

BGer 6B_519/2020 vom 27. September 2021

Bundesgericht, 2021-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_519_2020

FR: TF 6B_519/2020 du 27 septembre 2021

IT: TF 6B_519/2020 del 27 settembre 2021

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerdegegnerin stellt in ihrer Vernehmlassung die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin in Frage und argumentiert, diese lege ihr rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils weder dar noch sei ein solches ersichtlich.

E. 1.2

Zur Beschwerde in Strafsachen ist nach Art. 81 Abs. 1 BGG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a: "formelle Beschwer") und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b: "materielle Beschwer"). Die Bestimmung von Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG verleiht nicht selbst das rechtlich geschützte Interesse, welches sie voraussetzt (BGE 139 IV 121 E. 4.2 mit Hinweisen). Das rechtlich geschützte Interesse der Staatsanwaltschaft an der Aufhebung oder Änderung des anzufechtenden Entscheids (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG) leitet sich aus dem staatlichen Strafanspruch ab, den die Staatsanwaltschaft zu vertreten hat. Mithin ist diese Behörde im Verfahren vor Bundesgericht (unter allen Rechtstiteln nach Art. 95-98 BGG ; BGE 134 IV 36 E. 1.4.3 f.) beschwerdebefugt, wenn es um die Durchsetzung des Strafanspruchs als solchen oder um damit zusammenhängende materiell- und prozessrechtliche Belange geht (BGE 134 IV 36 E. 1.4.3 und E. 1.4.5; Urteile 1B_526/2020 vom 4. Februar 2021 E. 1; 6B_1314/2016 vom 10. Oktober 2018 E. 1.4.3, nicht publ. in: BGE 145 IV 114 ; je mit Hinweisen). Zwar ist diese Voraussetzung und damit die materielle Beschwer in der Regel gegeben (Urteile 1B_526/2020 vom 4. Februar 2021 E. 1; 1B_20/2014 vom 24. Januar 2014 E. 1.2). Sie kann jedoch nach dem Ausgeführten nicht pauschal bejaht werden und muss im Einzelfall durch die beschwerdeführende Staatsanwaltschaft dargelegt werden, sofern sie nicht offensichtlich gegeben ist (Art. 42 Abs. 1 BGG ; BGE 141 IV 289 E. 1.3 mit Hinweisen; Urteil 1B_526/2020 vom 4. Februar 2021 E. 1).

Die Beschwerdeführerin wendet sich insofern gegen das Urteil der Vorinstanz als diese mangels Strafbedürfnisses von einer Bestrafung der Beschwerdegegnerin absieht. Die Beschwerdeführerin beantragt, dass eine schuldangemessene Strafe ausgesprochen wird. Damit verfolgt sie offensichtlich die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, woraus sich ihr rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils ergibt.

E. 1.3

Ist in einem Kanton eine übergeordnete staatsanwaltliche Behörde für die Strafverfolgung aller Straftaten im ganzen Kantonsgebiet zuständig, kann grundsätzlich nur diese Behörde (Oberstaatsanwaltschaft, Generalstaatsanwaltschaft usw.) oder ein Mitglied der obersten

Geschäftsleitung einer kantonalen Staatsanwaltschaft mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht gelangen (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG i.V.m. Art. 381 Abs. 2 StPO ; BGE 142 IV 196 E. 1.5.2).

