamt Basel-Stadt räumte der Beschuldigte ein, dass er ab und zu von seiner Schwester Geld erhalten habe, wenn er ihr geholfen habe. Auf den am 18. März 2014 mit seiner Schwester betreffend Restaurant [...] abgeschlossenen Arbeitsvertrag angesprochen, erklärte er, dass er beabsichtigt hatte, dort als Koch zu arbeiten. Er habe sich dann aber entschieden, das Nachbarlokal (dort, wo man ihn am 17. März 2015 angetroffen hatte) zu mieten, um dort ein Café betreiben zu können. Auf Frage räumte er weiter ein, dass er nicht regelmässig, sondern nur ab und zu seiner Schwester geholfen, dafür aber kein Geld bekommen habe. Vielmehr sei dieses für seine Kinder bestimmt gewesen (Akten S. 23). Im Rahmen der Hauptverhandlung hat der Beschuldigte sodann bestritten, im Restaurant seiner Schwester gearbeitet zu haben. Vielmehr will er diese dort nur als Bruder besucht haben (Akten S. 95).

2.2.3 Die Schwester des Beschuldigten erklärte anlässlich der Kontrolle vom 27. März 2015 unterschriftlich (Akten S. 17), dass ihr Bruder ab und zu zwei bis drei Stunden für sie arbeite. Wenn er ihr helfe, bekomme er dafür Essen und Trinken, zwei bis drei Mal habe er für die Arbeit CHF 80.■ erhalten. Im Rahmen der Hauptverhandlung ist die Schwester des Beschuldigten als Auskunftsperson gemäss Art. 178 lit. d StPO befragt worden (Akten S. 98). Sie bestritt dabei, dass der Beschuldigte für sie gearbeitet habe. Das erste Mal, als sie ihm Fr. 80.■ gegeben habe, habe sie ihn unterstützen wollen, da er mit seinen Kindern habe zur Messe gehen wollen. Das zweite Mal habe sie ihn gar gezwungen, das Geld zu nehmen. Dies sei nicht in Zusammenhang mit einer Arbeitsleitung gewesen (Akten S. 99). Am Tag, an welchem die Beamten gekommen seien, sei ihr Bruder erst kurze Zeit bei ihr gewesen. Sie habe ihm gerade einen Kaffee gemacht. Auf die Frage der Verteidigung, in welcher Funktion sie von ihrem Bruder unterstützt worden sei, wenn er ihr in Notsituationen ausgeholfen habe, erklärte sie: ■er hat mir geholfen die Stühle von draussen reinzuholen oder die Tische abzuräumen■.

2.2.4 Der Beschuldigte bestreitet im Berufungsverfahren nicht, seiner Schwester ab und zu geholfen zu haben, Stühle von draussen ins Restaurantinnere zu tragen und die Tische abzuräumen. Die Hilfeleistungen gegenüber seiner Schwester seien jedoch nur sporadisch und vor allem aus familiärer Solidarität erfolgt. Als Dankeschön für diese unregelmässigen und vereinzelt Hilfeleistungen habe er von seiner Schwester Taschengeld, welches nicht für ihn selbst, sondern für seine Kinder bestimmt gewesen sei, erhalten. In diesem Zusammenhang von illegaler entgeltlicher Arbeitsleistung zu sprechen, sei lebensfremd. Damit werde ein zwischenmenschliches natürliches Verhalten in einer Familie kriminalisiert.

## E. 2.3

2.3.1 Die Vorinstanz hat erwogen, dass die Frage nach der Entlohnung oder Regelmässigkeit einer Tätigkeit bei der Qualifikation als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG keine Rolle spiele. Entscheidend sei vielmehr, ob es sich bei der Tätigkeit um eine solche handle, wofür üblicherweise ein Entgelt geleistet werde und sie nicht als blosse Gefälligkeit erscheine. Massgebend sei somit die konkrete Tätigkeit im Einzelfall.

2.3.2 Das Strafgericht stellte fest, dass die Hilfeleistung des Beschuldigten vorliegend darin bestanden habe, dass er die Tische im Restaurant [...] abgeräumt und die Stühle von draussen hereingeräumt habe. Diese Tätigkeiten stellen laut Vorinstanz typische Arbeiten eines Serviceangestellten dar, die über schlichte Gefälligkeiten hinausgehen. So könne man im Gastronomiebereich beispielsweise noch von einer Gefälligkeit sprechen, wenn man das eigene Geschirr zurück an den Tresen bringen würde, alles was darüber hinausgehe, müsse jedoch als Arbeitstätigkeit bezeichnet werden. Der Beschuldigte habe darüber hinaus auch nicht aus einer sittlichen Pflicht heraus gehandelt. Eine solche könne nur bei persönlicher Betreuung von Angehörigen bejaht werden. Die Annahme einer sittlichen Verpflichtung zur Mithilfe in einem von einem nahen Verwandten geführten Restaurant würde jedoch zu weit gehen.

#### **E. 2.4**

2.4.1 In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass es sich bei den vom Beschuldigten ausgeführten Arbeiten um üblicherweise auf Erwerb gerichtete Tätigkeiten eines Serviceangestellten handelt. Dass sich der Beschuldigte nicht regelmässig im Restaurant [...] aufgehalten hatte, spielt für die Qualifikation als unselbständige Erwerbstätigkeit entgegen seiner Auffassung ebenso wenig eine Rolle wie die Frage, ob für die Arbeitsleistungen ein Entgelt ausgerichtet wurde. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die vom Beschuldigten geleisteten Arbeiten über reine Gefälligkeiten hinausgingen. Dies zeigt sich darin, dass seine Schwester die durch ihn erledigten Arbeiten auch durch eine Drittperson hätte ausführen lassen können und durch die Beschäftigung des Beschuldigten die Einstellung einer weiteren Servicekraft vermeiden und so Kosten einsparen konnte.

2.4.2 Die vom Beschuldigten vorgenommenen Arbeiten können im Weiteren weder unter den Titel des gegenseitigen Beistands zwischen nahen Verwandten noch unter die Erfüllung einer sittlichen Pflicht subsumiert werden. Dass es nicht um ■moralische Verwandtenunterstützung■ ging, indizieren vor allem die bis zur Tatzeit vom Beschuldigten an den Tag gelegten Bemühungen, arbeitsmässig in der Schweiz wieder Fuss fassen zu können. So hatte er bereits am 19. März 2014, als er noch im Besitz einer Grenzgängerbewilligung war, ohne Erfolg beim AWA um Verlängerung seiner am 30. April 2014 ablaufenden Arbeitsbewilligung für Grenzgänger ersucht und dabei ausgerechnet einen Arbeitsvertrag mit dem Restaurant [...] vorgelegt (Akten S. 31). Ferner hat er um die Tatzeit herum beim Handelsregisteramt die Einzelunternehmung ■[...]■ mit Sitz an der [...] ■ dem Ort, an welchem er bei der Kontrolle angetroffen worden ist ■ eintragen lassen. Eine gültige Arbeitsbewilligung konnte er jedoch nicht vorweisen (Akten S. 10, 14).

2.5 Im Ergebnis gelangte die Vorinstanz bezüglich des Vorwurfs der nicht bewilligten Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf Grund der vorhandenen Beweise und Indizien (Kontrollsituation, Zeugenaussage des Mitarbeiters des AWA, widersprüchliche Aussagen des Beschuldigten, Aussagen der Schwester im Rahmen der Hauptverhandlung) zu Recht

zu einem Schuldspruch.

### E. 3.1

3.1.1 In Bezug auf die Frage, ob der bewilligungsfreie dreimonatige Aufenthalt des Beschuldigten (Art. 10 Abs. 1 AuG) durch die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung eo ipso rechtswidrig wird (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG), hat die Vorinstanz unter Berufung auf einen Entscheid des Bundesgerichts festgehalten, dass sich grundsätzlich rechtswidrig in der Schweiz aufhalte, wer mit einem Touristenvisum einreise und eine Erwerbstätigkeit aufnehme (BGE 131 IV 174 E. 4.4). Sie erwog jedoch, dass sich zitierte Bundesgerichtsentscheid noch auf das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) stütze, welches aktuell nicht mehr in Kraft ist. Da die Gesetzesrevision unter anderem auch für die vorliegend relevanten Tatbestände gewichtige Änderungen mit sich gebracht hätte, könne das zitierte Urteil nicht vorbehaltlos auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. So sei der rechtswidrige Aufenthalt nach altem Recht als Vergehen ausgestaltet (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 23 Abs. 1 ANAG) gewesen, wohingegen die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung als ■andere Zuwiderhandlung gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften■ lediglich als Übertretung geahndet worden sei (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 23 Abs. 6 ANAG). Nach geltendem Recht stellten jedoch beide Tatbestände Vergehen dar, weswegen dem erhöhten Strafbedürfnis der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bereits durch Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG ausreichend Rechnung getragen werden könne.

