

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110614-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Vorsitzender, und lic. iur. R. Naef,
Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie die juristische
Sekretärin lic. iur. S. Schwarzwälder

Urteil vom 8. Dezember 2011

in Sachen

1. **A.** _____,

2. ...

Angeklagter und Appellant

1 verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. J. Vollenweider,

Anklägerin und Appellatin

betreffend

**Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und
Ausländer (AuG)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des
Bezirktes Uster vom 28. Oktober 2010 (GG100027)**

Anklage:

(Urk. 33)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 14. April 2010 ist diesem Urteil angeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 61)

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Der Angeklagte 1 ist schuldig des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von dessen Art. 117 Abs. 1.
2. Der Angeklagte 1 wird bestraft mit einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu Fr. 130.– sowie mit einer Busse von Fr. 3'000.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Angeklagte 1 die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen.
5. Der Angeklagte 2 ist der mehrfachen Anstiftung zum Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von dessen Art. 115 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB nicht schuldig und wird freigesprochen.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 2'400.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 0.– Untersuchungskosten

7. Die Kosten, inklusive diejenigen der Untersuchung, werden im Umfang von Fr. 1'200.– dem Angeklagten 1 auferlegt, im weiteren Betrag auf die Staatskasse genommen.
8. Dem Angeklagten 2 wird eine Umtriebsentschädigung von Fr. 500.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
9. - 11. (....)

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Angeklagten:

(schriftlich, Urk. 72)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 28. Oktober 2010 sei aufzuheben.
2. Es sei der Angeklagte freizusprechen.
3. Es seien die erst- und zweitinstanzlichen Kosten inklusive Kosten für die Verteidigung des Angeklagten zulasten des Staates zu regeln.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich, Urk. 67)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 28. Oktober 2010 (Urk. 61) wurde der Angeklagte A._____ des Vergehens gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 117 Abs. 1 schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu Fr. 130.-- sowie einer Busse von Fr. 3'000.-- bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren aufgeschoben. Der Mitangeklagte, B._____, wurde der mehrfachen Anstiftung zum Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von dessen Art. 115 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB freigesprochen

1.2. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2010 liess der Angeklagte A._____ fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 51). Nach Zustellung des begründeten Entscheids (Urk. 54), welche erst am 20. Juni 2011 erfolgte (Urk. 55), liess er innert der angesetzten Frist am 6. Juli 2011 seine Beanstandungen nennen (Urk. 56).

Die Staatsanwaltschaft See/Oberland erhob gegen das Urteil bezüglich keinem der beiden Angeklagten Berufung. Eine Anschlussberufung gegen jene des Angeklagten A._____ wurde nicht erhoben. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2011 beantragte die Anklagebehörde sodann Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids und verzichtete gleichzeitig darauf, Beweisanträge zu stellen (Urk. 67).

2. Umfang der Berufung

Der Angeklagte A._____ (inskünftig nur noch: der Angeklagte) beantragt, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und verlangt einen Freispruch unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates (Urk. 56 S. 2 und Urk. 72 S. 1). Das vorinstanzliche Urteil ist hinsichtlich des Angeklagten A._____ insgesamt angefochten, wie jedoch der Verteidiger an der Berufungsverhandlung bestätigte,

ist die Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 6) nicht beanstandet (Prot. II S. 4). Die Kostenfestsetzung ist damit in Rechtskraft erwachsen. Ebenfalls in Rechtskraft erwachsen ist das Urteil, soweit es B._____ (Angeklagter 2 vor Vorinstanz) betrifft (Dispositiv-Ziffer 5 und 8, vgl. auch Prot. II S. 4). Die Rechtskraft in den genannten Punkten ist vorab festzustellen (§ 413 Abs. 3 StPO).

3. Anwendbares Recht

Das angefochtene Urteil datiert vom 28. Oktober 2010. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 453 Abs. 1 StPO ist ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid, der vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt wurde, nach bisherigem Recht von den bisher zuständigen Behörden zu beurteilen. Vorliegend kommt demgemäss das kantonale Prozessrecht zur Anwendung (StPO/ZH und GVG/ZH).

II. Sachverhalt

1. Allgemeines

1.1. Der Sachverhalt wurde vom Angeklagten in der Untersuchung und auch vor Vorinstanz zumindest teilweise bestritten. Im Berufungsverfahren wird die Sachverhaltserstellung durch die Vorinstanz jedoch nicht gerügt. Die Beanstandungen der Verteidigung beziehen sich allesamt auf die rechtliche Würdigung (vgl. Urk. 56 und 72). Es ist daher an der Erstellung des Sachverhalts, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, grundsätzlich festzuhalten - auf eine Ausnahme ist nachfolgend einzugehen. Die Vorinstanz hat die Aussagen der Beteiligten sorgfältig zusammengefasst und die vorhandenen Beweismittel umfassend gewürdigt, ihre Ausführungen sind nachvollziehbar und zutreffend, weshalb auf diese verwiesen werden kann (Urk. 61 S. 4 f.; § 161 GVG/ZH).

1.2. Zusammenfassend ist erstellt, dass der Angeklagte bei der Polizeikontrolle vom 21. Oktober 2008 Inhaber des Clubs C._____ in D._____ war, wo E._____, F._____, G._____, H._____, I._____ und J._____ tätig waren, welche zum damaligen Zeitpunkt über keine Aufenthaltsbewilligungen verfügten, was der Angeklag-

te auch wusste. Erstellt ist sodann, dass B._____ dem Angeklagten zugesichert hat, dass die Damen als selbständig Erwerbende bereits während des hängigen Bewilligungsverfahrens arbeiten dürften (Urk. 61 S. 11 f.; § 161 GVG/ZH und Urk. 71 S. 4 f.). Sogar der Verteidiger erklärte an der Berufungsverhandlung, dass B._____ ihm gegenüber bestätigt habe, dass das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) ihm gesagt habe, dass die Frauen während des laufenden Bewilligungsverfahrens arbeiten dürften (Urk. 72 S. 3).

2. Zu erstellender Sachverhalt

2.1. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist jedoch nicht erstellt, dass der Polizeibeamte K._____ dem Angeklagten nach der Kontrolle im Club L._____ vom 12. September 2008 mitgeteilt habe, dass die damals angetroffenen Frauen bis zur Erteilung der Bewilligung nicht arbeiten dürften (Urk. 61 S. 12). Der Polizeibeamte K._____ sagte als Zeuge befragt aus, dass er dem Angeklagten gesagt habe, dass die Frauen nicht arbeiten dürften, bis ein Entscheid von einem der Ämter da sei, bzw. bis eines der Ämter Stellung genommen habe (Urk. 28 S. 3).

Der Angeklagte dagegen sagte aus, dass man ihm in keiner Weise gesagt habe, dass es nicht rechtens gewesen sei, was er gemacht habe. Die Polizei habe das auch mit dem Migrationsamt abgeklärt, wobei seine Aussagen gestützt worden seien (Urk. 16 S. 2). An der Hauptverhandlung vor Vorinstanz erklärte der Angeklagte, dass er zur Zeit der Kontrolle im Club L._____ in M._____ in N._____ [Land in Europa] in den Ferien gewesen sei. Es stimme nicht, dass Herr K._____ ihm im Anschluss an diese Kontrolle gesagt habe, die Damen dürften nicht arbeiten (Prot. I S. 8). Er sei der ehrlichen Meinung, dass der Polizeibeamte K._____ ihn weder zum Zeitpunkt der Kontrolle noch zu einem Zeitpunkt zwischen der ersten und der zweiten Kontrolle darauf hingewiesen habe (Prot. I S. 9). An der Berufungsverhandlung sagte der Angeklagte auf Frage, dass er nicht direkt mit einem der Polizeibeamten, welcher an der ersten Kontrolle teilgenommen habe, gesprochen habe. Er habe dafür mit deren Vorgesetzten O._____ Kontakt aufgenommen. Zum Zeitpunkt der Kontrolle sei er (der Angeklagte) in N._____ in den Ferien gewesen und er habe erst nach seiner Rückkehr erfahren, dass eine "Verwar-

nung" ausgesprochen worden sei. Er sei aber davon ausgegangen, dass alles legal sei und habe beim Polizeibeamten O._____ nachgefragt, welcher ihm das bestätigt habe (Urk. 71 S. 8).