Die Beschwerdeschrift ist unterzeichnet vom baselstädtischen Ersten Staatsanwalt und einem Leitenden Staatsanwalt; die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt ist zudem für Strafverfolgungen im ganzen Kanton grundsätzlich zuständig. Die Beschwerdelegitimation ist damit gegeben (vgl. Urteil 1B_244/2020 vom 12. Mai 2021 E. 1.1).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen den Schuldspruch wegen rechtswidrigen Aufenthalts und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nach Art. 115 Abs. 1 lit. b und c AuG (SR 142.20; seit 1. Januar 2019 AIG). Jedoch rügt sie, die vorinstanzliche Beurteilung, dass mangels Strafbedürfnisses gestützt auf Art. 52 StGB von einer Bestrafung der Beschwerdegegnerin abzusehen sei, da Schuld und Tatfolgen gering seien, verletze Bundesrecht. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz keinen Quervergleich zu typischen unter dieselben Gesetzesbestimmungen fallenden Taten gemacht habe. Sie argumentiert, dass Sans-Papiers (als Sans-Papiers werden Menschen bezeichnet, die sich ohne eine Aufenthaltsberechtigung in einem Land aufhalten [<https://www.ekm.admin.ch> unter Zuwanderung & Aufenthalt/Sans-Papiers, besucht am 6. September 2021]) im Gegensatz zu Personen, die einzig zur Begehung von Straftaten ausserhalb des AIG illegal in der Schweiz verweilen, als Regelfall bei den Tatbeständen des rechtswidrigen Aufenthalts und der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung herangezogen werden könnten. Weiter macht sie geltend, die Beschwerdegegnerin habe die geschützten Rechtsgüter weder geringfügig verletzt noch seien sämtliche von ihr verursachten negativen Auswirkungen der Tat oder ihr Verschulden geringfügig. Der Umstand, dass das Härtefallgesuch der Beschwerdegegnerin bewilligt worden sei, könne nicht alleiniges Kriterium für die Annahme des geringfügigen Verschuldens bilden. Mit der erteilten Bewilligung könne das Unrecht des jahrelangen illegalen Aufenthalts und der unbewilligten Erwerbstätigkeit nicht ausgeglichen werden. Von einer "Nischentätigkeit" der Beschwerdegegnerin könne nicht die Rede sein, da eine erhebliche Zahl ausländischer Personen die staatliche Kontrolle der Einwanderung und die Regulierung des Arbeitsmarktes gemäss Art. 18 ff. AIG umgehe. Indem die Beschwerdegegnerin während vielen Jahren ohne erforderliche Bewilligung in Privathaushalten als Haushaltshilfe sowie Betreuerin betagter Menschen gearbeitet und dabei weder Sozialabgaben entrichtet noch Lohn versteuert habe, habe sie der gesamten Bevölkerung geschadet. Das Motiv für Delinquenz sei regelmässig bittere Armut, weshalb dies der Beschwerdegegnerin im Quervergleich nicht zugute gehalten werden könne. Insgesamt handle es sich vorliegend nicht um einen besonders leichten Fall mit offensichtlich fehlendem Strafbedürfnis.

E. 2.2

Die Vorinstanz prüft zunächst, ob die Voraussetzungen von Art. 53 StGB erfüllt sind, was sie mangels Wiedergutmachung verneint. Demgegenüber erachtet sie ein Absehen von Strafe mangels Strafbedürfnisses im Sinne von Art. 52 StGB für angezeigt. Hinsichtlich der Schuld der Beschwerdegegnerin erwägt sie, die Gesichtspunkte, die einen Härtefall (gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG i.V.m. Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]) ausmachen würden,

seien hauptsächlich bei den Täterkomponenten zu berücksichtigen. Mit der Härtefallregelung wolle der Gesetzgeber den Härten der Aufenthalts- und Erwerbssituation irregulärer Migranten begegnen und einen Ausgleich zwischen der Durchsetzung des Ausländerrechts und menschenrechtlichen sowie humanitären Anliegen ermöglichen. Dieser Ausgleichsgedanke müsse bei der Bewertung des Strafbedürfnisses berücksichtigt werden. Aufgrund der strengen Voraussetzungen der Härtefallklausel und insbesondere des Umstands, dass die Beschwerdegegnerin ansonsten die hiesigen gesellschaftlichen Normen und Werte respektiere, wiege ihre Schuld eher leicht. Diese sei in einer Nische des Arbeitsmarktes tätig gewesen, habe damit keine nennenswerten wirtschaftlichen Schädigungen hervorgerufen und die öffentliche Ordnung auch nicht in anderer Weise gefährdet. Das Motiv für ihr Verhalten - bittere Armut - sei nachvollziehbar. Da Härtefallbewilligungen gemäss einem Merkblatt des Justiz- und Sicherheitsdepartements Basel-Stadt erst nach einer mehrjährigen Aufenthaltsdauer erteilt würden, gehe einer allfälligen Regularisierung ein mehrjähriger klandestiner Aufenthalt mit vielen Unsicherheiten voraus, weshalb sich eine allfällige Vorbildwirkung für weitere irreguläre Einwanderer in Grenzen halte. Zusammenfassend sei aus dem Handeln der Beschwerdegegnerin weder der Gesellschaft noch dem Arbeitsmarkt ein nennenswerter Schaden erwachsen. Das Unrecht des unbewilligten, eigenmächtigen Handelns wiege vergleichsweise gering, sodass die Voraussetzungen für eine Strafbefreiung nach Art. 52 StGB erfüllt seien (Urteil S. 9 ff.).

E. 2.3

Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Vernehmlassung aus, ein Strafverzicht dränge sich bereits mit Blick auf die überlange Verfahrensdauer bzw. die Verletzung des Beschleunigungsgebots auf. Seit der Eröffnung des Strafverfahrens seien über fünf Jahre vergangen und das bundesgerichtliche Verfahren daure bereits 14 Monate. Hinzu komme, dass auch seit der vorgeworfenen Tat verhältnismässig viel Zeit verstrichen sei. Hinsichtlich der Frage des geringfügigen Verschuldens macht sie geltend, die Vorinstanz habe die Besonderheiten ihres Falles eingehend herausgearbeitet und damit das tatbestandsmässige Verhalten durchaus von "typischen Regelfällen" abgegrenzt. Alleine schon die mit der Einreichung des Härtefallgesuchs zwingend vorausgesetzte De-Anonymisierung stelle ein gegenüber dem Regelfall massgebliches, untypisches Verhalten dar, das hinsichtlich der Schuld (und Tatfolgen) relevant sei. Das mit dem Härtefallgesuch einhergehende einsichtige Verhalten sei im Rahmen des (geringen) Verschuldens zu berücksichtigen. Die Vorinstanz habe ihre Anwesenheitsdauer entgegen der Kritik der Beschwerdeführerin durchaus differenziert betrachtet. Insgesamt hebe sie (die Beschwerdegegnerin) sich klarerweise von der Mehrheit der sich rechtswidrig in der Schweiz aufhaltenden Personen ab. Auch berücksichtige die Vorinstanz ihren Respekt vor den hiesigen Werten im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu Recht. Daher sei von einem höchstens geringfügigen Verschulden auszugehen. Hinsichtlich der Tatfolgen verkenne die Beschwerdeführerin, dass nicht eine abstrakte, statistische Summe von Sans-Papiers zu bewerten sei, sondern die Tatfolgen im konkreten Fall. Der Beschwerdeführerin gelinge es nicht, die substantiierten Darlegungen der Vorinstanz, dass vorliegend weder der Gesellschaft noch dem Arbeitsmarkt ein nennenswerter Schaden erwachsen sei, zu entkräften. Hinzu komme, dass sie (die Beschwerdegegnerin) noch während dem angeblichen deliktischen Zeitraum die nötigen Schritte unternommen habe, ihre Arbeitssituation zu legalisieren und allfällige (ohnehin geringe) Einkommensverluste für den öffentlichen Sektor gänzlich zu beseitigen. Die Vorinstanz gehe daher zutreffend von

höchstens geringfügigen Tatfolgen aus (Vernehmlassung vom 18. August 2021 S. 7 ff.).

E. 2.4

Gemäss Art. 52 StGB sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind. Die Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Würdigung des Verschuldens des Täters richtet sich nach den in Art. 47 StGB aufgeführten Strafzumessungskriterien. Der Begriff der Tatfolgen umfasst nicht nur den tatbestandsmässigen Erfolg, sondern sämtliche vom Täter verschuldeten Auswirkungen der Tat. Diese müssen stets gering sein (BGE 135 IV 130 E. 5.3.2 mit Hinweisen; Urteile 6B_45/2016 vom 13. Juni 2016 E. 2.4; 6B_669/2010 vom 4. Oktober 2010 E. 3.4). Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers, bei Bagatelldelikten generell auf eine strafrechtliche Sanktion zu verzichten. Eine Strafbefreiung kommt nur in Frage, wenn keinerlei Strafbedürfnis besteht. Auch bei einem Bagatelldelikt kann daher eine Strafbefreiung wegen Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen nur angeordnet werden, wenn es sich von anderen Fällen mit geringem Verschulden und geringen Tatfolgen qualitativ unterscheidet. Das Verhalten des Täters muss im Quervergleich zu typischen unter dieselbe Gesetzesbestimmung fallenden Taten insgesamt - vom Verschulden wie von den Tatfolgen her - als unerheblich erscheinen, sodass die Strafbedürftigkeit offensichtlich fehlt (vgl. BGE 146 IV 297 E. 2.3; 135 IV 130 E. 5.3.3; Urteile 6B_1295/2020 vom 26. Mai 2021 E. 7; 6B_167/2018 vom 5. März 2019 E. 2.1). Die Behörde hat sich mithin am Regelfall der Straftat zu orientieren. Für die Anwendung der Bestimmung bleibt nur ein relativ eng begrenztes Feld (BGE 135 IV 130 E. 5.3.3; Urteile 6B_167/2018 vom 5. März 2019 E. 2.1; 6B_410/2018 vom 20. Juni 2018 E. 5.4). Neben sämtlichen relevanten Strafzumessungsfaktoren können auch eine durch überlange Verfahrensdauer bewirkte Verletzung des Beschleunigungsgebots und schuldunabhängige Strafmilderungsgründe, wie das Verstreichen verhältnismässig langer Zeit seit der Tat, berücksichtigt werden (BGE 135 IV 130 E. 5.4 mit Hinweisen; Urteil 6B_1295/2020 vom 26. Mai 2021 E. 7).

E. 2.5

Die Beschwerde erweist sich als begründet. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, nimmt die Vorinstanz keinen Quervergleich zu typischen unter dieselben Gesetzesbestimmungen fallenden Taten vor und zeigt nicht auf, inwiefern sich die Taten der Beschwerdegegnerin massgeblich vom Regelfall unterscheiden, sodass das Strafbedürfnis offensichtlich fehlt. Den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG bzw. AIG erfüllt, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Gemäss den vorinstanzlichen tatsächlichen Feststellungen, auf denen der rechtskräftige Schuldspruch beruht und die für das Bundesgericht mangels selbständiger Anfechtung durch die Beschwerdegegnerin verbindlich sind (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG), ist diese 1994 in die Schweiz eingereist und hat sich seither - mit Unterbrüchen - hier aufgehalten. Mithin hat sie sich unter Berücksichtigung der Verjährung während eines rechtlich erheblichen Zeitraums von rund fünf Jahren und 10 Monaten ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten und ohne Arbeitsbewilligung in Privathaushalten als Haushaltshilfe und Betreuerin gearbeitet (vgl. Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG bzw. AIG). Bereits aufgrund der langen Dauer ihres rechtswidrigen Aufenthalts und ihrer unbewilligten Erwerbstätigkeit kann im Quervergleich zu typischen unter dieselben Gesetzesbestimmungen fallenden Taten nicht von einem geringfügigen Verschulden i.S.v. Art. 52 StGB ausgegangen werden. Die

