Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 111/2016

Urteil vom 26. April 2016

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Felix Barmettler,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz, Postfach 1201, 6431 Schwyz,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Ausländergesetz (Art. 117 Abs. 1 AuG); Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz, Strafkammer, vom 6. Oktober 2015.

Sachverhalt:

A.
Soweit noch relevant, wurde X._____ mit Strafbefehl vom 4. Oktober 2012 mehrfache Widerhandlung gegen Art. 117 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 und 3 sowie Art. 91 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) vorgeworfen, indem er als Arbeitgeber vorsätzlich Ausländerinnen und Ausländer beschäftigte, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt waren.
X._____ habe die rumänische Staatsangehörige A._____ vom 13. bis 14. Januar 2009 als Prostituierte in seinem Saunaclub arbeiten lassen, obwohl er wusste, dass sie nicht über eine Arbeitsbewilligung für die Schweiz verfügte. Er habe ihr gleichzeitig für mehrere Wochen eine Unterkunft für Fr. 50.– pro Nacht in seinem Club zur Verfügung gestellt, ihr so den Aufenthalt in der Schweiz erleichtert, ihr ausserdem die Infrastruktur für Fr. 100.– zur Ausübung der Prostitution zur Verfügung gestellt und entschieden, dass sie in seinem Saunaclub als Prostituierte arbeiten konnte.

B.
Das Kantonsgericht Schwyz fasste am 6. Oktober 2015 in teilweiser Gutheissung einer Berufung von X._____ das Urteilsdispositiv (in den Ziffern 1, 2, 3, 4 und 6) des Bezirksgerichts Küssnacht vom 24. Juni 2014 neu bzw. ersetzte es, indem es das Strafverfahren in mehreren Anklagepunkten wegen Verjährung einstellte, ihn wegen Widerhandlung gegen Art. 117 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 und 3 sowie Art. 91 Abs. 1 AuG, begangen vom

13. bis 14. Januar 2009, zu einer bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 24 Tagessätzen zu Fr. 110.– (total Fr. 2'640.–) und einer Busse von Fr. 660.– verurteilte, ihn im Übrigen freisprach und die Kosten und Entschädigung festsetzte. Im Übrigen wies es die Berufung ab und bestätigte das bezirksgerichtliche Urteil, soweit es angefochten war.

C.
X._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil des Kantonsgerichts in den Dispositiv-Ziffern 1.2 (Schuldspruch), 1.4 (Sanktion), 1.6 lit. a und b (Kosten und Entschädigung) sowie 1 Abs. 2 (Abweisung und Bestätigung) aufzuheben, ihn vom Vorwurf der Widerhandlung gegen Art. 117 Abs. 1 AuG freizusprechen und eventuell die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Anklagegrundsatzes gemäss Art. 9 und 350 StPO. Die Vorinstanz mache ihm über mehrere Seiten lang Vorwürfe, die der Anklage nicht zu entnehmen seien.
Nach dem Anklagegrundsatz kann eine Straftat nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat (Art. 9 StPO).
Die Anklageschrift bestimmt den Gegenstand des Gerichtsverfahrens und bezweckt den Schutz der Verteidigungsrechte. Zu beurteilen ist jeweils die konkrete Anklageschrift. Solange für die beschuldigte Person klar ist, welcher Sachverhalt ihr vorgeworfen wird, kann auch eine fehlerhafte und unpräzise Anklage nicht dazu führen, dass es zu keinem Schuldspruch kommen darf; entscheidend ist, dass für die beschuldigte Person keine Zweifel darüber bestehen, welches Verhalten ihr vorgeworfen wird. Die nähere Begründung der Anklage erfolgt erst an Schranken. Letztlich ist es Sache des Gerichts, den Sachverhalt verbindlich festzustellen (Urteil 6B 716/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.3 mit Hinweis; Urteil 6B 1079/2015 vom 29. Februar 2016 E. 1.1 sowie Urteil 6B 288/2014 vom 22. Januar 2015 E. 1.3 zur Umschreibung des subjektiven Sachverhalts). Wird der Strafbefehl infolge Einsprache zur Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 StPO), muss aus ihm ersichtlich sein, welcher konkrete Lebensvorgang zur Beurteilung steht (BGE 140 IV 188 E. 1.6 S. 192).
Wie die Vorinstanz feststellt, wusste der Beschwerdeführer von Beginn weg, was ihm vorgeworfen wurde; er konnte sich wirksam verteidigen (Urteil S. 7). Der Anklagegrundsatz ist nicht verletzt. Hinsichtlich einer Verletzung von Art. 350 StPO verweist der Beschwerdeführer auf BGE 140 IV 188 E. 1.6 S. 192. Nach dieser bundesgerichtlichen Erwägung kann das Gericht nicht gestützt auf im Strafbefehl abstrakt aufgeführte Gesetzesnormen, die auf eine Vielzahl von unterschiedlichen Lebenssachverhalten Anwendung finden, den Sachverhalt anhand der Akten selbst erstellen. Dieser Fall liegt hier offenkundig nicht vor.

2.
Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 117 Abs. 1 AuG.

2.1. Er führt aus, das Bundesgericht habe im vergleichbaren Fall von BGE 137 IV 153 entschieden, dass ein Saunaclub-Betreiber, der ohne Kontrolle und ohne Instruktionen Prostituierten die Infrastruktur zur Ausübung ihrer Tätigkeit zur Verfügung stelle, sich im Sinne von Art. 116 Abs. 1 lit. b AuG strafbar mache. Die von Art. 116 AuG unter Strafe gestellten Sachverhalte seien Gehilfenschaftshandlungen zu den von Art. 115 AuG erfassten Verhaltensweisen. Art. 117 Abs. 1 AuG setze ein aktives Verhalten voraus, eine blosse Erlaubnis oder Duldung genüge nicht.
Aus den Aussagen von A._____ gehe hervor, dass er in keiner Weise ihre bzw. die Anwesenheit der Gäste gesteuert oder bestimmt habe und sie in keinem Abhängigkeitsverhältnis zum Saunaclub bzw. zu ihm gestanden sei. Die Vorinstanz gehe willkürlich (Art. 9 BV) von einem aktiven Verhalten aus. Sollte die Tätigkeit nicht selbständig erwerbend ausgeübt worden sein, so hätte diese einmalige, 1,5-tägige Sexdienstleistung keinen Einfluss auf den Schweizer Arbeitsmarkt gehabt. Bei hinreichender Anklage hätte ihm allenfalls Gehilfenschaft im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG zum Vorwurf gemacht werden können. Eine Anwendung von Art. 116 Abs. 1 lit. a AuG falle ausser Betracht. Die Vorinstanz habe ihn von diesem Vorwurf freigesprochen.

2.2. Beschwerdegegenstand ist das angefochtene Urteil (Art. 80 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer anklagegemäss im Sinne von Art. 117 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 und 3 sowie Art. 91 Abs. 1 AuG für die Begehungszeit vom 13. und 14. Januar 2009 schuldig gesprochen. Im Übrigen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.2.1. Gemäss Art. 11 Abs. 1 und 3 AuG benötigen Ausländerinnen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung; diese ist bei unselbständiger Erwerbstätigkeit von der Arbeitgeberin zu beantragen. Als Erwerbstätigkeit gilt nach Art. 11 Abs. 2 AuG jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt.
Die rumänische Staatsangehörige A._____ wurde bei einer Hausdurchsuchung am 14. Januar 2009 im Club angetroffen. Rumänien wurde mit Inkrafttreten des Protokolls II zum Freizügigkeitsabkommen (FZA) am 1. Juni 2009 Vertragspartner der Schweiz (BGE 140 II 460 E. 3.3.1). A._____ kann sich nicht auf das FZA berufen und war ohne Bewilligung tätig (zum gegenteiligen Fall Urteil 6B 979/2014 vom 2. April 2015 E. 4.2). Die Prostitution kann in selbständiger oder unselbständiger Form ausgeübt werden (BGE 140 II 460 E. 4.1.3 und 4.2). Sie erfolgt üblicherweise entgeltlich. Das war im Saunaclub der Fall. Wie A._____ erklärte, geht dort niemand zum Vergnügen hin, sondern zum Arbeiten (Urteil S. 19).

2.2.2. Gemäss Art. 91 Abs. 1 AuG hat sich der Arbeitgeber vor dem Stellenantritt der Ausländerin zu vergewissern, dass die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz besteht. Bestraft wird, wer als Arbeitgeber vorsätzlich eine Ausländerin beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist (Art. 117 Abs. 1 AuG).
Art. 117 Abs. 1 i.V.m. Art. 91 Abs. 1 AuG entspricht der früheren Rechtslage unter Art. 23 Abs. 4 ANAG. Diese Rechtsprechung hat weiterhin Bestand. Es ist von einem weiten, faktischen Arbeitgeberbegriff auszugehen (BGE 137 IV 159 E. 1.3 und 1.4; ebenso BGE 137 IV 153 E. 1.5, 140 II 460 E. 4.3.3 sowie Urteile 6B 191/2014 vom 14. August 2014 E. 1.1 und 6B 329/2012 vom 12. November 2012 E. 2.4). BGE 137 IV 159 E. 1.5.2 hält ausdrücklich daran fest, dass nicht abweichend vom früheren Recht (Art. 23 Abs. 4 ANAG) ein engerer Arbeitgeberbegriff anzuwenden ist und das Betreiben von Etablissements allenfalls als Förderung oder Erleichterung illegaler Erwerbstätigkeit unter Art. 116 Abs. 1 lit. b AuG zu subsumieren wäre. Nach der Rechtsprechung zum ANAG erfüllte der Betreiber eines Etablissements den Tatbestand, der für dessen Infrastruktur zuständig war und entschied, welche Ausländerin im Etablissement als Prostituierte arbeiten konnte. Entsprechend ist im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG als Arbeitgeber zu betrachten, wer die im Club als Prostituierte tätigen Ausländerinnen beschäftigt (BGE 137 IV 159 E. 1.4).

2.2.3. Die Vorinstanz beurteilt den Sachverhalt ausführlich und würdigt neben den Aussagen von A._____ die Befragungen weiterer Personen und das Aussageverhalten des Beschwerdeführers (Urteil S. 18-25). Die Aussagen, die Werbung auf der Homepage, die Preisanschriften an der Rezeption, die Videoüberwachung (mit Bildschirm im Büro des Beschwerdeführers; Urteil S. 22), die Zahl der bei Hausdurchsuchungen angetroffenen Frauen aus Drittstaaten und die durch die Prostitution über Eintritte und Bareinnahmen generierten Umsätze liessen nur den Schluss zu, dass der Beschwerdeführer die Ausübung der Prostitution (in casu) durch A._____ ohne die erforderliche Bewilligung bewusst in Kauf nahm. Er hatte bereits früher Erfahrungen mit dieser Problematik gemacht (Urteil S. 24). Dass er am 13. und 14. Januar 2009 abwesend gewesen sein will, lässt die Strafbarkeit nicht entfallen.

2.2.4. Zwischen der Funktion des Beschwerdeführers und den Tätigkeiten der Frauen, in casu von A._____, bestand demnach ein eindeutiger geschäftsmässiger Zusammenhang, auch wenn der Beschwerdeführer nach Aussagen von A._____ keine näheren Weisungen betreffend Arbeitszeit und der zu bedienenden Freier erteilt haben will. Es ist offenkundig, dass er die strukturellen Bedingungen festlegte, unter denen die Frauen im Saunaclub arbeiteten. Auf der Homepage und in der Rezeption waren die Preise angegeben, für besondere Dienstleistungen galten Aufpreise und die "Suiten" kosteten abgestuft erheblich mehr; es wurde mit "Showeinlagen mit Top Girls", "Jeden Sonntag - Sex Plausch ab 14 bis 24 Uhr - Suiten & Party Time ab CHF 300 (inkl. Sex) ", erotischen Veranstaltungen etc. geworben (Urteil S. 19).
A._____ bezahlte Fr. 150.– für den Eintritt in den Club, das Nachtessen und die Übernachtung. Sie konnte

nach eigener Angabe mit der Arbeit anfangen, wann sie wollte. Jedoch gab es fixe Preise und damit eine Tarifstruktur, welche sie einhalten musste. Sie bejahte, dass es einen Chef gab, nämlich den Beschwerdeführer (Urteil S. 20). Dieser erklärte seinerseits, die Damen seien nicht seine Angestellten, sie seien Gäste; dass es im Saunaclub Prostitution gebe, das sei möglich, diese Damen seien alle selbständig (Urteil S. 20 f.). A._____ war wie die anderen Frauen auf Kundschaft im Saunaclub angewiesen. Ihre Erwerbstätigkeit wurde durch die Betriebsstruktur mitbestimmt. Mit der Vorinstanz ist von einem gewissen Abhängigkeits- und Eingliederungsverhältnis der Frauen (vgl. BGE 140 II 460 E. 4.3.1) auszugehen. A._____ konnte ihre Erwerbstätigkeit nur ausüben, indem ihr der Beschwerdeführer gegen Bezahlung die Infrastruktur zur Verfügung stellte und sie sich im Gegenzug in seine organisatorische und wirtschaftliche Abhängigkeit begab.

2.3. Es kann mithin nicht die Rede davon sein, dass der Beschwerdeführer "überhaupt keinen Einfluss auf die selbständige Erwerbstätigkeit von A._____" nahm, wie in der Beschwerde (S. 13) gestützt auf gewisse ihrer Aussagen behauptet wird. Weitergehende Weisungen waren für die Tatbestandserfüllung nicht erforderlich (vgl. BGE 140 II 460 E. 4.3.3; 137 IV 159 E. 1.4.1-1.4.4; bei weitergehender Beschränkung der Handlungsfreiheit wäre überdies Förderung der Prostitution gemäss Art. 195 StGB zu prüfen, vgl. BGE129 IV 81). Der Beschwerdeführer war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der drei bereits im Strafbefehl aufgeführten Firmen B._____ GmbH, C._____ GmbH und D._____ AG, durch welche der Saunaclub betrieben wurde. Er war täglich vor Ort (Urteil S. 22).
Die Vorinstanz schliesst unter willkürfreier Sachverhaltsfeststellung in bundesrechtskonformer Anwendung der einschlägigen Rechtsprechung auf eine Arbeitgeberstellung des Beschwerdeführers im Sinne Art. 117 Abs. 1 i.V.m. Art. 91 Abs. 1 AuG (Urteil S. 23) und bejaht die Tatbestandserfüllung zu Recht.

3.
Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Schwyz, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. April 2016

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw