

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.60 vom 9. Dezember 2018

BS Appellationsgericht, 2018-12-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2018.60

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.60 du 9 décembre 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.60 del 9 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 398 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) unterliegt das angefochtene Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen der Berufung an das Appellationsgericht. Die Berufungsklägerin ist gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Berufung legitimiert. Diese ist nach Art. 399 StPO form- und fristgemäss angemeldet und erklärt worden, so dass auf sie einzutreten ist. Zuständiges Berufungsgericht ist gemäss §§ 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das 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. Vorliegend beruht der angefochtene Schuldspruch ausschliesslich auf einer Übertretung (Art. 117 Abs. 3 des Ausländergesetzes, AuG, SR 142.20; Art. 103 des Strafgesetzbuchs, StGB, SR 311.0). Ein anderer Vorwurf steht nicht zur Diskussion. Daher ergeht das Berufungsurteil unter Beizug der Verfahrensakten im schriftlichen Verfahren (Art. 406 Abs. 4 i.V.m. 390 Abs. 2-4 StPO).

E. 2

2.1 Das Strafgericht erachtete es als erwiesen, dass anlässlich der Kontrolle vom 3. November 2016 im Restaurant ■Trattoria Bar da B_____■ zwei serbische Staatsangehörige (C_____ und D_____) ohne Arbeitsbewilligung gearbeitet hätten. Der eine habe hinter der Bar ein Getränk herausgelassen, die andere habe in der Küche am Herd gekocht. Zum damaligen Zeitpunkt ■ einem Donnerstag kurz vor 11 Uhr ■ sei das Lokal mit rund 12 Gästen gut besucht gewesen. Der dritte Anwesende, E_____, wäre überfordert gewesen, wenn er alleine für Küche und Service hätte sorgen müssen. Die Berufungsklägerin sei als Bewilligungsinhaberin zur Aufsicht über den Betrieb verpflichtet und habe sich daher strafbar gemacht.

2.2 Die Berufungsklägerin macht geltend, aufgrund der vorgefundenen Situation seien keine Arbeitsverhältnisse erstellt. Es sei glaubhaft, dass C_____ nur deswegen hinter der Bar stand, weil er sich selber ein Getränk holen wollte. Die Trattoria sei ein sehr kleiner Restaurationsbetrieb, wo sich die Gäste oftmals gut kennen und eine familiäre Stimmung herrsche. Bei der Bitte des ■Kochs■, der Mann hinter dem Tresen solle im benachbarten Supermarkt eine Packung Servietten holen, handle es sich um eine reine Gefälligkeit. Die Anwesenheit der Frau in der Küche sei glaubhaft mit der Probe eines neuen Rezepts erklärt. Der damalige Koch E_____ habe stets ausgesagt, dass er zusammen mit der damaligen Betriebsinhaberin kurz zuvor entschieden hatte, den vorher angebotenen Mittagstisch

aufzugeben und stattdessen eine Suppe und ein Eintopfgericht anzubieten. Er habe dann von der Frau in der Küche, die er als Gast des Lokals bereits zuvor gekannt habe, ein entsprechendes Rezept erhalten. Sie habe das am Vorabend vorbereitete Gericht lediglich probiert, um dessen Geschmack zu beurteilen.

E. 3

3.1 Bei der Kontrolle von Schuldsprüchen wegen Übertretungen ist die Kognition des Berufungsgerichts in Sachverhaltsfragen nach Massgabe von Art. 398 Abs. 4 StPO beschränkt. Rechtsverletzungen und darauf beruhende Sachverhaltsfehler unterliegen jedoch der vollen Kognition (Art. 398 Abs. 4 und Abs. 3 lit. a StPO). Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil grundsätzlich in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO) und wendet dabei das Recht von Amtes wegen an (Art. 391 Abs. 1 StPO). Wird das Gericht aufgrund einer Einsprache gegen einen Strafbefehl angerufen, so gilt dieser nach Art. 356 Abs. 1 StPO als Anklageschrift und liegt als Anklage auch dem Berufungsverfahren zugrunde (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013, N 1535).

