

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.76 vom 24. Januar 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-01-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2017.76](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2017.76)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.76 du 24 janvier 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.76 del 24 gennaio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird. Das ist vorliegend der Fall. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Berufungserhebung legitimiert ist. Die Berufung ist gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO fristgemäss angemeldet und erklärt worden. Zuständiges Berufungsgericht ist gemäss § 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des baselstädtischen Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts.

1.2 Gemäss Art. 406 Abs. 1 lit. c StPO kann das Berufungsgericht die Berufung in einem schriftlichen Verfahren behandeln, wenn ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Urteils bilden und mit der Berufung nicht ein Schuldspruch wegen eines Verbrechens oder Vergehens beantragt wird. Dies ist vorliegend der Fall, weshalb die Berufung im schriftlichen Verfahren zu beurteilen ist.

1.3 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung in der Regel Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden. Bildete hingegen wie vorliegend ausschliesslich eine Übertretung Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO).

### **E. 2**

2.1 Nach Art. 11 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) benötigen Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung, welche bei der am vorgesehenen Arbeitsort zuständigen Behörde zu beantragen ist. Als Erwerbstätigkeit gilt dabei jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AuG). Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit ist die Bewilligung von der Arbeitgeberin oder vom Arbeitgeber zu beantragen (Art. 11 Abs. 3 AuG), wobei Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer eines Massagesalons bzw. eines Bordells grundsätzlich als Arbeitgeberinnen zu qualifizieren sind (vgl. statt vieler BGE 140 II 460 E. 4.3.1 S. 469 f., 128 IV 170 E. 4 S. 174 ff.). Art. 14 AuG ermächtigt den Bundesrat, günstigere Bestimmungen über die Bewilligungs- und Anmeldepflicht zu

erlassen, insbesondere um vorübergehende Dienstleistungen zu erleichtern. Art. 9 Abs. 1bis der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP, SR 142.203) besagt ferner, dass bei einem Stellenantritt in der Schweiz bis zu drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres sinngemäss das Anmeldeverfahren (Meldepflicht, Verfahren, Angaben, Fristen) nach Art. 6 des Entsendegesetzes (EntsG, SR 823.20) und nach Art. 6 der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV, SR 823.201) gilt. Art. 9 Abs. 1bis VEP bestimmt sodann ausdrücklich, dass der Lohn nicht gemeldet werden muss. Daraus ergibt sich, dass die übrigen Angaben gemäss Art. 6 EntsG und Art. 6 EntsV auch für die Anmeldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1bis VEP zwingend sind. Schliesslich muss gemäss Art. 9 Abs. 1bis VEP bei einem Stellenantritt in der Schweiz bis zu drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres die Anmeldung spätestens am Tag vor Beginn der Tätigkeit erfolgen. Gemäss Art. 6 EntsG hat die Meldung an die zuständige kantonale Behörde schriftlich zu erfolgen und die Zahl und Namen der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, das Datum des Arbeitsbeginns, die voraussichtliche Dauer der Arbeiten, die Art der auszuführenden Arbeiten sowie den genauen Arbeitsort zu enthalten. Art. 6 Abs. 2 lit. f EntsV hält zudem fest, dass im Erotikgewerbe eine Meldung unabhängig von der Dauer der Arbeiten notwendig ist. Verstösse gegen melderechtliche Vorgaben werden strafrechtlich geahndet. Demgemäss wird mit einer Busse bis zu CHF 5'000.─ bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig die Meldepflichten nach Art. 9 Abs. 1bis verletzt (Art. 32a VEP). Eine gemäss Art. 32a VEP strafbare Meldepflichtverletzung liegt neben der fehlenden Angabe des Einsatzortes oder der Angabe eines falschen Einsatzortes auch dann vor, wenn die oder der Arbeitnehmende erst am Tag des Beginns der Tätigkeit gemeldet wird (vgl. dazu AGE VD.2016.114 vom 4. Dezember 2016 E. 2.3).

2.2 Die Anklage wirft dem Berufungskläger vor, er habe es als verantwortlicher Betreiber der Etablissements ■[...]■ sowie ■[...]■ unterlassen, für diverse seiner Mitarbeiterinnen rechtzeitig und damit mindestens einen Tag vor Stellenantritt ein ordnungsgemässes Meldeverfahren einzuleiten (Strafbefehl, Akten S. 111 ff.). Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang festgestellt, die Meldung im Online-Formular sei insofern falsch erfolgt, als das unter ■Arbeitsbeginn■ erfasste Datum mit dem Ankunftstag der Frauen identisch sei und somit die Meldung nicht korrekt erfolgt sei. Es sei davon auszugehen, dass die jeweiligen Mitarbeiterinnen bereits am Tag der Meldung zu arbeiten begonnen hätten. Selbst wenn sie erst am darauf folgenden Tag ihre Tätigkeit aufgenommen hätten, habe sich der Berufungskläger durch die unrichtige Meldung einer Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1bis VEP schuldig gemacht (Urteil, Ziff. I p. 7).

2.3 Der Berufungskläger bestreitet, eine nach Art. 32a VEP strafbare Meldepflichtverletzung gemäss Art. 9 Abs. 1bis VEP begangen zu haben. Zwar treffe zu, dass er bei der Anmeldung seiner Mitarbeiterinnen irrtümlich jeweils das Einreisedatum anstelle des Datums des Arbeitsbeginnes angegeben habe. Damit liege allenfalls ein Verstoß gegen die Anweisungen des Benutzerhandbuches zum Online-Meldeverfahren des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (Akten S. 109) vor. Massgeblich sei jedoch, dass die bei ihm angestellten Frauen ihre Arbeit immer erst am Folgetag der Meldung aufgenommen hätten. Damit seien die ihm bekannten gesetzlichen Anforderungen gemäss Art. 9 Abs. 1bis VEP, wonach die Anmeldung der Frauen spätestens am Tag vor Beginn der Tätigkeit zu erfolgen habe, eingehalten worden. Eine verspätete Meldung liege bei diesem Sachverhalt entgegen den Ausführungen der Anklage jedenfalls nicht vor. Damit fehle eine gesetzliche

Grundlage für eine strafrechtliche Verurteilung, weshalb er von Schuld und Strafe freizusprechen sei (Berufung p. 7, Akten S. 227).

### E. 3

3.1 Art. 1 StGB statuiert den Legalitätsgrundsatz, wonach das Gericht nur eine vom Gesetz ausdrücklich vorgesehene Sanktion ausfallen darf (■Keine Strafe ohne Gesetz■). Dieser Grundsatz ist unter anderem dann verletzt, ■wenn ein Bürger wegen einer Handlung, die im Gesetze überhaupt nicht als strafbar bezeichnet ist, strafrechtlich verfolgt wird, oder [...] wenn der Richter eine Handlung unter ein Strafgesetz subsumiert, die darunter auch bei weitest gehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann■ (Trechsel/Jean-Richard, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 1 N 1 m. H.; Popp/Berkemeier, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage 2013, Art. 1 N 21 m. H.). Als strafrechtliche Regel gilt Art. 1 StGB auch für das Nebenstrafrecht des Bundes (Popp/Berkemeier, a.a.O., N 8, 10).

3.2 Der Berufungskläger macht geltend, er sei für seine Aussage, wonach die Arbeitnehmerinnen ihre Tätigkeit jeweils erst am Tag nach der erfolgten Meldung aufgenommen hätten, nicht beweispflichtig (Berufung Ziff. 17 p. 7, Akten S. 227). Dies trifft jedoch vorliegend nicht zu. Zwar bedeutet der Grundsatz ■in dubio pro reo■ in seiner Ausprägung als Beweislastregel, dass die Anklagebehörde die Schuld der beschuldigten Person und nicht diese ihre Unschuld zu beweisen hat (Art. 10 Abs. 3 StPO, BGE 127 I 38 E. 2a S. 40). Bei einer Selbstdeklaration darf und muss die Behörde aber zunächst von der Richtigkeit der getätigten Angaben ausgehen. Wenn der Berufungskläger irrtümlich jeweils das Anreisedatum anstelle des Datums des Arbeitsbeginns gemeldet und damit falsche Angaben getätigt hat, obliegt es ihm, diesen ■Erklärungsirrtum■ zumindest glaubhaft zu machen. Der Berufungskläger hat an der Hauptverhandlung vor Strafgericht mehrfach geäußert, die Frauen hätten immer erst am Folgetag der Meldung ihre Tätigkeit aufgenommen (Prot. HV Akten S. 185: ■Wir haben die Mädchen an dem Tag angemeldet, an dem sie angereist sind und sie haben erst am nächsten Tag arbeiten dürfen.■ [ ] a.F.: ■Nein, auch früher haben die Damen auch erst am nächsten Tag angefangen zu arbeiten.■). Diese Aussagen decken sich mit den Angaben der in der Hauptverhandlung als Zeugin befragten Angestellten B\_\_\_\_, welche die Meldungen jeweils in seinem Auftrag vornahm (Verhandlungsprotokoll HV Akten S. 189). Zwar mutet eine derart unprofessionelle Meldepraxis in einem Betrieb, in dem der häufige Wechsel der Mitarbeiterinnen gang und gäbe ist, prima vista erstaunlich an. Doch haben sowohl der Berufungskläger als auch seine Angestellte übereinstimmend und glaubhaft erklärt, sie seien anlässlich der Begehung vor Ort durch den Fahndungsdienstmitarbeitenden C\_\_\_\_ in diesem Sinne instruiert worden und hätten sich fortan stets an dieses ■ vermeintlich korrekte ■ Vorgehen gehalten, ohne es zu hinterfragen (Prot. HV Akten S. 187-190). Der Umstand, dass die Meldeverfahren offensichtlich seit Jahren stets gleich und gemäss den angeblichen Instruktionen durchgeführt wurden, spricht gegen eine absichtliche Falschdeklarierung und für die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Berufungsklägers. Da an den betreffenden Daten keine Polizeikontrollen in den Etablissements des Berufungsklägers vorgenommen wurden, kann ihm nicht nachgewiesen werden, dass die Mitarbeiterinnen bereits am Tag der Meldung zu arbeiten begonnen hätten. Es ist daher von der Sachverhaltsversion des Berufungsklägers auszugehen, wonach die Frauen stets erst am Tag nach der erfolgten Meldung ihre Arbeitstätigkeit aufnahmen. An diesem Ergebnis

vermag auch die Verwarnung vom 31. März 2015 nichts zu ändern (Akten S. 83 ff.), ergibt sich daraus doch lediglich, dass die Arbeitsaufnahme frühestens am Tag nach der Meldung des Einsatzes erfolgen kann. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass dem Berufungskläger bekannt war, dass er nicht die Einreise (mit der einen Tag später begonnenen Arbeit) melden musste, sondern den eigentlichen, einen Tag später erfolgenden Arbeitsbeginn. Aus diesen Erwägungen folgt, dass dem Berufungskläger kein Verstoss gegen Art. 9 Abs. 1bis VEP nachgewiesen werden kann. Der Umstand, dass er bei den Meldungen entgegen der Anleitungen im Benutzerhandbuch zum Online-Meldeverfahren jeweils das Anreisedatum anstelle des Tages des Arbeitsbeginns angegeben hat, stellt entgegen der Anklage keine verspätete Meldung, sondern lediglich einen Verstoss gegen die Anweisungen im Online-Benutzerhandbuch dar und untersteht damit nicht der Strafdrohung von Art. 32a VEP. Damit entbehrt die Verurteilung durch die Vorinstanz wegen unrichtig getätigter Meldung einer gesetzlichen Grundlage. Daraus folgt ein Freispruch des Berufungsklägers.

#### **E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Berufungskläger weder für das erst- noch für das zweitinstanzliche Verfahren Kosten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1, 428 Abs. 1 StPO). Aus der Gerichtskasse ist ihm eine angemessene Entschädigung für seine Verteidigungskosten zuzusprechen (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Da der Verteidiger im Berufungsverfahren auf die Einreichung einer Honorarnote verzichtet hat, ist dessen Aufwand durch das Gericht zu schätzen. Für das Erstellen der Berufungsschrift erscheint ein Aufwand von fünf Stunden angemessen. Bei einem Stundenansatz von CHF 250.■ errechnet sich eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 1■250.■. Zudem ist ihm auch für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten. Hier kann auf seine Honorarnote vom 21. April 2017 (Akten S. 180 [1,75 Stunden sowie CHF 15.■ Auslagen]) und auf die Rechnung vom 9. März 2017 (Akten S. 176 [2,9 Stunden sowie CHF 153.75 Auslagen]) abgestellt werden. Hinzu kommen weitere 2,16 Stunden für die Teilnahme an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (Akten S. 184-192). Praxisgemäss wird der Aufwand des Privatverteidigers zu einem Stundenansatz von CHF 250.■ vergütet. Daraus errechnet sich eine Parteientschädigung (inklusive MWST) von insgesamt CHF 1■867.20 für das erstinstanzliche Verfahren.

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