

ZH_OBERGERICHT SB110614 vom 8. Dezember 2011

ZH Obergericht, 2011-12-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110614

FR: ZH_OBERGERICHT SB110614 du 8 décembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT SB110614 del 8 dicembre 2011

Erwägungen

E. 1

Allgemeines

E. 1.1

Die Vorinstanz hat das Verhalten des Angeklagten mit der Staatsanwaltschaft als Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von dessen Art. 117 Abs. 1 gewürdigt.

E. 1.2

Die Verteidigung stützt sich darauf, dass die im Club des Angeklagten tätigen Damen selbständig Erwerbende gewesen seien, weshalb der Angeklagte nicht Arbeitgeber im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG sei. Der Angeklagte habe die sich stellenden rechtlichen Fragen durch einen Spezialisten abklären lassen, da er erkannt habe, dass die Bewilligungspraxis und die Rechtslage ungewiss gewesen seien und er keinen Durchblick gehabt habe. So habe er die Firma Q._____ damit beauftragt, die für die Erwerbstätigkeit der Damen erforderlichen Bewilligungen einzuholen. Er habe den Auskünften dieser Firma vertraut, weil sie von B._____, welcher in ausländerrechtlichen Belangen äusserst erfahren sei, da er jahrelang beim Arbeitsamt M._____ gearbeitet und sich zum Chef der für

- 9 - die Arbeitsbewilligungen zuständigen Amtsstelle hochgearbeitet habe, geführt worden sei (Urk. 56 S. 4 f.). Der Angeklagte bekräftigte an der Berufungsverhandlung seine Ansicht, dass er nicht der Arbeitgeber dieser Frauen gewesen sei, vielmehr habe es sich um Selbständige gehandelt. Er begründete dies damit, dass damals sowohl die B-Bewilligung als auch die kurze Bewilligung mit "selbständig erwerbend" ausgefüllt worden seien. Alle Gesuche seien so eingereicht worden, man habe eine Bestätigung der AHV sowie ein Konto haben müssen (Urk. 71 S. 5 f.). Schliesslich hat der Angeklagte in der Untersuchung ausgeführt, dass er nach der Polizeikontrolle im Club L._____ in M._____ davon habe ausgehen dürfen, dass alles in Ordnung sei, zumal die Kontrolle keine Konsequenzen gehabt habe (Urk. 16 S. 3 und Urk. 19 S. 4).

E. 2

Arbeitgebereigenschaft des Angeklagten

E. 2.1

Der freigesprochene Angeklagte, welchem die Kosten nicht auferlegt werden, und dem wesentliche Kosten und Umtriebe erwachsen sind, hat sodann Anspruch auf Entschädigung (§ 191 StPO/ZH in Verbindung mit § 43 StPO/ZH).

E. 2.2

Vorliegend ist dem Angeklagten für seine anwaltliche Vertretung eine angemessene Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Die Entschädigung ist grundsätzlich nach dem Anwaltstarif, d.h. nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bestimmen. Vorliegend anwendbar ist die Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (vgl. § 25 der Verordnung über die Anwalts-

- 18 - gebühren vom 8. September 2010). Allerdings kommt die Zusprechung von Pauschalentschädigungen nur zur Abgeltung der üblichen Handlungen bei einfachen Standardfällen in Betracht (ZR 101 Nr. 19 Ziff. 3 b und c). In Verfahren, welche nicht zu den einfachen Standardfällen gehören, ist gestützt auf eine sachgerechte Auslegung der Anwaltsgebührenverordnung grundsätzlich von der Honorarnote auszugehen. Kriterien für einen einfachen Standardfall sind: Aktenumfang, Komplexität und Schwierigkeit des Falles, Bedeutung für die betroffene Person, Anzahl der vorgeworfenen Delikte (vgl. Entscheid des Kassationsgerichtes vom 23. Dezember 2004, Kass.-Nr. AC040089, S. 7). Vorliegend ist von einem Standardfall auszugehen, was die Zusprechung einer Pauschalentschädigung rechtfertigt.

E. 2.3

Der Verteidiger macht Kosten im Umfang von Fr. 10'000.-- für das ganze Verfahren geltend (Prot. II S. 9). Dieser Aufwand erscheint für ein Standardverfahren von nicht allzu hoher Komplexität wie das vorliegende als etwas übersetzt.

E. 2.4

Unter Berücksichtigung des Aufwands des Verteidigers betreffend notwendige Eingaben, Aktenstudium, Anwesenheit bei Einvernahmen und gerichtlichen Verfahren etc. rechtfertigt es sich, dem Angeklagten für seine Rechtsvertretung in der Untersuchung, im erstinstanzlichen Verfahren und im Berufungsverfahren eine Pauschalentschädigung von insgesamt Fr. 8'000.-- (inklusive 7.6 bzw.

E. 3

Sachverhaltsirrtum

E. 3.1

Der Angeklagte stellte sich insbesondere an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung auf den Standpunkt, dass er von B. _____ die Information erhalten habe, welche er im Übrigen auch der Website des Migrationsamtes entnommen habe, dass die Damen als selbständig Erwerbende mit Einreichung des Gesuchs um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung ihre Arbeitstätigkeit aufnehmen dürften (Prot. I S. 6 f.).

- 14 -

E. 3.2

Die Vorinstanz führte dazu aus, dass ein Sachverhaltsirrtum geprüft werden müsse, wenn der Angeklagte der Überzeugung sei, dass es sich bei den Damen um selbständig Erwerbende handle und er deswegen davon ausgehe, dass ihm keine Arbeitgeberstellung zukomme (Urk. 61 S. 17). Ein Sachverhaltsirrtum liegt vor, wenn dem Täter das Wissen um das Vorliegen eines von ihm objektiv verwirklichten Merkmals des Tatbestandes und damit der gemäss Art. 12 Abs. 1 StGB geforderte Vorsatz fehlt. Bedeutsam sind falsche Vorstellungen über alle Tatbestandselemente, die vom Vorsatz erfasst sein müssen (Donatsch, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, 18. A.,

2010, Zürich, Art. 13 N 1 f.). Der Angeklagte ging davon aus, dass die Damen, welche in seinen Salons arbeiteten, selbständig Erwerbende seien - wovon er nach obigen Ausführungen hat ausgehen dürfen - und nahm an, dass selbständig Erwerbende bereits ab Gesuchstellung arbeiten dürften. Der Sachverhalt steht damit nicht in Frage, vielmehr ging der Angeklagte davon aus, dass sein Verhalten erlaubt sei. Es stellt sich damit die Frage des Rechtsirrtums.

E. 4

Rechtsirrtum

E. 4.1

Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt nicht schuldhaft (Art. 21 StGB). Unvermeidbar ist der Rechtsirrtum gemäss Art. 21 StGB, wenn dem Täter daraus kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen. Auf den Rechtsirrtum kann sich nur berufen, wer zureichende Gründe zur Annahme hatte, er tue überhaupt nichts Unrechtes, und nicht schon, wer die Tat bloss für straflos hielt. Für den Ausschluss des Rechtsirrtums genügt schon das unbestimmte Empfinden, dass das in Aussicht genommene Verhalten gegen das verstösst, was recht ist. Vom Täter wird eine gewissenhafte Überlegung oder ein Erkundigen bei Behörden oder vertrauenswürdigen Personen verlangt (Donatsch, a.a.O., Art. 21 N 2 f. mit weiteren Hinweisen).

E. 4.2

Gemäss Rundschreiben des Bundesamts für Migration vom 7. März 2007 zur Personenfreizügigkeit ab dem 1. Juni 2007 (Urk. 4) müssen Ausländer, welche sich in der Schweiz niederlassen, mit der Absicht, eine selbständige Erwerbstätig-

- 15 - keit auszuüben, den Nachweis der Selbständigkeit bei Einreichung des Gesuchs erbringen, worauf sie eine Aufenthaltsbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren erhalten. Dasselbe gilt für selbständig erwerbstätige Angehörige der neuen Mitgliedstaaten (EG-8). Damit besteht zwar ein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, dass die Arbeit ab dem Zeitpunkt der Gesuchstellung aufgenommen werden dürfe, ist damit aber nicht gesagt und dies wird auch von S._____ klar verneint (Urk. 18 S. 2). Es ist daher zu prüfen, ob der Angeklagte hinsichtlich der Rechtmässigkeit der Arbeitstätigkeit während des laufenden Bewilligungsverfahrens einen Rechtsirrtum geltend machen kann.

E. 4.3

Der Angeklagte erklärte an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung, dass er felsenfest davon überzeugt gewesen sei, dass die Damen arbeiten dürften. Sie seien seit mehr als einem Jahr angemeldet gewesen und ihre Verfahren seien beim Migrationsamt hängig gewesen. Zu seiner Überzeugung sei er aufgrund der Informationen von B._____ und derjenigen auf der Website des Migrationsamtes gelangt (Prot. I S. 6 f.). Diese Aussagen wiederholte der Angeklagte später auch im Berufungsverfahren (Urk. 71 S. 7). Wie schon die Vorinstanz ausgeführt hatte, ist erstellt, dass B._____ dem Angeklagten mitgeteilt hatte, dass die Damen bereits ab Einreichung der Bewilligung arbeiten dürften, dies hat B._____ zugegeben (Urk. 20 S. 3 und Urk. 61 S. 12; § 161 GVG/ZH). B._____ war lange Zeit beim Arbeitsamt M._____ tätig, wo er sich bis zum Chef der Arbeitsstelle, welche Arbeitsbewilligungen ausstellte, hochgearbeitet hat (Urk. 46 S. 15). Der Angeklagte hatte

daher gute Gründe, den Angaben von B._____ zu vertrauen und keine weiteren Abklärungen zu treffen, vielmehr ist er damit seiner Abklärungspflicht genügend nachgekommen. Dem Angeklagten ist ebenfalls zugute zu halten, dass die Angaben auf der Internetseite des Bundesamts für Migration offen formuliert sind: Der Text spricht davon, dass selbständig Erwerbende bereits bei Einreichung des Gesuchs den Nachweis ihrer Selbständigkeit zu erbringen haben. Sind die Aufenthaltsbedingungen erfüllt, wird die fünfjährige Aufenthaltsbewilligung erteilt (Urk. 4 und Urk. 45/1). Dies lässt sich tatsächlich dahingehend interpretieren, dass ein Anspruch auf Erwerbstätigkeit bereits ab Erfüllen der Aufenthaltsbedingungen und

- 16 - Stellung des Gesuches besteht. Dass der Nachweis der Selbständigkeit zu erbringen ist, lässt sich ebenfalls so verstehen, dass die gesuchstellende Person beim Nachweis der Selbständigkeit bereits erwerbstätig ist und sein darf.

E. 4.4

Aufgrund dieser Informationen, verbunden mit den Angaben von B._____, durfte der Angeklagte aus guten Gründen davon ausgehen, dass sein Verhalten rechtmässig sei.

E. 4.5

Aus den bei den Akten liegenden Unterlagen geht zwar hervor, dass ein Teil der Aufenthaltsbewilligungen bereits vor der Kontrolle im Club L._____ im September 2008 abgelehnt worden sind (Ablehnungen betr. E._____ vom 10.06.2008, Urk. 10/2/20, und betr. G._____ vom 01.07.2008, Urk. 10/1/21). Der Angeklagte hatte dazu ausgesagt, dass er B._____ mit den Anmeldungen beauftragt habe, dieser sei ein Fachmann. Er (der Angeklagte) habe sich nie irgendwelche Papiere vorlegen lassen (Prot. I S. 7 und 11). An der Berufungsverhandlung bestätigte der Angeklagte dies: Er sei nicht sehr gut darüber informiert gewesen, was man tun müsse, um die Bewilligung zu erhalten, deswegen habe er eine Beratungsfirma beigezogen (Urk. 71 S. 6). Damit ist klar, dass der Angeklagte alles, was die Bewilligungsverfahren betraf, an B._____ abgetreten hat, bzw. diesen von den Damen beauftragen liess. Soweit der Angeklagte somit geltend macht, dass er die ablehnenden Entscheide der zuständigen Ämter nicht kannte, kann ihm dies nicht widerlegt werden (Prot. I S. 9 ff., Urk. 19 S. 2).

E. 4.6

Nicht erstellt werden kann gemäss obigen Ausführungen sodann, dass dem Angeklagten nach der Kontrolle im Club L._____ in M._____ klar gesagt worden sei, dass die Damen bis zur Erteilung der Bewilligung bzw. zur Stellungnahme der Ämter nicht arbeiten dürften. Der Angeklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass aufgrund der Tatsache, dass die Damen nach der ersten Kontrolle - trotz der hängigen Bewilligungsverfahren - nicht verzeigt worden seien und insbesondere des Umstands, dass die damals involvierten Polizeibeamten die Situation hätten abklären wollen und in der Folge nichts mehr passiert sei, er davon ausgehen dürfe, dass alles rechtens sei (Prot. I S. 13 f. und Urk. 16 S. 3). Zwar wusste der Angeklagte nicht mehr, ob er nach dieser ersten Kontrolle die

- 17 - Situation mit B._____ geklärt habe, er wusste aber noch, dass er in dieser Zeit intensiven Kontakt mit B._____ gehabt habe (Prot. I S. 13 f.). Diesen allfälligen Aussagen B._____s zu misstrauen, dafür bestanden für den Angeklagten, wie bereits ausgeführt, keine Anhaltspunkte. Damit hatte der Angeklagte auch aufgrund des Verhaltens der Polizeibeamten zureichende Gründe zur Annahme, dass er nichts Unrechtes tue, wenn er

die Masseusen während des hängigen Bewilligungsverfahrens bei sich beschäftige.

E. 5

Fazit Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist der Angeklagte infolge unvermeidbaren Verbotssirrtums im Sinne von Art. 21 StGB vom Vorwurf des Vergehens gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 117 Abs. 1 frei zu sprechen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten Ausgangsgemäss sind sowohl die Kosten der Untersuchung als auch diejenigen des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens sowie des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 189 Abs. 5 und § 396a StPO/ZH). 2. Entschädigung

E. 8

% Mehrwertsteuer und Auslagen) zuzusprechen. Wesentliche persönliche Umtriebe oder Einbussen des Angeklagten werden nicht geltend gemacht und sind nicht ersichtlich, weshalb ihm keine persönliche Umtriebsentschädigung zuzusprechen ist.

- 19 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.