

ZH_OBERGERICHT SB190259 vom 10. Dezember 2019

ZH Obergericht, 2019-12-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190259

FR: ZH_OBERGERICHT SB190259 du 10 décembre 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB190259 del 10 dicembre 2019

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht, vom 26. Februar 2019 wurde der Beschuldigte der wiederholten Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 117 Abs. 2 AuG schuldig gesprochen. Dafür wurde der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 290.– bestraft, wobei der Vollzug dieser Geldstrafe aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt wurde. Ferner wurde der Vollzug der mit Urteil des Gerichtspräsidiums Aarau vom 21. November 2016 (Unt. Nr. St. 2016.00181) ausgefallten bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 600.– widerrufen (Urk. 49 S. 48).

E. 1.1

Bestreitet ein Beschuldigter die ihm vorgeworfenen Taten, ist der Sachverhalt aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen. Die Vorinstanz führte die massgeblichen Beweismittel vollständig auf (Urk. 49 S. 7) und legte das Vorgehen sowie die allgemeinen Beweiswürdigungsregeln ausführlich und korrekt dar (Urk. 49 S. 7 f.), so dass – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.2

Auf die einzelnen Beweismittel wird in den nachfolgenden Erwägungen – soweit für die Urteilsfindung relevant – zurückzukommen sein. Dabei ist schon an dieser Stelle festzuhalten, dass aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs zwar die Pflicht zur Berücksichtigung rechtzeitig und formrichtig gestellter Beweisanträge folgt, dies indessen nicht bedeutet, dass sämtliche angebotenen Beweise abgenommen werden müssen. Auch auf die Argumente des Beschuldigten oder dessen Verteidigung ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Dabei muss sich das Gericht nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen; vielmehr kann es sich auf die für die Entscheidungsfindung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Urteil des Bundesgerichts 6B_259/2017 vom 21. Dezember 2017 E. 1.2 mit Hinweisen).

- 8 - 2. Anklagevorwurf und Standpunkt des Beschuldigten

E. 2

Dagegen liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 28. Februar 2019 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 43). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten resp. der Verteidigung am 13. Mai 2019 zugestellt (Urk. 48/2). Die Berufungserklärung erfolgte

rechtzeitig am 29. Mai 2019 (Urk. 51). Darin beantragte die Verteidigung, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und der Beschuldigte vom Tatvorwurf der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung freizusprechen. Ferner sei von einem Widerruf des Vollzugs der mit Urteil des Gerichtspräsidiums Aarau vom 21. November 2016 ausgefallenen bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 600.– abzusehen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates (Urk. 51 S. 2).

E. 2.1

Die Anklagebehörde wirft dem Beschuldigten gemäss Anklageschrift vom 28. Juni 2018 vor, er habe in seiner Eigenschaft als Inhaber der C._____ AG an der ...-strasse ..., ... Zürich am 10. August 2017 von ca. 09.00 Uhr bis 10.30 Uhr den Angestellten B._____ (Staatsangehöriger von Serbien) im Wissen darum, dass dieser über keine Arbeitsbewilligung verfüge, als Arbeitskraft beschäftigt. Da der Beschuldigte vom Gerichtspräsidium Aarau rechtskräftig wegen der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung gemäss Art. 117 Abs. 1 AuG verurteilt wurde (Urteil vom 21. November 2016 des Gerichtspräsidiums Aarau; Urk. 6/4), habe sich der Beschuldigte durch den umschriebenen Tatvorwurf der wiederholten Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 117 Abs. 2 AuG schuldig gemacht (Urk. 15 S. 2).

E. 2.2

Der Beschuldigte bestreitet wie vor Vorinstanz den Tatvorwurf. Er stellt sich auf den Standpunkt, B._____ nicht beschäftigt, sondern diesem lediglich gesagt zu haben, er (B._____) solle vor dem Brezelstand auf ihn warten, während er anlässlich eines Treffens im Globus am Bellevue einen Kaffee getrunken habe (Prot. II S. 13, S. 15, S. 16). Er wisse nicht, was B._____ während seiner Abwesenheit gemacht habe (Prot. II S. 13). 3.
Sachverhaltserstellung

E. 3

Mit Eingabe vom 11. Juni 2019 verzichtete die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat auf Anschlussberufung und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 54). Die Berufungsverhandlung wurde sodann auf den 10. Dezember 2019 angesetzt (Urk. 57). Zur Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte in Begleitung seines Verteidigers, Rechtsanwalt X._____ (Prot. II S. 3).

- 5 -

E. 3.1

Als Beweismittel liegen zum einen die Aussagen des Beschuldigten (Urk. 3; Urk. 9/1-4; Prot. I S. 14 ff. und Prot. II S. 13 ff.), der als Zeugen einvernommenen Polizeibeamten D._____ und E._____ (Urk. 10/3; Urk. 10/5) sowie der Zeugen F._____, G._____ und H._____, bei denen es sich um Angestellte des Beschuldigten handelt, vor (Urk. 10/1; Urk. 10/2, 10/7). Die Aussagen der Befragten wurden im vorinstanzlichen Urteil ausführlich dargestellt und korrekt wiedergegeben (Urk. 49 namentlich S. 9-10 [einvernehmende Polizistin als Zeugin D._____], S. 10-11 [einvernehmender Polizist als Zeuge E._____], S. 14-16 [Zeuge F._____], S. 17-19 [Zeugin G._____], S. 19-22 [Zeugin H._____], S. 29-34 [Beschuldigter]), worauf ebenfalls verwiesen werden kann. Zum anderen existiert als objektives Beweismittel die Fotoaufnahme, welche B._____ in einer Arbeits-

- 9 - schürze mit der Aufschrift "C._____" zeigt (Urk. 2), welche die Vorinstanz ebenfalls in ihre Würdigung einbezogen hat (Urk. 49 S. 7 und 37 f.).

E. 3.2

Die Vorinstanz kam in der Gesamtwürdigung der Beweismittel zum Schluss, dass auf die glaubhaften Aussagen der Zeugin D.____ und des Zeugen E.____ sowie die Fotoaufnahme, welche B.____ in der Arbeitsschürze zeigt, abzustellen sei. Gestützt auf diese Beweismittel lasse sich erstellen, dass B.____ eine Schürze trug und hinter dem Tresen des Standes des Beschuldigten eine Arbeit verrichtet habe. Die Aussage des Beschuldigten, B.____ sei selber auf die Idee gekommen, hinter dem Tresen zu stehen und auszuhelfen, sei unglaubhaft. Diese Aussage sei als Schutzbehauptung anzusehen, zumal B.____ sich auf Anweisung des Beschuldigten als Arbeitgeber zum Stand begeben habe, um dem Personal auszuhelfen. Es bestünden somit keine Zweifel daran, dass der Beschuldigte B.____ die Möglichkeit eröffnet habe, am Stand Arbeiten auszuführen (Urk. 49 S. 38).

E. 3.3

Betreffend die allgemeinen Ausführungen zur Aussagewürdigung kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 8). Die Vorinstanz zeigte schlüssig und nachvollziehbar auf, dass die Aussagen der Zeugen D.____ und E.____ als glaubhaft zu qualifizieren sind. Es ist nicht davon auszugehen, dass B.____ lediglich vor dem Stand gewartet hat (Urk. 49 S. 38). Dies ergibt sich zum einen aus den lebensnahen Aussagen der Zeugin D.____ und des Zeugen E.____: So gab die Zeugin D.____ beispielsweise an, dass die andere Frau, welche zeitgleich mit B.____ am Take-Away-Stand gearbeitet habe, als erstes "Oh Scheisse" gesagt habe, als sie realisiert habe, dass eine Polizeikontrolle bevorstehe (Urk. 10/3 S.4). Weiter habe sie beobachtet, dass B.____ zwar eine Arbeit ausgeführt habe, sie jedoch nicht habe erkennen können, was er genau gemacht habe (Urk. 10/3 S. 3). In Bezug darauf, dass B.____ Arbeiten am Take-Away-Stand verrichtet habe, decken sich die Aussagen der Zeugin D.____ und des Zeugen E.____. Letzterer schilderte, nicht mehr zu wissen, welche Arbeiten B.____ ausgeführt habe. Er (B.____) habe geputzt oder sonstige Arbeiten ausgeführt (Urk. 10/5 S. 3). Weiter sind die Zeugen D.____ und E.____ zwei Mal am Take-Away-Stand vorbeigegangen. Die

