

# ZH\_OBERGERICHT SB100720 vom 2. Februar 2012

ZH Obergericht, 2012-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB100720](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB100720)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB100720 du 2 février 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT SB100720 del 2 febbraio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren

#### E. 1.1

Zum Strafraumen und den theoretischen Strafzumessungsregeln kann voll- umfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 33 S. 16 f.; § 161 GVG). Es ist eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen à maximal Fr. 3'000.-- auszusprechen. (Art. 117 AuG i.V.m. Art. 34 StGB und Art. 40 StGB). Wie nachfolgend hervorgeht, fällt für den nicht vorbestraften Angeklagten unter Berücksichtigung von ver- gleichbaren Urteilen zum Vornherein nur eine Geldstrafe in Betracht. Auch das Verbot der reformatio in peius verunmöglicht die Ausfällung einer Freiheitsstrafe.

#### E. 1.2

Die Bemessung der Anzahl der Tagessätze richtet sich nach dem Ver- schulden (BGE 134 IV 66 Erw. 5.3.). Die Höhe der Tagessätze richtet sich nach dem Nettoeinkommensprinzip und den Grundsätzen, welche das Bundesgericht im Entscheid BGE 134 IV 60 in Erw. 6 eingehend dargelegt hat. 2. Tatverschulden Auch hinsichtlich des Verschuldens ist den Erwägungen der Vorinstanz beizupflichten. Abweichend zum Einzelrichter kann allerdings nicht gesagt werden, dass keine egoistischen Motive vorlägen, bloss weil diese nicht finanziel- ler Art waren (Urk. 33 S. 17). Anzufügen ist, dass Art. 117 des Ausländergesetzes nicht primär den Zweck hat, tiefe Löhne zu verhindern, sondern sogenannte Schwarzarbeit. Diese hat im Falle einer Ausbreitung gravierende Folgen für die Volkswirtschaft, was aus anderen Ländern hinlänglich bekannt ist. Die Reinigungsbranche gehört dabei zu einem attraktiven Bereich für Schwarz- arbeiter, weshalb auch die Beschäftigung von Reinigungspersonal in Privathaus-

- 18 - halten nicht zu bagatellisieren ist. In subjektiver Hinsicht wäre es dem Angeklag- ten ein Leichtes gewesen, sich nach der Arbeitsbewilligung zu erkundigen. Die Marktsituation ist auch nicht so, dass man keine legale Reinigungskraft finden könnte. Trotzdem kann das Verschulden des Angeklagten als noch leicht bezeichnet werden angesichts des zeitlich und finanziell sehr geringen Umfangs der illegalen Beschäftigung und weil sein Vorsatz in der Nähe der Grenze zur Fahrlässigkeit anzusiedeln ist. Insgesamt entspricht deshalb eine Einsatzstrafe von 60 Tagessätzen seinem Tatverschulden. 3. Täterkomponenten Den Ausführungen der Vorinstanz zu den persönlichen Verhältnissen kann nichts Wesentliches beigefügt werden (Urk. 33 S. 18; § 161 GVG). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Angeklagte aus, dass er den ... – Lehrgang in E. \_\_\_\_\_ [Staat] erfolgreich absolviert habe. Er habe noch keine Stelle, wobei er erst nach der Berufungsverhandlung intensiv mit der Stellensuche beginnen wer- de. Er lebe momentan von seinem Vermögen. Es habe eine

gewisse Umschichtung des Vermögens innerhalb der Familie stattgefunden, weshalb er auch keine Schulden mehr habe. Aufgrund der Vermögensumschichtung habe er ein Vermögen von ca. Fr. 60'000.-- und einige Liegenschaften. Diese Liegenschaften seien aber mit einer Nutzniessung belastet, weshalb er keine Mietzinseinnahmen habe. Vor seiner Abreise nach D.\_\_\_\_\_ habe er monatlich ca. Fr. 10'000.-- bis Fr. 11'000.-- verdient. Er sei ledig und wohne alleine, wobei er seine Wohnung untervermietet habe und zwischenzeitlich bei seinen Eltern untergebracht sei. Unterstützungspflichten habe er keine (Prot. II S. 6 ff.). Dass der Angeklagte keine Vorstrafen aufweist, ist entgegen der Vorinstanz nicht strafmindernd anzurechnen. Das Bundesgericht hat die Praxis, wonach das Fehlen von Vorstrafen ein Minderungsgrund sei, explizit aufgegeben. Ausgenommen sind Fälle, bei denen die Vorstrafenlosigkeit (insbes. bei älteren Beschuldigten) Ausdruck einer besonderen Gesetzestreue ist (vgl. BGE 136 IV 1), was vorliegend nicht der Fall ist. Darüber hinaus kann nicht von einem Geständnis des Angeklagten gesprochen werden, weshalb eine Strafminderung aus

- 19 - diesem Grund nicht gerechtfertigt wäre (Urk. 33 S. 18). Die Beschäftigung von B.\_\_\_\_\_ war angesichts deren Angaben vernünftigerweise nicht abstreitbar. Immerhin ist aber festzustellen, dass der Angeklagte in der Untersuchung den objektiven Sachverhalt in keiner Weise beschönigen oder vertuschen wollte. 4. Anzahl der Tagessätze Insgesamt ergibt sich aufgrund der täterbezogenen Strafzumessungsfaktoren keine Änderung der Einsatzstrafe. 60 Tagessätze entsprechen zudem auch der Untergrenze gemäss Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für Widerhandlungen gegen Art. 117 AuG. 5. Tagessatzhöhe Der Angeklagte hat nach eigenen Angaben zur Zeit noch keinen Verdienst. Es ist jedoch davon auszugehen, dass er in Kürze wieder eine Arbeitsstelle finden wird, schliesslich hat er seit seiner Rückkehr aus D.\_\_\_\_\_ erst eine Bewerbung abgeschickt (vgl. Prot. II S. 6). Nachdem der Angeklagte das ... erfolgreich absolviert hat und seine Englischkenntnisse vertiefen konnte, ist davon auszugehen, dass er mindestens dasselbe Einkommen erzielen wird, wie vor seinem Ausbildungsaufenthalt in D.\_\_\_\_\_. Solche konkret zu erwartenden Einkommensveränderungen sind gemäss Bundesgericht zu berücksichtigen (BGE 134 IV 69 Erw. 6.1. mit Literaturhinweisen). Schulden wie Kredite für Konsumgüter haben grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben. Die Darlehensschuld des Angeklagten von Fr. 60'000.-- im Zusammenhang mit seiner beruflichen Weiterbildung, die vor Vorinstanz noch bestand, wurde aufgrund einer Vermögensumschichtung innerhalb der Familie getilgt. Vielmehr hat er jetzt ein Vermögen von rund Fr. 60'000.--. Ausgehend vom früheren Nettoeinkommen von monatlich Fr. 9'800.--, zuzüglich eines 13. Monatsgehalts, errechnet sich somit unter Abzug von Krankenkassenbeiträgen und der mutmasslichen Steuerbelastung ein Tagessatz von Fr. 230.--.

- 20 - 6. Bedingter Vollzug Bereits die Vorinstanz hat zu diesem Thema die nötigen Erwägungen gemacht, auf welche verwiesen werden kann (Urk. 33 S. 19, § 161 GVG). Dem nicht vorbestraften Angeklagten ist der bedingte Vollzug zu gewähren und die Probezeit auf zwei Jahre anzusetzen. 7. Verbindungsbusse

### **E. 1.3**

Mit Entscheid vom 10. Juni 2011 hat das Bundesgericht jedoch festgehalten, dass die diesbezügliche frühere Rechtsprechung auch unter dem neuen Recht weiterhin Bestand habe (BGE 137 IV 159, insbesondere S.163, Erw. 1.4.). Diese Auffassung wird in der Literatur auch für das neue Ausländergesetz vertreten (Spescha/Kerland/Bölzli, Handbuch

zum Migrationsrecht, Zürich 2010, S. 267; Uebersax/Rudin/Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl. Bern 2010, S. 889 Rz 17.246; Vetterli/D'Addario Di Paolo, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Stämpfli Handkommentar, Bern 2010, Rz 5 zu Art. 117). Auch aus der Botschaft des Bundesrats zum Ausländergesetz vom 8. März 2002 ist nichts zu entnehmen, was auf eine diesbezügliche Änderung der Strafbarkeit hindeuten würde (BB1 2002 S. 3709, S. 3883). Gleiches gilt hinsichtlich der amtlichen Bulletins von National- und Ständerat (Frühjahrssession SR 2005, S. 318; Herbst-session NR 2005, S. 1250 f.). Eine eigene, ausländerrechtliche Auslegung des Begriffs Arbeitgeber steht zumindest auch im Einklang mit dem Umstand, dass der Begriff des Arbeitnehmers in der Rechtsprechung und Literatur ebenso weit ausgelegt wird (Caroni/Meyer/Ott, Migrationsrecht, Bern 2009, S. 137 mit Hinweisen zur Rechtsprechung des EuGH). Sinn und Zweck von Art. 117 AuG ist es, illegalen Aufenthalt und Schwarzarbeit zu verhindern. Eine zivilrechtliche Auslegung des Begriffs Arbeitgeber würde deshalb zu kurz greifen und Umgehungsmöglichkeiten allzu leicht ermöglichen. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu begrüssen und auch in Kauf zu nehmen, dass der vom Verteidiger erwähnte Grundsatz der Bestimmtheit von strafrechtlichen Verbotsnormen hier zu gewissen Bedenken Anlass gibt (Urk. 24 Rz 18). Nebst der teleologischen Auslegung ist immerhin auch aus den parlamentarischen Protokollen zu schliessen, dass eine enge Auslegung des Begriffs des Arbeitgebers auch nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprach.

- 7 -

#### **E. 1.4**

Somit ist der Tatbestand auch unter dem seit 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Ausländergesetz nicht auf Arbeitsverträge im Sinne des Obligationenrechts beschränkt. Arbeitgeber im Sinne von Art. 117 AuG ist vielmehr, wer jemanden für sich eine Erwerbstätigkeit gemäss Art. 11 Abs. 2 AuG ausüben lässt.

#### **E. 2**

Prüfungspflicht Gemäss Art. 91 AuG hat sich der Arbeitgeber vor dem Stellenantritt der Ausländerin oder des Ausländers durch Einsicht in den Ausweis oder durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden zu vergewissern, dass die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz besteht. Die Vorinstanz hat zu Recht angenommen, dass auch der Angeklagte dieser Prüfungspflicht unterlag (Urk. 33 S. 10 ff.; Vetterli/D'Addario Di Paolo, a.a.O., Rz 9 zu Art. 117 und Rz 2-3 zu Art. 91 AuG). Der Verteidiger bestritt die Anwendbarkeit von Art. 91 AuG, allerdings wohl nur aufgrund der Verneinung der Eigenschaft als Arbeitgeber, welche wie oben ausgeführt, als gegeben zu betrachten ist (Urk. 24 Rz 31). Der Angeklagte bemerkte vor Vorinstanz, dass er es unanständig fände, dieser Pflicht nachzukommen. Schliesslich sehe er nicht hinter jedem Ausländer einen Verbrecher und er sei kein Polizist (Prot. I S. 6). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte er, dass es unhöflich sei, nach einer Arbeitsbewilligung zu fragen. Er sei kein Polizist (Prot. II S. 13). Dem ist entgegen zu halten, dass das Einhalten von gesetzlichen Vorschriften nie unanständig und auch nicht mit Polizeitätigkeit gleichzusetzen ist. Es kann nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass dies dem Angeklagten als Rechtsanwalt nicht bekannt wäre. Zudem ist die Pflicht der Arbeitsbewilligung auch unter Ausländern allgemein bekannt, weshalb es unzutreffend ist, dass eine Nachfrage nach erforderlichen Bewilligungen stets als unanständig empfunden werde. Schliesslich ist auch zu erwähnen,

dass es dem guten Ruf von Ausländern in der Schweiz sicher förderlich ist, wenn man Schwarzarbeit verhindern hilft. Es ist deshalb nicht angängig, aufgrund des Nachfragens nach gesetzlich vorge- schriebenen Bewilligungen gleich Ausländerfeindlichkeit zu unterstellen.

- 8 -

### **E. 2.1**

Die Akten gingen am 30. November 2010 am Obergericht ein. Auf Gesuch des Angeklagten wurde das Berufungsverfahren infolge dessen Auslandsaufenthalts bis Ende November 2011 sistiert (Urk. 44). Mit Brief vom 30. November 2011 liess der Angeklagte mitteilen, dass er voraussichtlich erst Ende Dezember 2011 in die Schweiz zurückkehre (Urk. 46). In der Folge wurde zur Berufungsverhandlung am 2. Februar 2012 vorgeladen (Urk. 52).

### **E. 2.2**

Die Staatsanwaltschaft beantragte Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 30). Beide Parteien verzichteten auf Beweisanträge (Urk. 30 und 37).

### **E. 2.3**

Zur Berufungsverhandlung sind der Angeklagte und sein Verteidiger erschienen (Prot. II S. 5).

### **E. 2.4**

Am 1. Januar 2011 ist die neue schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft getreten. Da das erstinstanzliche Urteil zuvor, d.h. am 8. Juli 2010 gefällt wurde, ist das Berufungsverfahren gestützt auf Art. 453 Abs. 1 StPO nach bisherigem Recht, mithin nach den Bestimmungen der StPO/ZH und des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) des Kantons Zürich zu beurteilen. II. Berufungsbegründung Die Verteidigung beantragt einen Freispruch des Angeklagten. Nach Ansicht der Verteidigung sei der Angeklagte kein Arbeitgeber im Sinne von Art. 117 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG). Er habe deshalb den objektiven Tatbestand nicht

- 5 - erfüllt (Urk. 24 Rz 13 - 26). Weiter mangle es auch am subjektiven Tatbestand. Der Angeklagte sei nicht von einer Bewilligungspflicht ausgegangen (Urk. 24 Rz 9, 30 - 40, 45 und 50). Eine fahrlässige Begehung sei nicht strafbar. Schliesslich wird gerügt, dass die Vorinstanz nicht auf den geltend gemachten Rechts- und Sachverhaltsirrtum eingegangen sei (Urk. 24 Rz 49). An der Berufungsverhandlung verwies die Verteidigung insbesondere auf ihre Beanstandungseingabe vom 25. September 2010 und ergänzte, dass in dem heute zu beurteilenden Fall ein faktisches Auftragsverhältnis (und nicht ein faktisches Arbeitsverhältnis) bestanden habe, weshalb die Bestimmung des Art. 117 Abs. 1 AuG bereits in objektiver Hinsicht nicht erfüllt sei (Urk. 54). III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung 1. Arbeitgeber im Sinne von Art. 117 AuG