B._____, dessen Aussagen zu Gunsten des Angeklagten verwendet werden dürfen (§ 14 und 15 StPO/ZH e contrario), antwortete auf die Feststellung, dass er bei der Kontrolle in M._____ Glück gehabt habe und es bei einer mündlichen Verwarnung geblieben sei, es ihm jedoch habe klar sein müssen, dass es ab da nicht mehr viel Toleranz geben würde, dass ihm nichts davon bekannt sei (Urk. 20 S. 2). Vor Vorinstanz erklärte er sodann auf die Frage, ob der Polizeibeamte K._____ ihm mitgeteilt habe, dass die Damen während des pendenten Bewilligungsverfahrens in diesen Etablissements nicht arbeiten dürften, dass Herr K._____ ihm das nicht gesagt habe. Er könne im Einzelnen nicht mehr nachvollziehen, was er (der Polizeibeamte K._____) ihm (B._____) gesagt habe, vielleicht habe Herr K._____ ihm gegenüber so etwas in der Art erwähnt, es sei aber nicht als offizielle Verwarnung angekommen (Prot. I S. 22 f.).

Der Polizeibeamte O._____ erklärte als Zeuge zwar, dass ihm von seinem Kollegen K._____ bestätigt worden sei, dass die Polizei den Angeklagten und B._____ angewiesen habe, dass die Frauen ihre Tätigkeit sofort einstellen und die entsprechenden Arbeitsbewilligungen beschaffen müssten (Urk. 22 S. 3). Auf diese Aussage vom Hörensagen kann aber nicht abgestellt werden, zumal der Polizeibeamte O._____ selber nicht vor Ort war und er lediglich das wiedergeben kann, was ihm sein Kollege gesagt hat.

Richtig ist, dass der Verteidiger vor Vorinstanz ausführte, dass der Angeklagte die Polizei kontaktiert habe und der Polizeibeamte K._____ ihn darauf hingewiesen habe, dass Arbeitnehmerinnen während des Bewilligungsverfahrens nicht arbeiten dürften. Es sei aber offen geblieben, was für selbständig anschaffende Frauen zu gelten habe (Urk. 46 S. 14). Dazu sagte der Polizeibeamte K._____, als Zeuge befragt, jedoch aus, dass er nicht mehr wisse, ob er mit dem Angeklagten zwischen den beiden Kontrollen nochmals telefonisch Kontakt gehabt habe (Urk. 28 S. 4).

2.2. Als Beweismittel liegen einzig die sich widersprechenden Aussagen vor, Schriftlichkeiten existieren nur in Form des anlässlich der Kontrolle im Club C._____ in D._____ erstellten Polizeirapports. Bezüglich der im September 2008 erfolgten Kontrolle im Club L._____ gibt dieser die Aussagen des Polizeibeamten K._____ wieder (Urk. 1 S. 11). Es ist dazu jedoch zu bemerken, dass der als Zeuge einvernommene Polizeibeamte P._____, welcher den Rapport erstellt hatte, selber nicht mehr sagen konnte, was oder von wem er bezüglich der Telefongespräche wusste (Urk. 24 S. 3). Es kann damit nicht erstellt werden, was dem Angeklagten in diesem mündlichen Telefongespräch gesagt worden ist. Es darf aber nicht zu Ungunsten des Angeklagten davon ausgegangen werden, dass ihm gesagt worden sei, dass die Frauen bis zur Bewilligungserteilung bzw. bis zur Stellungnahme der Ämter nicht arbeiten dürften, weshalb der Sachverhalt in diesem Punkt nicht erstellt werden kann.

III. Rechtliche Würdigung

1. Allgemeines

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.

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

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).

2. Arbeitgebereigenschaft des Angeklagten

2.1. Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass nach Art. 117 Abs. 1 AuG bestraft werde, wer als Arbeitgeber vorsätzlich Ausländerinnen und Ausländer beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Die Vorinstanz hat die nunmehr geltenden Regeln für Staatsangehörige der EU-8 Staaten, welchen die im Club L._____ anwesenden ... [aus N._____] und ... [aus R._____] Damen angehören, ebenfalls zutreffend dargelegt und festgehalten, dass Arbeitnehmer vom ersten Tag ihrer Arbeitsaufnahme an eine gültige Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung brauchen. Selbständig Erwerbende dagegen sind bezüglich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung grundsätzlich gleich wie schweizerische Staatsangehörige zu behandeln. Die selbständige Erwerbstätigkeit ist jedoch zunächst nachzuweisen (Urk. 61 S. 13 f.). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass zu prüfen sei, um welche Art von Erwerbstätigkeit es sich im vorliegenden Fall handle. Es ist indes etwas anders vorzugehen:

Zutreffend hat die Vorinstanz festgehalten, dass bei Art. 117 AuG von einem faktischen Arbeitgeberbegriff auszugehen sei (Urk. 61 S. 15; § 161 GVG/ZH). Auch das Bundesgericht hat festgehalten, dass es nicht auf die Natur des

Rechtsverhältnisses ankomme: "Beschäftigen" im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG (resp. Art. 23 Abs. 4 aANAG) bedeutet, jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben zu lassen. Auf die Natur des Rechtsverhältnisses kommt es nicht an (BGE 6B_277/2011 vom 3. November 2011, E. 1.3, unter Verweis auf BGE 128 IV 170 E. 4.1). Der Inhaber eines Massage-Salons gelte als Arbeitgeber. Dabei sei unerheblich, dass er den Prostituierten keine Weisungen betreffend die Arbeitszeit, die Anzahl der zu bedienenden Freier, die Art der zu erbringenden Dienstleistungen etc. erteile. Eine solche Weisungsbefugnis, bei deren Ausübung ein solcher Inhaber übrigens Gefahr liefe, wegen Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 StGB verfolgt zu werden, könne nicht Voraussetzung für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses sein. Das Bundesgericht wies sodann darauf hin, dass das Arbeitsamt der Stadt Z._____ und die Fremdenpolizei des Kantons Zürich Ausländerinnen "Stellenantrittsbewilligungen" für die "selbständige Erwerbstätigkeit als Masseurin" in den Salons erteilten (BGE 128 IV 170, E. 4). Daraus folgt, dass - obschon das Bundesgericht den Inhaber eines Erotiketablisement als Arbeitgeber im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG bezeichnet - im Kanton Zürich offenbar die Praxis bestand, den dort tätigen Damen Bewilligungen für die selbständige Erwerbstätigkeit zu erteilen. Nach dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt dem Angeklagten im vorliegenden Fall jedenfalls Arbeitgeberstellung im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG zu, was aber noch nicht heisst, dass die bei ihm tätigen Damen fremdenpolizeilich als unselbständig Erwerbende gelten.

Dafür, dass im Kanton Zürich im Jahr 2008 diese Bewilligungspraxis weiterbestand, spricht die Aussage der Zeugin S._____, Abteilungsleiterin beim Amt für Wirtschaft und Arbeit, wonach man im Erotikgewerbe eine spezielle Regelung getroffen habe und solche Personen als selbständig gälten, auch wenn sie in einem Salon arbeiteten (Urk. 18 S. 2). Sie sagte sodann aus, dass die Praxis des Amtes für Wirtschaft und Arbeit eine andere sei als diejenige des Migrationsamtes und des Bundesgerichts (Urk. 18 S. 3). Dass die Bewilligungspraxis für selbständig Erwerbende offensichtlich nicht einheitlich ist, geht auch aus der Korrespondenz des Migrationsamtes des Kantons Zürich hervor: In einem Schreiben des Migrationsamtes an G._____ vom 8. April 2008 wird festgehalten,

dass es für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit des Nachweises eines eigenen Studios oder einer Wohnung bedürfe oder aber es würde, sollte die Gesuchstellerin kein eigenes Studio betreiben, ein Arbeitsvertrag resp. eine Arbeitsbescheinigung und eine Benutzervereinbarung zwischen ihr und dem Betreiber des Clubs oder Studios benötigt (Urk. 10/1/32, vgl. auch Schreiben an E._____ vom 29. April 2008, Urk. 10/2/28, und an T._____ vom 7. Mai 2008, Urk. 11/6). Am 25. August 2008 schrieb das Migrationsamt dann jedoch an H._____ (Urk. 10/4/28) und F._____ (Urk. 10/3/23), dass für die Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit nur noch der Nachweis über die Einrichtung eines eigenen Unternehmens oder Betriebsstätte mit aktiver Geschäftstätigkeit genüge.

Das Bundesamt für Migration wiederum schrieb mit Datum vom 30. Juni 2008 an B._____, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit nur möglich sei, wenn die Prostitution effektiv ausserhalb eines geführten Betriebs/Etablissements ausgeübt werde, wobei nicht die Anwesenheit im gleichen Gebäude, sondern der effektive Einfluss des Leiters des Betriebs entscheidend sei (Urk. 3/4 S. 2). Daraus lässt sich schliessen, dass Masseusen, welche im gleichen Gebäude wie das Erotiketablissement arbeiten, als selbständig Erwerbende gelten, wenn sie nicht weisungsgebunden sind. Vorliegend konnten die Damen ihre Arbeitszeiten, die von ihnen bedienten Freier, die Praktiken sowie letztlich auch die Bezahlung frei bestimmen, weshalb davon auszugehen ist, dass sie gemäss diesem Schreiben des Bundesamtes für Migration als selbständig Erwerbende anzusehen sind.

Es ist der Verteidigung demnach Recht zu geben, wenn sie geltend macht, dass nicht einmal die zuständigen Amtsstellen gewusst haben, ob Dienstleistungserbringerinnen im erotischen Bereich als selbständig oder unselbständig Erwerbende zu qualifizieren waren (Urk. 56 S. 3). So zeigte sie an der Berufungsverhandlung auch auf, wie viele unterschiedliche Auffassungen im Kanton Zürich bezüglich ausländischen Prostituierten bestehen: Während das Amt für Wirtschaft und Arbeit und die AHV diese Frauen als selbständig Erwerbende betrachten, gelten sie beim Migrationsamt und bei den Steuerbehörden hinsichtlich der Quellensteuer als unselbständig Erwerbende (Urk. 72 S. 4 f.). Auch der Polizeibeamte O._____ konnte bestätigen, dass verschiedene Rechtsauffassungen

zwischen dem Amt für Wirtschaft und Arbeit und dem Migrationsamt bestünden (Urk. 22 S. 2). Dass hinsichtlich der Bewilligungspraxis Unsicherheit herrschte, ergibt sich schliesslich aus der Aussage des Polizeibeamten K._____, wonach sogar möglich sei, dass Bewilligungen mündlich erteilt würden (Urk. 28 S. 2).

2.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist vorliegend klar, dass der Angeklagte, welcher den Damen den Arbeitsort zur Verfügung stellte und im Rahmen einer Hausordnung gewisse Bedingungen vorgab, sodann von den Prostituierten prozentmässig nach Anzahl Kunden entschädigt wurde, Arbeitgeber im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG ist. Es kann ihm jedoch nicht angelastet werden, dass er für die bei ihm tätigen Damen Bewilligungen für selbständig Erwerbende anfordern liess, da dies offenbar der Praxis im Kanton Zürich entsprach bzw. sich die diesbezügliche Zürcher Praxis offensichtlich von Amt zu Amt unterschied. Diese uneinheitliche Praxis, insbesondere zwischen dem Migrationsamt und dem Amt für Wirtschaft und Arbeit, kann nicht dem Angeklagten angelastet werden. Es ist daher - zu Gunsten des Angeklagten - davon auszugehen, dass er die in seinen Clubs tätigen Frauen als selbständig Erwerbende betrachten durfte bzw. für diese Bewilligungen für selbständig Erwerbende beantragen lassen durfte - ob sie tatsächlich selbständig Erwerbende sind, kann dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall ist der Angeklagte als Arbeitgeber im Sinne von Art. 117 Abs. 1 AuG zu betrachten.

2.3. Nicht richtig ist die Argumentation der Vorinstanz, wonach der Angeklagte sich widersprüchlich verhalten habe, indem er einerseits 90-Tagesbewilligungen beantragt hatte und die Damen sodann als selbständig Erwerbende bezeichnete. Es ist erneut auf die Aussage der Zeugin S._____ hinzuweisen, wonach für selbständig erwerbende Masseusen das Meldeverfahren, das heisst, die 90-Tagesbewilligungen, genügten. Sie sagte weiter auch aus, dass wenn nach Ablauf der 90-Tagesbewilligung ein Antrag auf längere Bewilligung gestellt werde, das AWA prüfe, ob eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliege (Urk. 18 S. 2 ff.). Daraus ergibt sich, dass sich aus dem Umstand, dass zunächst eine 90-Tagesbewilligung beantragt wird, nicht darauf schliessen lässt, ob eine selbständige oder eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.

Dies wird auch aus dem Anhang zum Rundschreiben des Bundesamtes für Migration über die vollständige Personenfreizügigkeit vom 7. März 2007 deutlich, wonach sowohl für unselbständig als auch für selbständig Erwerbende das Meldeverfahren im Falle einer Erwerbstätigkeit von höchstens 3 Monaten oder 90 Tagen im Kalenderjahr beibehalten werde (Urk. 4). Der Angeklagte führte an der Berufungsverhandlung zudem aus, dass die 90-Tagesbewilligungen für *selbständig* Erwerbende ausgestellt worden seien und dies auch so auf den Bewilligungen vermerkt worden sei (Urk. 71 S. 5). Damit lässt sich aus dem Umstand, dass zunächst 90-Tagesbewilligungen beantragt worden sind, nichts ableiten.

Ebenfalls nichts ableiten lässt sich daraus, dass der Angeklagte den Damen geholfen hat, zu ihren Bewilligungen zu kommen (vgl. Urk. 61 S. 17 f.). Dieser machte - an der Berufungsverhandlung dazu befragt - geltend, dass diese Frauen einfach hier stünden und erwarteten, dass man ihnen helfe. Sie kämen ohne Bewilligung in die Schweiz und seien über die nötigen Schritte bis zur Bewilligung nicht informiert (Urk. 71 S. 6). Auch die Verteidigung stellte sich auf den Standpunkt, dass der Angeklagte hilfsbereit gewesen sei und im Sinne eines Entgegenkommens bzw. Geschenkes für die Frauen auch die Kosten für die Bewilligungen übernommen habe (Prot. II S. 6). Diese Aussagen können nicht widerlegt werden, weshalb die Mithilfe im Bewilligungsverfahren nicht zu Lasten des Angeklagten ausgelegt werden kann.

3. Sachverhaltsirrtum

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.).

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.

4. Rechtsirrtum

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).

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-

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.

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

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.

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

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).

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 habe ausgehen dürfen, 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

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.

5. Fazit

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist der Angeklagte infolge unvermeidbaren Verbotsirrtums 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

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).

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-

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.

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.

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. 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.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 28. Oktober 2010 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Die Einzelrichterin erkennt:

1. - 4. ...
 5. Der Angeklagte 2 ist der mehrfachen Anstiftung zum Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von dessen Art. 115 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB nicht schuldig und wird freigesprochen.
 6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 2'400.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.- Untersuchungskosten
 7. ...
 8. Dem Angeklagten 2 wird eine Umtriebsentschädigung von Fr. 500.- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
 9. - 12. ...
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv sowie in vollständiger Ausfertigung gemäss nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte A. _____ wird vollumfänglich freigesprochen.
2. Die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Dem Angeklagten A. _____ wird für die Kosten seiner Verteidigung in der Untersuchung, im erstinstanzlichen Verfahren und im Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 8'000.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung (im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten) (übergeben)

- die Staatsanwaltschaft See/Oberland (versandt)

in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung (im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten)
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- das Bundesamt für Migration

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA unter Beilage einer Kopie von Urk. 63
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 34a POG)

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter lic. iur. P. Marti

lic. iur. S. Schwarzwälder