

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 19 50-52

Bern, 1. November 2019

Besetzung

Oberrichter Kiener (Präsident i.V.), Oberrichterin Bratschi,
Oberrichter Schmid
Gerichtsschreiber Engel

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Rechtsanwalt D. _____
Beschuldigte 1 / Berufungsführerin 1

B. _____
verteidigt durch Rechtsanwalt D. _____
Beschuldigter 2 / Berufungsführer 2

C. _____
verteidigt durch Rechtsanwalt D. _____
Beschuldigter 3 / Berufungsführer 3

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
Postfach, 3001 Bern

Gegenstand

Widerhandlungen gegen die Chauffeurverordnung (ARV 1)

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-
Seeland (Einzelgericht) vom 19. November 2018
(PEN 18 149 – 151)



Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil vom 19. November 2019 sprach das Regionalgericht Berner Jura-Seeland (Einzelgericht) B._____ (nachfolgend: Beschuldigter 1) schuldig wegen Missachtung von Bestimmungen der Chauffeurverordnung (ARV 1; SR 822.221), begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch Nichteinhalten der Arbeitspausen (Ziff. I.A.1 des erstinstanzlichen Schuldpunktes), durch nichtrichtiges Bedienen des analogen und digitalen Fahrtenschreibers (Ziff. I.A.2 des erstinstanzlichen Schuldpunktes), durch Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte (Ziff. I.A.3 des erstinstanzlichen Schuldpunktes), durch Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches und der drei Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten (Ziff. I.A.4 des erstinstanzlichen Schuldpunktes) sowie durch Nichteinhalten von Pflichten des Arbeitsgebers gegenüber den ebenfalls rapportierten Fahrern (Ziff. I.A.5 des erstinstanzlichen Schuldpunktes) und verurteilte ihn in Anwendung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu einer Übertretungsbusse von CHF 500.00, wobei die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung auf 5 Tage festgesetzt wurde (Ziff. I.A.1 des erstinstanzlichen Sanktionenpunktes), sowie zu einem Drittel der erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 1'500.00, insgesamt ausmachend CHF 500.00 (Ziff. I.A.2 des erstinstanzlichen Sanktionenpunktes).

Des weiteren sprach die Vorinstanz A._____ (nachfolgend: Beschuldigte 2) schuldig wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1, begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch Nichteinhalten der Arbeitspausen (Ziff. I.B.1 des erstinstanzlichen Schuldpunktes), durch nichtrichtiges Bedienen des digitalen Fahrtenschreibers (Ziff. I.B.2 des erstinstanzlichen Schuldpunktes) sowie durch Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches (Ziff. I.B.3 des erstinstanzlichen Schuldpunktes) und verurteilte sie in Anwendung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu einer Übertretungsbusse von CHF 200.00, wobei die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung auf 2 Tage festgesetzt wurde (Ziff. I.B.1 des erstinstanzlichen Sanktionenpunktes), sowie zu einem Drittel der erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 1'500.00, insgesamt ausmachend CHF 500.00 (Ziff. I.B.2 des erstinstanzlichen Sanktionenpunktes).

Ferner sprach die Vorinstanz C._____ (nachfolgend: Beschuldigter 3) schuldig wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1, begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte (Ziff. I.C.1 des erstinstanzlichen Schuldpunktes), sowie durch Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches (Ziff. I.C.2 des erstinstanzlichen Schuldpunktes) und verurteilte ihn in Anwendung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu einer Übertretungsbusse von CHF 200.00, wobei die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung auf 2 Tage festgesetzt wurde

(Ziff. I.C.1 des erstinstanzlichen Sanktionenpunktes), sowie zu einem Drittel der erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 1'500.00, insgesamt ausmachend CHF 500.00 (Ziff. I.C.2 des erstinstanzlichen Sanktionenpunktes).

In Ziff. II des erstinstanzlichen Urteildispositivs traf die Vorinstanz schliesslich die weiteren Verfügungen.

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldeten die Beschuldigten 1 bis 3, allesamt vertreten durch Rechtsanwalt D._____, mit Eingabe vom 29. November 2018 fristgerecht die Berufung an (pag. 165).

Die erstinstanzliche Urteilsbegründung datiert vom 31. Januar 2019 (pag. 172 ff.).

Mit Eingabe vom 20. Februar 2019 reichten die Beschuldigten form- und fristgerecht die Berufungserklärung ein (pag. 213 ff.).

Die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern verzichtete mit Schreiben vom 26. Februar 2019 auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (pag. 225 f.).

3. Schriftliches Verfahren

Mit Verfügung vom 27. Februar 2019 ordnete die Verfahrensleitung die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens an (pag. 227 f.).

Mit Eingabe vom 29. Mai 2019 reichten die Beschuldigten nach zweimaliger Fristerstreckung die schriftliche Berufungsbegründung ein (pag. 242 ff.).

4. Anträge der Beschuldigten

Rechtsanwalt D._____ beantragte zusammengefasst, der Beschuldigte 1 sei schuldig zu sprechen wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 durch nichtrichtiges Bedienen des analogen und digitalen Fahrtenschreibers (Bst. a) sowie durch Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte (Bst. b), und sei zu verurteilen zu einer Übertretungsbusse von CHF 200.00, ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 2 Tagen, sowie zur Bezahlung der anteilmässigen Verfahrenskosten. Im Übrigen sei der Beschuldigte 1 freizusprechen.

Die Beschuldigte 2 sei schuldig zu sprechen wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 durch nichtrichtiges Bedienen des digitalen Fahrtenschreibers und zu verurteilen zu einer Übertretungsbusse von CHF 100.00, ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 1 Tag, sowie zur Bezahlung der anteilmässigen Verfahrenskosten. Im Übrigen sei die Beschuldigte 2 freizusprechen.

Der Beschuldigte 3 schliesslich sei schuldig zu sprechen wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 durch Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht richtigbedient werden konnte, und zu verurteilen zu einer Übertretungsbusse von CHF 100.00, ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 1 Tag, sowie zu den anteilmässigen Verfahrenskosten. Im Übrigen sei der Beschuldigten 3 freizusprechen (zum Ganzen pag. 243 –245).

5. **Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer**

Die Beschuldigten fechten das erstinstanzliche Urteil mit ihrer Berufungserklärung vom 20. Februar 2019 jeweils nur teilweise an (pag. 215 ff.).

In Bezug auf Ziff. I.A des erstinstanzlichen Urteildispositivs (betreffend den Beschuldigten 1) richtet sich die Berufung gegen die Schuldsprüche wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 durch Nichteinhalten der Arbeitspausen (Ziff. 1 des Schuldpunktes), durch Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches und der drei Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten (Ziff. 4 des Schuldpunktes) und durch Nichteinhalten von Pflichten des Arbeitsgebers gegenüber den ebenfalls rapportierten Fahrern (Ziff. 5 des Schuldpunktes) sowie gegen den damit zusammenhängenden Sanktionenpunkt inklusive Kostenfolge. Diese Punkte sind daher durch die Kammer neu zu beurteilen.

Demgegenüber blieben die Schuldsprüche wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 durch nichtrichtiges Bedienen des analogen und digitalen Fahrtenschreibers (Ziff. 2 des Schuldpunktes) und durch Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte (Ziff. 3 des Schuldpunktes), unangefochten und sind damit in Rechtskraft erwachsen.

In Bezug auf Ziff. I.B des erstinstanzlichen Urteildispositivs (betreffend die Beschuldigte 2) richtet sich die Berufung gegen die Schuldsprüche wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 durch Nichteinhalten der Arbeitspausen (Ziff. 1 des Schuldpunktes) und durch Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches (Ziff. 3 des Schuldpunktes) sowie den damit zusammenhängenden Sanktionenpunkt inklusive Kostenfolge. Diese Punkte sind daher durch die Kammer neu zu beurteilen.

Demgegenüber blieb der Schuldspruch wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 durch nichtrichtiges Bedienen des digitalen Fahrtenschreibers (Ziff. 2 des Schuldpunktes) unangefochten und ist damit in Rechtskraft erwachsen.

In Bezug auf Ziff. I.C des erstinstanzlichen Urteildispositivs (betreffend den Beschuldigten 3) richtet sich die Berufung gegen den Schuldspruch wegen Missachtens der Bestimmungen der ARV 1 durch Nichteinhalten des vorgeschriebenen Arbeitsbuches (Ziff. 2 des Schuldpunktes) sowie den damit zusammenhängenden Sanktionenpunkt inklusive Kostenfolge. Diese Punkte sind daher durch die Kammer neu zu beurteilen.

Demgegenüber blieb der Schuldspruch wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 durch Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte (Ziff. 1 des Schuldpunktes), unangefochten und ist damit in Rechtskraft erwachsen.

Schliesslich ist Ziff. II.1 des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs (beschlagnehnte Diagrammscheiben) nicht der Rechtskraft zugänglich und daher durch die Kammer ebenfalls neu zu beurteilen.