3.1.2 Hinzu komme, dass die Frage selbst unter dem alten Regime kontrovers diskutiert worden sei. Roschacher habe hierzudie Auffassung vertreten, dass die rechtmässige Anwesenheit eines Ausländers durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit während der bewilligungsfreien Zeit nicht zum rechtswidrigen Verweilen im Sinne von Art. 2 i.V.m. 23 Abs. 1 ANAG werde. Dies habe er vor allem damit begründet, dass die Aufenthaltsbewilligung eines Ausländers, dem eine solche über den bewilligungsfreien Zeitraum hinaus und unter Auferlegung eines Arbeitsverbots erteilt worden sei (z.B. Student), bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit lediglich widerrufen werden könne. In einem solchen Fall werde der Aufenthalt nicht schon bei der Aufnahme der Erwerbstätigkeit rechtswidrig, sondern erst ab einem von der Behörde festzusetzenden Zeitpunkt, sofern sich die Behörde überhaupt für einen Widerruf der Aufenthaltsbewilligung entscheide (Art. 9 Abs. 2 lit. b i.V.m. 12 Abs. 3 ANAG). Es sei daher nicht einzusehen, weshalb ein Ausländer, der im bewilligungsfreien Zeitraum eine Erwerbstätigkeit aufnehme, härter bestraft werden solle als einer, der dies erst danach tue, denn beide würden gegen die Bedingungen ihrer Aufenthaltserlaubnis verstossen (Roschacher, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG], Diss. Zürich 1991, S. 56 f.). Diese Argumentation lasse sich laut Strafgericht auch ins aktuelle Recht übertragen, da Art. 62 lit. d AuG eine solche Widerrufsmöglichkeit einer im Rahmen von Art. 27 bis 29 AuG erteilten Aufenthaltsbewilligung immer noch vorsehe. Aufgrund dieser Erwerbstätigkeit habe der Beschuldigte durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nicht zugleich den Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts erfüllt.

3.2 Die Staatsanwaltschaft verweist in ihrer Berufungsbegründung vom 20. Juli 2016 ebenfalls auf BGE 131 IV 174 E. 4, hält aber dafür, dass diese Rechtsprechung auch unter dem AuG nach wie vor Geltung beanspruchen könne. Gestützt auf Art. 10 AuG würden Ausländerinnen und Ausländer für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit bis zu drei

Monaten keine Bewilligung benötigen. Voraussetzung für einen bewilligungsfreien Aufenthalt sei demnach eine Nichterwerbstätigkeit. Im vorliegenden Fall habe der Beschuldigte von Februar 2015 bis vor der Kontrolle durch das AWA am 17. März 2015 hin und wieder im Restaurant [...] ausgeholfen, was dazu geführt habe, dass sein bewilligungsfreies Aufenthaltsrecht untergegangen sei und er sich rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten habe. Es sei unerheblich, dass unter dem ANAG der Tatbestand des Arbeitens ohne Bewilligung lediglich als Übertretung bestraft worden sei. Der Gesetzgeber habe mit dem AuG eine Verschärfung der Strafbestimmungen angestrebt. Allerdings sei nicht ein erhöhtes Strafbedürfnis der Grund für die gleichzeitige Erfüllung der beiden Straftatbestände, sondern, dass durch die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung die Grundlage für einen legalen Aufenthalt nicht mehr gegeben sei.

### **E. 3.3**

3.3.1 Die Argumentation der Vorinstanz, welcher sich der Beschuldigte anschliesst, überzeugt nicht und widerspricht auch diversen Lehrmeinungen: Der Aufenthalt als solcher wird durch die Aufnahme einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit nicht rechtswidrig, sofern er auf einer gültigen Bewilligung und nicht bloss auf bewilligungsfreiem Aufenthalt beruht (Maurer, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Maurer/Riesen-Kupper/Weder [Hrsg.], Kommentar StGB, 19. Auflage, Zürich 2013, Art. 115 AuG N 25; Vetterli/D■■Addario Di Paolo, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Art. 115 N 21). Ausländerinnen und Ausländer mit Niederlassungsbewilligung können sich des rechtswidrigen Aufenthalts zum vornherein nicht schuldig machen, da sie bewilligungsfrei eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit in der ganzen Schweiz ausüben befugt sind (Art. 38 Abs. 4 AuG). Personen, die sich auf das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union berufen können, haben das Recht auf berufliche und geografische Mobilität (Art. 8 und 14 Anhang I des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA, SR 0.142.112.681]), weshalb auch sie den Tatbestand nicht erfüllen können. Nach Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG macht sich im Ergebnis nur derjenige Ausländer strafbar, dem es überhaupt an einer Bewilligung zur Erwerbstätigkeit fehlt (Zünd, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 4. Auflage, Zürich 2015, Art. 115 N 9).