### **E. 3**

Selbständige oder unselbständige Tätigkeit Die Verteidigung bemängelt die Auffassung der Vorinstanz, wonach es für den Tatbestand von Art. 117 AuG keine Rolle spiele, ob die beschäftigte Person eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit ausübe (Urk. 24 Rz 5 und Urk. 54 S. 4). Soweit sie die generelle Arbeitsbewilligungspflicht betrifft, ist der Vorinstanz sicher zuzustimmen (Vetterli/D'Addario Di Paolo, a.a.O., Rz 5 zu Art. 117).

Da die Verteidigung jedoch im vorliegenden Fall selbst – und zu Recht – von einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Putzfrau ausgeht (Urk. 24 Rz 6), braucht auf den Einwand nicht weiter eingegangen zu werden. Nur für den Fall einer unselbständigen Tätigkeit hätte sich die Frage gestellt, ob der obligationen- rechtliche Arbeitgeber oder der ausländerrechtliche Arbeitgeber für die Arbeits- bewilligung zuständig gewesen wäre (vgl. Art. 11 Abs. 3 AuG). Auch der Angeklagte gab vor Vorinstanz und auch anlässlich der Berufungsverhandlung an, klar von einer selbständigen Tätigkeit der Putzfrau ausgegangen zu sein (Prot. I S. 6 und Prot. II S. 15).

#### **E. 4**

Subjektiver Tatbestand, Fahrlässige oder eventualvorsätzliche Begehung

##### **E. 4.1**

Zwecks besseren Verständnisses rechtfertigt es sich, den Sachverhalt im Lichte der Rügen der Verteidigung zu würdigen, weshalb es sich aufdrängt, einige dogmatische rechtliche Überlegungen voranzustellen.

##### **E. 4.2**

Der Verteidiger verneint den subjektiven Tatbestand. Es sei (straflose) Fahr- lässigkeit anzunehmen, wenn der Täter seine Überprüfungspflicht verletze und daher pflichtwidrig davon ausgehe, seine Arbeitskraft sei arbeitsberechtigt gewesen (Urk. 24 Rz 30). Gegen diese Definition der Fahrlässigkeit ist nichts einzuwenden. Sie alleine hilft vorliegend aber noch nicht weiter. Im Zusammen- hang mit dem subjektiven Tatbestand ist danach zu fragen, weshalb bzw. unter welchen Umständen, und zwar betreffend des Wissens- und Willenselements, der Täter seine Überprüfungspflicht verletzt hat.

##### **E. 4.3**

Der subjektive Tatbestand umschreibt die inneren (psychischen) Merkmale, welche nach dem Gesetz der Verwirklichung des objektiven Tatbestands zugrun-

- 9 - de liegen müssen. Dazu gehört einerseits Vorsatz und Absicht sowie andererseits gegebenenfalls weitere subjektive Unrechtselemente (Andreas Donatsch/Brigitte Tag, Strafrecht I, 8. Aufl. Zürich 2006, S. 107). Die Prüfung des subjektiven Tat- bestands bedingt, dass vorgängig überhaupt festgelegt wird, von welchem Sach- verhalt auszugehen ist. Aus diesem Grund differieren die Standpunkte der Vertei- digung und der Vorinstanz, weil die Verteidigung zwar zutreffende juristische Argumente vorbringt, allerdings von den Behauptungen des Angeklagten ausgeht, während der Einzelrichter dessen Darstellung des subjektiven Tatbestands zum Teil als nicht glaubhaft bewertete. Darauf wird nachfolgend noch eingegangen.

##### **E. 4.4**

Die fahrlässige Begehung von Art. 117 AuG ist nicht strafbar (Art. 12 Abs. 1 StGB). Dies war unter dem früheren Bundesgesetz über Aufenthalt und Nieder- lassung (ANAG) noch anders und beim Wegfall der entsprechenden Bestimmung handelt es sich wohl um ein Versehen des Gesetzgebers, welches in naher Zukunft behoben werden soll (EJPD, Bericht Revision AsylG/AuG, S. 41; Revisionsentwurf AsylG, S. 13; Vetterli/D'Addario Di Paolo, a.a.O., Rz 8 zu Art. 117). Somit ist vorliegend nur zu prüfen, ob der Angeklagte vorsätzlich gehandelt hat, wobei Eventualvorsatz, d.h. die Inkaufnahme der Erfüllung des Tatbestands, genügt.

#### **E. 4.5**

Bei fahrlässiger Begehung fehlt es dem Täter am Willen, die strafbare Handlung zu begehen. Demgegenüber handelt eventualvorsätzlich, wer die Verwirklichung des Tatbestands für ernsthaft möglich hält und diesen für den Fall des Eintritts in Kauf nimmt (Donatsch/Tag, a.a.O., S. 115). Entscheidend für die Abgrenzung von Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit ist regelmässig das Wissenselement. Dabei wird in der Lehre und Rechtsprechung üblicherweise mit semantischen Formeln argumentiert, die freilich je nach den Umständen des Einzelfalles mehr oder weniger treffend erscheinen. Immerhin lässt sich erkennen, dass von Eventualvorsatz ausgegangen wird, wenn ein bestimmter Erfolg "in Kauf genommen", "gebilligt" oder "in Rechnung gestellt" wird. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 133 IV 9, 16, Erw. 4.1.).

- 10 - Häufig spielt dabei auch ein zeitliches Element eine Rolle. Es entspricht allgemeiner menschlicher Erfahrung, dass Sorgfaltspflichten umso eher gedankenverloren oder unbewusst verletzt werden, wenn die kurze Zeitspanne oder ablenkende Umstände ein Nachdenken über die Handlungskonsequenzen erschwert haben, denn der Mensch bedenkt nicht jede seiner Handlungen immer vorgängig und vollständig. Je länger demgegenüber der Handlungszeitraum ist, desto eher ist anzunehmen, dass "mahnende Gedanken" und somit das Bewusstsein um die Problematik des Handelns aufgetaucht sind.

#### **E. 4.6**

Subjektive Elemente bzw. Vorgänge im menschlichen Geist sind einem direkten Beweis nicht zugänglich. Es kann nur anhand von Umständen und allgemeiner Lebenserfahrung darauf geschlossen werden. Ob demzufolge von Fahrlässigkeit auszugehen ist oder nicht, entscheidet sich massgeblich aufgrund des dem Urteil zugrunde zu legenden Sachverhalts.

#### **E. 5**

Aussagen des Angeklagten

##### **E. 5.1**

Der Angeklagte schilderte in seiner polizeilichen Einvernahme am 21. Oktober 2009, dass er im August 2008 von einer unbekanntenen Person im Ausgang ein Visitenkärtchen der Putzfrau B.\_\_\_\_\_ erhalten habe, worauf er B.\_\_\_\_\_ dann für das Reinigen seiner Wohnung kontaktiert und engagiert habe (Urk. 3 S. 2). Unterhalten habe er sich mit ihr jeweils auf Englisch (Urk. 4 S. 3). Der Angeklagte bestätigte auf entsprechende Fragen in der Untersuchung ausdrücklich, dass er von der ausländischen Staatsbürgerschaft der Putzfrau ausgegangen sei (Urk. 3 S. 2 und 4). Im Jahre 2009 sei sie nach C.\_\_\_\_\_ [Staat] zurückgekehrt, um ihren Reisepass zu verlängern (Urk. 3 S. 2). Weiter verneinte er die Frage, ob er einmal nach dem Reisepass von B.\_\_\_\_\_ gefragt oder diesen gesehen habe (Urk. 3 S. 3). Auf die Frage weshalb er nicht nach einer Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung gefragt habe, antwortete der Angeklagte ausweichend: "Wenn Sie einen Gärtner haben, dann fragen Sie diesen auch nicht um eine Bewilligung" (Urk. 3 S. 4). Zudem führte er aus: "Als ich B1.\_\_\_\_\_ [so der Werbename von B.\_\_\_\_\_] fragte, ob ich sie anmelden solle, sagte sie mir, dass

- 11 - sie dies alles selber mache" (Urk. 3 S. 4). Das Anmelden bezog sich nach seinen Angaben auf die AHV und die Unfallversicherung (Urk. 3 S. 4).

## **E. 5.2**

In seiner staatsanwaltlichen Einvernahme vom 22. April 2010, rund ein halbes Jahr nach der ersten polizeilichen Einvernahme, äusserte sich der Angeklagte zum Aufenthaltsstatus der Putzfrau wie folgt: "Ich war mir dieses Problems gar nicht bewusst. Zu diesem Zeitpunkt war mir das nicht bewusst. Klar war mir bewusst, dass sie keine Schweizerin ist, mir war jedoch nicht bewusst, dass sie keine Bewilligung braucht. In unserem Büro haben wir auch viele Deutsche" (Urk. 4 S. 3). Auf die Frage, ob ihm das Problem trotz all den Kampagnen nicht bekannt gewesen sei, antwortete der Angeklagte wiederum ausweichend: "Ich ging davon aus, dass sie selbständig ist. Darum bezahlte ich ihr auch einen überdurchschnittlichen Lohn. Meines Erachtens sind Fr. 28.-- viel für eine Putzfrau pro Stunde. Ich fragte sie, ob ich sie bei der AHV anmelden sollte, sie sagte mir, sie arbeite bei anderen Leuten, das sei kein Problem, sie mache das selber" (Urk. 4 S. 3). Im weiteren Verlauf der Einvernahme brachte der Angeklagte dann auf die erneute Frage, warum er nie nach einer Arbeitsbewilligung oder einen anderen Ausweis gefragt habe, vor: "Ich ging von einem Auftragsverhältnis aus" (Urk. 4 S. 3).

## **E. 5.3**

Vor Vorinstanz führte der Angeklagte auf die Frage, dass man bei einer Anstellung Abklärungen treffen müsse, aus, dies gelte zwar für ein Arbeitsverhältnis, jedoch sicherlich nicht für ein Auftragsverhältnis (Prot. I S. 6). Vorliegend habe es sich offensichtlich um eine selbständige Erwerbstätigkeit gehandelt, bei welcher diese Pflicht nicht bestehe (Prot. I S. 6). Ein relevanter Zusammenhang zwischen Auftragsverhältnis und der Unterscheidung, selbständige oder unselbständige Tätigkeit, ist jedoch nicht ersichtlich. Schliesslich brachte der Angeklagte vor Vorinstanz eine weitere Version vor, wonach er es als nicht schicklich empfunden habe, nach einer Arbeitsbewilligung zu fragen: "Ich sehe nicht hinter jedem Ausländer einen Verbrecher. Ich hätte es auch als unanständig empfunden, von einer Frau, die seit drei Jahren in der Schweiz lebt, einen Ausweis zu verlangen. Ich bin nicht Polizist" (Prot. I S. 6).

- 12 -

## **E. 5.4**

Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte der Angeklagte, er habe damals nicht daran gedacht, dass B.\_\_\_\_\_ einer Bewilligungspflicht unterstehen könnte. Auf die Frage, ob er bei B.\_\_\_\_\_ von einer ausländischen Staatsbürgerschaft ausgegangen sei, erklärte er, dass er es sich nicht überlegt habe. Er habe sich auch keine Ausweise zeigen lassen. Wenn er ein Auto zur Reparatur bringe, dann frage er auch nicht nach der Arbeitsbewilligung des Garagisten. Es sei unhöflich, nach einer Arbeitsbewilligung zu fragen. Er sei nicht auf die Idee gekommen, B.\_\_\_\_\_ zu fragen, ob sie eine Arbeitsbewilligung habe. Er habe sie nur gefragt, ob er sie bei der AHV anmelden solle. Die Unfallversicherung wäre erst zu einem späteren Zeitpunkt ein Thema geworden (Prot. II S. 12 ff.).

## **E. 6**

Würdigung der Aussagen des Angeklagten

### **E. 6.1**

Die Verteidigung bringt vor, dass die Vorinstanz dem Angeklagten zu Unrecht vorgeworfen habe, er sei sich bewusst gewesen, dass die Putzfrau Asiatin gewesen und nicht aus dem Schengen-Raum gestammt habe (Urk. 24 Rz 35). Hier ist anzumerken, dass für die Frage

der Arbeitsbewilligung nicht das Schengener – Abkommen, sondern das am 21. Juni 1999 in Luxemburg unterzeichnete bilaterale Abkommen zwischen der EU und den EFTA-Staaten über den freien Personenverkehr (Freizügigkeitsabkommen/FZA) massgebend ist, wovon auch die Verteidigung richtigweise ausgeht (Urk. 33 S. 11; Urk. 24 Rz 33).

### **E. 6.2**

Die diesbezügliche Rüge am Urteil des Einzelrichters ist trotzdem unberechtigt, denn sie steht im Widerspruch zu den Aussagen des eigenen Klienten des Verteidigers. Der Angeklagte hat, wie oben erwähnt, zwar geschildert, dass er unter anderem wegen Personen aus Deutschland nicht an die Arbeitsbewilligung gedacht habe, demgegenüber aber selbst glaubhaft ausgeführt, er sei davon ausgegangen, die Putzfrau sei ... [aus Staat C.\_\_\_\_\_] (Prot. II S. 12), was nicht zuletzt aufgrund des Namens, des Aussehens (vgl. das Foto in Urk. 3 S. 7) und der Verständigungssprache mehr als naheliegend war.

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz hat überzeugend dargelegt, dass die Version des Angeklagten, wonach er über die gesamte Zeit der Anstellung von B.\_\_\_\_ nie an die Not-

- 13 - wendigkeit einer Bewilligung gedacht habe, unglaubhaft ist (Urk. 33 S. 10 f. Ziff. 9.1.). Auf ihre Erwägungen kann vollumfänglich verwiesen werden (§ 161 GVG). Das Thema Schwarzarbeit wird regelmässig in der Presse angesprochen und der Angeklagte hat selbst – wohl wahrheitsgemäss – nicht geltend gemacht, dass er der Auffassung gewesen sei, die Bewilligungspflicht sei in der Schweiz generell, dass heisst für sämtliche Ausländer, weggefallen. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass dieses Wissen in der Bevölkerung breit vorhanden ist und es hierzu keine speziellen Kenntnisse des Ausländerrechts braucht. Insbesondere bei jemandem mit zwei abgeschlossenen Studien, der Wirtschaftswissenschaften und der Jurisprudenz, kann hinsichtlich dieses Bewusstseins kein ernsthafter Zweifel bestehen.

### **E. 6.4**

Richtig ist, dass die Situation hinsichtlich der Notwendigkeit einer Arbeitsbewilligung aufgrund des Personenfreizügigkeitsabkommens unübersichtlicher geworden ist. Der blosse Umstand, dass seit einigen Jahren gewisse EU-Staatsangehörige von der Arbeitsbewilligungspflicht ausgenommen sind, würde allenfalls erklären, dass man irrtümlicherweise bei einer Ausländerin aus einem EU-nahen Staat von der Befreiung der Bewilligungspflicht ausgeht. Dass ein solcher Irrtum aber auch ... [Personen aus Staat C.\_\_\_\_\_] oder ... [Personen aus Staat D.\_\_\_\_\_] wie B.\_\_\_\_ umfasst, ist lebensfremd.

### **E. 6.5**

Auffällig ist, dass die Aussagen des Angeklagten in gewisser Weise in sich widersprüchlich sind. So macht er einerseits geltend, er sei sich des Problems überhaupt nicht bewusst gewesen, andererseits beruft er sich auf die rechtliche Natur des Anstellungsverhältnisses (selbständig, Auftragsverhältnis), die keine Bewilligung verlange (Urk. 4 S. 3). Wer sich überlegt, dass er aufgrund der rechtlichen Qualifikation als Auftragsverhältnis nicht der Überprüfungspflicht unterliegt, der ist sich des Problems bewusst, ansonsten er solche Überlegungen nicht anstellen würde. Abgesehen davon kann der Angeklagte vernünftigerweise auch nicht geltend machen, er sei von einem Auftragsverhältnis ausgegangen, gleichzeitig aber ausführen, er habe B.\_\_\_\_ gefragt, ob er sie bei der AHV

und Unfallversicherung anmelden solle (Urk. 4 S. 3). Einen Auftraggeber im obligationenrechtlichen Sinne trifft für Gewöhnlich keine solche Pflicht. So nimmt

- 14 - auch kein mandatiertes Rechtsanwaltsamt oder Arzt vernünftigerweise an, der Klient oder Patient müsse ihn bei der AHV anmelden. Dem Angeklagten ist zuzubilligen, dass er vielleicht im ersten Moment der Kontaktaufnahme mit B.\_\_\_\_\_, das heisst nachdem er von einer Bekannten den visitenkartenähnlichen Zettel von B.\_\_\_\_\_ erhalten hat und dann mit ihr Kontakt aufgenommen hat, (noch) nicht an die Notwendigkeit der Arbeitsbewilligung gedacht hat. In dem Moment aber, als er sie das erste Mal gesehen hat und somit festgestellt hat, dass sie asiatischer Herkunft ist und mit ihr auch über sozialversicherungsrechtliche Themen wie AHV und Unfallversicherung gesprochen hat (vgl. Prot. II S. 12), muss er zumindest kurz an die Thematik der Arbeitsbewilligung für Ausländer gedacht haben. In der Folge ist er dann wohl aus Vergesslichkeit oder Bequemlichkeit nicht darauf zurückgekommen. Die allgemeine Lebenserfahrung lässt vernünftigerweise unter den geschilderten Umständen keinen anderen Schluss zu, als dass der Angeklagte in der Folge bewusst und vorsätzlich auf das Vorlegen einer Arbeitsbewilligung verzichtet hat. Selbstverständlich ist ihm nicht zu unterstellen, dass er mit direktem Vorsatz eine Putzfrau ohne Arbeitsbewilligung einstellen wollte; vielmehr hoffte wohl auch er, dass B.\_\_\_\_\_ im Besitze einer solchen Bewilligung war. Die blosser Hoffnung oder ein Unerwünschtsein schliesst die Inkaufnahme und somit den Eventualvorsatz aber noch nicht aus (Andreas Donatsch, Kommentar StGB, 18. Aufl. 2010, S. 48 Fn 12). Aufgrund seines Ausbildungsstands und allgemein bekannten Wissens ist beim Angeklagten zweifelsfrei davon auszugehen, dass er das Nichtvorhandensein einer Bewilligung als möglich erachtet hat und das entsprechende Risiko auch bewusst in Kauf genommen hat, ganz nach dem Motto, es könnte sein, aber ich handle trotzdem. Aus diesem Grund ist blosser Fahrlässigkeit auszuschliessen. Auch der Umstand, dass der Angeklagte einen guten Lohn zahlte (vgl. Prot. II S. 10), schliesst dessen Bewusstsein um die Bewilligungspflicht nicht aus (Urk. 24 Rz 50). Insbesondere bei der unzulässigen Anstellung von Reinigungskräften in privaten Haushalten ist meist Bequemlichkeit und nicht ein finanzielles Motiv ausschlaggebend.

## **E. 6.6**

Der Vollständigkeit halber ist schliesslich noch folgende Aussage des Angeklagten in der staatsanwaltlichen Einvernahme zu erwähnen: "Mir war jedoch

- 15 - nicht bewusst, dass sie keine Bewilligung braucht" (Urk. 4 S. 3). Aus dieser Aussage liesse sich logischerweise ableiten, dass ihm umgekehrt die Bewilligungspflicht bewusst gewesen war. Aufgrund des Umstands, dass Fehler bei doppelten Verneinungen bei vielen Leuten im umgangssprachlichen Gebrauch relativ häufig sind, erschiene jedoch eine Verwendung zu Lasten des Angeklagten als zu spitzfindig, zumal auch ein Protokollierungsfehler nicht restlos ausschliessen wäre.

## **E. 7**

Rechtsirrtum und Sachverhaltsirrtum

### **E. 7.1**

Die Vorinstanz hat eine Verbindungsbusse ausgesprochen, diese aber nicht begründet, was im Lichte von Art. 50 StGB geboten ist.

### **E. 7.2**

Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Geldstrafe mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden. Dadurch soll im Bereich der Massen- delinquenz die Möglichkeit geschaffen werden, eine spürbare Sanktion zu ver- hängen. Die Bestimmung dient in erster Linie dazu, die Schnittstellenproblematik zwischen der Busse (für Übertretungen) und der bedingten Geldstrafe (für Verge- hen) zu entschärfen (Botschaft 2005 S. 4695, 4699 ff. und 4705 ff.). Auf Mas- sendelikte, die im untersten Bereich bloss mit Bussen geahndet werden, soll – auch – mit einer unbedingten Sanktion reagiert werden können, wenn sie die Schwelle zum Vergehen überschreiten. Insoweit, also im Bereich der leichteren Kriminalität, verhilft Art. 42 Abs. 4 StGB zu einer rechtsgleichen Sanktionierung (BGE 134 IV 82 E. 8 S. 94) und übernimmt auch Aufgaben der Generalprävention (BGE 134 IV 1 E. 4.5.1). Die unbedingte Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse trägt ferner dazu bei, das unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten eher geringe Drohpotential der bedingten Geldstrafe zu erhöhen. Dem Verurteilten soll ein Denkkzettel verpasst werden können, um ihm (und soweit nötig allen anderen) den Ernst der Lage vor Augen zu führen und zugleich zu demonstrieren, was bei Nichtbewährung droht (Felix Bommer, Die Sanktionen im neuen AT StGB – ein Überblick, in: Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, Bern 2007, S. 21 ff, a.a.O., S. 35).

### **E. 7.3**

Im vorliegenden Fall trifft den Angeklagten eine Bestrafung bereits aus beruflichen Gründen sehr hart. Aus spezialpräventiven Überlegungen ist eine

- 21 - Verbindungsbusse nicht nötig, insbesondere auch weil die Verfahrenskosten bereits ein Vielfaches betragen. Zudem besteht im Bereich von Art. 117 AuG keine Schnittstellenproblematik zu einem Übertretungstatbestand.

### **E. 7.4**

Wer beispielsweise fälschlicherweise davon ausgeht, dass eine Arbeits- bewilligung vorliege und die betreffende Arbeitnehmerin deshalb zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sei, unterliegt einem Sachverhaltsirrtum. Ganz anders die Aussagen des Angeklagten: Er machte nicht geltend, dass er irrtümlich vom Vorliegen einer Arbeitsbewilligung ausgegangen sei, sondern vielmehr, dass er sich überhaupt keine Gedanken darüber gemacht habe "Ich war mir dieses Problem gar nicht bewusst " (Urk. 4 S. 3). Auch hier ändert es nichts am Resultat, wenn man vom Sachverhalt ausgeht, welcher vorgängig festgehalten wurde. Zwar könnte man im Volksmund durchaus die Auffassung vertreten, dass jemand, der pflichtwidrig auf das Vorlegen einer Arbeitsbewilligung verzichtet, in der Hoffnung, dass eine solche vorliege, einem Irrtum unterliege. Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen Irrtum im Sinne von Art. 13 StGB. Wer eine Folge als möglich erachtet und deshalb in Kauf nimmt, irrt im rechtlichen Sinne nicht.

### **E. 8**

Zusammenfassung Der Angeklagte hat sich deshalb der eventualvorsätzlichen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von dessen Art. 117 in Verbindung mit Art. 91

- 17 - Abs. 1 schuldig gemacht. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Anklagebehörde von einer grenzüberschreitenden Dienstleistung im Sinne von Art. 91 Abs. 2 AuG ausgegangen ist. Abgesehen von der Staatsangehörigkeit von B.\_\_\_\_\_ hat der Sachverhalt keine grenzüberschreitende Komponente. IV. Strafzumessung 1. Strafrahmen

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