Da ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens bildeten, 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. Ausserdem können neue Behauptungen und Beweise nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Die Kognition der Kammer ist insofern beschränkt. Mangels Anschluss- oder eigeständiger Berufung der Generalstaatsanwaltschaft darf das erstinstanzliche Urteil nicht zum Nachteil der Beschuldigten abgeändert werden (sogenanntes Verschlechterungsverbot, Art. 391 Abs. 2 StPO).

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung

6. Anklagesachverhalt

Dem Beschuldigten 1 wird gemäss Strafbefehl vom 4. Januar 2018 (pag. 42 ff.) folgender Sachverhalt vorgeworfen:

Missachten von Bestimmungen der ARV 1 als berufsmässiger Motorfahrzeugführer und verantwortlicher Arbeitgeber durch Nichteinhalten der Arbeitspausen, Nichtrichtiges Bedienen des analogen und digitalen Fahrtenschreibers, Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte, Nichtmitführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches und der 3 Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten sowie Nichteinhalten von Pflichten des Arbeitgebers gegenüber den ebenfalls rapportierten Fahrern.

Der Beschuldigten 2 wird gemäss Strafbefehl vom 4. Januar 2018 (pag. 13 ff.) folgender Sachverhalt vorgeworfen:

Missachten von Bestimmungen der ARV 1 als berufsmässige Motorfahrzeugführerin durch Nichteinhalten der Arbeitspausen, nichtrichtiges Bedienen des digitalen Fahrtenschreibers sowie Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches.

Dem Beschuldigten 3 wird gemäss Strafbefehl vom 4. Januar 2018 (pag. 73 ff.) schliesslich folgender Sachverhalt vorgeworfen:

Missachten von Bestimmungen der ARV 1 als berufsmässiger Motorfahrzeugführer durch Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte sowie Nichtmitführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches.

Dem Anzeigerapport vom 26. September 2017 (pag. 25 ff.) ist zu entnehmen, dass die Polizei die erwähnten Widerhandlungen anlässlich einer ARV 1-Betriebskontrolle festgestellt habe. Der Beschuldigte 1 sei der verantwortliche Arbeitgeber eines Familienunternehmens («F. _____ GmbH»), für welches die Beschuldigten 2 und 3 tätig seien. Bis im Januar 2014 habe das Familienunternehmen eine Stundenplanbewilligung besessen. Die Bewilligung habe den Beschuldigten 1 vom Führen der Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten befreit. Aufgrund von Schwierigkeiten mit den wöchentlichen Ruhezeiten wurde die erwähnte Bewilligung jedoch nicht mehr erteilt.

Anlässlich der ARV 1-Betriebskontrolle vom 22. September 2017 hätten in der Folge jedoch die erforderlichen Kontrollmittel gefehlt. Es seien nur die analogen und digitalen Fahraufzeichnungen zur Kontrolle eingesendet worden. Die Aufstellungen nach Art. 16 Abs. 1 ARV 1 seien vom Beschuldigten 1 nicht geführt worden und

andere Zeiterfassungen oder Arbeitsrapporte würden nicht existieren. Auch die in Art. 15 ARV 1 vorgeschriebenen Arbeitsbücher seien nicht geführt worden. In den erhobenen Daten sei zudem ersichtlich, dass der Beschuldigte 1 insgesamt sechs Mal den Fahrtenschreiber über längere Zeit auf der Position «Arbeit» belassen und ihn mithin nicht richtig bedient habe. Beim Beschuldigten 1 handle es sich um den hauptverantwortlichen Arbeitgeber und Geschäftsführer. Er fahre regelmässig mit zwei ARV-pflichtigen Fahrzeugen (1x analoger Fahrtenschreiber, 1x digitaler Fahrtenschreiber).

Alle drei Familienangehörigen wurden in der Folge mittels Einzelrapporten angezeigt.

7. Bestrittener / Unbestrittener Sachverhalt

Der Anklagesachverhalt wird von den Beschuldigten im Wesentlichen anerkannt. Sie machen einzig geltend, es sei mit Hinweis auf das Handelsregister offensichtlich unzutreffend, dass es sich beim Beschuldigten 1 um den hauptverantwortlichen Arbeitgeber und Geschäftsführer der Familien-GmbH handle. Der Beschuldigte 1 sei zwar Gesellschafter und Geschäftsführer, allerdings nicht Vorsitzender der Geschäftsführung (pag. 246).

8. Beweismittel

Es wird auf die Auflistung der objektiven und subjektiven Beweismittel durch die Vorinstanz verwiesen (pag. 181 – 184).

9. Würdigung der Kammer

Die Kammer prüft die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung nur auf Willkür (siehe oben, E. 5).

Die Beschuldigten stützen sich auf das Handelsregister. Diesem kann entnommen werden (vgl. die Website <https://be.chregister.ch>, Firma: «F._____ GmbH»), dass der Beschuldigte 1 einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer und die Beschuldigte 2 Vorsitzende der Geschäftsführung ist. Weiter kann dem Handelsregister entnommen werden, dass sowohl der Beschuldigte 1 als auch die Beschuldigte 2 je über die Hälfte der Stammanteile der F._____ GmbH verfügen.

Angesichts dieser Umstände kann nicht gesagt werden, es sei offensichtlich unrichtig, dass es sich beim Beschuldigten 1 um den hauptverantwortlichen Arbeitgeber und Geschäftsführer der Familien-GmbH handelt. Immerhin verfügt er über 50 % der Stammanteile und ist einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer. Er wäre damit rechtlich durchaus in der Lage, hauptverantwortlicher Arbeitgeber und Geschäftsführer der Familien-GmbH zu sein. Dass die Beschuldigte 2 Vorsitzende der Geschäftsführung ist, widerlegt die Feststellung der Vorinstanz nicht, sagt dieser Eintrag doch nichts über die tatsächlichen Verhältnisse der Geschäftsführung aus.

Bezeichnend ist in dieser Hinsicht, dass es der Beschuldigte 1 (und nicht die Beschuldigte 2) war, der nach Zustellung der Strafbefehle im Namen aller Beschuldigten telefonisch Kontakt mit der zuständigen Staatsanwältin aufnahm, um «eine Lösung zu finden» (pag. 62, 81). Dass es sich beim Beschuldigten 1 um den Haupt-

verantwortlichen des Familienunternehmens handelt, geht zudem auch aus den Anzeigerapporten vom 25. und 26. September 2017 hervor (pag. 2, 26 f., 68).

Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung ist nicht offensichtlich unrichtig. Die Kammer geht daher davon aus, dass es sich beim Beschuldigten 1 um den hauptverantwortlichen Arbeitgeber und Geschäftsführer der F._____ GmbH handelt.

III. Rechtliche Würdigung

10. Anwendbarkeit der ARV 1

Betreffend die Anwendbarkeit der ARV 1 kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. 185 – 188), zumal auch die Verteidigung die Anwendbarkeit der Verordnung bejaht (pag. 247).

11. Qualifikation als unselbstständige Erwerbstätigkeit

11.1 Vorbemerkungen

Die im vorliegenden Fall angeklagten Art. 8 Abs. 3 und Art. 15 Abs. 1 Bst. a ARV 1 sind nach dem Gesetzeswortlaut nur auf Arbeitnehmer in unselbstständiger Erwerbstätigkeit anwendbar. Es fragt sich daher vorab, ob die Beschuldigten selbstständig erwerbend sind oder nicht.

11.2 Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, bei der durch die Familie F._____ gegründeten GmbH handle es sich um eine Kapitalgesellschaft, die rechtlich verselbstständigt und von ihren Mitgliedern losgelöst sei. Funktionsfähig werde sie durch Arbeiten, die von den Beschuldigten ausgeführt würden. Das Geschäftsvermögen stehe nicht den Beschuldigten persönlich zu, da diese nur Mitgliedschaftsrechte an der verselbstständigten GmbH hätten. Es handle sich um ein Sondervermögen der Gesellschaft, welches am Ende jeden Monats im Sinne eines Lohnes ausgeschüttet werde. Wären die Beschuldigten selbstständig erwerbend, ging der betrieblich erwirtschaftete Ertrag direkt an sie persönlich und es wäre am Ende des Monats keine Umverteilung nötig. Zwar führten die Beschuldigten das Unternehmen nach den Bedürfnissen der Familie. Dies bedeute aber nicht per se, dass die in Art. 2 Bst. b ARV 1 aufgestellten Ausnahmen für Selbstständigerwerbende auf eine GmbH anwendbar seien. Es könne nicht Sinn und Zweck der erlassenen Bestimmung sein, dass man sich mit der Gründung einer GmbH von den weitergehenden Pflichten im Sinne des Arbeitnehmerschutzes und der Verkehrssicherheit loslösen und gleichzeitig von der verselbstständigten Struktur einer GmbH, insbesondere in haftungsrechtlicher Hinsicht, profitieren könne. Auch bei Anwendung sozialversicherungsrechtlicher Kriterien komme man zum selben Ergebnis. Aus dem Sachverhalt und dem Briefpapier der F._____ GmbH, mit welchem die Beschuldigten ihre Eingaben getätigt hätten, sei ersichtlich, dass die Familie F._____ gegen aussen hin unter dem Namen der GmbH in Erscheinung trete. Es sei weiter davon auszugehen, dass Verträge, Kundenaufträge und Rechnungen ebenfalls im Namen der GmbH abgeschlossen würden. Die Beschuldigten würden somit nicht in eigenem Namen nach

aussen auftreten. Des Weiteren arbeiteten die Beschuldigten auch nicht auf eigene Rechnung, sondern auf diejenige der Gesellschaft, und erhielten einen Lohn von dieser. Im Fall eines Fehlverhaltens der Beschuldigten könne nicht auf deren Privatvermögen gegriffen werden und es ergäben sich keine direkten finanziellen Folgen für sie. Ein wirtschaftliches Risiko würden die Beschuldigten nur indirekt tragen. Das lasse sich aber nicht mit einem Einzelunternehmer vergleichen, der das volle unternehmerische Risiko trage. Mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der eigenen GmbH beginne auch die Beitragspflicht an die AHV/IV/EO/ALV, weshalb eine AHV-konforme Auslegung erfolgen müsse. Vorliegend sei der Ausgleichskasse des Kantons Bern mitgeteilt worden, dass die drei Beschuldigten im Jahre 2017 bei der F._____ GmbH als Arbeitnehmer angestellt gewesen seien. Insgesamt sei daher bei allen Beschuldigten von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit auszugehen (pag. 188 – 193).

11.3 *Argumente der Verteidigung*

Die Verteidigung bringt dagegen zusammengefasst vor, bei den Beschuldigten handle es sich nicht um Arbeitnehmer in unselbstständiger Erwerbstätigkeit. Vielmehr handle es sich bei der F._____ GmbH um ein Familienunternehmen, bei welchem es gerade kein Unterstellungsverhältnis gebe. Jeder der drei Beschuldigten entscheide autonom, wann und wo er ein Fahrzeug führe und wie er seinen Arbeitstag gestalte. Auch in anderen Rechtsgebieten werde die Beziehung zwischen juristischen Personen und ihren Organen differenziert betrachtet und nicht starr als Arbeitsverhältnis qualifiziert. So gelte beispielsweise im Bereich der Arbeitslosenversicherung, dass ein Geschäftsführer oder Nahestehender eines Organs einer GmbH aufgrund seines Einflusses auf die Entscheidungsfindung des Unternehmens eine arbeitgeberähnliche Stellung einnehme und deshalb keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe. Trotzdem seien diese Personen ALV-beitragspflichtig, was zeige, dass für die Definition des Selbstständigerwerbenden nicht nur auf das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) abgestellt werden könne. Bloss weil die Beschuldigten bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern als Arbeitnehmer eingetragen gewesen seien, könne daher nicht auf eine unselbstständige Erwerbstätigkeit geschlossen werden. Der Gesetzgeber habe bei Erlass der ARV 1 und 2 gerade darauf verzichtet, für die Definition der selbstständigen Erwerbstätigkeit auf die AHV-Gesetzgebung zu verweisen. Vielmehr habe er eine eigene Begriffsdefinition in der Verordnung vorgenommen. Auch das Bundesgericht habe den Begriff des Arbeitnehmers immer wieder neu auslegen müssen. Es habe tendenziell die Direktoren als Arbeitgeber und die Verwaltungsräte als Beauftragte betrachtet oder für diese das Bestehen eines mandatsähnlichen Vertrags *sui generis* angenommen. Die Beschuldigten seien vorliegend autonom und im Rahmen eines klassischen Familienunternehmens organisiert, wie dies früher vor allem im Kleide der Einzelfirma ausgestaltet gewesen sei, in welchem sowohl der Ehegatte mitgearbeitet habe wie auch das Kind oder die Kinder. Der Umstand, dass sich die Firma im Kleide einer GmbH präsentiere, ändere daran nichts. Es komme auf die tatsächlichen Verhältnisse an (pag. 247 – 252).

11.4 Würdigung der Kammer

Gemäss Art. 2 Bst. b ARV 1 gilt als selbständig erwerbend, wer in keinerlei Anstellungs- oder Unterstellungsverhältnis steht und allein über den Einsatz des Fahrzeuges entscheidet (Betriebsinhaber); in Zweifelsfällen (z. B. bei Vertragsfahrern) ist das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis und nicht die Bezeichnung in einem allfälligen Vertrag massgebend; als selbständig erwerbende Führer gelten auch der Ehegatte des Betriebsinhabers, seine Verwandten in auf- und absteigender Linie und deren Ehegatten sowie seine Stiefkinder. Demgegenüber gilt gemäss Art. 2 Bst. c ARV 1 als Arbeitnehmer, wer nicht selbständig erwerbender Führer ist, insbesondere wer Fahrzeuge in einem Anstellungs- oder Unterstellungsverhältnis führt.