3.3.2 Der Beschuldigte fällt als in Frankreich lebender türkischer Staatsangehöriger unter die Kategorie ■Angehöriger eines Drittstaates■. Er kommt somit nicht in den Genuss der Bestimmungen zur Personenfreizügigkeit (Art. 8 und 14 Anhang I FZA). Festzustellen ist, dass er aufgrund des vom französischen Staat ausgestellten ■titre de voyage pour réfugié■ nicht illegal in die Schweiz eingereist ist, vielmehr hat er mit diesem Titel das Recht zum bewilligungsfreien Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit während maximal 90 Tagen. Sobald er jedoch erwerbstätig sein will, braucht er eine Aufenthaltsbewilligung. Da er eine solche nicht besitzt, wird der Aufenthalt des Beschuldigten mit der Aufnahme der nicht bewilligten Erwerbstätigkeit (vgl. dazu E. 2) rechtswidrig.

3.3.3 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass zwischen der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG) und dem rechtswidrigen Aufenthalt (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) Idealkonkurrenz besteht (Maurer, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Maurer/Riesen-Kupper/Weder [Hrsg.], Kommentar StGB, 19. Auflage, Zürich 2013, Art. 115 AuG N 25), weswegen der Ansicht der Vorinstanz bzw. des

Beschuldigten, wonach dem erhöhten Strafbedürfnis der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zur Bekämpfung der Schwarzarbeit bereits durch Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG ausreichend Rechnung getragen werden könne, nicht gefolgt werden kann.

3.4 Aus dem Gesagten folgt, dass in Gutheissung der Berufung der Staatsanwaltschaft der erstinstanzlich ergangene Freispruch bezüglich des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) aufzuheben und der Beschuldigte diesbezüglich schuldig zu sprechen ist.

#### **E. 4**

StGB verzichtet.

4.2 Was die Zukunftsaussichten anbelangt, so muss zunächst festgehalten werden, dass der Beschuldigte zwei Vorstrafen aufweist (Akten S. 2 und 42). Zum einen wurde er am 16. April 2003 vom Strafbefehlsrichter Basel-Stadt der rechtswidrigen Einreise schuldig erklärt und zu fünf Tagen Gefängnis mit bedingtem Vollzug, unter Auferlegung einer Probezeit von zwei Jahren, sowie zu einer Busse von CHF 300.■ verurteilt. Da diese Straftat aber knapp zwölf Jahre zurückliegt (Eröffnung und Rechtskraft des Urteils jedoch erst im Jahr 2008), vermag sie die Vermutung der günstigen Prognose nach Art. 42 Abs. 1 StGB nicht umzustossen. Ebenso wenig lässt sich eine ungünstige Prognose durch die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 5. März 2015 ergangene Verurteilung wegen Führens eines Motorfahrzeugs trotz Aberkennung des Ausweises begründen, weil diese Vorstrafe nicht einschlägig ist. Aus diesem Grund kann dem Beschuldigten der bedingte Vollzug gewährt werden. Da die bestehenden Vorstrafen entweder lange zurück liegen oder nicht einschlägig sind, besteht entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft auch kein Anlass, dem Beschuldigten eine erhöhte Probezeit aufzuerlegen, weshalb diese praxismässig auf zwei Jahre festgesetzt wird.

4.3 Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 5. März 2015 des Führens eines Motorfahrzeugs trotz Aberkennung des Ausweises schuldig erklärt und zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu CHF 30.■ verurteilt, wobei ihm der bedingte Strafvollzug, unter Auferlegung einer Probezeit von 2 Jahren, gewährt wurde (Akten S. 42). Das vorliegend zu beurteilende Delikt fiel teilweise in diese Probezeit, weshalb das Gericht über den Vollzug der Vorstrafe zu befinden hat. Für einen Widerrufsverzicht sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine besonders günstigen Umstände notwendig, das Fehlen einer schlechten Prognose genügt. Da die Vorstrafe nicht einschlägig ist und der Beschuldigte, wie dargelegt (E. 4.2), keine schlechte Prognose ausgestellt werden muss, wird auf einen Widerruf der bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu CHF 30.■ verzichtet.