- 10 - Zeugin D.____ sagte diesbezüglich aus, beim ersten Mal habe sie gesehen, wie B.____ – den beiden Zeugen D.____ und E.____ den Rücken zugewandt – vor seiner Arbeitsfläche gestanden habe. Beim zweiten Mal hätten beide Personen, welche am Stand Arbeiten verrichtet hätten, hinten im Stand etwas gemacht (Urk. 10/3 S. 3). Sodann ist aktenkundig, dass B.____ eine Arbeitsschürze mit der Aufschrift "C._____" getragen hat (Urk. 2). Es ist angesichts der glaubhaften Aussagen der Zeugen D.____ und E.____ und der Tatsache, dass B.____ eine Arbeitsschürze mit der Aufschrift "C._____" getragen hat, nicht plausibel, dass dieser sich beim Take-Away-Stand passiv verhalten bzw. – gemäss der angeblichen Instruktion des Beschuldigten – lediglich vor dem Take-Away-Stand gewartet hat. Gestützt auf die von der Vorinstanz zurecht als glaubhaft qualifizierten Aussagen der Zeugen D.____ und E.____ (Urk. 49 S. 14) lässt sich in objektiver Hinsicht zumindest erstellen, dass sich B.____ hinter dem Take-Away-Stand aufhielt und einer nicht näher bestimmbareren Tätigkeit nachgegangen ist.

E. 3.4

Ferner erscheint auffällig, dass die Angestellten des Beschuldigten, von denen zumindest nachweislich zwei am Tag des Vorfalles am Take-Away-Stand gearbeitet und ebenfalls als Zeugen einvernommen wurden (Zeuge F._____, Urk. 10/7 S. 3; Zeugin H._____, Urk. 10/7 S. 3), zur Anwesenheit von B._____ am Take-Away-Stand und der Polizeikontrolle nur sehr vage und ausweichende Angaben gemacht haben. Zeuge F._____ gab an, B._____ hätte in den fünf Minuten, als er eine Pause gemacht habe, in den Stand reinkommen und erwischt werden können (Urk. 10/1 S. 9). Von der Polizeikontrolle habe er nichts mitbekommen (Urk. 10/1 S. 3). Er habe nur von der Zeugin H._____ gehört, dass eine Polizeikontrolle stattgefunden habe; er selber sei nicht anwesend gewesen (Urk. 10/1 S. 4). Die Zeugin H._____ sagte aus, als sie ins Lager oder zur Toilette gegangen sei, sei B._____ noch nicht am Stand anwesend gewesen. Ca. fünf Minuten später nachdem sie zurückgekehrt sei, sei B._____ auch am Stand gewesen und wiederum nur eine Minute später sei dann die Polizei gekommen (Urk. 10/7 S. 3). Weshalb es zur Kontrolle gekommen sei, wisse sie nicht (Urk. 10/7 S. 3). Ebenfalls könne sie sich nicht an ihre Reaktion auf das Erscheinen von B._____ am Take-Away-Stand erinnern (Urk. 10/7 S. 7).

