

S. 412 / Nr. 63 Fremdenpolizei (d)

BGE 60 I 412

63. Urteil des Kassationshofes vom 29. November 1934 i. S. Ritter gegen Statthalteramt Zürich.

Regeste:

1. Zum Begriff des rechtswidrigen Vorsatzes nach Art. 11 BStrR von 1853. Dazu gehört das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Begriff, Tat- und Rechtsfrage. Erw. 4.

Seite: 413

2. Fremdenpolizei. Als Antritt einer Stelle, wie er dem nicht niedergelassenen Ausländer nur mit vorgängiger Bewilligung erlaubt ist, gilt auch die Übernahme einer unentgeltlichen Tätigkeit im Dienst eines andern, mit Ausnahme bloss gelegentlicher Gefälligkeitsdienste. (BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer und VV vom 5. Mai 1933.) Erw. 1-3.

A. - Der deutsche Staatsangehörige Franz Ludwig Ritter, Kaufmann, der seit dem Jahre 1929 in Zürich wohnt, erhielt jeweils die Aufenthaltsbewilligung mit der Massgabe, dass er ausser dem Darmhandel auf eigene Rechnung keine Erwerbstätigkeit ausüben dürfe. So ist in der Aufenthaltsbewilligung vom 29. August 1933 für die Zeit bis zum 31. Juli 1934 vermerkt: «Darmhändler auf eigene Rechnung. Anderweitige Erwerbstätigkeit und Berufswechsel verboten. Ehefrau: Erwerbstätigkeit verboten.»

B. - Als Bewohner des Hauses Hornbachstrasse 56, das mit dem Haus Nr. 54 einer vom Architekten Nydegger als einzigem Vorstandsmitglied geleiteten Genossenschaft gehört, befasste sich Ritter im Herbst 1933 im Einverständnis mit Nydegger, angeblich wegen Nachlässigkeit des damaligen Hauswartes, zunächst mit dem Vermieten leerstehender Wohnungen der beiden Häuser, und vom Oktober 1933 an besorgte er dann deren Wartung überhaupt: Er überwachte die Hausordnung, revidierte sie, zeigte Mietbewerbern die Wohnungen, hatte mit dem Kohlenmann zu tun, veranlasste Reinigungen und ordnete Reparaturen an.

Diese Tätigkeit übte er einige Monate lang aus, bis er im Januar 1934 deshalb der unerlaubten Erwerbstätigkeit bezichtigt wurde, woraufhin das Statthalteramt Zürich ihm am 27. Januar 1934 wegen Übertretung des Art. 3 Ziff. 3 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 und des Art. 3 Ziff. 2, 6 und 8 der zugehörigen Vollziehungsverordnung vom 5. Mai 1933 eine Busse von 100 Fr. auferlegte.

Er erhob gegen diese Bussenverfügung Einspruch und verlangte gerichtliche Beurteilung, indem er geltend

Seite: 414

machte, er habe die Wartung der beiden Häuser nur aus Gefälligkeit und ohne dafür eine Vergütung zu erhalten besorgt. Das Bezirksgericht sprach ihn frei und hob die Busse auf, das Obergericht aber erklärte ihn mit Urteil vom 7. Juni 1934 der Übertretung von Art. 3 Ziff. 3 des Gesetzes und von Art. 3 Ziff. 6 der Vollziehungsverordnung schuldig und bestätigte die Busse. Dass dem Beschuldigten für die beanstandete Tätigkeit eine Vergütung bezahlt worden wäre, ist nicht nachgewiesen. Immerhin nimmt das Obergericht an, er habe ein Entgelt oder irgendeinen Vorteil erwartet und auch erwarten dürfen. Denn einmal seien die betreffenden Funktionen vor und nach ihm von besoldeten Hauswarten ausgeübt worden, ferner habe sich Nydegger ihm schon früher für erfolgreiche Dienste erkenntlich gezeigt, indem er ihm für Vermittlungsdienste bei einem Liegenschaftshandel 2000 Fr. gab, und endlich räume auch Nydegger wenigstens die Möglichkeit ein, dass er dem Beschuldigten für seine Bemühungen etwas geben werde. Gefühle der Dankbarkeit gegenüber Nydegger, der ihm seinerzeit durch Stundung rückständiger Mietzinsen entgegengekommen war, möchten zwar mitgespielt haben, doch spreche manches gegen das Vorliegen reiner Gefälligkeitsdienste. Von Belang sei übrigens schon der Umstand allein, dass für Hauswartdienste üblicherweise ein Entgelt bezahlt wird; durch die Tätigkeit des Beschuldigten sei einer einheimischen Arbeitskraft der dafür angemessene Verdienst vorenthalten geblieben. Der Beschuldigte habe daher - wie näher dargelegt wird - den fremdenpolizeilichen Vorschriften zuwidergehandelt, und zwar mindestens mit Eventualvorsatz.

C. - Dieses Urteil hat der Beschuldigte binnen Frist und in richtiger Form mit der vorliegenden Kassationsbeschwerde angefochten. Er beantragt Aufhebung des Urteils des Obergerichtes, Freispruch und Aufhebung der Bussenverfügung des Statthalteramtes.

Das Statthalteramt des Bezirkes Zürich beantragt Abweisung der Beschwerde.

Seite: 415

Der Kassationshof zieht in Erwägung:

1.- Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer stellt jede Zuwiderhandlung gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften oder Verfügungen der zuständigen Behörden unter Strafe. Busse kann somit nicht nur bei Übertretung einer Bestimmung des Gesetzes selbst verhängt werden, sondern ebenso bei Übertretung der Bestimmungen der Vollziehungsverordnung oder der von den zuständigen Behörden getroffenen allgemeinen Anordnungen wie auch ihrer Weisungen gegenüber einzelnen Personen.

2.- Nach Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes haben sich Ausländer, die zur Übersiedlung eingereist sind, sowie Erwerbstätige binnen vierzehn Tagen, auf jeden Fall jedoch vor Antritt einer Stelle, bei der Fremdenpolizeibehörde des Aufenthaltsortes zur Regelung der Bedingungen der Anwesenheit anzumelden.

Daraus folgt zunächst, dass der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den zugereisten Ausländer im allgemeinen nichts entgegensteht, dass aber binnen der erwähnten Frist die Anmeldung bei der Behörde vorzunehmen ist, welche die Bedingungen der weiteren Anwesenheit festzusetzen hat. Die Behörde entscheidet nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt, Niederlassung und Toleranz (Art. 4). Dabei bestimmt Art. 5 ausdrücklich, dass die Aufenthaltsbewilligung (im Unterschied zur Niederlassungsbewilligung, Art. 6) zu befristen ist und an Bedingungen geknüpft werden darf. Bei der Entscheidung sind nicht nur die wirtschaftlichen, sondern auch die geistigen Interessen sowie der Grad der Überfremdung des Landes zu berücksichtigen (Art. 16). Die Behörde kann also, sofern sie die Aufenthaltsbewilligung überhaupt erteilt, damit das Verbot jeglicher Erwerbstätigkeit verbinden oder nur eine bestimmte Erwerbstätigkeit gestatten, wie es hier geschehen ist.

Zum andern ergibt sich aus der ersterwähnten Vorschrift,

Seite: 416

dass eine Stelle, also eine Tätigkeit im Dienste eines andern, durch den Ausländer keinesfalls vor der Anmeldung angetreten werden darf. Und auch wer alsdann eine Aufenthaltsbewilligung erhält, gleichgültig wie im übrigen deren Bedingungen umschrieben sein mögen, ist zu solcher Betätigung nur berechtigt, wenn sie ihm ausdrücklich von der Behörde gestattet wird. Das ist in Art. 3 Abs. 3 in folgender Weise bestimmt: «Der nicht niedergelassene Ausländer darf eine Stelle erst antreten und von einem Arbeitgeber zum Antritt der Stelle nur zugelassen werden, wenn ihm der Aufenthalt zum Stellenantritt bewilligt ist».

3.- Der Vorinstanz ist nun darin beizupflichten, dass das Gesetz unter «Stellenantritt» nicht nur die Annahme einer Stellung gegen Entlohnung, sondern jede Betätigung im Dienste eines andern, also auch die unentgeltliche, versteht. Das entspricht schon dem allgemeinen Sprachgebrauch, indem auch beim Fehlen eines Lohnes von einer Stelle gesprochen wird, wie z. B. von einer «Lehrstelle» oder «Volontärstelle». Nur diese Auslegung wird auch dem Zweck des Gesetzes gerecht. Das Interesse des Landes erheischt ebensowohl eine Kontrolle und Beschränkung der unentgeltlich geleisteten Dienste wie der entlohnenden. Dass der Wille des Gesetzgebers kein anderer war, erhellt ohne weiteres daraus, dass die gesetzlichen Bestimmungen nicht nur der wirtschaftlichen, sondern auch der geistigen Überfremdung steuern sollen. Aber auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus kann die unentgeltliche Bekleidung einer Stellung durch einen Ausländer von Bedeutung sein, namentlich dann, wenn der Arbeitgeber dadurch abgehalten wird, eine bezahlte schweizerische Arbeitskraft einzustellen, wie es hier zutraf. Dass bloss gelegentliche Gefälligkeitsdienste nicht als Versehen einer Stelle zu gelten haben, ist richtig. Hier handelt es sich aber um die Besorgung bestimmter Funktionen während mehrerer Monate. Ob der Kassationskläger dadurch vollständig in Anspruch genommen war oder nicht, ist ohne Belang. Denn eine Stelle kann auch als Nebenbeschäftigung versehen werden.

Seite: 417

Die dargelegte Gesetzesauslegung wird durch die Vollziehungsverordnung bestätigt. Sie behandelt zwar in Art. 3 Abs. 1 den Stellenantritt als Spezialfall einer «auf Erwerb gerichteten Tätigkeit». Absatz 2 des nämlichen Artikels bezeichnet dann aber als Stellenantritt «jede, auch die unentgeltliche, Betätigung im Dienste eines in der Schweiz ansässigen Arbeitgebers, insbesondere diejenige auf Grund eines Dienst- oder Lehrvertrages». Und anschliessend wird erklärt, Stellenantritt liege vor, «wenn der Ausländer sich als Lehrling, als Volontär, als Aushilfe im Haushalt, als Gehilfe, als Assistent, als Reisender (auch auf Provision) für ein Geschäft in der Schweiz, als Heimarbeiter oder in ähnlicher Weise betätigt». In dem von der Vorinstanz zudem angewendeten Abs. 6 wird auch auf Nebenbeschäftigungen Bezug genommen, die, wie dargetan, den nämlichen Bestimmungen unterworfen sind.

Nach dem Gesagten ist klar, dass der Kassationskläger mit der Ausübung der Tätigkeit eines Hausverwalters oder Hauswartes eine Stelle versehen und, da er dazu keine Bewilligung besass (noch darum nachsuchte), den fremdenpolizeilichen Vorschriften, insbesondere dem Art. 3 Abs. 3 des

Gesetzes zuwidergehandelt hat.

Diese Bestimmung ist freilich nur auf die Widerhandlung seit dem 1. Januar 1934 anzuwenden, denn das Gesetz wie auch die zugehörige Vollziehungsverordnung sind erst auf diesen Zeitpunkt in Kraft getreten. Die frühere Tätigkeit des Kassationsklägers war aber nach Art. 17 Abs. 3 und Art. 17 bis der damals geltenden Verordnung des Bundesrates über die Kontrolle der Ausländer vom 29. November 1921/7. Dezember 1925 gleichfalls unzulässig (Art. 17 bis: «Stellenantritt ohne Bewilligung ist untersagt»), und jene Verordnung enthielt auch eine entsprechende Strafbestimmung (Art. 22).

4.- Art. 24 des Gesetzes erklärt die allgemeinen Bestimmungen des Bundesstrafrechtes (den ersten Abschnitt des Gesetzes vom 4. Februar 1853) als anwendbar. Nach dessen Art. 11 ist unter Vorbehalt ausdrücklicher Ausnahmen nur die mit rechtswidrigem Vorsatz begangene

Seite: 418

Handlung zu bestrafen. Dass der Kassationskläger die Funktionen eines Hauswartes mit Wissen und Willen ausgeübt hat, steht ausser Zweifel. Nicht ohne weiteres sicher ist dagegen, ob er sich der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewusst war. Es ist eine der umstrittensten Fragen, ob zum Vorsatze auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört (vgl. die bei ALLFELD, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 8. Auflage, S. 166, Anmerkung 11, erwähnten Meinungen). Das Bundesgericht hat die Frage bei Anwendung des Art. 11 BStrR wiederholt bejaht. Daran ist festzuhalten. In der Tat deutet schon die Fassung des Artikels darauf hin, dass nur bestraft werden soll, wer bewusst dem Rechte zuwidergehandelt hat. Dafür ist indessen nicht erforderlich, dass er die in Betracht kommende Straf- oder Verbotsbestimmung gekannt habe; vielmehr ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ohne weiteres gegeben, wenn der Täter das Empfinden gehabt hat, gegen das Recht zu verstossen, sei es gegen subjektive Rechte anderer oder gegen allgemeine Gebote der Rechtsordnung, sei es auch ohne genauere Vorstellung einfach gegen das, was recht ist. Es handelt sich also lediglich um das Bewusstsein, unrecht zu handeln. In manchen Fällen (man denke an Vergehen gegen Vermögensrechte) ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit schon im Wissen und Willen der objektiven Tatbestandsmerkmale enthalten; denn wer bewusst ohne Befugnis in fremde Rechte eingreift, handelt damit auch bewusst rechtswidrig, ohne dass es hiezu der Kenntnis spezieller Normen bedürfte. Im Gebiete des Polizeirechts ist dies freilich nicht unbedingt der Fall. «Polizeiwidrig» kann mitunter auch ein Verhalten sein, dem nicht schon nach allgemeiner Auffassung etwas Unrechtes anhaftet. Von bewusst rechtswidrigem Handeln oder Unterlassen lässt sich daher hier erst dann sprechen, wenn der Täter um das übertretene Gebot oder Verbot gewusst oder wenigstens geahnt hat, dass er gegen eine polizeiliche Vorschrift oder Weisung verstossen möchte, und wenn er nun trotzdem so gehandelt, einen allfälligen Rechtsverstoss also bewusst mit in Kauf genommen hat (Eventualvorsatz).

Seite: 419

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Frage, ob der Beschuldigte das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Tuns oder Unterlassens gehabt habe - entgegen den Ausführungen in BGE 58 I Nr. 46 am Ende -, keine reine Tatfrage ist. Ob und inwiefern das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatze gehöre, ist Rechtsfrage, ebenso aber auch, was des näheren unter dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu verstehen sei. Endlich ist Rechtsfrage die Subsumtion der im einzelnen Fall erwiesenen Tatsachen unter das Gesetz, speziell also auch unter die in Rede stehenden Rechtsbegriffe. Tatfrage ist, was der Beschuldigte gewusst, woran er gedacht, was er überlegt habe, Rechtsfrage aber, ob der festgestellte Bewusstseinsinhalt und der festgestellte Deutlichkeits- oder Stärkegrad des Bewusstseins rechtlich den Tatbestand des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit erfülle, so wie er für den Vorsatz im Sinne der in Frage stehenden Gesetzesbestimmung gefordert wird. Die Erklärung eines kantonalen Gerichtes, der Beschuldigte habe mit Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehandelt, ist also vom Bundesgericht nicht unbesehen hinzunehmen, sondern es ist die rein tatsächliche Grundlage zu ermitteln und die Frage der rechtlichen Subsumtion als Rechtsfrage frei zu überprüfen. In zahlreichen Fällen bietet diese Frage freilich keine Schwierigkeiten, sowenig wie etwa auf dem Gebiete des Zivilrechtes bei der Entscheidung, ob ein Vertragsschluss zustande gekommen sei; in andern Fällen aber ist dort wie hier die Subsumtionsfrage problematisch und tritt in ihrer Bedeutung als Rechtsfrage hervor (vgl. WEISS, Berufung, 173 ff.).

Die Vorinstanz zieht nun in Betracht, dass beim Beschuldigten als Kaufmann einiges Verständnis für die fremdenpolizeilichen Pflichten und ihre Bedeutung vorausgesetzt werden könne. Zudem sei ihm das Verbot jeder Erwerbstätigkeit ausser dem Darmhandel gemäss seiner Aufenthaltsbewilligung gegenwärtig gewesen. Er habe sich auch sagen müssen, dass er mit der beanstandeten Betätigung einem andern eine Erwerbsgelegenheit wegnehm. «Dass in diesem Sinne auf Erwerb gerichtete

Seite: 420

Tätigkeit für ausländische Aufenthalter der Bewilligung bedarf, ist heute allgemein bekannt. Zweifel wären höchstens möglich, wenn der Gebüsste wirklich ohne jede Erwartung eines Entgeltes, aus reiner Gefälligkeit, gehandelt hätte. So wie die Dinge liegen, nahm er aber mindestens in Kauf, dass er eine Tätigkeit ausübe, die der Bewilligung bedürfe und wozu er die Bewilligung nicht erhalten würde».

Es mag dahingestellt bleiben, ob es allgemein bekannt sei, dass eine Tätigkeit, wie sie hier in Frage steht, für ausländische Aufenthalter der Bewilligung bedarf, und es mag auch unerörtert bleiben, ob der Kassationskläger Anlass hatte, die beanstandete Betätigung als auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu betrachten. Es genügt, dass er sich sagen musste, er versehe Funktionen, deren Ausübung auf dem Arbeitsmarkt im allgemeinen als Erwerbsgelegenheit in Betracht falle und daher sicher oder doch mit grosser Wahrscheinlichkeit von den zuständigen Behörden als Versehen einer Stelle und damit als bewilligungsbedürftig werde erachtet werden.

Die Voraussetzungen zur Ausfällung einer Busse lagen somit vor. Deren Höhe ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Ausführungen der Vorinstanz aber, in denen dem Kassationskläger geradezu eine in raffinierter Weise ins Werk gesetzte Verdrängung einheimischer Arbeitskräfte vorgeworfen wird, schiessen über das Ziel hinaus; sie finden in den Akten keine Stütze. Das Bundesgericht würde es daher als ungerechtfertigt betrachten, wenn gegen den Kassationskläger wegen der in Frage stehenden Tätigkeit, die er auf die Verzeigung hin sofort eingestellt hat, ausser den im angefochtenen Urteil ausgesprochenen noch weitere Sanktionen ergriffen würden.

Demnach erkennt der Kassationshof:

Die Kassationsbeschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen