

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.111 vom 13. April 2019

BS Appellationsgericht, 2019-04-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2018.111

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.111 du 13 avril 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.111 del 13 aprile 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Änderung, sodass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erklärung der Berufung legitimiert ist. Auf das form- und fristgerecht eingereichte Rechtsmittel ist daher einzutreten.

1.2 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 Dem Berufungskläger wird vorgeworfen, in der Zeit vom 2. März 2015 bis zum 24. April 2017 als verantwortlicher Geschäftsführer der [...] den eritreischen Staatsangehörigen C_____ ohne erforderliche Bewilligung beschäftigt zu haben (dieser sei Inhaber eines Ausländerausweises F gewesen, sein Stellenwechsel aber nicht bewilligt worden). Er habe sich damit eines Verstosses gegen Art. 117 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) schuldig gemacht.

2.2 Mit Wirkung per 1. Januar 2019 wurde das AuG in einigen Teilen revidiert und der Titel des Gesetzes in ■Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AlG)■ geändert. In Bezug auf die für vorliegendes Urteil relevanten Strafbestimmungen ist das Gesetz indes unverändert geblieben. Das neue Recht ist damit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 333 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0) nicht das mildere. Es ist somit dasjenige Recht anzuwenden, dass im Deliktszeitraum (März 2015 bis April 2017) galt. Um Missverständnissen vorzubeugen, wird für die Bezeichnung des dazumals geltenden Ausländergesetzes der Ausdruck ■aAuG■ verwendet.

E. 3

3.1 Im Strafbefehl vom 3. November 2017 (Akten S. 38 f.), der für das vorliegende Verfahren als Anklageschrift gilt, wurde der Berufungskläger der vorsätzlichen Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung gemäss Art. 117 Abs. 1 aAuG schuldig gesprochen. Daraus muss geschlossen werden, dass die Staatsanwaltschaft davon ausging, der Berufungskläger habe einen Ausländer beschäftigt, obschon er um das Fehlen der erforderlichen Bewilligung gewusst bzw. im Sinne des Eventualvorsatzes dessen Fehlen in Kauf genommen habe.

3.2 Das Strafgericht sprach den Berufungskläger demgegenüber der fahrlässigen Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 Abs. 3 aAuG schuldig. Es erwog, der Berufungskläger habe angegeben, den Ausländerausweis des Arbeitnehmers angeschaut und dabei gesehen zu haben, dass als Arbeitgeberin die [...] aufgeführt gewesen sei. Dieser Eintrag hätte ihn stutzig machen und in ihm gewisse Zweifel aufkommen lassen müssen. Er hätte sich in Anbetracht der Gesamtumstände nochmals rückversichern müssen, ob ein Arbeitgeber- und Stellenwechsel ohne weitere Vorkehrungen durchgeführt werden könne. Er habe sich jedoch weder beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) noch beim Migrationsamt und auch keiner anderen Stelle informiert, um die Voraussetzungen einer Anstellung eines Arbeitnehmers mit Aufenthaltsstatus F abzuklären. Der Berufungskläger hätte aufmerksamer sein und hinterfragen müssen, ob nun anstatt der im Ausweis des C___ aufgeführten [...] nicht seine Firma aufgeführt werden müsse. Diese offensichtliche Unklarheit hätte er durch die Kontaktaufnahme mit den spezialisierten Behörden aus dem Weg räumen müssen. Der Berufungskläger habe seine Überprüfungspflicht damit unvorsichtig ausgeübt (vorinstanzliches Urteil S. 5 f.).

3.3 Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) sowie Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. a und b der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) abgeleiteten und in Art. 9 Abs. 1 StPO festgeschriebenen Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 141 IV 132 E. 3.4.1 S. 142 f.). Gemäss Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO bezeichnet die Anklageschrift möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung.

3.4 Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (BGE 143 IV 63 E. 2.2 S. 65). Abweichende rechtliche Würdigungen des Anklagesachverhalts sind nach Art. 344 und Art. 350 StPO zulässig, soweit sie keine Anpassung des Sachverhalts erfordern (sog. Würdigungsvorbehalt). Eine solche Anpassung ist aber gerade für die Umqualifikation von der vorsätzlichen zur fahrlässigen Tatbegehung grundsätzlich nötig, weil für das Fahrlässigkeitsdelikt die pflichtwidrige Unvorsichtigkeit umschrieben werden muss (vgl. Art. 12 Abs. 3 StGB; BGE 120 IV 348 E. 3c S. 356; Hauri/Venet, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 344 StPO N 6; Heimgartner/Niggli, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 350 StPO N 6 und Art. 325 StPO N 35; Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.],

Kommentar zur StPO, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 325 N 21; Gut/Fingerhuth, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 344 N 3). So ist nach der Rechtsprechung etwa gegenüber einem Beschuldigten, der der fahrlässigen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung angeklagt wird, darzustellen, welche Abklärungen er nach welchen Umständen und persönlichen Verhältnissen bzw. gesetzlichen Vorschriften hätte vornehmen sollen (BGer 6B_115/2016 vom 25. Mai 2016 E. 2.5; vgl. AGE SB.2018.60 vom 9. Dezember 2018 E. 3.3).

3.5 Der Anklageschrift lässt sich ■ wie die Verteidigung zu Recht ausführt (Berufungsbegründung S. 3) ■ nicht entnehmen, auf welche Weise der Berufungskläger bei der Anstellung von C_____ gegen seine Sorgfaltspflichten verstossen haben soll. Der Fahrlässigkeitsvorwurf liegt daher ausserhalb der Anklage und konnte vom Strafgericht ohne Anklageänderung nicht ins Verfahren einbezogen werden. Das vorinstanzliche Urteil ist daher infolge Verletzung des Anklagegrundsatzes aufzuheben.

E. 4.1

4.1.1 Eine Verletzung des Anklagegrundsatzes führt grundsätzlich zu einer Rückweisung der Anklage (vgl. Art. 409 und 329 Abs. 2 StPO) oder zur Anklageänderung nach Art. 333 StPO und danach gegebenenfalls zur Verfahrenseinstellung (Niggli/Heimgartner, a.a.O., Art. 9 N 62; Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich 2018, Art. 9 N 4).

4.1.2 Ist eine Anklageschrift bezüglich des angeklagten Delikts unvollständig, so ist die Verfahrensleitung nach Art. 329 Abs. 1 und 2 StPO gehalten, die Anklage zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zu retournieren. Zur Prüfung gehört gemäss Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO auch die hinreichende Konkretisierung der vorgeworfenen Taten (vgl. Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 329 N 21). Gemäss Art. 379 in Verbindung mit Art. 329 bzw. Art. 333 StPO ist die Rückweisung an die Staatsanwaltschaft auch im Rechtsmittelverfahren möglich (vgl. Stephenson/Zalunardo-Walser, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 333 StPO N 5b; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 379 N 15; BGer 6B_904/2018 vom 8. Februar 2019 E. 2.4, 6B_1394/2017 vom 2. August 2018 E. 1.2; OGer ZH SB150349 vom 7. Mai 2018).

4.1.3 Wenn die Verletzung aber nur einzelne Anklagepunkte beschlägt, die insgesamt nicht von wesentlichem Gewicht sind, kann eine Rückweisung aus Opportunitätsgründen ausser Betracht fallen und sich eine Einstellung des Verfahrens rechtfertigen (Heimgartner/Niggli, a.a.O., Art. 351 N 2). Aus der Formulierung ■ falls erforderlich ■ in Art. 329 Abs. 2 StPO lässt sich schliessen, dass eine Rückweisung auch dann unterbleiben kann, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass aufgrund der Beweislage ohnehin keine Verurteilung erfolgen kann (Heimgartner/Niggli, a.a.O., Art. 351 N 2) beziehungsweise wenn es ohnehin einen Freispruch in Betracht zieht (Griesser, a.a.O., Art. 329 N 21 f.). Eine Rückweisung hat demnach nur zu erfolgen, wenn das Gericht der Auffassung ist, dass eine ergänzte Anklage später ■ zumindest mit einiger Wahrscheinlichkeit ■ zu einer Verurteilung führen wird (AGE SB.2018.60 vom 9. Dezember 2018 E. 4.1, SB.2016.16 vom 21. Dezember 2016 E. 2.4; OGer ZH SB120447 vom 12. November 2013).

E. 4.2

4.2.1 Art. 115 aAuG enthält eine analoge Bestimmung zu Art. 117 aAuG, nur ist in jenem Artikel das strafbare Verhalten des Arbeitnehmers geregelt. Schwarzarbeiten im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c aAuG kann eine Person auch dann, wenn sie ■ wie hier ■ zwar im

Besitz einer Arbeitsbewilligung ist, ihr der Stellenantritt aber nicht für die in Frage stehende Tätigkeit bewilligt worden ist (Vetterli/D■Addario Di Paolo, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 115 AuG N 33). Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung ist bei einem Stellenantritt ohne Bewilligung in ähnlichem Arbeitsbereich indes nicht von Schwarzarbeit auszugehen. Bei einer solchen Konstellation könne davon ausgegangen werden, der Arbeitnehmer sei irrtümlich davon ausgegangen, dass die Erwerbstätigkeit von der Bewilligung noch gedeckt sei. Anders sei nur dann zu entscheiden, wenn sich die bewilligte von der ausgeführten Tätigkeit deutlich unterscheide, wie zum Beispiel die Arbeit als Gärtner anstatt als Schreiner (Vetterli/D■Addario Di Paolo, a.a.O., Art. 115 AuG N 33). Diese Auffassung überzeugt und kann analog auch auf die Strafbestimmung betreffend den Arbeitgeber (Art. 117 aAuG) angewendet werden.