- 11 - Es ist lebensfremd, dass die Zeugin H._____, welche zeitgleich mit B._____ am Take-Away-Stand anwesend war, zu dessen Tätigkeit bzw. Anwesenheit nur ungenaue bzw. gar keine Angaben machen kann; dies zumal es keiner alltäglichen Situation entsprechen dürfte, dass unvermittelt eine ihr unbekannte (Urk. 10/7 S. 7) Person am Take-Away-Stand erscheint, sich eine Schürze anzieht und im Innern des Standes eine Tätigkeit ausübt und es danach zu einer Polizeikontrolle kommt. Mit der Vorinstanz (Urk. 49 S. 29) ist aufgrund des zwischen dem Beschuldigten und den jeweiligen Zeugen F._____, G._____ und H._____ bestehenden Arbeitsverhältnissen und den damit einhergehenden Vertrauens- bzw. Abhängigkeitsverhältnissen zumindest nicht auszuschließen, dass die Zeugen F._____ und die Zeugin H._____ den Sachverhalt nicht so schildern, wie sie das Geschehene tatsächlich wahrgenommen haben. Ihren Aussagen das Tatgeschehen betreffend lassen sich mithin nur sehr nebulöse und wenig konkrete Angaben entnehmen, weshalb diesen mit der Vorinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung kein Gewicht beizumessen ist (Urk. 49 S. 29). Sodann mutet ebenfalls sonderbar an, dass der Beschuldigte den aus Serbien stammenden B._____, der für die Street Parade nach Zürich gekommen sein soll (Prot. II S. 13), ausgerechnet an einem von ihm betriebenen Stand absetzt, damit dieser dort auf ihn (den Beschuldigten) wartet, wenn scheinbar nie beabsichtigt gewesen sein soll, B._____ am Take-Away-Stand als Arbeitskraft einzusetzen.

E. 3.5

Trotz dieser Indizien, die auf einen zwischen dem Beschuldigten und B._____ vereinbarten bzw. abgesprochenen Arbeitseinsatz von Letzterem hinweisen, lässt sich der Anklagesachverhalt aus nachstehenden Gründen aber nicht rechtsgenügend erstellen.

E. 3.5.1

Aus den Aussagen der Zeugin D._____ ergibt sich, dass sie und ihr Kollege zwei Mal am Stand vorbeigegangen sind. Es ist hingegen nicht aktenkundig, in welchem Zeitabstand die beiden Polizisten B._____ innerhalb des Take-Away-Standes gesehen haben. Es kann deshalb nicht eruiert werden, ob B._____ lediglich nur für eine kurze Zeit (z.B. wenige Minuten) oder aber über einen längeren Zeitraum am Take-Away-Stand tätig war. Insofern kann nicht rechtsgenügend ausgeschlossen werden, dass B._____ nur gefälligkeitshalber und kurzzeitig am

- 12 - Take-Away-Stand tätig wurde und keiner eigentlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. Wie hievor in Ziffer II.3. erwähnt, kann die Aussage von B._____, er habe eine Stunde im Take-Away-Stand gearbeitet, nicht zulasten des Beschuldigten verwendet werden. Eine längere Arbeitstätigkeit von B._____ am Take-Away-Stand, welche ihrerseits wiederum Rückschlüsse auf einen vereinbarten längeren Arbeitseinsatz zuliesse, lässt sich folglich nicht erstellen.

E. 3.5.2

Im Weiteren kann nicht widerlegt werden, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt des vorliegend zu beurteilenden Vorfalls nicht am Take-Away-Stand anwesend war, sondern, wie er angab, im Globus mit einem Geschäftspartner einen Kaffee getrunken habe (Prot. II S. 13, S. 14). Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass B._____, der sich nachweislich beim Take-Away-Stand aufhielt, sich aus eigener Initiative und aufgrund eines spontanen Entschlusses als unterstützende Aushilfskraft zur Verfügung gestellt hat. Diesbezügliche Motive, beispielsweise dass B._____ – wie dies die Verteidigung vorbrachte – aus Gefallsucht oder aus Dankbarkeit dem Beschuldigten gegenüber für die Ermöglichung eines Aufenthaltes in Zürich (Urk. 58 S. 9) kurzweilig seine Arbeitskraft angeboten habe, sind rein spekulativer Natur und deshalb im Rahmen der Sachverhaltserstellung nicht weiter zu erörtern. Entscheidend ist, dass dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden kann, B._____ angewiesen bzw. mit ihm vereinbart zu haben, am Take-Away-Stand zu arbeiten.

E. 3.5.3

Selbst wenn aufgrund vorstehend dargelegter Indizien (hievor Ziffer III.3.3. – 3.4.) darauf geschlossen werden sollte, der Beschuldigte hätte mit B._____ vereinbart, am Take-Away-Stand zu arbeiten, kann ferner nicht erstellt werden, dass es sich bei dem Arbeitseinsatz nicht lediglich um eine Probearbeit handelte, welche im Hinblick auf eine allfällige dereinstige Anstellung von B._____ erfolgte. In diesem Zusammenhang ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach derjenige Arbeitgeber, der einen ausländischen Stellenbewerber im Hinblick auf eine allfällige Anstellung probeweise für wenige Stunden (im konkreten Fall zwei Mal maximal 90 Minuten) arbeiten lässt, Letztgenannten nicht im Sinne von Art. 117 AuG beschäftigt (BGE 137 IV 297 E. 1). Insbesondere ist auf die Erwägung 1.5.2 zu verweisen, wonach eine für beide Parteien unverbindliche

- 13 - Teilnahme an einem Evaluationsverfahren nicht sanktionswürdig ist, zumal anzunehmen ist, dass eine entsprechende Tätigkeit von wenigen Stunden im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens keinen Einfluss auf den Arbeitsmarkt hat.

E. 3.6

Zusammenfassend bestehen unüberwindbare Zweifel daran, dass der Beschuldigte B._____ als Arbeitnehmer in seinem Take-Away-Stand beschäftigte. Es kann ferner nicht ausgeschlossen werden, dass eine allfällig vereinbarte Beschäftigung lediglich im Rahmen einer Probearbeit im Hinblick auf eine dereinstige Anstellung von B._____ erfolgte. Der Anklagesachverhalt lässt sich nicht erstellen. Der Beschuldigte ist deshalb vom Vorwurf der wiederholten Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 117 Abs. 2 AuG freizusprechen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 Satz 1 StPO). Wird die beschuldigte Person

freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise nur dann auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO), das heisst wenn sie in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung ergeben kann, klar verstossen und dadurch die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat. In tatsächlicher Hinsicht darf sich die Kostenaufgabe nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen (Urteil des Bundesgerichtes 6B_1172/2016 vom 29. August 2017 E. 1.3; BGE 120 Ia 147 E. 3b; 119 Ia 332 E. 1.b; 112 Ia 371 E. 2.a, je mit Hinweisen). Unterliegt die Staatsanwaltschaft, trägt jedoch der verfahrensführende Kanton die Kosten (Niklaus Schmid/Daniel Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2017 [kurz: StPO Praxiskommentar], Art. 428 N 3).

- 14 - 2. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung sowie des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen auf die Gerichtskasse zu nehmen. 3. Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte und der wirtschaftlichen Einbussen, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind (Art. 429 Abs. 1 lit. a und b StPO).

E. 4

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen werden auf die Gerichtskasse genommen.

E. 5

Dem Beschuldigten wird für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 7'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.

- 15 -

E. 6

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – den erbetenen Verteidiger, im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat sowie in vollständiger Ausfertigung – den erbetenen Verteidiger, im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG) – die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 50.

E. 7

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

- 16 - Obergericht des Kantons Zürich II. Strafkammer Zürich, 10. Dezember 2019 Der
Präsident: Der Gerichtsschreiber: Oberrichter lic. iur. Spiess MLaw Orlando

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