Vorliegend ist einzig die F. _____ GmbH berechtigt, über den Einsatz der Fahrzeuge zu entscheiden, da allein sie als Halterin der Fahrzeuge eingetragen ist (pag. 140 ff.). Betriebsinhaberin i.S.v. Art. 2 Bst. b ARV 1 ist somit die GmbH. Die Beschuldigten 1 und 2 sind als einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführer zwar befugt, für die F. _____ GmbH zu handeln. Sie bestimmen in dieser Funktion den Einsatz der Fahrzeuge aber nicht für sich selbst, sondern stellvertretend für das Unternehmen als eigenständiges Rechtssubjekt. Keiner der Beschuldigten ist daher Betriebsinhaber i.S.v. Art. 2 Bst. b ARV 1, womit auch das Verwandtschaftsverhältnis unter ihnen keinen selbstständigen Erwerb begründet. Eine Auslegung von Art. 2 ARV 1 ergibt somit, dass die Beschuldigten zum Tatzeitpunkt Arbeitnehmer i.S.v. Art. 2 Bst. c ARV 1 waren.

Wie die Vorinstanz zudem zutreffend ausführte, zeigt auch eine sozialversicherungs- bzw. handelsrechtliche Betrachtung, dass die Beschuldigten keiner selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgingen. Es kann hierzu auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die Beschuldigten traten nicht in eigenem Namen oder auf eigene Rechnung auf, hafteten nicht mit ihrem Vermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH und wirtschafteten auch nicht auf eigenes Risiko. Sie hatten unabhängig von den Einnahmen der GmbH einen Lohnanspruch gegenüber dieser. Sie entschieden sich mit der Gründung der GmbH bewusst dafür, ihre eigene Haftung zu beschränken und sich hinter ein unabhängiges Rechtssubjekt zu stellen, sich mithin diesem nachzuordnen. Exemplarisch dafür ist das von den Beschuldigten verwendete Briefpapier, auf welchem keiner der drei Beschuldigten separat ausgewiesen, sondern nur der Firmenname der F. _____ GmbH ersichtlich ist (vgl. bspw. pag. 53 und 57). Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist es daher durchaus von Bedeutung, in welchem «Kleid» sich das Familienunternehmen präsentiert.

Im Übrigen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für die Definition des Begriffs «selbstständig erwerbend» in Art. 2 Bst. b ARV 1 auch das Handels- bzw. Sozialversicherungsrecht heranzieht. Das Gesetz ist durch alle Behörden einheitlich auszulegen. Soweit es um die Rechtsauslegung geht, hat der Strafrichter daher auch Präjudizien der Verwaltungsbehörden und Zivilgerichte heranzuziehen, auch wenn er daran im Einzelfall nicht gebunden ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_811/2018 vom 25. Februar 2019 E. 2.3).

Für die Kammer ist schliesslich bezeichnend, dass die Beschuldigten im Jahr 2017 bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern als Arbeitnehmer der F. _____ GmbH angemeldet waren (pag. 136).

Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschuldigten einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachgingen bzw. als «Arbeitnehmer» i.S.v. Art. 2 Bst. c ARV 1 zu qualifizieren sind.

12. Widerhandlungen gegen die ARV 1

Aus der Qualifikation der Erwerbstätigkeit als unselbstständig folgt unbestritten (pag. 251 f.) die Verurteilung der Beschuldigten 1 und 2 wegen Nichteinhaltens der Arbeitspausen sowie wegen Nichtführens des vorgeschriebenen Arbeitsbuches und des Beschuldigten 3 wegen Nichtführens des vorgeschriebenen Arbeitsbuches, wofür vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden kann (pag. 193 f.; 197 f.).

Nach der willkürfreien Feststellung der Vorinstanz handelt es sich beim Beschuldigten 1 zudem um den hauptverantwortlichen Arbeitgeber und Geschäftsführer der F. _____ GmbH (siehe oben, E. 8), weshalb er als «Arbeitgeber» i.S.v. Art. 2 Bst. d ARV 1 zu qualifizieren und zusätzlich wegen Nichtführens der drei Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten und wegen Nichteinhaltens von Pflichten des Arbeitgebers gegenüber den ebenfalls rapportierenden Fahrern zu verurteilen ist, wozu ebenfalls auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden kann (pag. 198 f.).

IV. Strafzumessung

13. Vorbemerkungen

Betreffend die rechtlichen Grundlagen zur Strafzumessung wird auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (pag. 199 f.). Beizufügen ist lediglich, dass in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0) altes Recht anzuwenden ist, da die Beschuldigten die Taten vor Inkrafttreten des StGB in seiner Fassung vom 1. Januar 2018 begingen und das neue Recht für sie nicht milder ist.

Wie bereits die Vorinstanz richtet sich auch die Kammer bei der Strafzumessung u.a. nach den Richtlinien für die Strafzumessung des Verbands Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VBRS-Richtlinien).

14. Beschuldigter 1

Die VBRS-Richtlinien (S. 18) sehen für die vom Beschuldigten 1 begangenen Widerhandlungen folgende Bussen vor:

- | | | |
|--|---|------------|
| - Nichteinhalten der Arbeitspausen | = | CHF 100.00 |
| - nichtrichtiges Bedienen des analogen und digitalen Fahrtenschreibers | = | CHF 200.00 |

- Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtschreiber nicht bedient werden konnte = CHF 200.00
- Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches und der drei Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten; = CHF 200.00
- Nichteinhalten von Pflichten des Arbeitgebers gegenüber den ebenfalls rapportierenden Fahrern = CHF 200.00

Die Kammer sieht keinen Grund von den Richtlinien abzuweichen. Die vorinstanzlich ausgefüllte Busse von insgesamt CHF 500.00 scheint, selbst bei einem Aspirationfaktor von bloss 50 Prozent, in jedem Fall angemessen.

Der Beschuldigte 1 ist daher mit einer Busse von CHF 500.00 zu bestrafen, wobei die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung nach Art. 106 Abs. 2 StGB auf 5 Tage festzusetzen ist.

15. **Beschuldigte 2**

Für die von der Beschuldigten 2 begangenen Widerhandlungen sehen die VBRS-Richtlinien folgende Bussen vor:

- Nichteinhalten der Arbeitspausen = CHF 100.00
- nichtrichtiges Bedienen des digitalen Fahrtschreibers = CHF 200.00
- Nichtführen des Arbeitsbuches = CHF 200.00

Die Kammer sieht keinen Grund von den Richtlinien abzuweichen. Die vorinstanzlich ausgefüllte Busse von insgesamt CHF 200.00 scheint, selbst bei einem Aspirationfaktor von bloss 50 Prozent, in jedem Fall angemessen.

Die Beschuldigte 2 ist daher mit einer Busse von CHF 200.00 zu bestrafen, wobei die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung nach Art. 106 Abs. 2 StGB auf 2 Tage festzusetzen ist.

16. **Beschuldigter 3**

Für die vom Beschuldigten 3 begangenen Widerhandlungen sehen die VBRS-Richtlinien schliesslich folgende Bussen vor:

- Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtschreiber nicht bedient werden konnte. = CHF 200.00
- Nichtführen des Arbeitsbuches = CHF 200.00

Die Kammer sieht auch hier keinen Grund von den Richtlinien abzuweichen. Die vorinstanzlich ausgefallte Busse von insgesamt CHF 200.00 scheint, selbst bei einem Asperationfaktor von bloss 50 Prozent, in jedem Fall angemessen.

Der Beschuldigte 3 ist daher mit einer Busse von CHF 200.00 zu bestrafen, wobei die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung nach Art. 106 Abs. 2 StGB auf 2 Tage festzusetzen ist.

V. Kosten und Entschädigung

Aufgrund ihrer Verurteilung bzw. ihres Unterliegens haben die Beschuldigten die erstinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 1'500.00 sowie die oberinstanzlichen Verfahrenskosten, bestimmt auf eine Gebühr von CHF 2'100.00 (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Bst. a Verfahrenskostendekret [VKD; BSG 161.12]), zu tragen (Art. 426 Abs. 1 und Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigten tragen die Kosten zu gleichen Teilen (Art. 418 Abs. 1 StPO).

Eine Entschädigung wird nicht gesprochen (Art. 429 Abs. 1 StPO e contrario).

VI. Verfügungen

Die sich in den Akten befindlichen Diagrammscheiben gehen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde zurück an die Beschuldigten 1 und 3.

VII. Dispositiv

Die 2. Strafkammer erkennt:

I.