4.2.2C_____ wurde der Stellenantritt als [...] bei der [...] ■ mithin in der Bahngastronomie ■ bewilligt (Separatbeilage S. 12). Sein Aufgabengebiet (vgl. Akten S. 20) beim ■[...]■ wurde sehr weit gefasst (neben Reinigungsaufgaben auch Tätigkeit in der Gastronomie [Produktion in der [...]] sowie Chauffeuraushilfsdienste [wohl [...]]). Dieser Aufgabenbeschrieb kann im Sinne der vorzitierten Auffassung noch als Arbeit auf ähnlichem Gebiet qualifiziert werden, sodass nicht von Schwarzarbeit auszugehen ist.

4.3Selbst wenn der Arbeitseinsatz beim ■[...]■ als Arbeit auf einem anderen Gebiet qualifiziert würde, wäre von einem unvermeidbaren Rechtsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB auszugehen: Wie die bereits zitierten Vetterli/D■Addario Di Paolo (Vorb. Art. 115-120 N 22) zu Recht ausführen, ist das Ausländerrecht heute derart komplex, dass selbst für rechtskundige Personen zum Teil schwer erkennbar ist, welche gesetzlichen Pflichten überhaupt bestehen. Dies zeigt sich exemplarisch daran, dass es selbst die [...] als recht grosses Unternehmen unterlassen hat, die Beendigung der Erwerbstätigkeit bei der zuständigen Behörde zu melden (dazu: https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/themen/arbeit/erwerbstaetige_asylbereich/faq.html; zuletzt besucht am 25. März 2019). Dazu kommt, dass der Berufungskläger laut eigener Aussage das erste Mal einen Arbeitnehmer mit F-Bewilligung beschäftigte (Akten S. 159 f.) und deshalb nicht wie bei den ihm häufig angestellten Grenzgängern entsprechende Erfahrungswerte aufweisen konnte. Dass der Berufungskläger nicht wusste, dass er sich rechtswidrig verhält, zeigt im Übrigen, dass er C_____ bei der Ausgleichskasse und der Pensionskasse korrekt angemeldet hat (Akten S. 32 ff.).

4.4Aus dem Gesagten folgt, dass es bei Rückweisung des Verfahrens zu keiner Verurteilung des Berufungsklägers kommen bzw. der Berufungskläger von der Anlage der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländer freigesprochen würde. Es besteht daher kein Raum, das Verfahren zur Ergänzung der Anklage an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

E. 5

5.1Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Berufungskläger weder für das erst- noch für das zweitinstanzliche Verfahren Kosten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 bzw. Art. 428 Abs. 1 StPO) und ist ihm aus der Gerichtskasse eine angemessene Entschädigung für seine Verteidigungskosten zuzusprechen (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO).

5.2Der von der Verteidigung für das Strafbefehls- und das erstinstanzliche Verfahren geltend gemachte Aufwand von knapp elf Stunden erscheint angemessen und ist neben

zusätzlichen zwei Stunden für die erstinstanzliche Hauptverhandlung zum Stundenansatz von CHF 250.■ zu vergüten (vgl. Akten S. 143 ff., 156 ff.). Zu erstatten sind auch die geltend gemachten Auslagen sowie die Mehrwertsteuer.

5.3Für das zweitinstanzliche Verfahren hat die Verteidigung keine Honorarnote eingereicht, sodass der Aufwand für das Berufungsverfahren zu schätzen ist. Der Verteidiger verfasste neben der Berufungsanmeldung, der Berufungserklärung und einem Fristerstreckungsgesuch mit der Berufungsbegründung eine eigentliche (siebenseitige) Rechtsschrift. Daneben fiel für das Studium der Berufungsantwort der Staatsanwaltschaft sowie von Verfügungen des Gerichts ebenfalls geringfügiger Aufwand an. Da der Verteidiger bereits längere Zeit mit dem Fall befasst war, erscheint ein Zeitaufwand von insgesamt sechs Stunden zu CHF 250.■ (inklusive Auslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer) als angemessen.

5.4Insgesamt ist dem Berufungskläger somit eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 3■573.55 für das erstinstanzliche- und von CHF 1■615.50 für das zweitinstanzliche Verfahren aus der Gerichtskasse auszurichten.

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