Urteilskopf

118 IV 262

47. Urteil des Kassationshofes vom 24. August 1992 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen G. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 23 Abs. 1 al. 5 und Abs. 4 ANAG; Beschäftigung von illegal sich in der Schweiz aufhaltenden Personen, Abgrenzung.

Wer eine Person, die sich illegal in der Schweiz aufhält, nur beschäftigt, erleichtert ihr das rechtswidrige Verweilen im Lande gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG nicht und erfüllt lediglich den Übertretungstatbestand des Art. 23 Abs. 4 ANAG.

Regeste (fr):
Art. 23 al. 1 cinquième phrase et al. 4 LSEE; engagement de personnes séjournant illégalement en Suisse, distinction.

Celui qui ne fait que donner du travail à une personne séjournant illégalement en Suisse ne lui facilite pas le séjour illégal au sens de l'art. 23 al. 1 cinquième phrase LSEE, mais se rend seulement coupable de la contravention réprimée à l'art. 23 al. 4 LSEE.

Regesto (it):
Art. 23 cpv. 1 quinta proposizione e cpv. 4 LDDS; impiego di persone dimoranti illegalmente in Svizzera, delimitazione.

Chi si limita a impiegare una persona che dimora illegalmente in Svizzera non le facilita il soggiorno illegale ai sensi dell'art. 23 cpv. 1 quinta proposizione LDDS, ma adempie solo la fattispecie contravvenzionale contemplata dall'art. 23 cpv. 4 LDDS.

Sachverhalt ab Seite 262

BGE 118 IV 262 S. 262

Vom 1. Februar 1989 bis 9. November 1990 beschäftigte G. den jugoslawischen Staatsangehörigen O. als Küchenburschen. Für die Zeit vom 1. November 1989 bis 31. Januar 1990 hatte G. für seinen ausländischen Arbeitnehmer eine Arbeitsbewilligung (sogenannte Dreimonatsbewilligung); für die übrige Zeit war O. weder im Besitze einer Aufenthalts- noch einer Arbeitsbewilligung. Mit Strafbefehl vom 12. Dezember 1990 sprach das Bezirksamt Baden G. schuldig der Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 und 4

BGE 118 IV 262 S. 263

des Bundesgesetzes über den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländern (ANAG) und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 600.–. Auf Einsprache der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau hin sprach das Bezirksgericht Baden G. von der Anklage der wiederholten Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthaltes eines Ausländers in der Schweiz frei. Es fand ihn hingegen schuldig der wiederholten vorsätzlichen Beschäftigung eines Ausländers, der nicht berechtigt war, in der Schweiz zu arbeiten, im Sinne von Art. 3 Abs. 3 und Art. 23 Abs. 4 ANAG und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 2'000.–. Die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen dieses Urteil wies das Obergericht des Kantons Aargau am 29. Oktober 1991 ab. Die Staatsanwaltschaft führt Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. G. beantragt in seiner Vernehmlassung Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Vorliegend geht es um die Frage, ob der Arbeitgeber, der vorsätzlich Ausländer beschäftigt, die sich illegal in der Schweiz aufhalten, bloss den Tatbestand des Art. 23 Abs. 4 oder zusätzlich noch denjenigen des Art. 23 Abs. 1 ANAG erfüllt. Die Vorinstanz vertritt insbesondere unter Hinweis auf den historischen Gesetzgeber die Meinung, dass erst die wiederholte vorsätzliche Beschäftigung eines Schwarzarbeiters (vgl. Art. 23 Abs. 5 ANAG) dem Vergehenstatbestand des Erleichterns des rechtswidrigen Verweilens im Lande gemäss Art. 23 Abs. 1 ANAG gleichgestellt werde. Das bedeute, dass die (erstmalige) Beschäftigung eines Ausländers, der nicht berechtigt sei, in der Schweiz zu arbeiten, nicht eo ipso ein Erleichtern des rechtswidrigen Verweilens im Lande mit sich bringe. Bei der Auslegung von Art. 23 Abs. 4 ANAG sei davon auszugehen, dass ein Vergehen nach Abs. 1 erst dann vorliege, wenn der Arbeitgeber einem Ausländer über die Beschäftigung hinaus das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtere, indem er ihn z.B. beherberge. Demgegenüber bringt die Beschwerdeführerin vor, die vorsätzliche Beschäftigung eines illegal sich in der Schweiz aufhaltenden Ausländers sei sowohl nach Art. 23 Abs. 1 wie auch nach Art. 23 Abs. 4 ANAG zu ahnden, da mit der Beschäftigung und der

Verdienstmöglichkeit zweifellos auch das illegale Verbleiben in der Schweiz wesentlich erleichtert, wenn nicht gar überhaupt erst ermöglicht werde.

2. a) Gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG wird, wer im In- oder Ausland die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert oder vorbereiten hilft, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Mit dieser Strafe kann eine Busse bis zu Fr. 10'000.– verbunden werden; in leichten Fällen kann auch nur auf Busse erkannt werden. Nach Art. 23 Abs. 4 ANAG wird zusätzlich zu einer allfälligen Bestrafung nach Abs. 1 für jeden rechtswidrig beschäftigten Ausländer mit einer Busse bis zu Fr. 5'000.– bestraft, wer vorsätzlich Ausländer beschäftigt, die nicht berechtigt sind, in der Schweiz zu arbeiten. Handelt der Täter fahrlässig, so beträgt die Busse bis zu Fr. 3'000.–. In besonders leichten Fällen kann von einer Bestrafung Umgang genommen werden. Wenn der Täter aus Gewinnsucht handelt, ist der Richter an diese Höchstbeträge nicht gebunden (Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 9. Oktober 1987, in Kraft seit 1. März 1988).
Wer nach Absatz 4 wegen vorsätzlicher Begehung rechtskräftig verurteilt wurde und innert fünf Jahren erneut rechtswidrig einen Ausländer beschäftigt, kann zusätzlich zur Busse mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Haft bestraft werden (Art. 23 Abs. 5 ANAG; neue Fassung). b) Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrundeliegenden Wertungen auszulegen. Bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen, die verschiedene, sich widersprechende Auslegungen zulassen,

liegt es nahe, die Gesetzesmaterialien beizuziehen, um den Sinn einer Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Dies gilt insbesondere, wenn der Entstehungsgeschichte eines neuen Gesetzes zu entnehmen ist, warum eine Bestimmung bisher in der Rechtsanwendung nicht zu befriedigen vermochte und der Gesetzgeber sie geändert wissen wollte (BGE 113 II 355 mit Hinweisen, BGE 115 II 99).

3. a) In einem Urteil vom 16. September 1982 (vor der Revision von 1987) steckte der Kassationshof die Anwendungsbereiche von Abs. 1 al. 5 und altAbs. 3 (der dem heute geltenden Abs. 6 entspricht) des Art. 23 ANAG ab. Danach erfasst Abs. 1 al. 5 ausser dem Vermittler den Arbeitgeber, der einem Ausländer das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert, indem er beispielsweise für

ihn ein Zimmer mietet; die Beschäftigung eines Ausländers ohne Bewilligung fällt hingegen unter Abs. 3. b) Dieses Urteil bildete den unmittelbaren Anlass für die Motion Zehnder, die vom Nationalrat am 23. März 1984 und vom Ständerat am 19. September 1984 angenommen wurde. Diese Motion forderte den Bundesrat auf, die Strafbestimmungen im ANAG zu ergänzen, um der Beschäftigung von Ausländern ohne Bewilligung vermehrt entgegenzuwirken (Botschaft über eine Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 17. September 1986, BBl 1986 III S. 254 und 259). In seinen Erläuterungen zur erwähnten Änderung des ANAG hielt der Bundesrat fest, der Entwurf unterscheide zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung mit entsprechend unterschiedlichem Bussenminimum und -maximum. Mit dem vorgesehenen Bussenrahmen solle eine Koordination der Gerichtspraxis unter Berücksichtigung der im allgemeinen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches erwähnten Strafzumessungsgründe ermöglicht werden. Beim Rückfall werde die Gefängnisstrafe auf sechs Monate beschränkt, und sie könne nur angeordnet werden, wenn eine erneute vorsätzliche Begehung vorliege. Ein gänzlicher Verzicht auf eine Gefängnisstrafe würde dem Sinn und Zweck der von den eidgenössischen Räten angenommenen Motion Zehnder widersprechen, habe doch der unmittelbare Anlass für diese Motion die neuere Praxis des Bundesgerichts, wonach die Beschäftigung von Ausländern ohne Bewilligung nicht mehr nach Art. 23 Abs. 1 ANAG geahndet werden könne, gebildet (a.a.O., S. 258 f.). Der Bundesrat entsprach somit dem Auftrag der Motion Zehnder, indem er die Beschäftigung von Ausländern ohne Bewilligung im Rückfall neu als Vergehen vorschlug. Die vom Bundesgericht in seinem Urteil vom 16. September 1982 eingeschlagene Praxis zog er nicht in Zweifel, obschon er sie ausdrücklich erwähnte. Zusammenfassend wollte der Bundesrat dem Problem der Schwarzarbeit zum einen mit der Erhöhung der Bussen (und der Unterscheidung von vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung) begegnen und anderseits mit der Möglichkeit, den Rückfall mit Gefängnis ahnden zu können. c) Nichts anderes geht aus den Beratungen der eidgenössischen Räte hervor: aa) Im Ständerat hielt der Berichterstatter deutscher Zunge fest, der Gesetzesentwurf stelle eine Mittellösung zwischen den zu weit gehenden und den weniger weit gehenden Anträgen der Kantone dar. Auf der einen Seite war nämlich gefordert worden, den Arbeitgeber

von Anfang an mit Gefängnis bestrafen zu können, da dem Ausländer bereits bei erstmaliger Betätigung als Schwarzarbeiter diese Strafe drohe. Auf der anderen Seite hätte es ein Kanton begrüsst, dass der Rückfall anstatt mit Gefängnis höchstens mit drei Monaten Haft bestraft worden wäre (Sten.Bull. 1987 S 32; Botschaft, a.a.O., S. 254). Es wurde im weiteren darauf hingewiesen, dass die Vorlage, wie sie aus der Kommission hervorgegangen sei, ausgewogen und ein taugliches Instrument im Kampf gegen die Schwarzarbeit sei. In der Kommission sei man darauf bedacht gewesen, den Interessen der Gewerbetreibenden in sogenannten Randre-

gionen Rechnung zu tragen, die vielfach mit Schwierigkeiten bei der Rekrutierung von Personal zu kämpfen hätten (Sten.Bull. 1987 S 34 und 36). Bundesrätin Kopp hielt fest, mit dem nun vorliegenden Gesetzesentwurf könnten die erforderlichen strafrechtlichen Sanktionen gegenüber Arbeitgebern getroffen werden, die Ausländer ohne Bewilligung beschäftigten. Der Strafrahmen sei so festgelegt, dass auch im Wiederholungsfall auf besondere Verhältnisse im Einzelfall Rücksicht genommen werden könne (a.a.O., S. 34 f.). Aus diesen Voten geht hervor, dass einerseits die Strafen gegenüber Arbeitgebern, die Ausländer ohne Bewilligung beschäftigen, grundsätzlich erhöht werden sollten, dass aber andererseits in Berücksichtigung der Interessen der Gewerbetreibenden in besonders leichten Fällen von einer Bestrafung Umgang genommen werden könne. Obwohl die bundesgerichtliche Praxis gemäss Urteil vom 16. September 1982 bekannt war und auch zitiert wurde (a.a.O., S. 34), stand auch hier nicht zur Diskussion, entgegen dieser bundesgerichtlichen Praxis einen fehlbaren Arbeitgeber in Idealkonkurrenz zum neu vorgeschlagenen Art. 23 Abs. 4 ANAG zusätzlich gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG zu bestrafen, falls dieser dem Arbeitnehmer darüber hinaus nicht das Verweilen im Lande durch weiteres aktives Tun (z.B. durch Mieten eines Zimmers) erleichtert. bb) Ähnlich verliefen die Beratungen im Nationalrat. Der Berichterstatter französischer Sprache referierte ausführlich den erwähnten Bundesgerichtsentscheid, ohne die darin behandelte Konkurrenzfrage zur Diskussion zu stellen (Sten.Bull. 1987 N 1241). Der deutschsprachige Berichterstatter wies darauf hin, die illegale Einreise und der illegale Aufenthalt in der Schweiz seien zumeist nur Mittel zum Zweck. Ziel sei die illegale Arbeitsaufnahme in unserem Lande. Es gebe Arbeitgeber, die bereit seien, Ausländer auch ohne die notwendigen Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen in der Schweiz zu beschäftigen, da sie teilweise auf dem ausgetrockneten

Arbeitsmarkt trotz intensivem Bemühen keine einheimischen Arbeitskräfte fänden, insbesondere für Arbeiten, die bei Schweizern und langjährig anwesenden Ausländern verpönt seien und von ihnen gemieden würden. Daneben gebe es auch Arbeitgeber, die illegal in der Schweiz lebende Ausländer in klarer Ausbeutungsabsicht beschäftigten. Die blosse Beschäftigung eines Ausländers ohne Bewilligung sei nach dem Bundesgerichtsurteil vom 16. September 1982 nur Übertretungstatbestand und könne lediglich mit Bussen bis maximal Fr. 2'000.– bestraft werden. Das genüge ganz einfach nicht. Es sei angezeigt, auch Arbeitgebern, die illegal Ausländer beschäftigten, härtere Strafen anzudrohen, wiederum durchaus im Sinne der Motion Zehnder (a.a.O., S. 1242 f.). Auch Bundesrätin Kopp bestätigte die vom Bundesgericht eingeschlagene Praxis. Sie führte aus, der Arbeitgeber, der Ausländer ohne Bewilligung beschäftige, könne im Hinblick auf diese Praxis gegenwärtig lediglich mit einer Busse bis zu Fr. 2'000.– bestraft werden. Eine strengere Bestrafung - nämlich Gefängnis bis zu sechs Monaten und Busse bis zu Fr. 10'000.– - sei nach dieser Praxis nur dann möglich, wenn der Arbeitgeber einem Ausländer über die Beschäftigung hinaus das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtere (a.a.O., S. 1243).

4. Die historische Auslegung bestätigt somit die Auffassung der Vorinstanz, es sei nämlich bei der Auslegung von Art. 23 Abs. 4 ANAG davon auszugehen, dass ein Vergehen nach Abs. 1 erst dann vorliege, wenn der Arbeitgeber einem Ausländer über die Beschäftigung hinaus das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert, indem er ihn z.B. beherbergt. a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, nach Art. 23 Abs. 4 ANAG sei allein derjenige Arbeitgeber zu bestrafen, dessen Tat lediglich in der Beschäftigung eines sich rechtmässig in der Schweiz aufhaltenden, nicht zur Arbeit berechtigten Ausländers (z.B. Tourist, Kuraufenthalter, Student, Asylbewerber ohne Berechtigung zur Arbeit) bestehe oder der einen nicht in der Schweiz wohnenden Ausländer (Grenzgänger) ohne entsprechende Arbeitsbewilligung beschäftige. Abgesehen von den oben dargelegten grundsätzlichen Einwänden geht auch hier aus den Materialien das Gegenteil hervor. Der Berichterstatter Allenspach hatte gerade diesen Fall vor Augen, als er ausführte, es gebe Ausländer, die sich durchaus legal in unserem Lande aufhielten, aber keine Arbeitsbewilligung besässen. Solche Ausländer nähmen sehr häufig vorübergehend oder aushilfsweise eine Arbeit an, ohne dass sich jemand überhaupt der Unrechtmässigkeit einer solchen Arbeitsannahme bewusst sei. Strafbefreiung

könne deshalb dergestalt unter Umständen zu einem Gebot der Verhältnismässigkeit werden (a.a.O., S. 1243). Daraus erhellt, dass Arbeitgeber, die legal sich in der Schweiz aufhaltende Ausländer ohne Arbeitsbewilligung beschäftigen, in den Genuss einer möglichen Strafbefreiung kommen sollen und andererseits das Hauptanwendungsfeld von Art. 23 Abs. 4 ANAG auf den sich illegal in der Schweiz aufhaltenden Arbeitnehmer zugeschnitten ist. b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Auslegung gemäss Vorinstanz führe zu krass stossenden, nicht haltbaren Ergebnissen. Sie laufe darauf hinaus, dass etwa derjenige, der einen illegal anwesenden Ausländer aus ideellen Motiven durch finanzielle Zuwendungen unterstütze und ihm so den Aufenthalt im Lande erleichtere, sich nach Art. 23 Abs. 1 ANAG eines Vergehens schuldig machen würde, der Arbeitgeber jedoch, der das gleiche aus Profitinteressen tue, nur eine Übertretung beginge. Diesem Einwand ist vorab der Wille des Gesetzgebers entgegenzuhalten, der die Schwierigkeiten auf Arbeitgeberseite wegen des ausgetrockneten Arbeitsmarktes berücksichtigt haben wollte und aus diesem Grund einen Vergehenstatbestand erst im Rückfall vorsieht. Zum andern kann, wie auch in den nationalrätlichen Beratungen ausgeführt wurde (a.a.O., S. 1249 f.), ideellen Motiven allenfalls mit einer Strafmilderung gemäss Art. 64 StGB (achtenswerter Beweggrund) oder mit der Qualifizierung als leichter Fall im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ANAG, in welchem Fall bloss eine Busse ausgesprochen werden kann, begegnet werden. c) Zusammenfassend erweist sich die Auffassung der Vorinstanz, dass ein Vergehen nach Art. 23 Abs. 1 ANAG erst dann vorliegt, wenn der Arbeitgeber einem Ausländer über die Beschäftigung hinaus das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert, nicht als bundesrechtswidrig. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen.