

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr. SB110408-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. R. Naef und Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Leu-Zweifel

## Urteil vom 9. März 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl,**

vertreten durch Leitende Staatsanwältin Dr. iur. U. Frauenfelder Nohl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**Widerhandlung gegen das Ausländergesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht, vom 7. März 2011 (GG110033)**

**Anklage:**  
(Urk. 24)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Februar 2011 ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 76)

**"Es wird erkannt:**

1. Die Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie
  - der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG in Verbindung mit Art. 11 AuG.
2. Vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG und Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung (VEV) wird die Beschuldigte freigesprochen.
3. Die Beschuldigte wird bestraft mit 45 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 39 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft bis und mit heute erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
  - Fr. 1'500.-- ; die weiteren Auslagen betragen:
  - Fr. 900.-- Gebühr Anklagebehörde
  - Fr. Kosten Kantonspolizei
  - Fr. Kanzleikosten Untersuchung
  - Fr. Auslagen Untersuchung
  - Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
  - Fr. 4'868.15 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung jedoch sofort und definitiv abgeschrieben.
7. (Mitteilung)
8. (Rechtsmittel)."

### **Berufungsanträge:**

a) **Des Verteidigers der Beschuldigten und Berufungsklägerin:**

(schriftlich; Urk. 96)

- "1. Die Beschuldigte sei von den Vorwürfen der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG in Verbindung mit Art. 11 AuG freizusprechen.
2. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Der Beschuldigten sei für die erlittene Haft eine angemessene Genugtuung zuzusprechen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."

b) **Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:**

(schriftlich; Urk. 86)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

### **Das Gericht erwägt:**

#### **I.**

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. März 2011, Verfahren GG110033, wurde A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschuldigte) der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG in Verbindung mit Art. 11 AuG schuldig gesprochen (rechtswidriger Aufenthalt und

Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung). Vom Vorwurf der Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG und Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung (Rechtswidrige Ein- oder Ausreise) wurde sie freigesprochen. Die Beschuldigte wurde mit 45 Tagen Freiheitsstrafe bestraft, wovon im Zeitpunkt der Urteilsfällung 39 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden waren. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, wurden der Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung jedoch sofort und definitiv abgeschrieben (Urk. 76).

2. Gegen dieses Urteil liess die Beschuldigte durch Eingabe ihres amtlichen Verteidigers vom 15. März 2011 (Urk. 57) und mithin rechtzeitig Berufung erklären. Gleichentags verfügte das Bezirksgericht Zürich die Entlassung des amtlichen Verteidigers aus seinem Amt (Urk. 56). Innert Frist (Urk. 71) liess die Beschuldigte sodann durch ihren zwischenzeitlich bevollmächtigten erbetenen Verteidiger mit Eingabe vom 26. Mai 2011 die Berufungserklärung ins Recht reichen und sinngemäss beantragen, es sei das Urteil der Vorinstanz vom 7. März 2011 vollumfänglich aufzuheben und es sei die Beschuldigte in Abänderung des in Dispositiv Ziffer 1 enthaltenen Schuldpunktes freizusprechen. Sodann seien die Dispositiv Ziffern 2 bis 4 des angefochtenen Urteils betreffend das Strafmass und den Strafvollzug aufzuheben. Im Übrigen hielt die Beschuldigte an ihren bereits am 3. März 2011 gestellten Beweisanträgen fest, wonach die gemäss dem Polizeirapport vom 28. Januar 2011 (Urk. 1 S. 3) im Rahmen der Effektenkontrolle ermittelten Freier-Adressen zu den Akten zu erheben seien und die Befragung von B.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], vorzunehmen sei. Weiter beantragte die Beschuldigte die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens (Urk. 66 S. 2). Mit Eingabe vom 9. Juni 2011 liess die Beschuldigte ihre Berufungserklärung dahingehend präzisieren, es werde am Begehren um vollumfängliche Aufhebung des Urteils festgehalten. Thematisch werde die Berufung indes auf die Fragen der Verwertbarkeit eines Zufallsfundes im Sinne von Art. 243 StPO und die Verletzung der Dokumentationspflicht eingegrenzt. Am Beweisantrag be-

treffend die Erhebung der Freier-Adressen zu den Akten werde weiter festgehalten, jedoch nicht am Beweisantrag betreffend die Befragung von B.\_\_\_\_\_ (Urk. 77a). Mit Präsidialverfügung vom 28. Juni 2011 wurde der Beschuldigten Frist angesetzt, um den Umfang der Anfechtung des erstinstanzlichen Urteils zu verdeutlichen (Urk. 80). Am 11. Juli 2011 liess sich die Beschuldigte dahingehend vernehmen, das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. März 2011 werde im Umfang der ergangenen Schuldsprüche wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b und Art. 115 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 11 AuG angefochten. Infolgedessen seien auch die Dispositiv Ziffern 3 und 4 aufzuheben, die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen und der Beschuldigten eine Genugtuung für die erlittene Haft zuzusprechen. Nicht angefochten werde Dispositiv Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils betreffend den Freispruch (Urk. 82).

3. Auf Fristansetzung seitens des Gerichts hin (Urk. 84) verzichtete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl in der Folge mit Eingabe vom 18. Juli 2011 auf die Erhebung einer Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete auf die Stellung von Beweisanträgen (Urk. 86). Am 9. August 2011 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zum Beweisantrag der Beschuldigten betreffend die Erhebung der Freier-Adressen zu den Akten sowie zum Antrag auf schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens Stellung zu nehmen (Urk. 89). Mit Eingabe vom 16. August 2011 verzichtete die Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf die Begründung der Vorinstanz auf eine Stellungnahme zum Beweisantrag und erklärte sich mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden (Urk. 91). Mit Verfügung vom 19. August 2011 wies der Präsident der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Beweisantrag der Verteidigung auf Aktenerhebung ab und ordnete die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens an. Im Weiteren wurde der Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 92). Nach einmaliger Fristerstreckung (Urk. 94) kam die Verteidigung der Beschuldigten dieser Aufforderung nach, reichte am 10. Oktober 2011

die Berufungsbegründung ins Recht und stellte obgenannte Anträge (Urk. 96).

4. Auf Fristansetzung seitens des Gerichts hin (Urk. 98) verzichtete die Vorinstanz am 14. Oktober 2011 auf Vernehmlassung (Urk. 100). Die Staatsanwaltschaft reichte am 25. Oktober 2011 ihre Stellungnahme zu den Beweisanträgen ins Recht (Urk. 101). Diese wurde der Verteidigung am 12. November 2011 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 102).
5. Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind der Freispruch der Vorinstanz betreffend den Vorwurf der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG und Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung (Dispositiv Ziffer 2) sowie die Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziffer 5; Urk. 96). Davon ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 Abs. 1 i.V.m. Art. 402 StPO).

## II.

Seit dem 1. Januar 2011 gilt in der Schweiz eine neue, eidgenössische Strafprozessordnung (StPO), welche die bis anhin gültigen kantonalen Strafprozessordnungen ablöst. Für Verfahren, die – wie das Vorliegende – in erster Instanz nach dem 1. Januar 2011 erledigt wurden, ist die eidgenössische Strafprozessordnung (StPO) anwendbar (Art. 454 Abs. 1 StPO).

## III.

- 1.1. Die Beschuldigte lässt in der Eingabe vom 10. Oktober 2011 zur Begründung der Berufung im Wesentlichen vorbringen, im Rahmen der Effektenkontrolle hätten Freier-Adressen ermittelt werden können, woraufhin sich der Verdacht ergeben habe, die Beschuldigte gehe einer illegalen Erwerbstätigkeit nach. Es sei unklar, wie man die Adressdaten erlangt habe, ob man zu diesen bspw. mittels Sichtung der Mobiltelefone der Beschuldigten gelangt

sei. Ein solches Vorgehen hätte aufgrund ihres Charakters einer Zwangsmassnahme in der dafür vorgesehenen Form der betroffenen Person vorab zur Kenntnis gebracht werden müssen und hätte eines schriftlichen Befehls bedurft, zumal kein Fall von Art. 241 Abs. 3 bzw. Abs. 4 StPO vorgelegen sei. Eine solche Zwangsmassnahme wäre daher unrechtmässig gewesen. Weiter lässt die Verteidigung ausführen, der Anfangstatverdacht habe sich auf die Widerhandlung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG beschränkt. Die Durchsuchung der Effekten hätte sich damit auf die Suche nach einem Ausweispapier beschränken müssen. Die Durchsicht irgendwelcher Freier-Adressen sei hingegen nicht gerechtfertigt gewesen und hätte einen Entscheid der Verfahrensleitung erfordert. Die Ermittlung der Adressen sei nicht im Zusammenhang mit der ursprünglichen Tat gestanden, so dass es sich hierbei um einen Zufallsfund handle. Die diesbezüglichen Verfahrensvorschriften seien nicht eingehalten worden und der Zeuge C.\_\_\_\_\_ sei vor dem Entscheid über die Verwertbarkeit des Zufallsfundes kontaktiert worden. Ein solcher Entscheid sei nicht ergangen, da die Freier-Adressen der Staatsanwaltschaft gar nie übermittelt worden seien. Eine konkludente Bewilligung reiche sodann nicht aus (Urk. 96 Rz 5 und Rz 8 ff.).

- 1.2. Die Vorinstanz wies den Antrag auf Beizug der Freier-Adressen zu den Akten im Urteil vom 7. März 2011 ab (Urk. 76 S. 4) und hielt zum Einwand der Unverwertbarkeit der Adressdaten als Zufallsfund fest, es sei jeder Untersuchung immanent, dass nicht von Beginn weg genau bestimmt werden könne, welche Tatbestände sich verwirklicht hätten. Auch vorliegend habe nicht von Anfang an festgestellt werden können, ob die Beschuldigte rechtswidrig in die Schweiz eingereist sei, ob sie sich daneben in der Schweiz rechtswidrig aufgehalten habe und ob sie zusätzlich einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Bei den im Rahmen der Effektenkontrolle ermittelten potentiellen Freier-Adressen handle es sich daher nicht um Zufallsfunde. Selbst wenn man von einem Zufallsfund ausginge, so läge aufgrund der formellen Eröffnung der Strafuntersuchung mit Verfügung vom 3. Februar 2011 eine konkludente Bewilligung der Verfahrensleitung vor (Urk. 76 S. 6).

1.3. Gemäss Art. 215 Abs. 1 StPO kann die Polizei im Interesse der Aufklärung einer Straftat eine Person anhalten und wenn nötig auf den Polizeiposten bringen, um ihre Identität festzustellen (lit. a), sie kurz zu befragen (lit. b) oder um abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat (lit. c) bzw. ob nach ihr oder nach Gegenständen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird (lit. d). Dabei kann die Polizei die angehaltene Person verpflichten, ihre Personalien anzugeben (Abs. 2 lit. a), Ausweispapiere vorzulegen (Abs. 2 lit. b), mitgeführte Sachen vorzuzeigen (Abs. 2 lit. c) oder Behältnisse bzw. Fahrzeuge zu öffnen (Abs. 2 lit. d). Ziel der Anhaltung ist damit u.a., die Identität zu überprüfen und festzustellen, ob ein Zusammenhang der betreffenden Person mit der Polizei bereits bekannten oder noch nicht bekannten Delikten als möglich erscheint. Damit wird kein konkreter Tatverdacht vorausgesetzt. Bei Notwendigkeit kann die angehaltene Person sodann auf den Polizeiposten geführt werden, namentlich dann, wenn sie sich nicht ausweisen kann (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 215 N 1 ff.). Der Verpflichtung der Person, Behältnisse und Fahrzeuge zu öffnen, entspricht das Recht der Polizei, die geöffneten Behältnisse im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips zu durchsuchen. Weigert sich die angehaltene Person somit, ihren Pflichten gestützt auf Art. 215 Abs. 2 StPO nachzukommen und mitgeführte Dokumente und Sachen vorzulegen bzw. zu öffnen, so ist die Polizei befugt, die Person und die mitgeführten Gegenstände zu durchsuchen (Zuber in: Polizeiliche Ermittlung, VSKC-Handbuch, Albertini/Fehr/Voser [Hrsg.], Zürich 2008, S. 336; Schmid-Praxiskommentar, a.a.O., Art. 215 N 17; vgl. auch Baumann, Aargauisches Polizeigesetz, Praxiskommentar, Zürich/Basel/Genf 2006, N. 303). Diese Befugnis ergeht aus Art. 198 Abs. 1 lit. c StPO i.V.m. Art. 215 StPO (BSK StPO-Weber, Art. 198 N 9). Die Kontrolle oder Durchsuchung darf nur so weit gehen, wie es deren Zweck und die ersten Eindrücke über die zu kontrollierende Person erfordern, und es ist in jedem Einzelfall über das Spannungsfeld der Schwere der in Frage stehenden aufzuklärenden Straftat, des vagen Tatverdachts, des Eigenschutzes der Polizei und des Schutzes der angehaltenen Person zu entscheiden. In den Fällen

von Art. 215 Abs. 2 lit. c und d StPO bedarf die Durchsuchung der angehaltenen Person bzw. der durch diese mitgeführten Sachen keines ausdrücklichen staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungsbefehls im Sinne von Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 241 StPO, zumal angesichts der zeitlich eng limitierten polizeilichen Anhaltung davon auszugehen ist, dass im Sinne von Art. 241 Abs. 3 StPO Gefahr in Verzug ist. Gleiches gilt im Rahmen von Sicherheitsdurchsuchungen im Sinne von Art. 241 Abs. 4 StPO (zum Ganzen: Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, AS 05.092, S. 1225; Weder in Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 215 N 18; Keller in Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 241 N 16; BSK StPO-Albertini/Armbruster, Art. 215 N 16 und N 23; Zuber-VSKC-Handbuch, a.a.O., S. 336; Schmid-Praxiskommentar, a.a.O., Art. 215 N 17; vgl. auch Armbruster in VSKC-Handbuch, Albertini/Fehr/Voser [Hrsg.], Zürich 2008, S. 351, wonach bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 241 Abs. 4 StPO auch keine nachträgliche Information der Strafbehörden notwendig sei).

- 1.4. Im vorliegenden Fall wurde die stark alkoholisierte (Urk. 1 S. 3) Beschuldigte bei der Z.\_\_\_\_\_ Bar angehalten, wobei sie sich dem Polizeirapport vom 28. Januar 2011 zufolge weigerte, sich auszuweisen. Da eine Kontrolle der Handtasche insofern erfolglos geblieben war, als man keine Ausweispapiere finden konnte, brachte man die Beschuldigte auf den Polizeiposten. Dort führte man eine Effektenkontrolle durch und fand dabei ein I-Phone, einen Chip der Swisscom sowie „offensichtliche Freier-Adressen“ (Urk. 1 S. 3 und 4). Die Adressdaten wurden damit im Rahmen der der Anhaltung zugrunde liegenden Kontrolle der Beschuldigten ermittelt (siehe auch Bestätigung durch die Verteidigung in Urk. 44 Rz 20). Diese Effektenkontrolle erfolgte entsprechend den obigen Erwägungen und bedurfte demgemäss keiner vorgängigen Bewilligung durch die Staatsanwaltschaft in Form eines Durchsuchungsbefehls und zwar unabhängig davon, ob die ermittelten Adressdaten in Papierform oder infolge der Durchsuchung des Telefons gefunden

wurden. Demzufolge kann den Ausführungen der Verteidigung, mangels Einholung eines Befehls seien die verfahrensrechtlichen Gesetzesbestimmungen verletzt worden und seien die entdeckten Beweise nicht verwertbar (Urk. 96 Rz 5), nicht gefolgt werden. Eine nachträgliche Information der Staatsanwaltschaft erfolgte sodann – sofern eine solche überhaupt notwendig war – spätestens bei der Zustellung der Akten an die Staatsanwaltschaft zur

formellen Verfahrenseröffnung (vgl. Urk. 17).

- 1.5. Es stellt sich sodann die Frage, ob die im Rahmen der auf dem Polizeiposten gefundenen Adressdaten sog. Zufallsfunde darstellen, wie dies seitens der Verteidigung geltend gemacht wird (Urk. 96 Rz 10 ff.). Als Zufallsfunde nach Art. 243 Abs. 1 StPO gelten u.a. zufällig entdeckte Beweismittel, Gegenstände oder Vermögenswerte, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem direkten Zusammenhang stehen und den ursprünglichen Tatverdacht weder erhärten noch widerlegen, aber auf eine weitere Straftat der beschuldigten Person hinweisen. Kein Zufallsfund liegt hingegen vor, wenn eine Spur bzw. ein Gegenstand in einem direkten Zusammenhang mit der abzuklärenden Straftat steht. Abzugrenzen sind Zufallsfunde sodann von unzulässigen Beweisausforschungen. Eine solche besteht, wenn der Zwangsmassnahme kein genügender dringender Tatverdacht zugrunde lag, sondern aufs Geratewohl Beweisaufnahmen getätigt wurden. Aus Beweisausforschungen resultierende Ergebnisse sind nicht verwertbar (Schmid-Praxiskommentar, a.a.O., Art. 243 N 1 und 8; BSK StPO-Gfeller/Thormann, Art. 243 N 6 und 15).
- 1.6. Gemäss dem Polizeirapport vom 28. Januar 2011 wurde gegen die am selben Tag kontrollierte Beschuldigte wegen der Verletzung von Art. 115 Abs. 1 lit. a und c AuG ermittelt. Es bestand der Verdacht der illegalen Einreise in die Schweiz (Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG) zur Ausübung der Prostitution ohne Bewilligung (Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG; Urk. 1 S. 1). Die Polizei brachte die Beschuldigte dem Rapport zufolge zwar primär auf den Polizeiposten, weil sie sich nicht ausweisen konnte und der Verdacht bestand, sie weile ohne

gültige Ausweispapiere in der Schweiz (Urk. 1 S. 3); damit stand anfänglich allenfalls ein Verstoss gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG (rechtswidrige Einreise) im Vordergrund, ein Verstoss gegen Art. 115 Abs. 1 lit. b oder c AuG (rechtswidriger Aufenthalt und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung) konnte aufgrund der gesamten Umstände, namentlich der Lokalität, in welcher die Beschuldigte kontrolliert wurde, und ihrer starken Alkoholisierung um 7.15 Uhr morgens, jedoch von Beginn weg nicht ausgeschlossen werden, sondern lag im Bereich des Wahrscheinlichen. In der Folge beschränkten sich denn auch die gleichentags erfolgte polizeiliche Befragung der Beschuldigten sowie die nur einen Tag nach ihrer Anhaltung erlassene Haftverfügung vom 29. Januar 2011 und die Eröffnungsverfügung vom 3. Februar 2011 nicht nur auf den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG, sondern umfassten Art. 115 AuG generell und somit auch Art. 115 Abs. 1 lit. b und c AuG (Urk. 3, Urk. 16/7 und 17). Entsprechend den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz besteht zu Beginn einer Kontrolle denn auch nicht immer Klarheit darüber, ob und allenfalls welche konkreten Delikte bzw. Deliktvarianten begangen wurden, sondern bedarf der Vorwurf vorab weiterer konkretisierender Abklärungen. Dass es sich bei den drei Tatbeständen von Art. 115 AuG um einen einheitlichen und zusammenhängenden Tatkomplex handelt, zeigt bereits deren systematische Anordnung in einer einzigen Bestimmung. Damit ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass gegenüber der Beschuldigten von Anfang an der Verdacht bestand bzw. es möglich erschien, sie weile ohne gültige Papiere in der Schweiz und gehe hier einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit nach. Dementsprechend standen die aufgefundenen Adresslisten im direkten Zusammenhang mit den abzuklärenden Straftaten und stellen entgegen der Ansicht der Verteidigung keine Zufallsfunde im Sinne von Art. 243 Abs. 1 StPO dar. Die Übermittlung eines Berichtes an die Verfahrensleitung und ein Entscheid derer über das weitere Vorgehen im Sinne von Art. 243 Abs. 2 StPO waren unter diesen Umständen nicht erforderlich. Eine Verletzung von Verfahrensvorschriften ist insoweit zu verneinen.

2.1. Im Weiteren beanstandet die Verteidigung, dass die Adressdaten keinen Eingang in die Untersuchungsakten gefunden hätten. Ohne Kenntnis über die Adressdaten vermöge sich die Beschuldigte nicht ausreichend zu verteidigen. Der Schuldspruch basiere einzig auf den Belastungen des Zeugen C.\_\_\_\_\_. Aufgrund der Unklarheit und der fehlenden Dokumentation darüber, wie man zu den Angaben des Zeugen C.\_\_\_\_\_ gelangt sei, sei es ihr nicht möglich, den Entlastungsbeweis zu erbringen und geeignete Ergänzungsfragen zu stellen (Urk. 96 Rz 4 ff.). Das Vorgehen der Polizei verunmögliche es ihr, deren Ermittlungsarbeiten auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen. Angesichts des im Raum stehenden Vorwurfs wäre die Adressliste zur Führung des Entlastungsbeweises relevant gewesen. Der Zeuge C.\_\_\_\_\_ sei von der Polizei auf informellem Weg kontaktiert worden. Es müsse davon ausgegangen werden, dass seitens der Polizei nebst dem Zeugen C.\_\_\_\_\_ noch weitere Personen kontaktiert worden seien, diese jedoch den Verdacht der Prostitution nicht hätten erhärten können. Die Beschuldigte werde deshalb ohne sachlichen Grund der Ausübung der Prostitution beschuldigt. Die getätigten Ermittlungen basierten einzig auf Mutmassungen. Die Adressliste hätte es ihr ermöglicht, diesen Verdacht aus dem Weg zu räumen und allenfalls auf die Unzulässigkeit der Beweiserhebung hinzuweisen sowie das Handeln der Ermittlungsbehörden auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen (Urk. 96 Rz 7 f. und 18). Aus der Verletzung der Dokumentationspflicht folge zwar kein Verwertungsverbot. Ein solches resultiere jedoch aus rechtswidrig erlangten Beweisen. Aus der Verletzung der Dokumentationspflicht könne eine Verletzung der Verteidigungsrechte (Verunmöglichung des Entlastungsbeweises) abgeleitet werden. Für die Gewährleistung einer effizienten Verteidigung müsse eine lückenlose Dokumentation bestehen. Die Abnahme des Beweisantrags wäre daher notwendig gewesen. Solange die Adressen nicht beigebracht werden könnten, müsse von deren Nicht-Existenz ausgegangen werden. Damit stelle die Kontaktierung des Zeugen C.\_\_\_\_\_ eine Beweisausforschung dar mit der Folge, dass die Zeugenaussagen nicht verwertbar seien (Urk. 96).

- 2.2. Zum Vorwurf der Verletzung der Dokumentationspflicht hielt die Vorinstanz fest, der Verteidiger habe anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 4. Februar 2011 die Möglichkeit gehabt, Ergänzungsfragen zu stellen. Dabei hätte er allfällige Verstösse gegen die Dokumentationspflicht rügen können. Damit sei der Vorwurf der Beschneidung der Verteidigungsrechte durch die Polizei unzutreffend. Im Weiteren erscheine das Vorgehen der Polizei im Zusammenhang mit der telefonischen Kontaktaufnahme plausibel, sofern es sich wie vorliegend nur um Vorabklärungen und nicht um eine informelle Einvernahme handle. Damit bestehe keine Verletzung der Dokumentationspflicht. Sodann vermöge auch die Argumentation der Verteidigung betreffend die Auswahl des Zeugen C. \_\_\_\_\_ aus der Adressliste und die geltend gemachte Verunmöglichung der Erbringung des Entlastungsbeweises nicht zu überzeugen. Es sei nur darum gegangen, ob sich die Beschuldigte gegenüber besagtem Zeugen prostituiert habe. Selbst wenn andere Personen sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt nicht hätten bestätigen können, hätte dies nicht zur Entkräftung des eingeklagten Sachverhaltes geführt (Urk. 76 S. 8 f.).
- 2.3. Die Verteidigung rügt die Verletzung der Dokumentationspflicht sowie des rechtlichen Gehörs. Der Anspruch auf rechtliches Gehör enthält das Recht zur Akteneinsicht. Damit dieses nicht seinem Sinn entleert werden kann, besteht die Pflicht der Behörden zur Anlegung sowie zur vollständigen und korrekten Führung von Akten. Spiegelbildlich zum Akteneinsichtsrecht besteht damit eine Aktenführungs- und Dokumentationspflicht der Behörden. Diese verlangt von den Behörden, dass alle im Rahmen des Verfahrens vorgenommenen Erhebungen aktenkundig zu machen sind, mithin alle verfahrensrelevanten Vorgänge schriftlich festzuhalten und die entsprechenden Protokolle zusammen mit den eingegangenen Schriftstücken sowie gefällten Entscheiden in die Akten zu integrieren und aufzubewahren sind. Die Dokumentationspflicht wird verletzt, wenn die Strafbehörden dieser Pflicht nicht nachkommen (BSK StPO-Schmutz, Art. 100 N 1; BGE 115 Ia 97 E. 4c; Schmid-Praxiskommentar, a.a.O., Vor Art. 76-79 N 1).

2.4. Zur Frage der Herkunft der Personalien des Zeugen C.\_\_\_\_\_ ist aktenkundig, dass dieser am 28. Januar 2011 durch die Polizei telefonisch kontaktiert und ihm mitgeteilt wurde, gegen die Beschuldigte werde eine Untersuchung durchgeführt (Urk. 2 S. 1, Urk. 5 S. 7 f.). Ob der Zeuge C.\_\_\_\_\_ gestützt auf die im Rahmen der Effektenkontrolle sichergestellten Freier-Adressen ermittelt werden konnte, ergeht mangels Aufnahme der Adressdaten in die Akten aus diesen nicht hervor, muss aber bereits aufgrund des zeitlichen Aspekts (telefonische Kontaktierung des Zeugen C.\_\_\_\_\_ durch einen Polizeibeamten am 28. Januar 2011, d.h. gleichentags wie die Anhaltung der Beschuldigten erfolgt war und die Adressdaten entdeckt wurden, Urk. 1 und 2) sowie des unbestrittenermassen vorgängig bestandenen telefonischen Kontakts zwischen der Beschuldigten und dem Zeugen C.\_\_\_\_\_ (Urk. 40 und 41/2) mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit so gewesen sein. Die Verteidigung selbst bestätigt dies denn in der Eingabe vom 10. Oktober 2011 auch indirekt, indem sie ausführt, obwohl angeblich 'offensichtliche Freier-Adressen' ermittelt worden seien und der Verdacht nahe liege, dass noch weitere Personen auf informellem Weg kontaktiert worden seien, hätten diese Gespräche – d.h. alle Gespräche mit Ausnahme desjenigen des Zeugen C.\_\_\_\_\_ – zu keinen weiteren Belastungen geführt (Urk. 96 Rz 7). Damit geht selbst die Verteidigung davon aus, dass Kontaktdaten weiterer Freier aus besagten Adressdaten resultiert hätten. Zudem hielt die Verteidigung fest, die Freier-Adressen seien zufällig gefunden worden, weshalb diese in Anwendung von Art. 243 Abs. 2 StPO mittels Bericht an die Verfahrensleitung hätten übergeben werden müssen. Ohne den Entscheid über die Verwertbarkeit der Adressen abzuwarten, habe die Polizei in der Folge den Zeugen C.\_\_\_\_\_ kontaktiert (Urk. 96 Rz 13). Auch aus dieser Aussage ergeht eindeutig, dass die Verteidigung davon ausgeht, die Kontaktdaten des Zeugen C.\_\_\_\_\_ hätten gestützt auf die Adressdaten eruiert werden können. Etwas anderes erscheint – wie bereits dargelegt schon aufgrund des zeitlichen Aspekts der Anhaltung und der Kontaktierung des Zeugen C.\_\_\_\_\_ – sehr unwahrscheinlich. Damit vermag die Argumentation der Verteidigung, aufgrund der Unkenntnis darüber, wie der Zeuge C.\_\_\_\_\_ eruiert

worden sei, müsse davon ausgegangen werden, dass die Ermittlungen ohne sachlichen Grund aufgrund der blossen Mutmassung der Prostitutionsausübung erfolgt seien, und könne insbesondere hinsichtlich des Zeugen C.\_\_\_\_\_ eine unzulässige und verbotene Beweisausforschung nicht ausgeschlossen werden (Urk. 96 Rz 7), nicht zu überzeugen. Allein aus der Tatsache, dass die Adressdaten nicht aktenkundig gemacht wurden, kann allenfalls eine Verletzung der Dokumentationspflicht abgeleitet werden, mit Blick auf die Ermittlung des Zeugen C.\_\_\_\_\_ jedoch weder die Verletzung des Rechts auf effektive Verteidigung noch die Unverwertbarkeit der Aussagen des Zeugen C.\_\_\_\_\_ als Beweismittel. Aus der Verletzung der Dokumentationspflicht folgt sodann nicht die Unverwertbarkeit des entsprechenden Beweismittels (siehe bestätigende Ausführungen der Verteidigung in Urk. 96 Rz 18). Im Weiteren ist vorliegend unklar, ob die Polizei weitere Personen aus der Adressliste kontaktiert hat, ohne dies aktenmässig festzuhalten. Selbst wenn dem so wäre, so würde dies am Verdacht der nicht bewilligten Ausübung der Prostitution als Erwerbstätigkeit jedoch nichts zu ändern vermögen, zumal die Beschuldigte durch die Aussagen des Zeugen C.\_\_\_\_\_ hinreichend belastet wird. Soweit es sich bei dessen Ausführungen um glaubhafte Aussagen handelt, reichen diese für eine Verurteilung aus.

