Urteilskopf

128 IV 170

25. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde) 6S.94/2002 vom 5. Juni 2002

Regeste (de):
Beschäftigung von Ausländerinnen, die nicht berechtigt sind, in der Schweiz zu arbeiten (Art. 23 Abs. 4 und Art. 3 Abs. 3 ANAG).

Den Tatbestand erfüllt der Geschäftsführer eines Massagesalons bzw. eines Bordells, der unter anderem für dessen Infrastruktur zuständig ist und entscheidet, welche Ausländerinnen im Etablissement als Prostituierte arbeiten können. Unerheblich ist, dass er den Prostituierten keinerlei Weisungen betreffend die Arbeitszeit, die Anzahl der zu bedienenden Freier und die Art der Dienstleistungen etc. erteilt (E. 4).

Regeste (fr):
Occupation d'étrangères non autorisées à travailler en Suisse (art. 23 al. 4 et art. 3 al. 3 LSEE).

Commet cette infraction le gérant d'un salon de massage ou d'un bordel qui, entre autres fonctions, est responsable de l'infrastructure et décide quelles étrangères peuvent travailler en tant que prostituées dans l'établissement. Qu'il ne donne aucune directive aux prostituées concernant l'horaire de travail, le nombre de clients à satisfaire, et le genre des prestations à fournir, etc. est sans pertinence (consid. 4).

Regesto (it):
Impiego di straniere non autorizzate a lavorare in Svizzera (art. 23 cpv. 4 e art. 3 cpv. 3 LDDS).

Perpetra tale reato il gestore di un salone di massaggi o di un postribolo che, tra l'altro, è responsabile dell'infrastruttura e decide quali straniere possano lavorare come prostitute nello stabilimento. Il fatto che egli non impartisca alcuna direttiva alle prostitute sull'orario di lavoro, il numero di clienti da soddisfare e il tipo di prestazioni da fornire, ecc., non è pertinente (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 170

BGE 128 IV 170 S. 170

A.- X. ist Geschäftsführer in einem so genannten Massagesalon in Zürich, in welchem mehrere Personen als Prostituierte arbeiten. Er ist zuständig für die Infrastruktur, unter anderem die Beschaffung und Bereitstellung von Getränken und Kondomen, sowie für die Werbung durch Inserate und für die Anstellung der Prostituierten.

BGE 128 IV 170 S. 171

Anlässlich von sittenpolizeilichen Kontrollen im Massagesalon am 5./6. Juli und am 26. Oktober 1998 stiessen

die Beamten auf zwei Prostituierte ungarischer Staatsangehörigkeit, die nicht über die erforderlichen Arbeitsbewilligungen verfügten.

B.- Der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich verurteilte X. am 15. März 2000 wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 23 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) i.V.m. Art. 3 Abs. 3 ANAG und Art. 10 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO; SR 823.21) zu einer Busse von 3'000 Franken. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die von X. erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde am 29. Januar 2002 ab. X. wird zur Last gelegt, er habe am 5./6. Juli 1998 sowie vom 10. Oktober bis zum 26. Oktober 1998 in einem Salon zwei Prostituierte ungarischer Nationalität beschäftigt, welche nicht über die erforderlichen fremdenpolizeilichen Bewilligungen verfügten.

C.- X. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, der Entscheid des Obergerichts sei aufzuheben und er sei freizusprechen. Das Bundesgericht weist die Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Wer vorsätzlich Ausländer beschäftigt, die nicht berechtigt sind, in der Schweiz zu arbeiten, wird gemäss Art. 23 Abs. 4 ANAG zusätzlich zu einer allfälligen Bestrafung nach Art. 23 Abs. 1 ANAG für jeden rechtswidrig beschäftigten Ausländer mit einer Busse bis zu 5'000 Franken bestraft. Handelt der Täter fahrlässig, so beträgt die Busse bis zu 3'000 Franken. In besonders leichten Fällen kann von einer Bestrafung Umgang genommen werden. Wenn der Täter gewerbsmässig handelt, ist der Richter an diese Höchstbeträge nicht gebunden. Nach Art. 3 Abs. 3 ANAG darf der nicht niedergelassene Ausländer eine Stelle erst antreten und vom Arbeitgeber zum Antritt der Stelle nur zugelassen werden, wenn ihm der Aufenthalt zum Stellenantritt bewilligt ist. Gemäss Art. 10 Abs. 1 BVO darf der Arbeitgeber keinen Ausländer eine Stelle antreten lassen, ohne sich vorher durch Einsicht in den Ausländerausweis oder durch Nachfrage bei der Fremdenpolizei zu vergewissern, dass der Arbeitnehmer zum Antritt dieser Stelle berechtigt ist.

2.1 Die Vorinstanz kommt unter anderem gestützt auf die ihres Erachtens teilweise widersprüchlichen und unklaren Aussagen des Beschwerdeführers zum Schluss, dass er "Geschäftsführer" des Salons gewesen sei und die beiden Frauen als Prostituierte "eingestellt" habe. Er habe die Infrastruktur zur Verfügung gestellt, angefangen vom Mineralwasser bis zu den Kondomen, und er sei auch für die Werbung für den Salon durch Inserate in einschlägigen Zeitungen zuständig gewesen. Die im Salon als Prostituierte arbeitenden Frauen hätten Abgaben nach Massgabe ihres Umsatzes leisten müssen. Wenn eine Prostituierte nichts verdient habe, habe sie nichts abgeben müssen; bei einem Verdienst von Fr. 500.- habe sie ca. Fr. 150.- und bei einem Verdienst von bspw. Fr. 1'000.- habe sie ca. Fr. 200.- bis Fr. 300.- abgeben müssen. Die Vorinstanz ist der Auffassung, in Anbetracht dieser Umstände habe der Beschwerdeführer die beiden Frauen, die über keine Arbeitsbewilligung verfügt hätten, im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG "beschäftigt" und er sei als deren "Arbeitgeber" im Sinne von Art. 3 Abs. 3 ANAG und Art. 10 Abs. 1 BVO zu betrachten. Daran ändere nichts, dass die Frauen nach der Darstellung des Beschwerdeführers völlig frei gewesen seien, zu bestimmen, wann und wie lange sie arbeiteten, wie viele und welche Kunden sie akzeptierten und welche Dienstleistungen sie diesen anboten. Im Falle einer Einflussnahme etwa auf Ort, Zeit, Ausmass oder andere Umstände der Prostitution wäre der Beschwerdeführer nämlich Gefahr

gelaufen, sich der Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 (Abs. 3) StGB und der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts strafbar zu machen. Wohl aus diesem Grunde erlaubten das Arbeitsamt der Stadt Zürich und die Fremdenpolizei des Kantons Zürich den Prostituierten offenbar nur die "selbständige Erwerbstätigkeit als Masseuse", nicht auch die unselbständige Erwerbstätigkeit. Die Gefahr, beim Betreiben eines Bordells mit dem Sexualstrafrecht in Konflikt zu geraten, führe daher zu Anstellungsformen, die einem Arbeitsverhältnis im klassischen Sinne lediglich ähnlich seien. Ein Bordell sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein geschäftsmässiger Betrieb, der auf regelmässige Einnahmen ausgerichtet sei und in dem mehrere Prostituierte tätig seien, denen der Inhaber Räume und die übrige zur Ausübung der Prostitution nötige Infrastruktur zur Verfügung stelle (siehe BGE 118 IV 57 zu dem - inzwischen aufgehobenen - Straftatbestand der gewerbsmässigen Kuppelei gemäss Art. 199 aStGB). Der Bordellinhaber habe somit bei der Anstellung einer Prostituierten eine Position, die derjenigen eines eigentlichen

BGE 128 IV 170 S. 173

Arbeitgebers nicht unähnlich sei. Wenn aber Arbeitgeber allgemein von Gesetzes wegen gehalten seien, kontrollpflichtige Ausländer und Ausländerinnen nur zu beschäftigen, wenn diese über die nötigen Bewilligungen verfügten, so sei nicht einzusehen, weshalb dies für einen Bordellinhaber nicht auch gelten soll und damit ausgerechnet im Sex-Milieu die Durchsetzung der fremdenpolizeilichen Vorschriften erschwert würde. Deshalb sei von einem erweiterten Arbeitgeberbegriff auszugehen. Dem stehe der Wortlaut von Art. 23 Abs. 4 ANAG nicht entgegen; denn jemanden "beschäftigen" im Sinne dieser Bestimmung bedeute, jemanden eine Tätigkeit ausüben zu lassen, die eine Erwerbstätigkeit gemäss Art. 6 BVO sei, welche ihrerseits selbständig oder unselbständig sein könne. Zwar sei in Art. 3 Abs. 3 ANAG und in Art. 10 BVO ausdrücklich vom "Arbeitgeber" und zudem vom "Antritt der Stelle" die Rede, doch könne dieser Begriff zumindest allgemein sprachlich in einem weiteren Sinne verstanden werden. Der Beschwerdeführer falle daher unter den Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 4 ANAG, zumal er ein reges pekuniäres Interesse an der Arbeit der Masseusen gehabt habe, deren Abgaben offensichtlich nach Umsatz bestimmt gewesen seien.

2.2 Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen, teilweise sinngemäss, geltend, es gebe keinen Grund, bei der Anwendung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer allgemein oder in Fällen der vorliegenden Art von einem erweiterten Arbeitgeberbegriff auszugehen. Eine solche Notwendigkeit ergebe sich insbesondere auch nicht aus dem Straftatbestand der Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 StGB. Dieser Tatbestand sei nach der Rechtsprechung nicht erfüllt, wenn durch die Umstände "keine grössere Abhängigkeit als die eines normalen Arbeitnehmers begründet" werde (BGE 126 IV 76 E. 3 S. 81). Daraus folgt nach der Auffassung des Beschwerdeführers, dass im Bereich der Prostitution ohne strafrechtliche Risiken Einzelarbeitsverträge gemäss Art. 319 ff. OR abgeschlossen werden können. Die Fremdenpolizeigesetzgebung gehe von einem Arbeitgeberbegriff im Sinne des Arbeitsvertragsrechts gemäss Art. 319 ff. OR aus. Dies ergebe sich insbesondere auch aus den Bestimmungen der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, etwa aus Art. 9 BVO (betreffend Anstellungsbedingungen, Arbeitsvertrag), nach dessen Absatz 3 die Arbeitsmarktbehörde vom Arbeitgeber einen schriftlichen Arbeitsvertrag oder eine Vertragsofferte verlangen kann. Die Vorinstanz behaupte nicht, dass zwischen ihm und den Frauen ein Arbeitsvertrag bestanden habe. Dies sei auch tatsächlich nicht der Fall gewesen,

BGE 128 IV 170 S. 174

seien die Frauen doch völlig frei gewesen in ihren Arbeitszeiten, Ferienbezügen, Kundenservice etc. Gerade

wenn die von den Frauen für die Benützung der Räume und die Infrastruktur zu leistenden Entschädigungen gemäss den Feststellungen im angefochtenen Entscheid sich nach dem Umsatz bestimmten, könne auch nicht von einem faktischen Arbeitsverhältnis ausgegangen werden. Er sei somit nicht Arbeitgeber im Sinne des ANAG und der BVO gewesen und daher vom Vorwurf der Widerhandlung gemäss Art. 23 Abs. 4 ANAG freizusprechen.

3. Dem angefochtenen Entscheid und dem erstinstanzlichen Urteil kann nicht entnommen werden, wer einerseits Eigentümer und Vermieter und andererseits Mieter der Räume ist, in welchen der so genannte Massagesalon eingerichtet ist. Aus den kantonalen Entscheiden geht auch nicht hervor, ob der Beschwerdeführer, der nach seinen Aussagen für seine teilzeitliche Beschäftigung als Geschäftsführer des Salons einen Lohn von Fr. 1'500.- pro Monat erhält, von irgendjemandem in dieser Funktion eingesetzt worden ist und gegebenenfalls von wem. Unklar ist sodann, wem die Entschädigungen, welche die Prostituierten für die Benützung der Räume und der Infrastruktur etc. des Salons nach Massgabe der Höhe ihrer Einnahmen leisten müssen, letztlich zufliessen. Wie es sich damit verhält, kann indessen dahingestellt bleiben, da dies für die Beurteilung der vorliegend aufgeworfenen Rechtsfrage nicht ausschlaggebend ist.

4.

4.1 Art. 23 Abs. 4 ANAG ist durch ein Bundesgesetz vom 9. Oktober 1987, in Kraft seit 1. März 1988, in das Gesetz eingefügt worden (siehe dazu im Einzelnen BGE 118 IV 262 E. 3 S. 264). Bestraft wird danach, "wer .... Ausländer .... beschäftigt ...." ("Celui qui ..... aura occupé des étrangers ...."; "Chiunque .... impiega stranieri ...."). Auch wenn somit nicht ausdrücklich vom Arbeitgeber die Rede ist, hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 23 Abs. 4 ANAG im Kampf gegen die Schwarzarbeit in der Schweiz gerade die Arbeitgeber im Auge, wie sich auch aus den Gesetzesmaterialien ergibt (siehe AB 1987 S 32 ff.; AB 1987 N 1240 ff.). Daraus folgt jedoch nicht, dass die Anwendung von Art. 23 Abs. 4 ANAG auf Arbeitgeber im zivilrechtlichen Sinne (Art. 319 ff. OR) beschränkt ist, die gegenüber den Arbeitnehmern (gemäss Art. 321d OR) weisungsbefugt sind. Nicht massgebend ist auch, von welchem Begriff des

"Arbeitgebers" die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer ausgeht; zahlreiche Bestimmungen dieser Verordnung dürften auf die Beschäftigungsverhältnisse von Prostituierten, ungeachtet der konkreten Ausgestaltung dieser Verhältnisse, ohnehin nicht anwendbar sein, so etwa Art. 7 BVO betreffend den Vorrang der inländischen Arbeitnehmer und Art. 9 BVO betreffend Anstellungsbedingungen und Arbeitsvertrag. Die Beschäftigungsverhältnisse von ausländischen Prostituierten hatten der Gesetzgeber und der Verordnungsgeber allem Anschein nach nicht im Auge.
Der Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 4 ANAG ist mit Rücksicht auf dessen Sinn und Zweck weit zu fassen. "Beschäftigen" im Sinne dieser Bestimmung bedeutet, jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben zu lassen (siehe VALENTIN ROSCHACHER, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, Diss. Zürich 1991, S. 122). Auf die Natur des Rechtsverhältnisses kommt es nicht an (vgl. schon BGE 99 IV 110).

4.2 Der Beschwerdeführer ist Geschäftsführer des Massagesalons und entscheidet unter anderem darüber, ob eine bestimmte Person im Salon als Prostituierte arbeiten kann. Gestattete der Beschwerdeführer einer Ausländerin die Erwerbstätigkeit als Prostituierte in dem von ihm geführten Massagesalon, so liess er sie im Sinne von Art. 3 Abs. 3 ANAG zum Antritt einer Stelle in diesem Salon zu und beschäftigte er sie im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Arbeitsamt der Stadt Zürich und die Fremdenpolizei des Kantons Zürich Ausländerinnen "Stellenantrittsbewilligungen" für die "selbständige

Erwerbstätigkeit als Masseuse" in den Salons erteilt. Unerheblich ist, dass der Beschwerdeführer nach seiner - in den kantonalen Entscheiden nicht widerlegten - Darstellung den Prostituierten keinerlei Weisungen betreffend die Arbeitszeit, die Anzahl der zu bedienenden Freier, die Art der zu erbringenden Dienstleistungen etc. erteilte. Eine solche Weisungsbefugnis, bei deren Ausübung der Beschwerdeführer übrigens Gefahr liefe, wegen Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 Abs. 3 StGB verfolgt zu werden (siehe dazu BGE 125 IV 269; BGE 126 IV 76), kann nicht Voraussetzung für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG sein. Im Übrigen ist immerhin darauf hinzuweisen, dass gerade auch Ausländerinnen sich in aller Regel ohnehin in einer schwierigen Lage befinden, da sie aus finanzieller Not und/oder unter dem Druck von Hintermännern als Prostituierte in der Schweiz arbeiten. Sie stehen daher zum Geschäftsführer eines

Massagesalons, der über ihre Anstellung entscheidet, in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis, zumal der Geschäftsführer seine Entscheidung auch von dem zu erwartenden Umsatz der Prostituierten abhängig machen wird. Der Beschwerdeführer kann nicht etwa einem Vermieter gleichgestellt werden, der Räumlichkeiten an einen Erwerbstätigen vermietet und dabei unter mehreren Interessenten auswählen kann. Er ist auch nicht einem Hauswart gleichzustellen, der für Ordnung und Sauberkeit sorgt. Der Beschwerdeführer entscheidet in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer des Salons unter anderem darüber, wer im Salon als Prostituierte arbeiten kann, und er stellt die Interessentinnen, die er auswählt, zu dem einzigen Zweck an, dass sie im Salon, allenfalls im Rahmen einer geltenden Hausordnung, als Prostituierte tätig sind. In Anbetracht dieser Zuständigkeit des Beschwerdeführers sowie mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang zwischen dessen Funktion als Geschäftsführer und der Erwerbstätigkeit der ausländischen Prostituierten ist ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG gegeben. Der Beschwerdeführer hat somit im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG Ausländerinnen beschäftigt, welche nicht berechtigt waren, in der Schweiz zu arbeiten.