

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2014.63 vom 19. Februar 2014

BS Appellationsgericht, 2014-02-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2014.63

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2014.63 du 19 février 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2014.63 del 19 febbraio 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Auf die form- und fristgerecht angemeldete sowie erklärte Berufung ist einzutreten. Eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils hat nur in den angefochtenen Punkten zu erfolgen (Art. 399 Abs. 3 und 4 sowie Art. 404 Abs. 1 der Strafprozessordnung; StPO, SR 312.0). Der Freispruch im Anklagepunkt der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts wird nicht angefochten und hat daher Bestand. Die Berufung richtet sich einzig gegen die Verurteilung wegen der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung.

1.2 Dem Schuldspruch der Vorinstanz liegt folgender, bestrittener Sachverhalt zugrunde: Der Berufungskläger hat als Geschäftsführer des [...] und der [...] GmbH in der Zeit zwischen spätestens dem 20. Mai bis zum 2. Juli 2013 den nigerianischen Staatsangehörigen B_____ in seinem Geschäft an der [...]strasse in Basel ohne Bewilligung beschäftigt.

Anlässlich einer Betriebskontrolle von Mitarbeitenden des Amtes für Wirtschaft und Arbeit, des Migrationsamtes sowie des Fahndungsdienstes der Kantonspolizei am 2. Juli 2013 im Geschäft an der []strasse haben die Kontrollorgane gesehen, wie B_____ im hinteren Bereich des Lokals gerade im Begriff war, zwei Einkaufstaschen zu leeren, deren Inhalt mit Etiketten zu versehen und anschliessend die Ware im Tiefkühler zu verstauen. Der Kontrolle vorausgegangen war eine Anzeige durch C_____ vom 25. Mai 2013, wonach ihr Ex-Freund B_____ ohne Bewilligung bei seinem ■Onkel■ arbeiten würde. Gleichzeitig reichte sie einen USB-Stick ein, welcher Screenshots der SMS-Unterhaltung zwischen den beiden mit Hinweisen auf die Arbeitstätigkeit enthält.

1.3 Der Berufungskläger macht geltend, dass die Verurteilung der Vorinstanz auf den Aussagen des Zeugen D_____ (Mitarbeitender des Amtes für Wirtschaft und Arbeit) basiere, sich aber daraus keine geschlossene Indizienkette bilden lasse. Vielmehr handle es sich um eine reine Momentaufnahme, die unmöglich dem sehr ausführlichen Sachverhalt entsprechen könne, den der Kontrolleur anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wiedergibt. Eine geschlossene Indizienkette hätte sich nur bilden lassen, wenn der in Spanien bzw. aktuell offenbar in Basel wohnhafte B_____ in Konfrontation mit dem Berufungskläger ausgesagt hätte. Denn dieser könne bestätigen, dass er dem Berufungskläger auf rein freundschaftlicher Basis und auch nur während weniger Minuten zur Hand gegangen sei, wenn Letzterer beschäftigt gewesen sei, etwa weil er gerade einen Kunden bedient habe.

E. 2

2.1 Der Berufungskläger hat bereits mit der Berufungserklärung vom 10. Juni 2014 die Ladung von B____ sowie C____ als Zeugen bzw. Auskunftspersonen an die Berufungsverhandlung sowie zur direkten Konfrontation mit dem Beschuldigten beantragt.

Der Instruktionrichter hat mit Verfügung vom 12. Januar 2015 entschieden, die beiden Personen nicht zur Hauptverhandlung zu laden. Er begründete dies damit, dass B____ bereits erfolglos auf dem Ediktalweg zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung geladen worden sei. Im Übrigen würden sich seine Aussagen im Wesentlichen mit denjenigen des Berufungsklägers decken, so dass B____ kein klassischer Belastungszeuge sei. Bezüglich der ebenfalls zum Laden beantragten C____ führt er aus, ob diese eine Geldübergabe bemerkt habe oder nicht, sei zur Beurteilung des Sachverhaltes unerheblich.

2.2 Der Konfrontationsanspruch fusst direkt auf der Bundesverfassung (Art. 32 BV, SR 101) sowie auf Art. 6 Ziff. 3 lit. d der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) bzw. auf der Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR). Mit dem Konfrontationsrecht soll ausgeschlossen werden, dass ein Strafurteil auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass der beschuldigten Person wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wird, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu stellen; es kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur eingeschränkt werden, wenn besondere Umstände vorliegen (vgl. BGer 6B_125/2012 vom 28. Juni 2012 E. 3.3.1 m.w.H.). Zu denken ist dabei beispielsweise an tatsächliche Gründe wie die Unerreichbarkeit bzw. Unauffindbarkeit von Zeugen. In solchen Fällen dürfen ■ nach gefestigter Praxis des Bundesgerichts wie auch des Appellationsgerichts und des EGMR ■ die Depositionen nicht konfrontierter Zeugen verwertet werden, wenn gewährleistet ist, dass die beschuldigte Person dazu hinreichend Stellung nehmen kann und die Aussagen sorgfältig überprüft werden (AGE AP.2011.4 vom 20. August 2013 E. 5.2). Grundsätzlich ist eine Verwertung solcher Aussagen nur möglich, wenn ein Schuldspruch nicht alleine auf sie abgestützt wird, das heisst, der belastenden Aussage darf nicht ausschlaggebende Bedeutung zukommen, bzw. sie darf nicht den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellen (BGer 6B_369/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 2.3.1 m.w.H.).