#### **E. 4.1**

4.1.1 Ausgangspunkt für die Bemessung der (neuen) Strafe bildet der Strafrahmen des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) sowie der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG), welcher jeweils Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorsieht. Strafschärfend ist sodann der Deliktsmehrheit Rechnung zu tragen (Art. 49 Abs. 1 StGB).

4.1.2 Das Verschulden des Beschuldigten wiegt, wie bereits die Vorinstanz festgehalten hatte, leicht. Er hat nur über einen kurzen Zeitraum und auch nur in Notfällen im Restaurant [ ] ausgeholfen, indem er Servicearbeiten erledigte. Auch wenn der Umstand, dass seine Schwester die Inhaberin des besagten Restaurants ist, nichts an der Qualifikation seiner

Aushilfe als Erwerbstätigkeit ändert, so kann doch verschuldensmindernd berücksichtigt werden, dass der Beschuldigte die Erwerbstätigkeit wohl nicht nur aus finanziellen, sondern auch aus familiären Gründen aufnahm. Dafür spricht vor allem auch die geringe Entlohnung, die einerseits aus unentgeltlicher Verpflegung und andererseits aus zwei bis drei Zahlungen zu CHF 80.■ bestand.

4.1.3 Die von der Staatsanwaltschaft beantragte Geldstrafe von 75 Tagessätzen muss vor diesem Hintergrund als deutlich übersetzt beurteilt werden. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe von 30 Tagessätzen ist als Einsatzstrafe aufgrund der zusätzlichen Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts jedoch leicht zu erhöhen. Das Appellationsgericht erachtet eine Geldstrafe von 45 Tagessätzen dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Da der Beschuldigte in Frankreich eine Arbeitslosenentschädigung von EUR 2'500.■ erhält (Akten S. 20), wird die Höhe des Tagessatzes wie schon vor der Vorinstanz auf CHF 30.■ festgesetzt. Angesichts des geringen Verschuldens und der Kooperation des Beschuldigten wird entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf die Verhängung einer Verbindungsbusse nach Art. 42 Abs.

## **E. 5**

5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschuldigte die erstinstanzlichen Kosten. Aufgrund seines Unterliegens im Berufungsverfahren trägt er auch dessen Kosten mit einer Urteilsgebühr, welche leicht zu reduzieren ist, da die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung ebenfalls nur teilweise durchgedrungen ist. Die reduzierte Urteilsgebühr wird auf CHF 800.■ bemessen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

### **E. 5.2**

5.2.1 Da Advokat [...] mit Verfügung vom 22. März 2016 bzw. 27. April 2016 als notwendiger amtlicher Verteidiger eingesetzt wurde, ist ihm ein entsprechendes Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten. Advokat [...] hat keine Kostennote eingereicht, weshalb sein Aufwand zu schätzen ist. Zu vergüten ist - nebst Auslagen - der für das konkrete Strafverfahren notwendige Zeitaufwand (Schmid, Praxiskommentar StPO, 2. Auflage 2013, Art. 135 N 3; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 135 N 3 f.).

5.2.2 Der Aufwand des amtlichen Verteidigers umfasste vier Eingaben (drei kurze Eingaben und eine ebenfalls relativ kurze Berufungsbegründung) sowie das Studium der Rechtsschriften der Staatsanwaltschaft sowie von Verfügungen des Gerichts. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Zeitaufwand von fünf Stunden zu CHF 200.■ (inkl. Auslagen, zzgl. Mehrwertsteuer) als angemessen. Das Honorar beläuft sich somit auf CHF 1■000.■ (5 Stunden à CHF 200.■), zuzüglich Mehrwertsteuer zu 8% (CHF 80.■), total CHF 1■080.■.

5.2.3 Gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO hat die beschuldigte Person, die zu den Verfahrenskosten verurteilt wird, dem Gericht die der Verteidigung bezahlte Entschädigung zurückzuerstatten, sobald es ihre wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Diese Rückzahlungspflicht bezieht sich jedoch, wie sich aus Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO ergibt, nicht auf die Entschädigung für Aufwendungen der Verteidigung in den Punkten, in welchen der Berufungskläger obsiegt hat. Da die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung ebenfalls nur teilweise durchgedrungen ist, umfasst die Rückerstattungspflicht im Falle seiner wirtschaftlichen Besserstellung daher bloss 80% des zugesprochenen Honorars.

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