

# GR\_GERICHTE BK 2005 15 vom 23. Februar 2005

GR Gerichte, 2005-02-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_BK\\_2005\\_15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_BK_2005_15)

FR: GR\_GERICHTE BK 2005 15 du 23 février 2005

IT: GR\_GERICHTE BK 2005 15 del 23 febbraio 2005

## Regeste

Widerhandlung gegen ANAG | BGP Einstellungsverfügung

## Erwägungen

### E. 1

Wie sich aus seiner Argumentation in der angefochtenen Einstellungsverfügung und seiner Stellungnahme zu der Beschwerde der Staatsanwaltschaft Graubünden ergibt, legt der Bezirksgerichtspräsident in der Begründung seines Entscheides grosses Gewicht auf die Feststellung, mit der auf den 1. Juni 2004 in Kraft getretenen zweiten Phase der Übergangsregelung beim Personenfreizügigkeitsabkommen sei die Bewilligungspflicht für Staatsangehörige der EU- und EFTA-Länder für Aufenthalte mit Erwerbstätigkeit bis zu drei Monaten aufgehoben und es sei für diese Personen neu eine einfache, vorgängige Meldepflicht eingeführt worden. Der Arbeitgeber habe demnach keine eigentlichen Meldepflichten mehr, so dass für ihn die neue Regelung gegenüber der bis zum 31. Mai 2004 gültigen Rechtslage milderes Recht darstelle. Die Staatsanwaltschaft weist in ihrer Beschwerde darauf hin, dass das neu eingeführte Meldeverfahren allein für Aufenthalte bis zu drei Monaten möglich sei. Der Bezirksgerichtspräsident hat in seiner Einstellungsverfügung diese Voraussetzung zwar ebenfalls erwähnt, doch geschah dies eher beiläufig und ohne dass in der ausführlichen Be-

7 gründung des Entscheides näher darauf eingegangen worden wäre, ob in den einzelnen Fällen diese Voraussetzung auch tatsächlich erfüllt war. Nachdem der Staatsanwalt in der Beschwerde darauf hingewiesen hatte, dass in allen Fällen, in denen ein über dreimonatiges Arbeitsverhältnis geplant gewesen sei, das neue Meldeverfahren nicht gelte, antwortete der Bezirksgerichtspräsident in seiner Vernehmlassung auf diesen Einwand, das neue Verfahren sei für maximal drei Monate im Kalenderjahr vorgesehen. In den Weisungen und Erläuterungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs spreche das Bundesamt von 90 Arbeitstagen im Kalenderjahr. Keiner der angeschuldigten Arbeitgeber habe aber einen Arbeitnehmer mehr als 90 Arbeitstage innerhalb des Kalenderjahres beschäftigt. Die Interpretation der Weisungen VEP durch die Vorinstanz überzeugt nicht. Der Bezirksgerichtspräsident gibt in seiner Stellungnahme zur Beschwerde den Text dieser Weisungen nur auszugsweise wieder, was zu einer unzutreffenden Betrachtungsweise führen kann. Der vollständige Wortlaut ist folgender: "EG-/EFTA-Angehörige mit Stellenantritt in der Schweiz, selbständige Dienstleistungserbringer aus den EU-/EFTA-Mitgliedstaaten sowie entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können sich – unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit – während drei Monaten (selbständige Dienstleistungserbringer/entsandte Arbeitnehmer/innen während 90 Arbeitstagen) im Kalenderjahr ohne ausländerrechtliche Bewilligung in der Schweiz aufhalten (Art. 5 Abs. 1 FZA und Art. 6 Abs.

## **E. 2**

X. hat am 18. Dezember 2003 namens der Hotel A. AG mit D. einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen, der am 18. Dezember 2003 beginnen und am 30. März 2004 enden sollte. Damit haben wir es mit einer Erwerbstätigkeit zu tun, die nach den soeben gemachten Ausführungen nicht mehr als kurzfristig bezeichnet werden kann. Es steht vielmehr ein über dreimonatiges Arbeitsverhältnis zur Diskussion, für welches auch in der zweiten, am 1. Juni 2004 in Kraft getretenen Phase der Einführung des freien Personenverkehrs nach den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens (FZA) eine Bewilligungspflicht mit den entsprechenden Arbeitgeberpflichten besteht (vgl. VEP Ziffer 2.3.2.1). Zwar hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Erteilung der Bewilligung und es sind nun die arbeitsmarktrechtlichen Kontrollvorschriften gefallen, die Aufenthaltsbewilligung, welche zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit berechtigt, ist aber nach wie vor erforderlich und steht unter dem Vorbehalt der Höchstzahlen und des *ordre public*. Wie die Beschwerdeführerin wohl zutreffend ausführt, bedeutet das, dass der Arbeitgeber eine ausländische Arbeitskraft grundsätzlich erst beschäftigen darf, wenn diese über die entsprechende Bewilligung verfügt; ein früheres Beschäftigen des Arbeitnehmers würde damit den Tatbestand von Art. 23 Abs. 4 ANAG erfüllen. Da nach der Praxis des Amtes für Polizeiwesen Graubünden das Bewilligungsverfahren insoweit vereinfacht wurde, dass Staatsangehörige aus dem EU-/EFTA-Raum bereits ab der Einreichung des Gesuches arbeiten dürfen und dessen Bewilligung nicht mehr abwarten müssen und diese Praxis das Amt bezogen hat, bei einer Beschäftigung vor der notwendigen Anmeldung bei den Behörden den Arbeitgeber nicht mehr wegen Schwarzarbeit gemäss Art. 23 Abs.

## **E. 4**

ANAG zu verzeigen, sondern nur noch wegen Beschäftigen eines Arbeitnehmers vor der Anmeldung den Übertretungstatbestand von Art. 23 Abs. 6 ANAG anzuwenden, ist die Widerhandlung des Arbeitgebers gegen fremdenpolizeiliche

## **E. 9**

Vorschriften nicht in der allenfalls nicht wahrgenommenen Verantwortung für die rechtzeitige Gesuchseinreichung, sondern darin zu sehen, dass er einen Ausländer zum Stellenantritt zugelassen hatte, ohne sich über die ordnungsgemässe Gesuchseinreichung vergewissert zu haben. Steht nach dem Gesagten fest, dass angesichts eines mehr als drei Monate dauernden Arbeitsverhältnisses der Arbeitgeber entgegen der Auffassung des Bezirksgerichtspräsidenten auch nach den seit dem 1. Juni 2004 gültigen Bestimmungen fremdenpolizeiliche Vorschriften zu beachten hatte, deren Missachtung strafrechtlich zu ahnden ist, verfängt die Argumentation der Vorinstanz nicht, wonach die neue Regelung milderes Recht darstelle und nach diesem keine strafrechtlich relevanten Vorkommnisse ersichtlich seien. 3.a) Stellt sich die Frage der *lex mitior*, welche den Bezirksgerichtspräsidenten wesentlich zur Einstellung des Verfahrens bewog, nach Auffassung der Beschwerdekammer nicht, ist als nächstes zu beurteilen, ob von einem besonders leichten Fall gesprochen werden kann, welcher es nach Art. 23 Abs. 6 ANAG erlaubt, von einer Bestrafung Umgang zu nehmen. Wie das Amt für Polizeiwesen Graubünden im Zusammenhang mit dem hier zur Diskussion stehenden Vorkommnis und weiteren zu beurteilenden Fällen auf Anfrage des Bezirksgerichtes amtes Maloja mitgeteilt hat, genügt es grundsätzlich nicht, wenn sich ein Ausländer aus dem EU-/EFTA-Raum innert acht Tagen nach Stellenantritt auf dem Einwohneramt anmeldet, er muss die Anmeldung vielmehr innert acht Tagen nach Einreise und in jedem Fall vor Antritt einer Stelle

vornehmen, wobei das Amt für Polizeiwesen allerdings unabhängig von einem bereits erfolgten Stellenantritt unter Annahme eines besonders leichten Falles keine Strafanzeige einreicht, wenn das Gesuch innert zehn Tagen nach Stellenantritt gestellt wird. Das Amt für Polizeiwesen weist darauf hin, dass der Arbeitgeber einen Ausländer grundsätzlich nur zum Antritt der Stelle zulassen dürfe, wenn der Aufenthalt bewilligt worden sei, was konkret bedeute, dass sich auch der Arbeitgeber um die Anmeldung kümmern müsse. Angesichts der geschilderten Praxis gehe man aber davon aus, dass bis zu einer zehntägigen Beschäftigung vor der Anmeldung noch ein besonders leichter Fall einer Übertretung gemäss Art. 23 Abs. 6 ANAG angenommen werde und erst bei einer solchen von über 30 Tagen der Tatbestand der Schwarzarbeit gemäss Art. 23 Abs. 4 ANAG zur Anwendung gelange. Im vorliegend zu beurteilenden Fall sah der Arbeitsvertrag eine Aufenthaltsdauer vom 18. Dezember 2003 bis zum 30. März 2004 vor, es steht also ein über dreimonatiges Arbeitsverhältnis zur Diskussion. Der Stellenantritt erfolgte

## **E. 10**

am ersten Tag dieser Frist und auch das Gesuch trägt das nämliche Datum. Es wurde indessen erst am 29. Dezember 2003 bei der Einwohnerkontrolle der Gemeinde B. eingereicht und ging am 7. Januar 2004 beim Amt für Polizeiwesen Graubünden ein. Die Einreichung des Gesuchs erfolgte somit nicht nur nicht vor dem Stellenantritt, sondern erst am 12. Arbeitstag, also auch nicht innerhalb der Toleranzfrist von zehn Tagen. Der Angeschuldigte hat also objektiv gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften verstossen, indem er die Arbeitsstelle antreten liess, ohne sich davon überzeugt zu haben, ob diese ihren Meldepflichten gemäss Art. 2 Abs. 1 ANAG nachgekommen war. b) Die Vorinstanz, die im wesentlichen unter Hinweis auf die lex mitior bereits das Vorliegen des objektiven Straftatbestandes verneinte, führte in subjektiver Hinsicht aus, selbst wenn davon ausgegangen werden sollte, dass auch der Arbeitgeber eine Meldepflicht zu beachten habe, wäre nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes entgegen der Auffassung der anzeigenden Behörde doch nur die vorsätzliche Tatbegehung strafbar. Vorsätzliches Handeln könne dem Angeschuldigten aber nicht vorgeworfen werden, weshalb das Strafverfahren auch aus diesem Grunde einzustellen wäre. Diese Argumentation überzeugt nicht. Der Bezirksgerichtspräsident übersieht zwar nicht, dass Art. 333 Abs. 3 StGB die in anderen Bundesgesetzen unter Strafe gestellten Übertretungen auch für strafbar erklärt, wenn sie fahrlässig begangen werden, sofern nicht nach dem Sinn der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist, er wendet aber ein, das Strafrecht würde überdehnt, wenn auch die fahrlässige Widerhandlung gegen eine reine Ordnungsregel unter Strafe gestellt würde. Damit setzt er seine eigene Meinung an die Stelle jener des Gesetzgebers, ohne dafür allerdings eine stichhaltige Begründung zu geben. Dabei deutet schon der Text von Art. 23 ANAG klar darauf hin, dass grundsätzlich die in Abs. 6 erwähnten „anderen Widerhandlungen“ in Übereinstimmung mit Art. 333 Abs. 3 StGB eben auch bei bloss fahrlässiger Begehung strafbar sind, wird doch in den vorangehenden Absätzen die Einschränkung auf die vorsätzliche Begangenschaft jeweils wörtlich oder sinngemäss klar umschrieben. Es ist angesichts dieses Gesetzestextes denn auch nicht verwunderlich, wenn Rorschacher an der auch von der Vorinstanz zitierten Stelle (Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26 März 1931, Diss. Zürich 1991, S. 193) in der Einleitung zu Art. 23 Abs. 6 ANAG kurz und bündig feststellt, sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Tatbegehung seien strafbar. Wenn in der angefochtenen Verfügung der Standpunkt vertreten wird, es sei fragwürdig, ob die fahrlässige Widerhandlung gegen die Anmeldepflicht strafbar sei oder

## **E. 11**

nicht zumindest Eventualvorsatz gegeben sein müsse, so kann dem nicht gefolgt werden. Es wurde oben festgestellt, dass es auch nach der seit dem 1. Juni 2004 gültigen Rechtslage die Pflicht des Arbeitgebers ist, sich zu vergewissern, dass ein Arbeitnehmer vor Antritt der Stelle ordnungsgemäss um eine Bewilligung nachgesucht hat. Es wird vom Arbeitgeber also auch nach neuem Recht verlangt, dass er bei den vom Arbeitnehmer zu beachtenden Formalitäten zur Erlangung einer Arbeitsbewilligung mitwirkt. Das ist auch verständlich, wäre doch andernfalls gerade bei unerfahrenen Ausländern, die erstmals eine Stelle in der Schweiz antreten wollen, kaum Gewähr dafür gegeben, dass die Gesuchstellung ordnungsgemäss erfolgt. Es ist also durchaus angebracht, dass vom Arbeitgeber die Beachtung von Sorgfaltspflichten gefordert wird und er auch zur Rechenschaft gezogen werden kann, wenn er aus Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit seinen Obliegenheiten bei der Anstellung einer ausländischen Arbeitskraft nicht nachkommt. Die Ahndung nur der vorsätzlichen Missachtung seiner Mitwirkungspflichten vermöchte dem Zweck der entsprechenden Gesetzgebung nicht zu genügen, sondern würde dem Schlendrian bei der Beachtung der Bewilligungs- und Meldepflichten Tür und Tor öffnen. c) Ist davon auszugehen, dass auch die fahrlässige Widerhandlung gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften strafbar ist, fragt es sich, ob auch unter den oben geschilderten zeitlichen Verhältnissen im vorliegenden Fall noch ein besonders leichter Fall im Sinne von Art. 23 Abs. 6 ANAG angenommen werden kann. Die Beschwerdekammer ist der Auffassung, dass diese Frage angesichts der besonderen Umstände bejaht werden kann, obwohl die Toleranzgrenze von zehn Tagen geringfügig überschritten wurde. Der Arbeitgeber hat seinem Geschäftsführer die Formulare „Gesuch Ausländerbewilligung EG/EFTA (A1)“ ausgefüllt am Tage vor der Arbeitsaufnahme mit dem Hinweis übergeben, dass vor Arbeitsbeginn sämtliche Verträge und Gesuche von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zu unterzeichnen und bei der Gemeinde B. einzureichen seien. Der Geschäftsführer hat den entsprechenden Hinweis an alle Angestellten weitergegeben. Hat X. soweit korrekt gehandelt, so ist ihm hingegen zum Vorwurf zu machen, dass er nicht kontrolliert hat, ob die Arbeitnehmerin das Formular dann auch tatsächlich innert der von der Praxis tolerierten Frist an die Einwohnerkontrolle übergeben hat. Dies war dann nicht der Fall, wobei sich allerdings D. nach ihren vom Angeschuldigten wiedergegebenen Erklärungen in Italien noch Versicherungsdokumente beschaffen musste, was zu einer Verzögerung führte. Zudem bezog einerseits die Arbeitnehmerin vom 21. bis 29. Dezember Ruhetage, und andererseits war die Einwohnerkontrolle über die Weihnachtstage nur beschränkt geöffnet.

## **E. 12**

net, so dass die Anmeldung erst am Montag, dem 29. Dezember 2003 erfolgte. Angesichts dieser Verhältnisse lässt sich die verspätete Einreichung des Gesuchs erklären und bis zu einem gewissen Grad verstehen. Es kommt dazu, dass die Arbeitnehmerin nicht etwa von der Behörde ermahnt werden musste, ihren Pflichten nachzukommen. Sie hat das Gesuch vielmehr von sich aus eingereicht, wenn auch nicht innert der vorgeschriebenen Frist. Wegen der an sich schon hektischen Zeit über die Weihnachtstage, der unregelmässigen Arbeitszeiten und der längeren Abwesenheiten der Arbeitnehmerin hatte auch X. wenig Gelegenheit, seine Angestellte an die Abgabe des Gesuchs zu erinnern, so dass auch mit Bezug seine Pflichtverletzung noch von einem besonders leichten Fall gesprochen werden kann. Dies scheint auch im Vergleich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gerechtfertigt. So wurde vom Bundesgericht ein Fall noch als leicht im Sinne von Art. 23

Abs. 1, letzter Halbsatz ANAG (diese Bestimmung ist nicht auf besonders leichte Fälle beschränkt), beurteilt, in welchem ein aus wirtschaftlichen Gründen beschäftigter Schwarzarbeiter während Monaten beherbergt wurde, ohne dass der ihn beherbergende Arbeitgeber der gesetzlichen Meldepflicht gemäss Art. 2 Abs. 2 ANAG nachgekommen war und zudem durch die Anstellung des Küchenburschen gegen die Vorschrift von Art. 3 Abs. 3 ANAG verstossen hatte (BGE 112 IV 121 ff.). Wurde ein solches Verhalten vom höchsten Gericht noch als leicht eingestuft, so hat die Beschwerdekammer keine Bedenken, in der X. vorgeworfenen Widerhandlung noch einen besonders leichten Fall zu sehen. 4. Auf Grund der oben angestellten Überlegungen steht einerseits fest, dass angesichts des über drei Monate dauernden Anstellungsverhältnisses eine Bewilligungspflicht bestand, dass die Vorschrift, wonach die Anmeldung vor Stellenantritt zu erfolgen hat, nicht befolgt und auch die zur Einreichung des Gesuchs vom Amt für Polizeiwesen praktizierte Toleranzfrist von zehn Tagen überschritten wurde, so dass grundsätzlich eine Widerhandlung gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften vorliegt. Andererseits kann gesagt werden, dass es die vorliegenden Umstände nach Auffassung der Beschwerdekammer gestatten, noch von einem besonders leichten Fall zu sprechen, welcher es dem urteilenden Gericht im Falle einer Anklageerhebung erlauben würde, von einer Bestrafung Umgang zu nehmen, von welcher Möglichkeit es aller Voraussicht nach Gebrauch machen würde. Angesichts dieser Situation stellt sich die Frage, ob der Bezirksgerichtspräsident, der in diesem Verfahren als Untersuchungsorgan handelte, befugt war, das Strafverfahren einzustellen, setzt doch in der Regel das Umgangnehmen von Strafe einen Schuldspruch durch den Richter voraus. Die Beschwer-

### **E. 13**

dekammer hat sich bereits einmal im Zusammenhang mit einem Fall von Rechtsirrtum gemäss Art. 20 StGB mit dieser Frage befasst (PKG 1992 Nr. 53) und sich dabei auf den Standpunkt gestellt, gegen die Einstellung eines Strafverfahrens im Falle eines Rechtsirrtums spreche nicht zwingend, dass Art. 20 StGB die Befugnis, von Strafe Umgang zu nehmen, dem Richter erteile. Es müsse daraus nicht geschlossen werden, die Kantone seien bundesrechtlich verpflichtet, Anklage zu erheben, damit der urteilende Richter über diese Frage entscheiden könne. Vielmehr scheine es gerechtfertigt, unter dem „Richter“ sämtliche Organe der Strafrechtspflege, das heisst mit Justizhoheit ausgestattete Behörden, also auch die Untersuchungs- und Anklagebehörden, zu verstehen, sollte doch jedenfalls dann ein Strafverfahren nicht durchgeführt werden müssen, wenn als Ergebnis ein unnötiger Leerlauf vorausgesehen werde, wenn also zum Beispiel nach der bisherigen Gerichtspraxis ohne weiteres ein Absehen von Strafe zu erwarten sei. Kam die Beschwerdekammer mit überzeugender Begründung bereits in einem Anwendungsfall von Art. 20 StGB, wo ausdrücklich der Richter ermächtigt wird, von Strafe Umgang zu nehmen, zu diesem Schluss, so müssen diese Überlegungen erst Recht im vorliegend zu beurteilenden Fall von Art. 23 Abs. 6 ANAG gelten, wo nicht ausdrücklich vom Richter die Rede ist. Daraus kann geschlossen werden, dass im Gegensatz zu Art. 20 StGB schon vom Gesetz her gar kein Richter verlangt wird, also auch von einem anderen Justizorgan von Strafe Umgang genommen werden kann. Zum gleichen Ergebnis dürfte man aber wohl auch in analoger Anwendung des zitierten Entscheides der Beschwerdekammer aus dem Jahre 1992 gelangen. Im vorliegenden Fall kommt dazu, dass sich bereits die Fremdenpolizei als Administrativbehörde das Recht herausnimmt, bis zum Überschreiten der Frist zur Einreichung eines Gesuchs für eine Ausländerbewilligung um zehn Tage von einer Strafanzeige abzusehen; umso eher muss einer untersuchenden Behörde, wie es im

Verfahren bei Einsprache gemäss Art. 175 StPO der Bezirksgerichtspräsident ist, diese Befugnis zugestanden werden. Es erscheint denn auch vernünftig, dass in einem Fall, in welchem abzusehen ist, dass es im Falle einer Anklageerhebung mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht zur Ausfällung einer Strafe kommen dürfte, das Verfahren nicht unnötig verlängert wird, sondern bereits im Rahmen der Untersuchung eingestellt werden kann. Dabei geht es nicht um Opportunitätsüberlegungen in dem Sinne, dass sich der Richter nicht um Geringfügigkeiten kümmert (*minima non curat praetor*), sondern um die Anwendung des strafprozessualen Opportunitätsprinzips, mit dem nicht die dem Staat obliegende Verfolgungspflicht umgangen und die Anwendung einer Strafbestimmung verweigert, sondern ein prozessualer Leerlauf verhindert werden soll. Die Beschwerdekammer gelangt daher zum Schluss, dass der als

#### **E. 14**

Untersuchungsrichter waltende Bezirksgerichtspräsident grundsätzlich die Kompetenz hatte, das Strafverfahren einzustellen und dadurch sowohl dem Angeklagten als auch dem Staat unnötige Umtriebe zu ersparen. Auf Grund des weiter oben Gesagten ist das Gericht auch der Auffassung, dass die Einstellung in materieller Hinsicht gerechtfertigt war, auch wenn der Begründung in der angefochtenen Verfügung in verschiedenen Punkten nicht gefolgt werden konnte. 5. Nachdem der Kreispräsident in seinem Strafmandat vom 30. Januar 2004 die Verfahrenskosten auf die Kreiskasse genommen hatte, stellte sich der Staatsanwalt in seiner Einsprache auf den Standpunkt, diese Kostenregelung sei selbst dann falsch, wenn unter Annahme eines besonders leichten Falles von einer Strafe Umgang genommen werde. Der Bezirksgerichtspräsident hielt darauf in seiner Einstellungsverfügung fest, die strengen Voraussetzungen für eine Kostenaufgabe seien nicht gegeben, weshalb die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen seien. Der Staatsanwalt äusserte sich in seiner Beschwerde nicht mehr zu dieser Sache, so dass sich die Beschwerdekammer mit dieser Frage nicht mehr zu befassen hat. II. Erweist sich damit die angefochtene Einstellungsverfügung im Resultat als richtig und ist die Beschwerde demzufolge abzuweisen, gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten des Kantons Graubünden. Von der Zuspreehung einer aussergerichtlichen Entschädigung ist mangels einer gesetzlichen Grundlage abzusehen.

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