2.3 Im vorliegenden Fall ist B____ nicht der einzige Zeuge bzw. auf seiner Aussage beruht die Verurteilung nicht. Als Belastungszeuge ist er insbesondere nicht geeignet, zumal seine protokollierten Aussagen mit denjenigen des Berufungsklägers praktisch übereinstimmen. Insofern ist die Aussage von B____ für den Tatnachweis unerheblich und von der Vorinstanz bei der Sachverhaltsfeststellung auch nicht berücksichtigt worden, weshalb kein Konfrontationsanspruch besteht (erstinstanzliches Urteil, S. 2 ff.; vgl. dazu BGer 6B_1112/2013 vom 20. März 2013 E. 1.3). Im Weiteren kann angemerkt werden, dass die Vorinstanz ihn zur Verhandlung per Ediktalanzeige geladen hat, er jedoch nicht erschienen ist. Damit geht die fehlende Konfrontation zumindest nicht zu Lasten der Vorinstanz, zumal das Vorladen per Ediktalanzeige dem üblichen Vorgehen entspricht, wenn der Wohn- bzw. Aufenthaltsort unbekannt ist.

Auch bezüglich der zur Ladung an die Berufungsverhandlung beantragten Zeugin C____ ist festzustellen, dass sie selbst nicht gesehen hat, ob ihr Ex-Freund im Laden des Berufungsklägers tatsächlich gearbeitet hat oder nicht. Ihre Aussage kann höchstens die Hintergründe offenlegen, weshalb sie überhaupt Anzeige erstattet hat. Dazu hat sie sich jedoch bereits mit dem handschriftlichen Schreiben vom 22. August 2013 geäußert (Akten S. 69). Zur in Frage stehenden Beschäftigung von B____ führt sie einzig aus, dass sie nie

gesehen habe, dass der Berufungskläger B_____ Geld gegeben hätte.

Gemäss den Ausführungen folgt das Gericht der Entscheidung des Instruktionsrichters.

E. 3

3.1 Wer als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber vorsätzlich Ausländerinnen oder Ausländer beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind, wird gemäss Art. 117 Abs. 1 Ausländergesetz (AuG, SR 142.20) mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. In schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, wobei mit der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe zu verbinden ist (Art. 117 Abs. 1 AuG). Art. 117 Abs. 1 AuG entspricht inhaltlich Art. 23 Abs. 4 ANAG (KGer GR vom 17. September 2008 E. 6a; vgl. BGer 6B_39/2011 vom 10. Juni 2011 E. 1.4, 6B_850/2010 vom 26. April 2011 E. 1.5 und Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709 S. 3833). Art. 117 Abs. 1 AuG verlangt zwar anders als Art. 23 Abs. 4 ANAG ausdrücklich, dass der Täter als Arbeitgeber handelt. Dabei ist aber von einem weiten, faktischen Arbeitgeberbegriff auszugehen (BGer 6B_39/2011 vom 10. Juni 2011 E. 1.4, 6B_850/2010 vom 26. April 2011 E. 1.5). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum alten Recht ist demzufolge auch unter dem neuen Recht massgebend (BGer 6B_39/2011 vom 10. Juni 2011 E. 1.4, 6B_850/2010 vom 26. April 2011 E. 1.5).

3.2 Art. 117 Abs. 1 AuG, d.h. die illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, kann nur vom Arbeitgeber erfüllt werden (Vetterli/dAddario di Paolo, Handkommentar AuG, Caroni/Gächter/Thurnheer [Hrsg.], Bern 2010, Art. 117 AuG N 5). Arbeitgeber im Sinne ausländerrechtlicher Bestimmungen ist, wer jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben lässt (BGer 6S.222/2004 vom 20. August 2004 E. 2). Art. 11 Abs. 2 AuG enthält eine Legaldefinition des Begriffs der Erwerbstätigkeit. Demnach fällt jede Tätigkeit, welche über eine reine Gefälligkeit hinausgeht und normalerweise gegen Entgelt erfolgt darunter, auch wenn effektiv kein Entgelt geleistet wird (Vetterli/dAddario di Paolo, a.a.O., Art 117 N 5; Urteil 2. Strafkammer OG Bern SK-Nr. 2010 423 vom 1. Februar 2011).

Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat (vorinstanzliches Urteil S. 3 f.), kann von einer blossen Gefälligkeit vorliegend nicht die Rede sein. Dass Herr B_____ mehrere Wochen nach der Anzeige in flagranti beim Etikettieren von Ware ertappt wurde, weist auf einen regelmässigen Einsatz sowie erfolgte Instruktionen durch den Berufungskläger hin. Im Gegensatz zu den Ausführungen der Verteidigung geben die Aussagen des Kontrollbeamten D_____, welcher von der Vorinstanz als Zeuge angehört worden ist, zu keinerlei Zweifeln Anlass. Die entsprechenden Feststellungen lassen sich auch in einem kurzen Zeitraum von 8 bis 10 Sekunden machen. Überdies sind Waren und Klebeetiketten fotografisch dokumentiert (Akten S. 54). Der Berufungskläger hat in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung selber ausgesagt: ■Er kommt öfter zu mir im Laden vorbei, und wenn er sah, dass ich sehr beschäftigt war, hat er mir ausgeholfen, indem er irgendwelche Leute bediente■ (Akten S. 105). Das Bedienen von Kunden setzt Kenntnisse des Angebots und der Preise sowie entsprechende Instruktionen voraus. Dazu kommen als weiteres Indiz die gesicherten Daten aus der SMS-Unterhaltung (Akten S. 25 f). So hat B_____ seiner damaligen Freundin C_____ auf die Frage, wie der neue Job sei, geschrieben, dass es langweilig sei, sie zwei herumsitzen und auf Kunden warten würden (■Boring■, ■Ve to sit and wait 4 client■, Akten S. 25).

Der Berufungskläger hat in der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung betont (Verhandlungsprotokoll S. 3, 8), dass B_____ von ihm zu keinem Zeitpunkt Geld oder Waren erhalten habe. Um den Tatbestand von Art. 117 Abs. 1 AuG zu erfüllen, ist jedoch nicht Voraussetzung, dass die erbrachte Leistung mit Geld oder Ware abgegolten wird, sondern nur üblicherweise gegen Entgelt geleistet wird (Art. 11 AuG). Dies ist hier der Fall, werden doch wiederholte Tätigkeiten in einem Verkaufsladen in der Regel entlohnt.

3.3 Weiter setzt Art. 117 Abs. 1 AuG voraus, dass die ausländische Person nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist (Vetterli/d■■Addario di Paolo, a.a.O. Art. 117 N 6). Der aus Nigeria stammende B_____ ist ein untergetauchter Asylbewerber aus dem Kanton Genf, nachdem er im Jahr 2012 einen negativen Asylentscheid erhalten hat (Weggang nach Asylentscheid). Anlässlich der Betriebskontrolle am 2. Juli 2013 gab er eine spanische Wohnadresse an und verfügt offenbar über eine spanische Aufenthaltsbewilligung (Akten S. 11). Als nigerianischer Staatsangehöriger ist B_____ bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz jedoch bewilligungspflichtig. Daran ändert auch ein spanischer Aufenthaltstitel nichts. Denn trotz eines solchen gelten in der Schweiz dieselben Zulassungsbedingungen wie für Personen, die aus Drittstaaten direkt einreisen.

3.4 Im subjektiven Tatbestand setzt Art. 117 Abs. 1 AuG Vorsatz voraus. Zu beachten ist, dass es die Pflicht des Arbeitgebers ist, die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit des ausländischen Arbeitnehmers zu überprüfen (Art. 91 Abs. 1 AuG; Vetterli/d■■Addario di Paolo, a.a.O., Art. 117 N 9).

Diese Verpflichtung hat der Berufungskläger nicht beachtet. Vor dem Hintergrund, dass er selbst aus Afrika stammt und durch Heirat mit einer Schweizerin eine Aufenthalts- sowie Arbeitserlaubnis erhalten hat, erscheint seine Aussage in der Hauptverhandlung, dass er die Gesetze in der Schweiz nicht kannte, als er hierherkam, nicht glaubhaft (Verhandlungsprotokoll 2. Instanz S. 8). Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass ihm sehr wohl bewusst war, dass B_____ einer Arbeitsbewilligung bedurft hätte. Als Inhaber zweier Verkaufsläden ohne Angestellte hat er zum fraglichen Zeitpunkt zumindest bewusst in Kauf genommen, einen Ausländer ohne Bewilligung zu beschäftigen.

3.5 Gemäss den Ausführungen ist der Tatbestand von Art. 117 Abs. 1 AuG erfüllt und der Schuldspruch der Vorinstanz zu Recht erfolgt.

E. 4

Die Strafzumessung ist vom Berufungskläger nicht explizit angefochten worden. Die Vorinstanz hat sich zwar knapp, aber überzeugend mit dem Verschulden des Berufungsklägers auseinandergesetzt und ist zum Schluss gelangt, eine Geldstrafe von 45 Tagessätzen bedingt trage diesem angemessen Rechnung. Damit kann grundsätzlich auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (erstinstanzliches Urteil S. 4 f.).

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen sowie mit Blick auf das Vergleichsurteil AGE AP.2011.4 vom 20. August 2013 (der Appellant wurde der mehrfachen Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung schuldig erklärt und verurteilt zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu CHF 120.■■ mit bedingtem Strafvollzug) erscheint im vorliegenden Fall eine Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu CHF 30.■■ mit bedingtem Strafvollzug sowie einer Busse als angemessen.

E. 5

Bei diesem Ausgang trägt der Berufungskläger die Kosten des Berufungsverfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 800.■.

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