

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.109 vom 18. Januar 2017

BS Appellationsgericht, 2017-01-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2015.109

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.109 du 18 janvier 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.109 del 18 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Gegen das Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen ist gemäss Art. 398 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) die Berufung zulässig. Zu ihrer Behandlung ist ein Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Der Berufungskläger hat als verurteilte Person ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides und ist daher zur Erhebung der Berufung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf das nach Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel ist somit einzutreten.

Hingegen gilt die durch B_____ angemeldete Berufung mangels Einreichung einer schriftlichen Berufungsbegründung als zurückgezogen.

1.2 Wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren (Akten S. 112) moniert der Berufungskläger, die Einvernahme von B_____ beim Migrationsamt vom 6. Februar 2014 sei infolge Verletzung des Konfrontationsrechts und namentlich mangels Gelegenheit zur Stellung von Ergänzungsfragen nicht verwertbar (Berufungsbegründung Ziff. 3 p.

E. 2

2.1 Der Berufungskläger rügt eine Verletzung der Unschuldsvermutung. Er macht geltend, die Vorinstanz habe den angeklagten Sachverhalt zu Unrecht als nachgewiesen erachtet und sich dabei auf unzureichend dokumentierte Ermittlungen sowie unplausible Aussagen von DK G_____ gestützt, wohingegen die Schilderungen des Berufungsklägers pauschal als unglaubhaft qualifiziert worden seien (Prot. Berufungsverhandlung p. 4 Plädoyer Verteidigung Ziff. 47 ff. p. 14 ff.).

2.2 Nach dem in Art. 10 Abs. 3 StPO statuierten Grundsatz **in dubio pro reo**, hat das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage auszugehen, wenn unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen. Dabei bedeutet der Grundsatz in seiner Ausprägung als Beweislastregel, dass die Anklagebehörde die Schuld der beschuldigten Person und nicht diese ihre Unschuld zu beweisen hat (BGE 127 I 38 E. 2a S. 40 mit Verweis auf BGE 120 Ia 31 E. 2c S. 37). Als Beweiswürdigungsregel besagt der Grundsatz, dass sich das Gericht nicht von der Existenz eines für die beschuldigte Person ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel an dessen Verwirklichung bestehen (BGE 120 Ia 31 E. 2c S. 37, 127 I 38 E. 2a S. 41). Nicht massgebend sind stets denkbare abstrakte und theoretische Zweifel (BGE 120 Ia 31 E. 2c S. 37, 124 IV 86 E. 2.a S. 88). Der Grundsatz **in dubio pro**

reo ■ bezieht sich nicht auf einzelne Beweismittel oder Indizien, sondern auf die Gesamtwürdigung aller vorhandenen Beweismittel (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013, N 235).

2.3 Der Verteidiger lässt ausser Acht, dass B ____ selber angegeben hat ■ und zwar nicht nur im nicht verwertbaren Polizeirapport, sondern auch anlässlich der formellen Einvernahme des Migrationsamtes ■ er habe auf der besagten Baustelle gearbeitet (Akten S. 28). Dies stützt die Aussagen von DK G ____, welcher sich am 5. Februar 2014 gemeinsam mit zwei Kollegen ein erstes Mal um 10.25 Uhr in die Liegenschaft F ____ 68 begab, wo er B ____ in Bauarbeiterkleidung und mit einem Maurerkessel beim Verlassen einer Wohnung im 3. Stock antraf. Seiner Beobachtung zufolge waren in der betreffenden Wohnung zudem vier Schlafplätze eingerichtet (Polizeirapport Akten S. 17 f.). Bei einer erneuten Kontrolle eine gute Stunde später konnten keine Schlafplätze mehr festgestellt werden (Bericht des Migrationsamts BS Akten S. 15).

Der Berufungskläger führt an, umgebaut worden sei lediglich in der Liegenschaft Nr. 66, B ____ sei jedoch im Haus Nr. 68 angetroffen worden (Prot. Berufungsverhandlung p. 4 Plädoyer Verteidigung Ziff. 20 p. 6). Präzisierend hat er allerdings erklärt, die beiden Liegenschaften seien in Etappen umgebaut worden; bei der betreffenden Wohnung habe es sich um eine sogenannte Pausenwohnung gehandelt, welche von der Liegenschaftsverwaltung zur Befriedigung der Ruhebedürfnisse seiner Mitarbeiter, einschliesslich Toilettenbenützung und Übernachtungsmöglichkeit zur Verfügung gestellt worden sei (Auss. Akten S. 35, 123; Berufungsbegründung p. 6, Prot. Berufungsverhandlung p. 3, Plädoyer Prot. Berufungsverhandlung p. 4; vgl. auch Eingabe Berufungskläger vom 7. Dezember 2016 Ziff. 5 p. 2 f.,). Wenn es sich bei besagter Wohnung tatsächlich um eine solche Pausenwohnung handelte, stellt sich die Frage, weshalb die Schlafplätze unmittelbar nach dem ersten Besuch der Polizeibeamten beseitigt wurden. Letztlich spielt es indessen keine entscheidende Rolle, ob in der Wohnung, aus der B ____ kam, tatsächlich Umbauarbeiten stattfanden oder (noch) nicht. Auch wenn es sich bei besagter Wohnung um die Pausenwohnung handelte, ändert dies nichts an dem Umstand, dass die Liegenschaft F ____ 66/68 im Umbau war und B ____ in Überhose und mit Maurerkessel ■ beim Verlassen der Pausenwohnung und offensichtlich im Begriff zu arbeiten ■ angetroffen wurde. Für DK G ____ als erfahrenem Ermittler, welcher derartige Kontrollen tagtäglich durchführt, stand jedenfalls unzweideutig fest, dass er B ____ bei der Arbeit angetroffen hatte und zwar unabhängig davon, ob es sich bei besagter Wohnung um eine Umbau- oder eine Pausenwohnung handelte. Diesen Eindruck konnte er auch nachvollziehbar begründen, wohingegen der Berufungskläger keine plausible Erklärung für das Tragen eines verschmutzten Überkleides und das Mitführen eines Maurerkessels liefern konnte (Akten S. 35).

Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass ein klarer Zusammenhang zwischen den beiden Liegenschaften bestand und somit die Arbeiter zwischen den beiden Liegenschaften hin- und hergingen, um einerseits zu arbeiten und andererseits zu pausieren oder die Toilette zu benutzen. Wären die Liegenschaften völlig voneinander getrennt, würde auch die Angabe des Berufungsklägers, wonach B ____ die Überhose trug, um sich nicht schmutzig zu machen, keinen Sinn ergeben (Akten S. 35). Das Tragen eines Überkleides ist einzig dann angebracht, wenn die betreffende Person auch tatsächlich arbeitet, bzw. sich zumindest in unmittelbarer Nähe zu den stattfindenden Bauarbeiten aufhält. Während B ____ anlässlich der Befragung des Migrationsamts angab, er habe

lediglich einen Tag zur Probe gearbeitet (Auss. Akten S. 28: ■Herr A____ hat gesagt, ich solle zuerst zeigen, was ich kann.■, Akten S. 29: ■Er hat mir gesagt: geh auf diese Baustelle und zieh mir, was Du kannst. Erst dann kann ich entscheiden, ob Du mit mir arbeiten kannst oder nicht.■), bestritt der Berufungskläger dies kategorisch (Auss. Akten S. 36: ■Er war nur hier zum Schauen■ [] ■Es war einmal das Thema, dass er mir zeigen muss, was er kann. Aber an diesem Tag hat er das nicht gemacht.■). Gegen straflose Probearbeit spricht damit zunächst die Aussage des Berufungsklägers selbst und weiter die Tatsache, dass er weder selber vor Ort war noch sein Sohn, welcher anlässlich der späteren, zweiten Kontrolle auf der Baustelle betroffen werden konnte, von einer allfälligen Probearbeit des B____ wusste (Akten S. 14 f.).

2.4Der Verteidiger macht geltend, die Kontrolle durch DK G____ und seine Kollegen sei aufgrund der ■ völlig haltlosen ■ anonymen Anzeige einer Drittperson durchgeführt worden, welche zu Unrecht als sehr glaubhaft eingestuft worden sei. Die Aktion habe sich indessen als Fehlschlag entpuppt, da alle angetroffenen Arbeiter auf der effektiven Baustelle Arbeitsbewilligungen gehabt hätten. Da der sehr grosse Aufwand, mit welchem die Kontrolle durchgeführt worden sei, einen Erfolgsdruck erzeugt habe, habe DK G____ bewusst oder unbewusst ■den Fall B____■ als einzige einigermaßen darstellbare Möglichkeit genutzt, um eine Verletzung von ausländerrechtlichen Bestimmungen festzustellen. Unter Berücksichtigung dieser Interessenlage dürfe nicht einseitig auf die Aussagen von DK G____ abgestellt werden (Prot. Berufungsverhandlung p. 4 Plädoyer Verteidiger Ziff. 88 f. p. 22 f.; vgl. auch Eingabe vom 7. Dezember 2016).

Für eine solche Interessenlage liegen indessen keinerlei Hinweise vor. DK G____ und seine Kollegen waren vielmehr verpflichtet, der anonymen Anzeige nachzugehen und sind ihrer Aufgabe korrekt nachgekommen. Im Gegensatz zu den Aussagen des Berufungsklägers, welcher weder die Übernachtung von B____ in der Umbauliegenschaft, noch das Tragen von schmutziger Arbeitskleidung und das Mitführen eines Maurerkessels durch ebendiesen erklären konnte (vgl. oben E. 2.3), sind die Aussagen von DK G____ konstant, widerspruchsfrei und nicht übermässig belastend. Die Vorinstanz hat damit zu Recht und mit nachvollziehbarer Begründung darauf abgestellt (vgl. Urteil E. III.a p. 7 f.).

Gestützt auf die Aussagen von B____ beim Migrationsamt sowie die glaubhaften Beobachtungen von DK G____ ist der angeklagte Sachverhalt damit grundsätzlich nachgewiesen.

2.5B____ übernachtete gemäss eigenen Angaben von Montag, 3. Februar auf Dienstag, 4. Februar 2014 unbestrittenermassen am Wohnort des Berufungsklägers in Wallisellen (Prot. Berufungsverhandlung p. 4 Plädoyer Verteidigung Ziff. 11 p. 3). Die Nacht vom Dienstag, 4. Februar auf Mittwoch, 5. Februar 2014 verbrachte er in der Wohnung im 3. Stock der Liegenschaft F____ 68, wo ihn die Polizei anlässlich der Kontrolle am späten Vormittag des 5. Februar 2014 in Arbeitskleidung und mit einem Malerkessel in der Hand antraf. In derselben Wohnung wurden auch vier Schlafplätze gefunden. Dass die Vorinstanz aus dem Umstand, dass B____ bereits vom 3. auf den 4. Februar 2014 in der Schweiz bzw. beim Berufungskläger in Zürich übernachtet hat, schliesst, B____ müsse nicht erst am 5. Februar 2014, als die Kontrolle stattfand, sondern bereits am 4. Februar 2014 für den Berufungskläger gearbeitet haben, zumal es unwahrscheinlich sei, dass er am Tag zuvor untätig geblieben sei, wenn er doch eigens zur Aufnahme der Arbeitstätigkeit für den Berufungskläger bzw. für einen entsprechenden Vertragsschluss in die Schweiz eingereist sei (Akten S. 179), ist nicht zu beanstanden. Dies muss umso mehr gelten, als B____ beim

Migrationsamt zu Protokoll gegeben hat, er habe dort einen Tag lang gearbeitet (Akten S. 28). Diese Aussage kann sich logischerweise nicht auf den 5. Februar 2014 beziehen, da an diesem die Polizeikontrolle bereits um 10:25 Uhr stattgefunden hat (Akten S. 17).

Damit ist ■ in geringfügiger Abweichung von den vorinstanzlichen Erwägungen ■ hinreichend erstellt, dass der Berufungskläger B_____ während eineinhalb Tagen beschäftigt und für zwei Nächte beherbergt hat.

E. 3

3.1 Hinsichtlich der rechtlichen Qualifikationen kann grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urteil E. II. b. 1 p. 8-10). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird von einem weiten Arbeitgeberbegriff ausgegangen; Arbeitgeber ist damit, wer jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben lässt. Massgebend ist, dass die Tätigkeit üblicherweise gegen Entgelt ausgeübt wird, unerheblich ist hingegen, ob diese selbständig oder unselbständig, entgeltlich oder im konkreten Fall unentgeltlich ausgeübt wird (Vetterli/D■■Addario Di Paolo, in: Caroni/Gächter/Turnherr [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Art. 117 N 5 m. H.). Ebenso zutreffend hat das Strafgericht die Variante eines probeweisen ■ und damit noch nicht strafbaren ■ Beschäftigens verworfen. Dies wurde auch vom Berufungskläger stets verneint. Insbesondere spricht eindeutig gegen eine Probearbeit, dass der Berufungskläger anlässlich der Kontrolle am 5. Februar 2014 nicht vor Ort war und er die Arbeit von B_____ somit gar nicht beurteilen konnte. Im Unterschied zu Urteil BGer 6B_277/2011 vom 3. November 2011 E. 1.4. hat der Berufungskläger später mit B_____ auch keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Zudem war B_____, wie die Vorinstanz zutreffend festhält, mit der Baubranche offenbar bereits vertraut. Schliesslich sind auch die Indizien und Beweise, welche die Vorinstanz zum Vorliegen auch des subjektiven Tatbestands anführt, vollständig und bedürfen keiner Ergänzung.

3.2 Da der Berufungskläger B_____ nicht nur beschäftigt, sondern zusätzlich beherbergt hat, besteht zwischen Art. 116 Abs. 1 lit. a und Art. 117 AuG echte Konkurrenz (Vetterli/D■■Addario Di Paolo, a.a.O., Art. 117 N 4). Der Schuldspruch wegen Verstosses gegen Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG ist damit ebenfalls rechtens.

E. 4

4.1 Gemäss Art. 47 StGB misst das Gericht die Strafe innerhalb des anzuwendenden Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters zu und berücksichtigt dabei sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf sein Leben (Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie nach seinen Möglichkeiten, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden, bemessen (Abs. 2). An eine "richtige" Strafzumessung werden drei allgemeine Anforderungen gestellt: Sie muss zu einer verhältnismässigen Strafe führen (Billigkeit), ein Höchstmass an Gleichheit gewährleisten (Rechtssicherheit) und transparent, überzeugend begründet und dadurch überprüfbar sein (Legitimation durch Verfahren). Das Gericht hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Es liegt im Ermessen des Gerichts, in welchem Umfange die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt werden (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff; vgl. Wiprächtiger/Kellerin: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 47

N 10). Gemäss Art. 50 StGB hat das Gericht im Urteil die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten und muss in der Urteilsbegründung auf alle wesentlichen Strafzumessungskriterien eingehen.

4.2 Die Vorinstanz ist zutreffend von den gleichlautenden Strafrahmen für den Tatbestand der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts sowie denjenigen der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung ausgegangen, welche je Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vorsehen. Dabei hat sie die Deliktsmehrheit strafe erhöhend gemäss Art. 49 Abs. 1 berücksichtigt und festgestellt, es seien keine Strafmilderungsgründe ersichtlich.

4.3 Ausgangspunkt der Bemessung des Verschuldens innerhalb des vorstehend genannten Strafrahmens bildet die objektive Tatschwere und damit das Tatverschulden. Dieses orientiert sich an der Bandbreite möglicher Begehungsweisen innerhalb des Tatbestandes und ist somit relativ. Ausgangspunkt ist dabei das Ausmass der Gefährdung des geschützten Rechtsguts, vorliegend die Erhaltung eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes. Der vorliegende Fall ist nicht als schwerer Fall zu beurteilen. So hat der Berufungskläger lediglich B_____ illegal beschäftigt, welcher weder unter unzumutbaren Bedingungen arbeitete, noch sich in einer Zwangslage befand. Die Vorinstanz ist zu Recht von einem nicht ganz leichten Verschulden ausgegangen. Der Berufungskläger hat B_____ während eineinhalb Tagen illegal auf seiner Baustelle beschäftigt und ihn während zweier Nächte beherbergt. Damit hat er seine Sorgfaltspflicht nach Art. 91 AuG missachtet und sich über grundlegende ausländerrechtliche Vorschriften hinweggesetzt. Bei seinem Vorgehen kann im Rahmen der subjektiven Tatschwere nicht davon ausgegangen werden, dass er lediglich eventualvorsätzlich handelte. Zusammenfassend ist hinsichtlich der Tatkomponente von einem im unteren Bereich des Strafrahmens liegenden Tatverschulden auszugehen.

Mit Blick auf die Täterkomponente hat sich das Strafericht zutreffend mit dem Vorleben sowie der nicht einschlägigen und mehrere Jahre zurückliegenden Vorstrafe des Berufungsklägers befasst. Daraus ergibt sich keine Veränderung des Verschuldens. Auf die vorinstanzlichen Erwägungen kann verwiesen werden (Urteil E. IV.a p. 11 f.). Während der seither verstrichenen Zeit von annähernd drei Jahren hat sich der Berufungskläger wohlverhalten (vgl. Strafregisterauszug vom 19. Dezember 2016).

Unter Berücksichtigung sämtlicher genannter Punkte erscheint eine Geldstrafe von 45 Tagessätzen dem Verschulden des Berufungsklägers angemessen.

4.4 Die Vorinstanz ist gestützt auf die damaligen Angaben des Berufungsklägers von einem Monatseinkommen von CHF 4'800.- sowie von drei unterstützungsbedürftigen Kindern ausgegangen (Urteil E. IV. a p. 12). Aufgrund der seither veränderten Einkommenssituation des Berufungsklägers ist die Höhe des Tagessatzes neu zu bemessen. Die Berechnung richtet sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB; BGer 6B_313/2013 vom 3. Mai 2013 E. 2.1).

Der Berufungskläger hat in der Berufungsverhandlung ausgeführt, er arbeite zurzeit aus gesundheitlichen Gründen nur 50%, werde aber ab März 2017 seine Erwerbstätigkeit wieder zu 100% aufnehmen (Prot. Berufungsverhandlung p. 2). Es wird daher von einem Monatseinkommen von CHF 4'400.- ausgegangen (Berechnungsformular Akten S. 6). Unter Berücksichtigung eines Pauschalabzugs von 25% und des Abzugs der seit der

Scheidung vom Berufungskläger zu bezahlenden Kinderalimente (CHF 2'000.-), ergibt sich ein Überschuss von CHF 1'300.- und damit ein leicht abgerundeter Tagessatz von CHF 40.-.

4.5 Der bedingte Strafvollzug mit der minimalen Probezeit von zwei Jahren kann dem Berufungskläger gewährt werden und ist im Übrigen bereits durch das Verbot der reformatio in peius geboten.

4.6 Die Vorinstanz hat zusätzlich und mit zutreffender Begründung eine Verbindungsbusse in Höhe von CHF 800.- ausgefällt (Urteil E. IV. lit. a p. 12). Nach Art. 106 Abs. 2 StGB wird die Busse nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters so bemessen, dass diese seinem Verschulden angemessen Rechnung trägt. Bei der Festlegung der Bussenhöhe ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in erster Linie auf das Verschulden und erst in zweiter Linie auf die finanziellen Verhältnisse des Täters abzustellen (BGE 119 IV 330 E. 3 S. 337; BGer 6S.223/2005 vom 21. Juli 2005 E. 1.1.2). Für die Qualifizierung des Verschuldens des Berufungsklägers kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (oben E. 4.3). Sein vermindertes Einkommen wird ebenfalls berücksichtigt. In Anwendung der genannten Bemessungskriterien ist eine Verbindungsbusse in Höhe von CHF 500.- dem Tat- und Täterschulden angemessen.

E. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Berufungskläger die erstinstanzlichen Kosten. Aufgrund seines Unterliegens im Berufungsverfahren trägt er auch dessen Kosten mit einer angemessenen Urteilsgebühr von CHF 800.-.

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