- 2.5. Der weiteren Beanstandung der Verteidigung, es sei unterlassen worden, das Vorgespräch mit dem Zeugen C.\_\_\_\_\_ zu protokollieren (Urk. 96 Rz 7), ist sodann entgegenzuhalten, dass sich die Dokumentationspflicht nur auf prozessual relevante Vorgänge bezieht (BSK StPO-Näpfli, Art. 76 N 7 f.; Schmid-Praxiskommentar, a.a.O., Vor Art. 76-Art. 79 N 2). Vorgängig zu einer formellen Befragung getätigte Abklärungen fallen nicht darunter, sofern sie nur dazu dienen herauszufinden, ob die entsprechende Person massgebende Hinweise zum im Raum stehenden Vorwurf machen kann, und in der Folge eine protokollierte Befragung erfolgt. Ein solches Vorgehen ist weder unüblich noch unzulässig. Es kann in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in Ziffer II.2.3 verwiesen werden.

3. Damit kann abschliessend festgehalten werden, dass die Polizei im Rahmen der Anhaltung der Beschuldigten eine Effektenkontrolle durchführen durfte und dabei keine Verfahrensvorschriften verletzt hat. Als direkt mit dem Vorwurf des Verstosses gegen Art. 115 lit. a, b und c AuG zusammenhängendes Beweismittel stellen die Adressdaten keinen Zufallsfund dar, welcher ein Vorgehen gestützt auf Art. 243 StPO erfordert hätte. Auch die Befragung und Einvernahme des Zeugen C.\_\_\_\_\_ sind verwertbar, weshalb die Vorinstanz im Rahmen ihrer Urteilsbegründung zu Recht darauf abstellte.

#### IV.

In der Sache ficht die Verteidigung zwar das Urteil betreffend den Schuldspruch wegen der Verletzung von Art. 115 Abs.1 lit. b und c AuG, die Strafzumessung sowie die Kostenfolge an, sie beschränkt ihre Ausführungen in der Berufungsbegründung indes auf die obgenannte Rüge des unterlassenen Bezugs der Adressdaten. Anderweitige Beanstandungen sind nicht aktenkundig und wurden seitens der Verteidigung innert der ihr mit Verfügung vom 19. August 2011 angesetzten Frist zur Stellung der Berufungsanträge und deren Begründung (Urk. 92) nicht vorgebracht (Urk. 96). In Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu Sachverhalt, rechtlicher Würdigung und Strafzumessung verwiesen werden (Urk. 76 Ziffern III-VI) und ist das vorinstanzliche Urteil insoweit zu bestätigen.

#### V.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Kostenaufgabe der Vorinstanz (Urk. 76 S. 25, Dispositiv Ziffer 6) zu bestätigen.
2. In Anwendung von Art. 428 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts (LS 211.11) sind die Kosten des Berufungsverfahrens auf Fr. 2'000.- zu veranschlagen. Die Beschuldigte unter-

liegt im Berufungsverfahren vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO).

3. Prozessentschädigungen sind keine zu entrichten (Art. 429 StPO e contrario).
4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschuldigten sodann keine Genugtuung zuzusprechen (Art. 429 StPO e contrario StPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. März 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

**"Es wird erkannt:**

- 1.. (...)
2. Vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG und Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung (VEV) wird die Beschuldigte freigesprochen.
3. (...)
4. (...)
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

|     |          |                                    |
|-----|----------|------------------------------------|
| Fr. | 1'500.-  | ; die weiteren Auslagen betragen:  |
| Fr. | 900.--   | Gebühr Anklagebehörde              |
| Fr. |          | Kosten Kantonspolizei              |
| Fr. |          | Kanzleikosten Untersuchung         |
| Fr. |          | Auslagen Untersuchung              |
| Fr. |          | amtliche Verteidigung Untersuchung |
| Fr. | 4'868.15 | amtliche Verteidigung              |

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. (...)
  7. (Mitteilung)
  8. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie
  - der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG in Verbindung mit Art. 11 AuG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 45 Tagen Freiheitsstrafe, wovon alle Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 6 des vorinstanzlichen Entscheids) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 2'000.- festgesetzt.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beschuldigten auferlegt.
7. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
8. Der Antrag auf Zusprechung einer Genugtuung wird abgewiesen.
9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
  - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten,
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

und nach Eintritt der Rechtskraft an

- die Vorinstanz,
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abt. Bewährungs- und Vollzugsdienst
- das Migrationsamt des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich,
- das Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabern,
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

10. 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 Bundesgerichts (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Strafkammer

Zürich, 9. März 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. F. Bollinger

lic. iur. A. Leu-Zweifel