Beschwerdeführerin legt überzeugend dar, dass Sans-Papiers bei den Tatbeständen des rechtswidrigen Aufenthalts und der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung als Regelfall herangezogen werden können. Mit ihr ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Beschwerdegegnerin bzw. ihr Verschulden massgeblich von der Mehrheit der unter diese Tatbestände fallenden Personen unterscheidet. Zwar trifft zu, dass sie mit der Einreichung des Härtefallgesuchs den Willen zeigte, ihre Situation zu legalisieren. Dies geschah jedoch insbesondere zu ihren eigenen Gunsten. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend einwendet, führt der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin die strengen Voraussetzungen für eine Härtefallbewilligung erfüllte, nicht dazu, dass das Unrecht des jahrelangen illegalen Aufenthalts und der unbewilligten Erwerbstätigkeit ausgeglichen wird bzw. die Widerhandlungen gegen das AuG bzw. AIG auf geringfügigem Verschulden basieren. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, inwiefern das Verschulden der Beschwerdegegnerin im Vergleich zum Verschulden der Mehrheit der Personen, welche die Tatbestände des rechtswidrigen Aufenthalts und der Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung erfüllen, unerheblich ist.

Für eine Strafbefreiung müssen die Voraussetzungen (geringfügige Schuld und Tatfolgen) kumulativ vorliegen. Da es vorliegend bereits an der Geringfügigkeit der Schuld fehlt, müsste auf die Tatfolgen nicht mehr weiter eingegangen zu werden. Allerdings sind auch diese entgegen der Vorinstanz im Quervergleich nicht geringfügig. Zwar ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausgeht, die Beschwerdegegnerin sei als Haushaltshilfe und Betreuerin von betagten Personen in einer Nische des Arbeitsmarkts bzw. in einer (Niedriglohn-) Branche tätig gewesen, die durch Schweizer oder EU-Staatsangehörige nicht vollständig abgedeckt wird. Allerdings trifft dies auch auf den Regelfall, der vorliegend zum Vergleich heranzuziehen ist, zu (vgl. <https://www.ekm.admin.ch> unter Zuwanderung & Aufenthalt/Sans-Papiers, besucht am 6. September 2021). Allfällige von der Beschwerdegegnerin verursachte Einkommensverluste für den öffentlichen Sektor mögen zwar mit der Vorinstanz minimal gewesen sein, allerdings hebt sie sich damit in einem Quervergleich nicht vom Regelfall ab. Folglich fehlt es auch an der Geringfügigkeit der Tatfolgen.

Angesichts des Umstands, dass Art. 52 StGB nur zurückhaltend anzuwenden ist, führen auch die weiteren Argumente der Beschwerdegegnerin (Grund der Einreise, Verhalten in der Schweiz, Zeitablauf seit der Tat, Verletzung des Beschleunigungsgebots) nicht dazu, dass vorliegend Raum für eine Strafbefreiung wegen fehlendem Strafbedürfnis besteht. Jedoch wird die Vorinstanz diese Vorbringen im Rahmen der ordentlichen Strafzumessung gemäss Art. 47 ff. StGB zu würdigen haben.

Insgesamt handelt es sich vorliegend nicht um einen besonders leichten Fall mit offensichtlich fehlendem Strafbedürfnis, weshalb die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie von einer Bestrafung der Beschwerdegegnerin absieht.

E. 2.6

Die Sache ist zur Strafzumessung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdegegnerin steht es frei, ihre in der Vernehmlassung vorgetragenen Einwände im Rahmen des vorinstanzlichen Rückweisungsverfahrens erneut vorzubringen, soweit sie sich auf die Strafzumessung auswirken. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass der Schuldspruch mangels Erhebung einer Beschwerde in Strafsachen durch die Beschwerdegegnerin rechtskräftig ist. Vorliegend erübrigt es sich daher auf die

entsprechenden Einwände der Beschwerdegegnerin einzugehen.

E. 3

Die Beschwerde ist gutzuheissen, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Strafzumessung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Gerichtskosten sind der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, da sie mit ihren Anträgen unterliegt (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

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