

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleantin Grütter (Präsidentin i.V.), Oberrichterin Bratschi, Oberrichter Rätz sowie Gerichtsschreiberin Schreiber-Jaun

vom 1. Februar 2011

in der Strafsache gegen

A.

Angeschuldigter/Appellant

wegen Widerhandlungen gegen das AuG und das SVG

Regeste:

Die Auslegung des Begriffs der Erwerbstätigkeit im ausländerrechtlichen Kontext ergibt, dass der Umstand, dass die beiden Ausländer in casu nur wenige Stunden durch den Angeschuldigten beschäftigt worden sind oder dass sie kein Entgelt erhalten haben, nichts daran ändert, dass es sich um eine Erwerbstätigkeit gehandelt hat. Die beiden leisteten nicht bloss eine Handreichung, sondern dienten direkt dem Exportgeschäft des Angeschuldigten. Dieser konnte sich durch den Einsatz der beiden Asylbewerber die entsprechenden Kosten einsparen. Sein Vorbringen, er habe nicht gewusst, dass das Arbeitsverbot in der Schweiz so weit gehe, vermag ihn in Bezug auf die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes nicht zu schützen.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

II. SACHVERHALT

Die zwei Asylbewerber O. und U. wurden von der Polizei am 7. Januar 2010 um 13.40 Uhr auf dem sogenannten Sägesser-Areal in Worb angetroffen, als sie Altreifen in einem Pneulager bearbeiteten und anschliessend in einen Container luden. Beide verfügten über keine Arbeitsbewilligung.

Der Angeschuldigte handelt als Selbständigerwerbender mit gebrauchten Pneus, ist auf dem Sägesser-Areal eingemietet und besitzt dort zwei Container. Aufgrund der polizeilichen Be-

fragung erwies sich, dass der Angeschuldigte die beiden Asylbewerber im Dezember 2009 zufällig kennen lernte und sie auf ihre Frage nach Arbeit wissen liess, er könne sie zwar nicht anstellen, Hilfe könne er aber gut gebrauchen. Kurz vor dem 7. Januar 2010 riefen die beiden beim Angeschuldigten an und fragten um Arbeit. Am 7. Januar 2010 holte der Angeschuldigte die beiden Asylbewerber um 08.30 Uhr in Uetendorf ab und fuhr sie nach Worb, wo sie tagsüber damit beschäftigt waren, Pneus zu bündeln und reisefertig zu machen. Die beiden Asylbewerber erhielten keinen Lohn für ihre Arbeit, der Angeschuldigte organisierte und bezahlte ihnen aber die Verpflegung während dieses Tages. Dass die Beiden kein Entgelt erhalten würden, war gemäss Auskunft der Angeschuldigten von vornherein klar.

Der Angeschuldigte kannte den ausländerrechtlichen Status der beiden Nigerianer und wusste, dass Asylbewerber in der Schweiz nicht arbeiten dürfen. Er führte anlässlich der ersten Einvernahme dazu aus, die beiden Nigerianer hätten ihm einfach Leid getan. In Nigeria sei es nicht abnormal, dass man so etwas, wie er getan habe, mache. Wenn man nichts zu tun habe, helfe man jemandem, und im Gegenzug gebe man etwas zu essen (p. 19).

III. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

[...]

4. Erwägungen der Kammer

1. Asylsuchende dürfen während der ersten drei Monate nach Einreichen des Asylgesuches keine Erwerbstätigkeit ausüben. Die weiteren Voraussetzungen für die Zulassung zur Erwerbstätigkeit richten sich nach dem AuG (Art. 43 Abs. 1 AsylG). Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, benötigen unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung (Art. 11 Abs. 1 AuG).

Die beiden nigerianischen Asylbewerber, welche durch den Angeschuldigten beschäftigt wurden, verfügten unbestrittenermassen nicht über eine Arbeitsbewilligung.

2. Gemäss Art. 116 Abs. 1 lit. b AuG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer Ausländerinnen oder Ausländern eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz ohne die dazu erforderliche Bewilligung verschafft.

Die Straftatbestände von Art. 116 AuG, unter dem Titel „Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausweise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts“ beziehen sich auf Dritte, welche „Erleichterungshandlungen“ vornehmen, also etwa - was Abs. 1 lit. b betrifft - einem nicht arbeitsberechtigten Ausländer eine illegale Erwerbstätigkeit vermitteln. Handlungen vom Arbeitgeber selber werden nicht von Art. 116, sondern von Art. 117 AuG erfasst

(vgl. CATERINA NÄGELI/NIK SCHOCH, Ausländische Personen als Straftäter und Straftäterinnen, in: ÜBERSAX/RUDIN/HUGI YAR/GEISER [HRSG.], Ausländerrecht, Basel, 2009, N 22.53 S. 1121 und N 22.65 S. 1125).

Der Angeschuldigte vermittelte den beiden Asylbewerbern keine Beschäftigung, sondern bot sie ihnen selber an, so dass Art. 116 AuG hier nicht einschlägig ist. Zudem liegt hier keine „Erleichterungshandlung“ vor, weil die beiden Nigerianer sich nicht rechtswidrig in der Schweiz aufhielten.

3. Wer als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber vorsätzlich Ausländerinnen und Ausländer beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind, (...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. In schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden (Art. 117 Abs. 1 AuG).

Verpönt ist hier die sogenannte „Schwarzarbeit“, d.h. die Erwerbstätigkeit von ausländischen Personen, die nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind (NÄGELI/SCHOCH, a.a.O., N 22.51 S. 1121). Zentral ist der Begriff der „Erwerbstätigkeit“, welcher in Art. 11 Abs. 2 AuG definiert wird als „jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt“. Gemäss Botschaft zum AuG vom 8. März 2002 wird der Begriff der Erwerbstätigkeit (weiterhin) sehr weit gefasst, um die Möglichkeiten zur Umgehung der Zulassungsbestimmungen zu verringern (zu Art. 9 des Entwurfes, S. 3776).

Gemäss der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (von Ausländerinnen und Ausländern) gilt als unselbständige Erwerbstätigkeit „jede Tätigkeit für einen Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz oder im Ausland, wobei ohne Belang ist, ob (...) eine Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird“ (Art. 1 Abs. 1 VZAE). Als unselbständige Erwerbstätigkeit gilt namentlich auch die Tätigkeit als Lernende/r, Praktikant/in, Volontär/in, Sportler/in, Sozialhelfer/in, Missionar/in, religiöse Betreuungsperson, Künstler/in sowie Aupair-Angestellte/r (Art. 1 Abs. 2 VZAE).

Laut Kommentar NÄGELI/SCHOCH, a.a.O., N 22.52 S. 1121, ist grundsätzlich jede Tätigkeit, die über eine reine Gefälligkeit hinausgeht und normalerweise gegen Entgelt erfolgt, als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Die Autoren führen aus: „Auch unter dem neuen Recht dürfte weiterhin von einem faktischen Arbeitgeberbegriff ausgegangen werden. Demnach gilt - unabhängig von der Natur des zwischen den Beteiligten geltenden Rechtsverhältnisses - als Arbeitgeber im ausländerrechtlichen Sinn, wer ausländische Personen unter seinen Weisungen, mit seinem Werkzeug oder (alternativ) in seinen Ge-

schäftsräumen beschäftigt“ (N. 22.55 S. 1122). Diesbezüglich kann auch auf BGE 99 IV 110, 112 f. verwiesen werden, welcher nach wie vor massgeblich ist:

„Wenn nun diese Erlasse (ANAG, ANAV) die Erwerbstätigkeit des Ausländers in der Schweiz im Sinne einer strikten Unterstellung unter die behördliche Kontrolle und die Bewilligungspflicht regeln, so geschieht das zum Schutz der geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Landes, namentlich zur Abwehr der Überfremdung und zur Pflege des Arbeitsmarktes (Art. 8 Abs. 1 ANAV; Moser, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, ZSR 1967 N.F. S. 414/5). Danach aber ist es im Falle der unselbständigen Erwerbstätigkeit ohne Belang, aufgrund welchen zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen dem Ausländer und dem in der Schweiz ansässigen Arbeitgeber die Tätigkeit ausgeübt wird. Massgebend ist einzig, dass der Ausländer faktisch während einer gewissen Dauer Dienstleistungen gegenüber einer in der Schweiz ansässigen Person erbringt (s. auch Hofmann, Die Erwerbstätigkeit im Sinne des schweizerischen Fremdenpolizeirechts, SJZ 1955, S. 235). Entsprechend muss als Arbeitgeber im Sinne des ANAG und der ANAV schon gelten, wer tatsächlich solche Dienste entgegennimmt. Da das Gesetz nicht verlangt, dass die Tätigkeit wirklich gegen Entgelt ausgeübt werde, ist es auch im Fall einer entgeltlichen Tätigkeit in diesem Zusammenhang unerheblich, von woher dem Ausländer die Vergütung zufließt (BGE 79 IV 40), wer ihm den Lohn auszahlt (Entscheid des EJPD vom 18.7.1966 i.S. Christen). Wo dies gemäss entsprechender Abrede durch einen Vermittler geschieht, bleibt nichtsdestoweniger derjenige Arbeitgeber, dem gegenüber die Arbeit tatsächlich geleistet wird. Als Arbeitgeber hat daher in jedem Falle zu gelten, wer einen andern für sich, unter seiner Aufsicht und Leitung, nach seinen Weisungen und mit seinem Werkzeug und Material während einer gewissen Dauer arbeiten lässt.“

Die Auslegung des Begriffs der Erwerbstätigkeit im ausländerrechtlichen Kontext ergibt somit, dass der Umstand, dass die beiden Asylbewerber nur wenige Stunden durch den Angeschuldigten beschäftigt worden sind oder dass sie kein Entgelt erhalten haben, nichts daran ändert, dass es sich um eine - im ausländerrechtlichen Sinn definierte - „Erwerbstätigkeit“ gehandelt hat. Geprüft werden muss hingegen, ob die Tätigkeit über eine reine Gefälligkeit hinausgeht und normalerweise gegen Entgelt erfolgt.

Die beiden Männer waren je während einiger Stunden - eines knappen Tages - für den Angeschuldigten tätig. Auf seine Weisung hin „bündelten“ sie alte Pneus und machten diese für den Versand fertig. Sie leisteten damit nicht eine Handreichung unter Freunden, sondern dienten damit ganz direkt dem Exportgeschäft des Angeschuldigten, welcher von seiner selbständigen Erwerbstätigkeit lebt und darauf angewiesen ist, Gewinn zu erzielen. Er konnte sich durch den Einsatz der beiden Asylbewerber die entsprechenden Kosten sparen. Denn hätten die beiden Männer die Arbeit nicht erledigt, so hätte der Angeschuldigte jemanden dafür anstellen und bezahlen, oder aber die Arbeit selber erledigen müssen, was seinen Gewinn entsprechend schmälert hätte. Die beiden Männer waren angesichts ihrer Situation, nämlich untätig in einem Durchgangszentrum untergebracht zu sein, ohne weiteres willens, auch ohne Lohn zu arbeiten, um überhaupt eine Beschäftigung zu haben. Unter „normalen“ Umständen hingegen hätten sie - wie jeder vernünftige Mensch - für ihren Arbeitseinsatz auch ein Entgelt erwartet.

Der objektive Tatbestand von Art. 117 Abs. 1 AuG ist damit klarerweise erfüllt.

Wie eingangs erwähnt bringt der Angeschuldigte nun in oberer Instanz vor, er habe nicht gewusst, dass das Verbot in der Schweiz so weit gehe, dass er sich nicht einmal helfen lassen dürfe. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass seine angebliche Unwissenheit ihn nicht vor Strafe zu schützen vermag. Der Angeschuldigte unterlag in casu keinem Irrtum, sondern er unterliess es ganz einfach, sich über die Möglichkeiten bzw. die Einschränkungen beim Einsatz von Asylbewerbern zu erkundigen, obwohl er um das entsprechende Verbot unbestrittenermassen wusste.

Damit ist jedoch auch der subjektive Tatbestand von Art. 117 Abs. 1 AuG erfüllt, weshalb ein entsprechender Schuldspruch zu erfolgen hat.