3.2 Das Strafgericht hat den angeklagten Vorwurf vorsätzlichen Handelns der Berufungsklägerin verworfen. Es hielt ihr ■im Zweifel■ zugute, dass sie die Aufsicht über den Betrieb erst kürzlich übernommen hatte und dass sie während der Kontrolle nicht anwesend war, da sie vorwiegend am Abend arbeitete. Zudem habe der anlässlich der Kontrolle anwesende E_____ ■möglicherweise eine ungute Rolle gespielt■ (angefochtenes Urteil S. 6). Die Staatsanwaltschaft hat die vorinstanzliche Verneinung des Vorsatzes akzeptiert, so dass darauf nicht zurückzukommen ist (Art. 391 Abs. 2 StPO). Es fragt sich indessen, ob das Strafgericht auf Fahrlässigkeit erkennen durfte, obwohl diese im Strafbefehl vom 21. April 2017 nicht angeklagt war. Der diesbezüglich anwendbar Anklagegrundsatz unterliegt der Rechtsanwendung von Amtes wegen (hiervor E. 3.1 und Niggli/Heimgartner, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 9 N 63a).

3.3 Gemäss dem in Art. 9 Abs. 1 StPO verankerten Anklagegrundsatz kann eine Straftat nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts Anklage erhoben hat. Dieser Anklagegrundsatz gilt auch im Strafbefehlsverfahren (Art. 356 Abs. 1 StPO; BGE 140 IV 188 E. 1.5 S. 191; 143 IV 63 E. 2.2 S. 65). Die Anklageschrift bestimmt den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. Diese 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. Entscheidend ist, dass der Angeklagte genau weiss, was ihm konkret vorgeworfen wird. Das Anklageprinzip bezweckt damit zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; vgl. BGE 141 IV 132 E. 3.4 S. 143). Konkretisiert wird der Anklagegrundsatz zur Hauptsache durch die formellen Anforderungen, welche das Verfahrensrecht an die Anklageschrift stellt und welche in Art. 325 Abs. 1 StPO umschrieben werden. Gemäss dieser Bestimmung sind neben den am Verfahren Beteiligten möglichst kurz, aber genau, die dem Beschuldigten vorgeworfenen Taten anzugeben, mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung (lit. f); ferner die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Bestimmungen (lit. g). Die gleichen Anforderungen gelten im Wesentlichen für den Strafbefehl (Art. 353 Abs. 1 lit. c und d StPO). Es geht insbesondere darum, dass die Umstände aufgeführt sind, welche gemäss

Auffassung der Staatsanwaltschaft den gesetzlichen Tatbestandselementen entsprechen (BGer 6B_666/2015 vom 27. Juni 2016 E. 1.1; 6B_20/2011 vom 23. Mai 2011 E. 3.3; BGE 126 I 19 E. 2a; AGE SB.2016.16 vom 21. Dezember 2016 E. 2.3).

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 mit Hinweisen; Hauri/Venetz, in: Basler Kommentar StPO, Art. 344 N 6; Heimgartner/Niggli, Basler Kommentar StPO, Art. 350 N 6 und Art. 325 N 35; Landshut/Bosshard, in: Donatsch et al. [Hrsg.], StPO Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 325 N 21; Gut/Fingerhuth, in: Donatsch et al. [Hrsg.], StPO Kommentar, 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).

3.4 In der vorliegenden Anklage wird der Berufungsklägerin vorgeworfen, sie habe die beiden Ausländer zumindest einen Tag beschäftigt, obwohl sie wusste oder zumindest in Kauf genommen habe, dass diese über keine gültigen Arbeitsbewilligungen verfügten. Der Vorwurf einer pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit wird nicht erhoben, auch nicht als Eventualanklage nach Art. 325 Abs. 2 StPO. Konkret lässt sich der Anklageschrift nicht entnehmen, auf welche Weise die Berufungsklägerin bei der Anstellung des Personals oder bei der täglichen Betriebsführung gegen ihre Sorgfaltspflichten verstossen haben soll. Der Fahrlässigkeitsvorwurf liegt daher ausserhalb der Anklage und kann vom Strafgericht ohne Anklageänderung nicht ins Verfahren einbezogen werden. Das vorinstanzliche Urteil ist daher infolge Verletzung des Anklagegrundsatzes aufzuheben.

E. 4

4.1 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 2018, Art. 9 N 4). Nach der Rechtsprechung kann die Rückweisung in bestimmten Fällen unterbleiben und das Verfahren mit einer Einstellung oder einem Freispruch beendet werden.

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 et al. [Hrsg.], StPO Kommentar, 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 StPO, Art. 333 N 5b, sowie Lieber, in: Donatsch et al. [Hrsg.], StPO Kommentar, Art. 379 N 15;

BGer 6B_777/2011 vom 10. April 2012 E. 2; Obergericht Zürich SB150349 vom 7. Mai 2018).

Wenn indessen die Verletzung 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.2016.16 vom 21. Dezember 2016 E. 2.4, SB.2013.70 vom 20. Oktober 2014 E. 4; Obergericht Zürich SB120447 vom 12. November 2013).

4.2 Vorliegend steht jedenfalls bezüglich des Manns hinter dem Tresen (C____) fest, dass Schwarzarbeit geleistet wurde: Er deponierte seine Kleider und Tasche hinter der Theke, wo üblicherweise nur Angestellte Zutritt haben, zapfte ein Getränk und versuchte anschliessend zu flüchten. Die vom Verteidiger geltend gemachte familiäre Vertrautheit ist vorliegend gerade nicht gegeben: E____ erklärte, dass er C____ ■ bis kurz vor der Kontrolle noch nicht einmal gekannt■ habe (Schreiben vom 16. November 2016, Akten S. 87). Ferner erhielt C____ noch während der Kontrolle den Auftrag, im Supermarkt Papierservietten kaufen zu gehen. Richtig ist auch die Überlegung der Vorinstanz, dass sich E____ kurz vor der Mittagszeit wohl kaum gleichzeitig um Küche und Service kümmern konnte, so er damals im Restaurant kaum alleine gearbeitet hat.

Weniger klar ist indessen die Frage, ob die Berufungsklägerin für die verbotene Beschäftigung von Mitarbeitern ohne Arbeitsbewilligung verantwortlich ist. Nicht sie, sondern E____ war anlässlich der Kontrolle im Lokal anwesend. Bei E____ handelt es sich offenbar um ■ B____ ■, nach dem das Restaurant ■ Trattoria Bar da B____ ■ benannt ist (vgl. Zeugenaussage des Kontrolleurs [...] vor Strafgericht, Akten S. 101; Aussagen D____ vom 4. November 2016 S. 4, Faszikel ■ Vorakten■). Er ist heute Betriebsinhaber, war damals aber offenbar nur als Koch angestellt (Aussagen Berufungsklägerin vor Strafgericht, Akten S. 99). Es ist offensichtlich, dass die Berufungsklägerin als damalige Bewilligungsinhaberin die Verantwortung für das Handeln ihrer Mitarbeiter trägt, soweit es ihr zugerechnet werden kann. Vorliegend lässt sich ihr Nichtwissen um die Vorgänge am Tag der Kontrolle bzw. in der Vormittagsschicht, anlässlich der sie nicht gearbeitet hat, nicht widerlegen, und es wäre der bisher nicht angeklagte Vorwurf der pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit abzuklären. Es steht nicht fest, ob sie die beiden wegen Schwarzarbeit aufgegriffenen Personen kannte oder sie gar selber angestellt hatte. Es ist weiter offen, wie sie den Personaleinsatz plante und kontrollierte und nach welchen Massstäben eine pflichtgemässe Erfüllung dieser Aufgaben zu bemessen wäre. Die Berufungsklägerin war ja gerade nicht im Restaurant, als die beiden mutmasslichen Schwarzarbeiter kontrolliert wurden, und es gibt auch sonst keine Hinweise, dass sie wusste, was sich ereignete. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich die vorgeworfene Schwarzarbeit unter der Regie des ■ Kochs ■ hinter ihrem Rücken abspielte.

Aufgrund des erstellten Sachverhalts lässt sich die Rolle der Berufungsklägerin nicht beurteilen und es ist wenig wahrscheinlich, dass diesbezüglich rund zwei Jahre nach dem

Vorfall weitere Ermittlungen zur Klärung führen würden. Ihre Erklärung, sie habe von den Vorgängen nichts gewusst, lässt sich kaum widerlegen, so dass eine ergänzte Anklage kaum zu einer Verurteilung der Berufungsklägerin führen würde. Das entsprechende Verfahren ist deshalb nicht an die Staatsanwaltschaft zur Ergänzung der Anklageschrift zurückzuweisen, sondern einzustellen.

E. 5

Das angefochtene Urteil ist nach dem Gesagten aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen. Die Berufungsklägerin obsiegt mit ihrer Berufung insoweit, als das Strafverfahren eingestellt wird. Entsprechend diesem Verfahrensausgang sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 426 Abs. 1 und Art. 428 Abs. 1 StPO). Ausserdem wird ihr für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren aus der Gerichtskasse eine Parteienschädigung zugesprochen (Art. 429 Abs. 1 StPO). Der vom Verteidiger geltend gemachte Aufwand von 9.25 Stunden für das erstinstanzliche Verfahren und 4 Stunden für das Berufungsverfahren ist angemessen und wird praxisgemäss zum Stundenansatz von CHF 250.■ entschädigt. Ebenfalls abgegolten werden die fakturierten Auslagen von CHF 69.60 und CHF 107.70 sowie die Mehrwertsteuer von CHF 271.30 (7.7 % auf CHF 2■627.■ und 8 % auf CHF 862.80).

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