Es wird festgestellt, dass das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 19. November 2018 insofern **in Rechtskraft erwachsen** ist, als

1. B._____ schuldig erklärt wurde wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 als berufsmässiger Motorfahrzeugführer, begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch
 - 1.1 nichtrichtiges Bedienen des analogen und digitalen Fahrtenschreibers;
 - 1.2 Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte.
2. A._____ schuldig erklärt wurde wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 als berufsmässige Motorfahrzeugführerin, begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch nichtrichtiges Bedienen des digitalen Fahrtenschreibers.
3. C._____ schuldig erklärt wurde wegen Missachtens von Bestimmungen der ARV 1 als berufsmässige Motorfahrzeugführerin, begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch Nichteintragen der beruflichen Angaben auf den Diagrammscheiben, wenn aufgrund von Abwesenheit der Fahrtenschreiber nicht bedient werden konnte.

II.

A.

B._____ wird schuldig erklärt

wegen **Missachtens von Bestimmungen der ARV 1** als berufsmässiger Motorfahrzeugführer und verantwortlicher Arbeitgeber, begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch

1. Nichteinhalten der Arbeitspausen;
2. Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches und der drei Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten;
3. Nichteinhalten von Pflichten des Arbeitgebers gegenüber den ebenfalls rapportierenden Fahrern

und gestützt hierauf sowie gestützt auf die rechtskräftigen Schuldsprüche gemäss Ziff. I.1
hiervor in Anwendung der Artikel

47, 106 StGB

56 SVG

1, 2, 3, 8 Abs. 3, 13, 14, 14a Abs. 2, 14b, 15 Abs. 1 Bst. a, 16, 17 Abs. 2, 20 Abs. 2, 21
Abs. 1 und 2 ARV 1

3 Abs. 4 VRV

426, 428 StPO

verurteilt:

1. zu einer **Übertretungsbusse** von **CHF 500.00**. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung wird auf 5 Tage festgesetzt;
2. zu einem Drittel der **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 1'500.00, ausmachend **CHF 500.00**.
3. zu einem Drittel der **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 2'100.00, ausmachend **CHF 700.00**.

B.

A._____ wird **schuldig erklärt**

wegen **Missachtens von Bestimmungen der ARV 1** als berufsmässige Motorfahrzeugführerin, begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch

1. Nichteinhalten der Arbeitspausen;
2. Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches

und gestützt hierauf sowie gestützt auf den rechtskräftigen Schuldspruch gemäss Ziff. I.2
hiervor in Anwendung der Artikel

47, 106 StGB

56 SVG

1, 2, 3, 8 Abs. 3, 13, 14, 15 Abs. 1 Bst. a, 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 und 2 ARV 1

3 Abs. 4 VRV

426, 428 StPO

verurteilt:

1. zu einer **Übertretungsbusse** von **CHF 200.00**. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung wird auf 5 Tage festgesetzt;
2. zu einem Drittel der **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 1'500.00, ausmachend **CHF 500.00**;

3. zu einem Drittel der **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 2'100.00, ausmachend **CHF 700.00**.

C.

C._____ wird **schuldig erklärt**

wegen **Missachtens von Bestimmungen der ARV 1** als berufsmässiger Motorfahrzeugführer, begangen vom 1. Januar 2017 bis 28. Februar 2017 in E._____, durch Nichtführen des vorgeschriebenen Arbeitsbuches

und gestützt hierauf sowie gestützt auf den rechtskräftigen Schuldspruch gemäss Ziff. I.3 hiervor in Anwendung der Artikel

47, 106 StGB

56 SVG

1, 2, 3, 13, 14, 14a Abs. 2, 15 Abs. 1 Bst. a, 21 Abs. 2 ARV 1

3 Abs. 4 VRV

426, 428 StPO

verurteilt:

1. zu einer **Übertretungsbusse** von **CHF 200.00**. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung wird auf 5 Tage festgesetzt;
2. zu einem Drittel der **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 1'500.00, ausmachend **CHF 500.00**;
3. zu einem Drittel der **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von CHF 2'100.00, ausmachend **CHF 700.00**.

III.

1. Die sich in den Akten befindlichen Diagrammscheiben gehen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils bzw. nach Entscheid der Rechtsmittelbehörde zurück an B._____ bzw. C._____.

2. Zu eröffnen:

- den Beschuldigten 1 – 3, alle v.d. Rechtsanwalt D._____
- der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Kantonspolizei Bern, Waisenhausplatz 32, Postfach 7571, 3001 Bern (Art. 22 Abs. 2 ARV 1)

Bern, 1. November 2019

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Kiener
i.V. Oberrichterin Bratschi

Der Gerichtsschreiber:

Engel

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.