

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170173-O/U/mc

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Stiefel, die
Obergerichterin lic. iur. Wasser-Keller sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Urteil vom 23. Mai 2018

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Bertschy,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigte und Berufungsbeklagte

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **rechtswidrige Einreise etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom
19. Dezember 2016 (GG160089)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. November 2016 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 10).

Urteil der Vorinstanz:

1. Die Beschuldigte A._____ ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 4. November 2016 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 1'000.– wird der Beschuldigten nach Rechtskraft des Urteils herausgegeben.
3. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 1'500.– Gebühr für das Vorverfahren.
4. Die weiteren Auslagen werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Der Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 4'700.– (inkl. MwSt. und Auslagen) für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung der Beschuldigten A._____ :
(Urk. 46 S. 2)

- "1. Die Berufung der Berufungsklägerin sei abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz vollumfänglich zu bestätigen.
2. Ausgangsgemäss seien die Verfahrenskosten – d.h. die Kosten sowohl des gerichtlichen Verfahrens wie auch des Vorverfahrens – vollumfänglich dem Staat aufzuerlegen.

3. Ausgangsgemäss sei der Berufungsbeklagten für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von CHF 2'766.00 (inkl. MwSt. und Auslagen; Stand per Datum Berufungsantwort) für die anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen."

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
(Urk. 32 S.2)

- "1. Schuldigsprechung von A. _____ im Sinne der Anklageschrift vom 24. November 2016:
 - der **vorsätzlichen rechtswidrigen Einreise** im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG
 - des **vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts** im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit b. AuG
sowie
 - der **vorsätzlichen Täuschung der Behörden** im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG
2. Die Bestrafung mit einer Geldstrafe von 160 Tagessätzen zu CHF 30.00 (entsprechend CHF 4'800.00), abzüglich 1 Tag erstandener Haft
3. Vollzug der Geldstrafe
4. Verwendung der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 04.11.2016 beschlagnahmten Barschaft von CHF 1'000.00 zur Deckung der Geldstrafe und Verfahrenskosten
5. Kostenaufgabe an die Beschuldigte"

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Die Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 19. Dezember 2016 freigesprochen. Es wurde festgehalten, dass die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 4. November 2016 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 1'000.– der Beschuldigten nach Rechtskraft des Urteils herauszugeben sei, und es wurde ihr eine Prozessentschädigung von Fr. 4'700.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen (Urk. 29).

Das vorinstanzliche Urteil wurde der Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. Dezember 2016 mündlich eröffnet und in unbegründeter Form übergeben (Urk. 21, Prot. I S. 17) und der Staatsanwaltschaft am 20. Dezember 2016 in unbegründeter Form zugestellt (Urk. 22). Mit Eingabe vom 21. Dezember 2016 meldete die Staatsanwaltschaft fristgerecht die Berufung an (Urk. 23). Das begründete Urteil wurde der Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft am 26. April 2017 zugestellt (Urk. 28).

Mit Eingabe vom 15. Mai 2017 reichte die Staatsanwaltschaft fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 32). Anschlussberufung wurde nicht erhoben.

Gemäss Auskunft des Justizvollzugs des Kantons Glarus wurde die Beschuldigte im Januar 2017 nach Verbüßung einer Freiheitsstrafe aus der Schweiz nach Serbien ausgeschafft (Urk. 31). Die Verteidigung stellte mit Eingabe vom 13. November 2017 den Antrag auf Durchführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens (Urk. 36). Mit Präsidialverfügung vom 29. November 2017 wurde mit Einverständnis der Parteien (Urk. 36 und Urk. 37) das schriftliche Verfahren angeordnet und der Staatsanwaltschaft Frist zur Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 38). Mit Schreiben vom 18. Dezember 2017 verwies die Staatsanwaltschaft betreffend Berufungserklärung und Berufungsbegründung integral auf ihre Berufungserklärung (Urk. 40). Mit Präsidialverfügung vom 5. Januar 2018 wurde

der Beschuldigten Frist zur Berufungsantwort angesetzt und der Vorinstanz die Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung eingeräumt (Urk. 41). Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 11. Januar 2018 auf Vernehmlassung (Urk. 43). Die Beschuldigte reichte am 7. März 2018 innert erstreckter Frist die Berufungsantwort ein (Urk. 46). Mit Präsidialverfügung vom 13. März 2018 wurde die Berufungsantwort der Beschuldigten der Staatsanwaltschaft zugestellt (Urk. 48).

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Der Beschuldigten wird vorgeworfen, als Staatsangehörige von Serbien am 23. Oktober 2016 in die Schweiz eingereist zu sein und sich anschliessend weiter nach B._____ begeben zu haben, obwohl ihr mit Verfügung vom 6. Februar 2015 durch das Bundesamt für Migration, der Beschuldigten zugestellt am 10. Februar 2015, die Einreise in die Schweiz vom 11. Februar 2015 bis 10. Februar 2020 verboten worden sei. Dies habe sie getan, obschon sie gewusst habe, dass das Einreiseverbot Weiterbestand habe.

Die Staatsanwaltschaft würdigt dieses Verhalten in rechtlicher Hinsicht als vorsätzliche rechtswidrige Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG.

Weiter wird der Beschuldigten vorgeworfen, sich vom 23. Oktober 2016 bis zum 3. November 2016 in der Schweiz aufgehalten zu haben, obwohl sie gewusst habe, dass ihr mit Verfügung vom 6. Februar 2015 durch das Bundesamt für Migration die Einreise in die Schweiz vom 11. Februar 2015 bis 10. Februar 2020 und somit auch der Aufenthalt verboten worden sei.

Dieses Verhalten würdigt die Staatsanwaltschaft als vorsätzlicher rechtswidriger Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

Schliesslich wird der Beschuldigten vorgeworfen, das Bundesamt für Migration durch falsche Angaben getäuscht zu haben, indem sie wissentlich und willentlich im Gesuch um Einreisebewilligung wahrheitswidrig angegeben habe, noch

nie in der Schweiz gewesen zu sein sowie ihren früheren Namen A1._____ (auf den das Einreiseverbot laute) sowie das besagte Einreiseverbot verschwiegen habe, um sich so eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu erschleichen, obwohl sie gewusst habe, dass sie ein gültiges Einreiseverbot in die Schweiz habe und somit auch ihr Aufenthalt rechtswidrig sei.

Die Staatsanwaltschaft würdigt dieses Verhalten als vorsätzliche Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG.

2. Es ist unbestritten, dass das Staatssekretariat für Migration (ehemals Bundesamt für Migration) am 6. Februar 2015 der Beschuldigten ein Einreiseverbot (Fernhaltungsmassnahme im Sinne von Art. 67 AuG) für den Zeitraum 11. Februar 2015 bis 10. Februar 2020 auferlegte. Diese Verfügung nahm die Beschuldigten am 10. Februar 2015 in Empfang (Urk. 3). Am 16. August 2016 beantragte die Beschuldigte die Erteilung eines Visums für den langfristigen Aufenthalt (Visum D). Dazu füllte sie ein Formular aus, welches am 29. August 2016 dem Migrationsamt des Kantons Zürich zugestellt wurde (Urk. 4/1), da für langfristige und geregelte Aufenthalte in der Schweiz (von mehr als 90 Tagen) für die Erteilung eines Visums für serbische Staatsangehörige die Bewilligung des kantonalen Migrationsamtes erforderlich ist, das für den in der Schweiz angestrebten Aufenthaltsort zuständig ist. Das Migrationsamt des Kantons Zürich erteilte mit Verfügung vom 4. Oktober 2016 zwecks Verbleib beim Ehegatten (Familiennachzug) die Ermächtigung zur Visumerteilung (Einreiseerlaubnis), gültig bis 3. Januar 2017. Darin wurde darauf hingewiesen, dass für den Grenzübertritt ein gültiger Pass und ein Visum benötigt werde, das bei der schweizerischen Auslandvertretung einzuholen sei (Urk. 4/10). In Belgrad wurde der Beschuldigten schliesslich am 19. Oktober 2016 ein Visum D, gültig bis 3. Januar 2017, erteilt, zu finden im Reisepass der Beschuldigten (Urk. 8/3). Damit reiste sie am 23. Oktober 2016 in die Schweiz ein (Urk. 2/1 S. 1, Prot. I S. 13).

3. Täuschung der Behörden

3.1. Die Verteidigung führte zur geltend gemachten Verletzung des Anklageprinzips bezüglich dieses Sachverhaltsabschnitts aus, dass die Anklageschrift

keine Ausführungen dazu enthalte, weshalb es sich bei der Angabe der Einreisesperre und des früheren Familiennamens um wesentliche Tatsachen handeln, weshalb und worin für die beiden Angaben eine Garantenstellung der Beschuldigten bestehen und weshalb diese den angeblichen Irrtum der Behörden bemerkt haben solle. Bezüglich des Vorwurfs der Täuschung der Behörden umfasse die Darstellung des Tathergangs nicht alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale (Urk. 46 S. 9).

3.2. Die Staatsanwaltschaft bestreitet eine Verletzung des Anklageprinzips. Der unbestrittene äussere Sachverhalt sei zwar knapp, aber präzise und hinreichend konkret beschrieben, und die Beschuldigte und ihre Verteidigung seien im Einzelnen über die Art und den Grund der Beschuldigungen in Kenntnis gesetzt worden. Die Umgrenzungs- und die Informationsfunktion der Anklage seien erfüllt und eine Behinderung oder Einschränkung der Verteidigungsrechte durch die Anklage sei nicht ersichtlich (Urk. 32 S. 4).

3.3. Nach dem Anklagegrundsatz (Art. 9 Abs. 1 StPO) bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens und dient der Information der beschuldigten Person (Umgrenzungs- und Informationsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind (BGE 140 IV 188 E. 1.3; vgl. auch BGE 133 IV 235 E. 6.2). Die beschuldigte Person muss genau wissen, was ihr im Einzelnen vorgeworfen wird, sodass sie bzw. ihr Verteidiger sich gegen die betreffenden Vorhalte zur Wehr setzen kann (BSK StPO-Heimgartner/Niggli, 2. Aufl. 2014, Art. 325 StPO N 18 f.).

3.4. Aus der Anklageschrift ergibt sich eindeutig, dass der Beschuldigten vorgeworfen wird, die Behörden durch falsche Angaben getäuscht zu haben, um sich eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu erschleichen. Weiter wird dargelegt, dass die Täuschung dadurch erfolgt sei, dass sie im Gesuch um Einreisewilligung wissentlich und willentlich wahrheitswidrig angegeben habe, noch nie in der Schweiz gewesen zu sein, sowie dass sie ihren früheren Namen A1. _____ sowie das Einreiseverbot verschwiegen habe (vgl. Urk. 10). Auch wenn der An-

klagevorwurf knapp formuliert ist, so ergibt sich daraus deutlich genug, was der Beschuldigten vorgeworfen wird. Die Beschuldigte reagierte weder in der polizeilichen Einvernahme noch in der Hafteinvernahme bei der Staatsanwaltschaft vom 4. November 2016 noch vor Vorinstanz in der Hauptverhandlung vom 19. Dezember 2016 so, als hätte sie diesen Vorwurf nicht verstanden (vgl. Urk. 2/1, Urk. 2/2, Prot. I S. 10 ff.).

3.5. Zusammenfassend ist das der Beschuldigten zur Last gelegte Delikt genügend konkret umschrieben. Aus der Anklageschrift ist klar erkennbar, was der Beschuldigten vorgeworfen wird, und es liegen keine Hinweise vor, wonach diese den Vorwurf nicht verstanden hätte oder sie bzw. ihr Verteidiger sich gegen den Vorwurf nicht hätte zur Wehr setzen können. Eine Verletzung des Anklageprinzips ist nicht gegeben.

3.6. Der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG macht sich strafbar, wer die mit Vollzug des AuG betrauten Behörden durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen täuscht und dadurch die Erteilung einer Bewilligung für sich oder andere erschleicht oder bewirkt, dass der Entzug einer Bewilligung unterbleibt.

3.6.1. Die Vorinstanz sprach die Beschuldigte von diesem Vorwurf frei (Urk. 29 S. 6 ff.).

3.6.2. Die Staatsanwaltschaft macht zusammenfassend geltend, dass die Beschuldigte im Antragsformular, mit welchem sie das Gesuch um Einreisebewilligung gestellt habe, bei der Frage 26 "bisherige Aufenthalte in der Schweiz" als Antwort "Nein" angegeben habe, sei unbestritten. Da sich das Antragsformular allgemein an ausländische Antragssteller richte und nicht spezifisch an juristisch ausgebildete Personen, sei nicht von einem "Aufenthalt" gemäss juristischem Begriffsverständnis auszugehen. Vor dem Hintergrund, dass sich die Beschuldigte bereits mehrmals in der Schweiz aufgehalten habe und hier bereits vier Vorstrafen aufweise, erweise sich ihre Angabe ohne jeden Zweifel als falsch. Damit habe sie nicht nur den Umstand, dass sie sich bereits mehrfach in der Schweiz aufgehalten habe, sondern auch ihre Vorstrafen wie auch das bestehende Einreisever-

bot verschwiegen. Eine Täuschung im Sinne von Art. 118 AuG könne auch durch Unterlassen erfolgen, etwa dann, wenn wesentliche Tatsachen verschwiegen würden, sofern das Gesetz eine Mitwirkungspflicht im entsprechenden Bereich, die eine Garantenstellung schaffe, vorsehe, und der Täter den Irrtum der Behörde erkenne. Gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. a AuG seien Ausländer verpflichtet, an der Feststellung des für die Anwendung des Ausländergesetzes massgebenden Sachverhalts mitzuwirken, und sie müssten insbesondere zutreffende und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentlichen Tatsachen machen. Vorliegend habe eine rechtskräftige Verfügung bestanden, wonach der Beschuldigten die Einreise in die Schweiz verweigert worden sei. Auch die Vorinstanz komme zum Schluss, dass es sich dabei um eine "durchaus wesentliche Tatsache" handle. Dies müsse und sei auch der Beschuldigten klar gewesen. Der Beschuldigten müsse im konkreten Fall eine Garantenpflicht zugesprochen werden. Dies umso mehr, als sie zwischenzeitlich ihren Familiennamen geändert gehabt und dies ebenfalls nicht angegeben habe. Die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz, wonach es sich beim Familiennamen nicht um eine wesentliche Tatsache gehandelt habe, könnten aufgrund des Umstandes, dass das Einreiseverbot auf den früheren Namen der Beschuldigten gelaute habe und die Behörde insbesondere dies überprüfen würde, nicht nachvollzogen werden. Gestützt auf die Kombination der von der Beschuldigten getätigten Informationen bzw. Unterschlagung von Informationen zur Erlangung der Einreisebewilligung, stehe fest, dass die Beschuldigte in Täuschungsabsicht gehandelt habe und die Behörden durch ihre Vorgehensweise auch darüber getäuscht habe, dass gegen sie ein Einreiseverbot bestand. Die Vorinstanz sei denn auch zum Schluss gekommen, dass sich die zuständige Behörde über das Vorliegen des bestehenden Einreiseverbots geirrt habe. Sodann sei offenkundig, dass der Beschuldigten bei Kenntnis des Einreiseverbots die Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung nicht erteilt worden wäre (Urk. 32 S. 4 ff.).

3.6.3. Die Verteidigung führte dazu in ihrer Berufungsantwort aus, dass das Formular betreffend Gesuch um Erteilung einer Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung keine Frage enthalte, ob die Gesuchstellerin schon einmal in der Schweiz gewesen sei. Es gebe lediglich ein Formularfeld, in welchem nach bisherigen

Aufenthalten in der Schweiz gefragt werde. Die Beschuldigte habe unter "Aufenthalte" in einem Land ein auf längere Zeit ausgerichtetes Verweilen verstanden und verstehe das bis heute so. Diese Auffassung vertrete auch die Lehre, welche unter dem Begriff des Aufenthalts im Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Aufenthalt gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ein auf längere Dauer und wesentliche Zwecke angelegtes Verweilen in der Schweiz verstehe. Daher habe die Beschuldigte das Feld betreffend Aufenthalte in der Schweiz zurecht mit "Nein" angekreuzt. Sie habe sich jeweils nur ferienhalber und somit kurz und vorübergehend in der Schweiz aufgehalten (Urk. 46 S. 10). Sie habe auch nicht das Einreiseverbot und ihre Vorstrafen verschwiegen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt habe, seien für die Identifikation einer Person deren Geburtsname, Geburtsdatum und Geburtsort zentral. Anhand dieser Angabe habe die Beschuldigte identifiziert und somit deren Einreiseverbot und Vorstrafen erkannt werden können. Dies sei der Gemeinde C._____ dann auch ohne Weiteres möglich gewesen. Sodann verkenne die Staatsanwaltschaft, dass die Anforderungen an eine Garantstellung hoch seien. Die Behörden hätten Kenntnis davon gehabt, dass Frau A1._____ (früherer Familienname) und Frau A2._____ (Geburtsname) ein- und dieselbe Person seien. Ebenfalls hätten die Behörden gewusst, dass die Beschuldigte nun den Familiennamen A._____ trage. Darüber hinaus habe das Formular betreffend Gesuch um Einreise- und Aufenthaltsbewilligung keine Angaben über frühere Familiennamen der gesuchstellenden Person gefordert. Auch ein Formularfeld "Bemerkungen" bestehe nicht. Gefragt worden sei lediglich nach dem Familiennamen, dem Vornamen und dem Familiennamen bei Geburt. Insbesondere Letzterer diene dazu, eine Person, die den Familiennamen namentlich durch Eheschluss geändert habe, in Verbindung mit dem Geburtsdatum zu identifizieren. Es könne daher nicht erwartet werden, dass die gesuchstellende Person weitere ungefragte Angaben mache. Insbesondere entspreche der von der Staatsanwaltschaft angerufenen Mitwirkungspflicht die Aufklärungspflicht der Behörden, die den Gesuchsteller präzise darüber zu informieren hätten, welche Auskünfte für den Bewilligungsentscheid massgeblich seien. Die angebliche Mitwirkungspflicht beschränke sich somit auf die im Formular verlangten Angaben. Die Beschuldigte habe diese Fragen wahrheitsgemäss beantwortet. Dies bringe

auch zum Ausdruck, dass eine Täuschungsabsicht fehle. Das Gesuch um Einreise- und Aufenthaltsbewilligung enthalte sodann weder eine Frage nach einem allfälligen Einreiseverbot noch ein Feld, in welchem dies freiwillig hätte angegeben werden können. Ein Einreiseverbot werde vielmehr anhand des Geburtsnamens der gesuchstellenden Person ermittelt. Die Ausländerbehörden hätten gewusst, dass die Beschuldigte aufgrund der früheren Ehe A1._____ geheissen und ihr Geburtsname A2._____ gelautet habe. Folglich hätten sie auch gewusst, dass gegen die Beschuldigte eine Einreisesperre bestanden habe. Die Erteilung der Einreise- sowie der Aufenthaltsbewilligung sei also nicht irrtümlich, sondern im Wissen um die tatsächlichen Gegebenheiten erfolgt. Aus diesen Gründen sei es unzutreffend, dass die Beschuldigte hätte erkennen können, dass die Behörden aufgrund der fehlenden Erwähnung des Einreiseverbots auf dem Formular einem Irrtum unterliegen würden. Schliesslich sei auch nicht offenkundig, dass der Beschuldigten bei Kenntnis des Einreiseverbots die Einreise- und Aufenthaltsbewilligung nicht erteilt worden wäre. Für eine allfällige Bestrafung nach Art. 118 Abs. 1 AuG sei das Vorliegen einer klaren Aussage der Ausländerbehörde gefordert, dass die Bewilligung in Kenntnis der richtigen Sachlage nicht erteilt worden wäre. Dies sei in der Anklage weder dargelegt noch entsprechend untersucht worden, weshalb zugunsten der Beschuldigten von der Annahme auszugehen sei, dass die Einreise- und Aufenthaltsbewilligung - und darauf gestützt die Aufhebung der Einreisesperre - ohnehin verfügt worden wären (Urk. 46 S. 10 ff.).

3.7. Um den objektiven Tatbestand von Art. 118 Abs. 1 AuG zu erfüllen, muss der Täter ein täuschendes Verhalten an den Tag legen, das bei den Ausländerbehörden einen Irrtum erweckt, gestützt auf welchen sie eine Bewilligung erteilen oder es unterlassen, eine Bewilligung zu entziehen. Zwischen dem täuschenden Verhalten und dem Handeln der Behörden muss ein Motivationszusammenhang bestehen; in Kenntnis der wahren Tatsachen hätten sich die Behörden anders verhalten (Vetterli/D'Addario Di Paolo, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpfli's Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 118 N 4). Nicht jede falsche Angabe erfüllt den Tatbestand. In Betracht fallen nur solche, die für die Bewilligung ausschlaggebend sind (Zünd, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, OF-Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl.

2015, AuG 118 N 2). Täuschung durch Unterlassen ist bei Verschweigen wesentlicher Tatsachen möglich, sofern das Gesetz eine Mitwirkungspflicht im entsprechenden Bereich vorsieht, die eine Garantenstellung schafft, und der Täter den Irrtum der Behörde erkennt (Vetterli/D'Addario Di Paolo, Art. 118 N 5). Nach der Rechtsprechung muss sich die falsche bzw. ausbleibende Instruktion der Behörde gemäss klarem Wortlaut des Gesetzes auf eine wesentliche Tatsache beziehen. Der objektive Tatbestand der Strafnorm ist nicht erfüllt, wenn die Falsch- oder Nichtangabe einen tatsächlichen Umstand betrifft, der ohne Relevanz für den Entscheid ist bzw. sein muss. Die Täuschung muss mithin dergestalt sein, dass ohne sie der entsprechende Entscheid - zu Recht - nicht oder nicht in dieser Form ergangen wäre. Ist die falsche oder unterbliebene Auskunft dagegen nicht geeignet, die Behörde in ihrer Entscheidungsfindung zu beeinflussen bzw. darf sie sich davon nicht beeinflussen lassen, fehlt es am objektiven Erfordernis der Wesentlichkeit der (Nicht-) Angabe. Ob die Behörde diese de facto (zu Unrecht) für entscheidungsrelevant erachtet, spielt dagegen keine Rolle. Entscheidend ist mithin, dass die beteiligten Personen mit ihrem Verhalten die Bewilligungsbehörden täuschten, da diese in Kenntnis der wahren Gegebenheiten keine Bewilligung erteilen würden (Urteil des Bundesgerichtes 6B_72/2015 vom 27. Mai 2015 E. 2.2 mit Verweis auf 6B_497/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 1.1 mit Hinweis auf die Botschaft).

3.7.1. Es ist unbestritten, dass die Beschuldigte im Gesuch um Einreisebewilligung (Antrag auf Erteilung eines Visums für den langfristigen Aufenthalt) unter Punkt 26 bei der Frage nach bisherigen Aufenthalten in der Schweiz "Nein" ankreuzte (Urk. 4/1). Die Beschuldigte begründete dies in den Einvernahmen damit, dass sie noch nie einen Aufenthalt in der Schweiz gehabt habe, nur Besuche als Touristin für ein paar Tage oder maximal zwei Wochen (Urk. 2/1 S. 3, Urk. 2/2 S. 2 f., Prot. I S. 12 f.). Aufenthalt heisse für sie mit Bewilligung, sie habe aber nie eine Bewilligung in der Schweiz gehabt (Urk. 2/2 S. 3).

3.7.2. Der Begriff des Aufenthalts setzt im Zusammenhang mit den ausländerrechtlichen Bestimmungen voraus, dass das Verweilen in der Schweiz auf längere Dauer und wesentliche Zwecke angelegt ist (Vetterli/D'Addario Di Paolo,

a.a.O., Art. 115 N 19). Es ist aber davon auszugehen, dass die Auffassung der Beschuldigten was die Definition von "Aufenthalt" betrifft, nicht dem juristischen Begriffsverständnis entspricht. Im alltäglichen Sprachgebrauch versteht man unter "sich aufhalten" vielmehr "sich befinden" oder "sein". Wird man also gefragt, ob man sich schon einmal an einem bestimmten Ort aufgehalten habe, ist es naheliegend, darunter zu verstehen, ob man schon einmal an diesem bestimmten Ort war. Die Beschuldigte, die in der Schweiz zu diesem Zeitpunkt bereits vier Vorstrafen aufwies und gegen welche ein Einreiseverbot verhängt worden war, konnte nicht gutgläubig verneinen, sich bereits in der Schweiz aufgehalten zu haben. Gerade der Beschuldigten musste klar sein, dass es der Behörde bei dieser Frage darum ging, herauszufinden, ob die Gesuchstellerin in der Schweiz wegen einer allfälligen Straftat registriert ist. Geht die Behörde davon aus, dass die Gesuchstellerin noch gar nie in der Schweiz war, kann sie auch annehmen, dass gegen sie kein Einreiseverbot besteht und kein Eintrag im Strafregister vorliegt. Selbst wenn die Beschuldigte unter "Aufenthalt" ein längeres Verweilen verstanden hätte, hätte sie die entsprechende Frage bejahen müssen, befand sie sich doch unter anderem einmal mindestens vom 28. April 2014 bis 25. Mai 2014, also fast einen Monat lang, in der Schweiz, wie sich aus dem Strafregistrauszug betreffend die Zeitspanne, während der sie sich des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht hatte, eindeutig ergibt (Urk. 50 S. 2).

3.7.3. Wie die Vorstrafen zeigen, war die Beschuldigte schon mehrfach in der Schweiz. Indem sie die Frage nach bisherigen Aufenthalten in der Schweiz mit "Nein" beantwortete, machte sie eine falsche Angabe. Diese Frage war für das Migrationsamt wesentlich, denn dadurch, dass die Beschuldigte verneinte, sich schon einmal in der Schweiz aufgehalten zu haben, bestand kein Anlass, näher zu untersuchen, ob die Beschuldigte Vorstrafen aufweise oder gegen sie ein Einreiseverbot bestehe. Dadurch, dass die Beschuldigte die Behörden über einen Aufenthalt in der Schweiz täuschte, täuschte sie diese auch über ihre bereits vorhandenen Verfehlungen und das Bestehen eines Einreiseverbots in der Schweiz. Die Falschangabe betraf deshalb einen Umstand, der für den Entscheid zur Erteilung einer Einreisebewilligung durchaus relevant war. Gestützt auf den Irrtum, welchen die Beschuldigte beim Migrationsamt durch ihr täuschendes Verhalten

erweckte, stellte dieses die Einreisebewilligung aus. Ohne diese Täuschung wäre der Beschuldigten keine Einreisebewilligung erteilt worden. Bereits dadurch, dass die Beschuldigte die Fragen nach bisherigen Aufenthalten in der Schweiz falsch beantwortete, erfüllte sie den objektiven Tatbestand der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG.

3.7.4. Weiter ist unbestritten, dass die Beschuldigte im Gesuch um Einreisebewilligung (Antrag auf Erteilung eines Visums für den langfristigen Aufenthalt) an keiner Stelle angab, früher den Familiennamen A1._____ getragen zu haben oder darauf hinwies, dass gegen sie ein Einreiseverbot besteht (vgl. Urk. 4/1). Die Beschuldigte führte dazu in den Einvernahmen aus, sie habe im Formular nirgendwo geschrieben, dass sie eine Einreisesperre habe, weil dazu keine Frage gestellt worden sei. Sie habe nicht gewusst, dass sie dies angeben müsse. Sie habe alles richtigmachen wollen und habe sich auch bei der Gemeinde angemeldet. Ausserdem habe sie gedacht, mit ihrem Namen und dem Geburtsdatum sei alles sofort ersichtlich (Urk. 2/1 S. 3). Auch ihr Anwalt aus Serbien habe ihr gesagt, sie müsse nicht eine Kopie der Einreisesperre mitgeben oder das Migrationsamt danach fragen, was mit der Einreisesperre sei, das würde das Migrationsamt automatisch sehen (Urk. 2/2 S. 2 und S. 4). Sie wisse nicht, wieso sie den Namen A1._____ hätte angeben sollen, denn es sei weder ihr jetziger Name noch ihr Mädchenna-me, und es sei nicht danach gefragt worden (Urk. 2/2 S. 3; Prot. I S. 11).

3.7.5. Im Gesuch um Einreisebewilligung füllte die Beschuldigte den Familiennamen (A._____), den Familiennamen bei der Geburt (A2._____) und den Vornamen (A._____) aus. Weiter musste sie unter anderem das Geburtsdatum und den Geburtsort angeben. Nach weiteren (früheren) Namen oder nach dem Bestehen eines allfälligen Einreiseverbots wurde nicht gefragt (Urk. 4/1). Der Beschuldigten wird diesbezüglich nicht vorgeworfen, falsche Angaben gemacht, sondern wesentliche Tatsachen verschwiegen zu haben. Um den objektiven Tatbestand von Art. 118 Abs. 1 AuG infolge Täuschung durch Unterlassen zu erfüllen, ist aber, wie bereits erwähnt, eine gesetzliche Mitwirkungspflicht vorausgesetzt, die eine Garantenstellung schafft.

3.7.6. Eine gesetzliche Mitwirkungspflicht ist in Art. 90 AuG erwähnt. Dort wird festgehalten, dass Ausländerinnen und Ausländer verpflichtet sind, an der Feststellung des für die Anwendung des AuG massgebenden Sachverhalts mitzuwirken und insbesondere zutreffende und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentlichen Tatsachen zu machen. Die Gesuchsteller sind zwar gehalten, die Behörden von sich aus über Sachverhalte zu informieren, die für den Bewilligungsentscheid von Bedeutung sein können. Die Anforderungen an diese Mitteilungspflicht dürfen indessen nicht überdehnt werden. Namentlich darf nicht ohne Weiteres eine Täuschungsabsicht unterstellt werden, wenn Tatsachen "verschwiegen" werden, die für den Bewilligungsentscheid nicht offensichtlich von wesentlicher Bedeutung sind bzw. so weit zurückliegen, dass ihre Offenbarung für den Betroffenen im Zeitpunkt des Bewilligungsverfahrens nicht auf der Hand lag (Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, OF-Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, AuG 90 N 1 f.).

3.7.7. Sowohl beim früheren Familienamen (A1._____) als auch beim Umstand, dass gegen die Beschuldigte ein Einreiseverbot vorlag, handelt es sich indessen um wesentliche Tatsachen, die für den Bewilligungsentscheid von wesentlicher Bedeutung sind. Das Einreiseverbot lautete auf den Namen A1._____ (vgl. Urk. 3), weshalb die Migrationsbehörde bei Kenntnis dieses Namens auf das Einreiseverbot gestossen wäre. Hätte die Beschuldigte sodann angegeben, dass ein Einreiseverbot gegen sie besteht, hätte die Migrationsbehörde keine Einreisebewilligung erteilt. Da sich das Migrationsamt durch das Verschweigen dieser wesentlichen Tatsachen in einem Irrtum befand, stellte es die Einreisebewilligung dennoch aus. Bezüglich der Angabe dieser Tatsachen lag eine Mitwirkungspflicht der Beschuldigten vor, die für sie eine Garantenstellung schaffte. Die Beschuldigte verschwieg diese Angaben im Bewilligungsverfahren in Täuschungsabsicht, weshalb sie sich auch diesbezüglich der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG schuldig gemacht hat.

3.7.8. Schliesslich ist auch die Voraussetzung des in der Literatur geforderten Motivationszusammenhangs zwischen dem Verhalten der Beschuldigten und dem Handeln der Behörden erfüllt. Durch ihr täuschendes Verhalten (Falschan-

gabe bezüglich des Aufenthalts und Unterlassen der Angaben betreffend den früheren Nachnamen und das Bestehens des Einreiseverbots) wurde das Migrationsamt nicht veranlasst, weitere Abklärungen zu treffen und stellte die Einreisebewilligung aus. Dass das Migrationsamt in Kenntnis der wahren Tatsachen, d.h. insbesondere des Einreiseverbots keine Ermächtigung zur Visumerteilung ausgestellt hätte, ist offensichtlich, denn das Vorliegen eines Einreiseverbots führt normalerweise zur Verweigerung einer Einreisebewilligung.

3.8. Was den subjektiven Tatbestand betrifft, so muss sich der Vorsatz auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen, also sowohl auf das motivierende Verhalten als auch auf den Irrtum und die damit in einem Motivationszusammenhang stehende Erteilung oder Nichtentziehung der Bewilligung. Eventualvorsatz genügt (Vetterli/D'Addario Di Paolo, a.a.O., Art. 118 N 9).

Das Verhalten der Beschuldigten lässt darauf schliessen, dass sie das Migrationsamt vorsätzlich täuschte und damit vorsätzlich in einen Irrtum versetzte und dadurch vorsätzlich eine Bewilligung erschlich, um in die Schweiz einreisen zu können.

3.9. Zusammenfassend hat sich die Beschuldigte der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG schuldig gemacht, weshalb sie dementsprechend zu bestrafen ist.

4. Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt

4.1. Der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG macht sich strafbar, wer Einreisevorschriften nach Art. 5 AuG verletzt. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG dürfen Ausländerinnen und Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, nicht von einer Fernhaltemassnahme betroffen sein. Den Tatbestand des rechtswidriger Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts in der Schweiz aufhält.

4.2. Die Vorinstanz sprach die Beschuldigte von diesen Vorwürfen frei, da ihr eine fehlerhafte, aber rechtsverbindliche Einreisebewilligung erteilt worden sei (Urk. 29 S. 4 und S. 9).

4.2.1. Die Staatsanwaltschaft macht zusammenfassend geltend, dass eine fehlerhafte Verfügung der zuständigen Behörde gegenüber dem unterworfenen Bürger trotzdem die verfügte Wirkung entfalte, sei Ausfluss des allgemein anerkannten verwaltungsrechtlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes. Dieser könne jedoch nicht unbegrenzt gelten. So dürfe widersprüchliches oder rechtsmissbräuchliches Verhalten oder Handeln des Bürgers keinen Rechtsschutz finden und müsse zum Wegfall des Vertrauensschutzes führen. Das Verhalten der Beschuldigten sei klar rechtsmissbräuchlich. Trotz bestehendem Einreiseverbot eine Einreiseerlaubnis unter anderem Namen zu beantragen, unter Verschweigen des Einreiseverbots und des vormaligen Namens und unter unwahrer Angabe, sich vorgängig nicht in der Schweiz aufgehalten zu haben, sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Schutz. Es müsse vorliegend nicht von einer fehlerhaften, sondern von einer erschlichenen Einreisebewilligung gesprochen werden, welche das gültige und bestehende Einreiseverbot nicht umzustossen vermöge. Deshalb könne weder die erfolgte Einreise noch der Aufenthalt der Beschuldigten in die bzw. in der Schweiz rechtmässig sein (Urk. 32 S. 3 f.).

4.2.2. Die Verteidigung entgegnete in ihrer Berufungsantwort, dass es sich bei der Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 4. Oktober 2016 um eine rechtsverbindliche Verfügung handle, weshalb die Beschuldigte gestützt darauf trotz Einreisesperre rechtmässig in die Schweiz eingereist sei und sich somit auch rechtmässig in der Schweiz aufgehalten habe. Es fehle deshalb bereits an den objektiven Tatbestandsmerkmalen der rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Aufenthalts. Selbst wenn die Beschuldigte die Einreisebewilligung durch falsche Angaben oder Verheimlichung wesentlicher Tatsachen erschlichen hätte, was bestritten werde, so wäre ihr Aufenthalt in der Schweiz nicht rechtswidrig gewesen, denn die rechtsverbindlich verfügte Einreise- und Aufenthaltserlaubnis sei bis zum Gerichtsverfahren vor Vorinstanz nicht widerrufen worden (Urk. 46 S. 6 f.). Auch in subjektiver Hinsicht sei der Tatbestand nicht erfüllt,

denn die Beschuldigte habe alles unternommen, um auf legalem Weg in die Schweiz zu ihrem in C._____ wohnhaften Ehemann einzureisen und habe sich insbesondere bei einem auf europäisches Migrationsrecht spezialisierten Rechtsanwalt in Serbien und bei der schweizerischen Botschaft in Belgrad über das richtige Vorgehen informiert (Urk. 46 S. 8).

4.3. Wie bereits erwähnt, darf eine ausländische Person, die in die Schweiz einreisen will, nicht von einer Fernhaltemassnahme (z.B. Einreiseverbot nach Art. 67 AuG) betroffen sein. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass diese Tatvariante faktisch nur Anwendung finden könne, wenn keine Visums- bzw. Bewilligungspflicht bestehe. Denn diesfalls würden die Einreisevoraussetzungen und damit auch das allfällige Vorliegen einer Fernhaltemassnahme der vorgängigen Kontrolle durch die Behörde unterliegen. Erteile diese trotzdem ein Visum bzw. eine Bewilligung, dürfe aufgrund der rechtsverbindlichen (fehlerhaften) Verfügung die Einreise nicht als rechtswidrig erachtet werden. Im Fall einer Täuschung durch die ausländische Person könne sich allenfalls eine Strafbarkeit nach Art. 118 AuG ergeben (Vetterli/D'Addario Di Paolo, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 115 N 5 und 6). Weiter wird in der Literatur festgehalten, dass dadurch, dass eine Bewilligung durch falsche Angaben oder Verheimlichung wesentlicher Tatsachen erschlichen worden sei, der Aufenthalt nicht rechtswidrig werde (Vetterli/D'Addario Di Paolo, a.a.O., Art. 115 N 24).

4.4. Die Verteidigung stützt sich in ihrer Berufungserklärung auf diese Lehrmeinung und auch die Vorinstanz folgte in ihrem Urteil dieser Ansicht.

4.5. Die Beschuldigte war unbestrittenermassen von einer Fernhaltemassnahme betroffen. Für die Einreise und den Aufenthalt in der Schweiz bestand zwar eine Visums- und Bewilligungspflicht, d.h. das kantonale Migrationsamt musste eine Bewilligung für die Erteilung des Visums Typ D erteilen, bevor die Schweizer Vertretung in Belgrad das Visum ausstellen konnte und prüfte deshalb die Einreisevoraussetzungen. Bei der Verfügung des Migrationsamt des Kantons Zürich vom 4. Oktober 2016, mit welchem dieses die Ermächtigung zur Visumerteilung (Einreiseerlaubnis) erteilte, handelt es sich aber um eine zwar formell rich-

tige, aber fehlerhafte, da erschlichene Verfügung, gestützt auf welche dann das Visum ausgestellt wurde.

4.5.1. Entgegen der Auffassung der oben erwähnten Lehrmeinung, kommt der Grundsatz des Vertrauensschutzes hier nicht zum Tragen. Die Beschuldigte wusste, dass die Verfügung aufgrund eines Irrtums erteilt worden war und sie keine Einreisebewilligung erhalten hätte, wenn sie die Migrationsbehörden von ihrem Einreiseverbot in Kenntnis gesetzt hätte. Dass dieses nach wie vor Bestand hatte, wusste sie ebenfalls. Die Verfügung wurde zwar von der dafür zuständigen Behörde ausgestellt und war objektiv gesehen genügend bestimmt, um sich als Vertrauensgrundlage zu eignen. Aufgrund ihres Wissen, wonach die Einreisebewilligung durch eine Täuschung zustande gekommen war und dass ein Einreiseverbot bestand, durfte die Beschuldigte nicht gutgläubig davon ausgehen, dass ihre Einreise und ihr Aufenthalt in der Schweiz aufgrund der Verfügung rechtmässig ist. Vielmehr musste sie die Fehlerhaftigkeit der Einreisebewilligung und des darauf gestützten Visums nach Treu und Glauben erkennen.

4.5.2. Die Beschuldigte hatte die Einreisebewilligung und damit das Visum durch Täuschung rechtsmissbräuchlich erlangt, weshalb ihr bezüglich der Einreise und des Aufenthalts in der Schweiz kein Rechtsschutz zuerkannt werden kann. Sie wusste um das Einreiseverbot und handelte durch die Einreise und den Aufenthalt in der Schweiz diesem zuwider. Ihre Einreise in die Schweiz und ihr Aufenthalt in der Schweiz sind daher als rechtswidrig zu werten. Dies ist vergleichbar mit dem Fall, in welchem der Ausländer mit gefälschten Papieren einreist. Auch dort erkennt die Behörde, welche die Einreise bewilligt, die Täuschung nicht. Und obwohl die Behörde den Ausländer mit gefälschten Papieren einreisen lässt, wird die Einreise dadurch nicht rechtmässig, sondern bleibt rechtswidrig und strafbar.

4.5.3. Zusammenfassend hat sich die Beschuldigte der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG und des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gemacht, weshalb sie dementsprechend zu bestrafen ist.

5. Der von der Verteidigung gestellte Beweisantrag, wonach Herr D._____ aus E._____/Serbien vom Obergericht als Zeuge zu befragen sei (Urk. 46 S. 3), erübrigt sich, da dies nichts am Ergebnis ändern würde. Die Beschuldigte selbst hatte Kenntnis von der Einreisesperre und den übrigen wesentlichen Faktoren, welche einer Einreise entgegenstanden. Was Rechtsanwalt D._____ ihr sagte oder empfahl, vermag nichts daran zu ändern, was sie wusste und was sie beim Gesuch um eine Einreisebewilligung hätte angeben müssen.

III. Strafzumessung

1. Das Gesetz sieht für die Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG eine abstrakte Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und für die rechtswidrige Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG sowie den rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor. Aufgrund des sachlichen Zusammenhangs der Täuschung der Behörden und der rechtswidrigen Einreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts, welche alle die Einreise in die Schweiz zum Ziel hatten, erscheint eine gemeinsame, einheitliche Strafzumessung für alle drei Delikte sachgerecht. Dem Strafschärfungsgrund der Deliktsmehrheit ist innerhalb des Strafrahmens strafe erhöhend Rechnung zu tragen.

2. Am 19. Juni 2015 beschloss die Bundesversammlung diverse Änderungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (AS 2016 1249 ff.), welche auf den 1. Januar 2018 in Kraft gesetzt wurden. Die dadurch erfolgte Revision des Sanktionenrechts hat auf die Sanktionsandrohung in Art. 118 Abs. 1 AuG und Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG und die damit einhergehende Möglichkeit der Ausfällung einer Geldstrafe Auswirkung. Denn da die mit der Revision vorgenommenen Änderungen primär den Anwendungsbereich der Geldstrafe betreffen bzw. einschränken (Wegfall des teilbedingten Vollzugs, Verkürzung der maximalen Anzahl Tagessätze auf 180, Festlegung einer Tagessatzuntergrenze) bzw. die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafen (bis sechs Monate) mit sich bringen, was gegenüber dem bisherigen Recht nicht als mildere Massnahmen qualifiziert werden kann (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB), ist im

Folgenden das bisherige mildere Sanktionenrecht auszuwenden. Das alte Recht ist namentlich auch in Bezug auf die Möglichkeit der Ausfällung einer Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe (Art. 41 StGB) milder als das neue Recht.

3. Innerhalb des festgelegten Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts bzw. der schuldhaft verursachte Erfolg. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

3.1. Betreffend die objektive Tatschwere ist hervorzuheben, dass die Beschuldigte das Vertrauen der Migrationsbehörde in die von ihr gemachten Angaben im Gesuch um eine Einreisebewilligung gezielt missbrauchte. Durch ihre Einreise in die Schweiz und den Aufenthalt in der Schweiz setzte sie sich über behördliche Regelungen betreffend Ausländer hinweg, welche die öffentliche Ordnung sowie die innere und äussere Sicherheit des Landes schützen. Durch ihr Verhalten demonstrierte sie eine Gleichgültigkeit und Ignoranz gegenüber dem ihr auferlegten Einreiseverbot. Betreffend die Dauer ihres rechtswidrigen Aufenthalts ist ihr zu Gute zu halten, dass diese nur kurz war. Ihr Verschulden wiegt in objektiver Hinsicht jedoch nicht mehr leicht.

Was die subjektive Tatschwere betrifft, so handelte die Beschuldigte direktvorsätzlich. Zu ihren Gunsten ist zu berücksichtigen, dass das Motiv darin lag, mit ihrem in der Schweiz lebenden Ehemann zusammenleben zu können. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere nicht massgeblich zu

relativieren, weshalb des Verschulden insgesamt als nicht mehr leicht zu qualifizieren ist.

Insgesamt erweist sich eine Einsatzstrafe von 150 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 5 Monaten Freiheitsstrafe als dem Verschulden angemessen.

3.2. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten ist bekannt, dass sie in Serbien geboren und aufgewachsen ist. Sie war schon mehrmals verheiratet und am 11. März 2016 erneut geheiratet, wobei ihr Ehemann in der Schweiz wohnt. Zur Zeit der Befragungen durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz ging sie keiner Arbeit nach und lebte von der Unterstützung durch ihren Ehemann und ihren Vater. Zeitweise arbeitete sie im Möbelgeschäft ihres Vaters. Sie verfügt über eine Berufsausbildung als Bankkauffrau und Altenpflegerin. Sodann ist sie Mutter eines inzwischen 11 oder 12 Jahre alten Kindes (Urk. 2/1 S. 2 ff., Urk. 2/2 S. 5 f., Prot. I S. 7 f.).

3.2.1. Aus der Biographie und den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten ergeben sich keine Anhaltspunkte, die für die Strafzumessung von wesentlicher Bedeutung wären.

3.2.2. Deutlich strafferhöhend wirken sich die Vorstrafen der Beschuldigten aus, dabei insbesondere die einschlägige Vorstrafe. So wurde sie am 16. April 2012 von der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 70.– und einer Busse von Fr. 450.– verurteilt. Am 28. Januar 2014 wurde sie von der Staatsanwaltschaft des Kantons Glarus wegen Fälschung von Ausweisen mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft, und am 30. Januar 2015 erhielt sie vom Untersuchungsamt Uznach wegen Gehilfenschaft zu Diebstahl, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch, Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und gegen das Waffengesetz eine Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu Fr. 30.–, und am 16. April 2015 wurde sie schliesslich von der Staatsanwaltschaft des Kantons Glarus wegen rechtswidriger Einreise zu einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten verurteilt (Urk. 50).

Im Ergebnis führen die Straferhöhungsgründe zu einer Erhöhung der Einsatzstrafe um 30 Tagessätze Geldstrafe bzw. 1 Monat Freiheitsstrafe.

3.3. In Würdigung der massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen bzw. eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten als angemessen.

4. Bei der Wahl der Sanktionsart ist Art. 41 Abs. 1 StGB zu beachten, wie bereits erwähnt in der Fassung bevor das neue Sanktionenrecht am 1. Januar 2018 in Kraft trat. Für die Beschuldigte ist das alte Recht wegen der Untergrenze von weniger als sechs Monaten und da die Hürde zur Aussprechung einer Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe nach neuem Recht tiefer als nach altem Recht ist, milder (Art. 2 Abs. 2 StGB).

4.1. Der Gesetzgeber hatte für Strafen von bis zu sechs Monaten zwar eine gesetzliche Prioritätsordnung zugunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen eingeführt (BGer 6B_204/2009 vom 31. Juli 2009 E. 3.2), wonach eine unbedingte Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten nach der altrechtlichen Regelung nur ausnahmsweise in Frage kommt. Eine solche Freiheitsstrafe ist indessen möglich, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe im Sinne von Art. 42 aStGB nicht gegeben sind und gleichzeitig zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden könnten (BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.2; BGE 134 IV 60 E. 3.1). Das Gesetz verlangt nach altem Recht also eine doppelte negative Prognose, zum einen hinsichtlich künftiger Legalbewährung und zum anderen hinsichtlich der Vollstreckbarkeit alternativer Strafen (BSK StGB I-Mazzucchelli, 3. Aufl. 2013, Art. 41 StGB N 15).

Dabei ist bei der Wahl der Strafart als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz, zu berücksichtigen sind. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 134 IV 97 E. 4.2; BGE 134 IV 82 E. 4.1).

4.2. Betreffend die Prognose der zukünftigen Legalbewährung bzw. die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nach Art. 42 StGB wird auf Ziffer IV nachfolgend und die dortigen Erwägungen zum Vollzug der Strafe verwiesen, wo eine günstige Legalprognose verneint wird.

4.2.1. Bezüglich der Geldstrafe ist grundsätzlich zu fragen, ob diese im Notfall auf dem Betreibungswege erfolgreich vollstreckt werden könnte (vgl. Art. 35 Abs. 3 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 StGB). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass auch bei einem sehr geringen Einkommen nicht ohne Weiteres die Unvollziehbarkeit einer Geldstrafe angenommen werden kann. Der Mittellosigkeit ist vielmehr mit einem entsprechend tiefen Tagessatz Rechnung zu tragen (BGE 134 IV 60 E. 8.4.) Somit bleibt die mögliche Konstellation eines Beschuldigten, der keinen Wohnsitz und kein Vermögen in der Schweiz hat, bei welchem kein oder nicht genug Geld beschlagnahmt werden kann und welcher auch nicht bereit oder imstande ist, sofort genügende Sicherheit zu leisten (Mazzucchelli, a.a.O., Art. 41 StGB N 46).

4.2.2. Die Beschuldigte verfügt über keinen festen Wohnsitz in der Schweiz und hat gemäss eigenen Aussagen auch kein Einkommen oder Vermögen (Urk. 2/1 S. 3 f., Urk. 2/2 S. 5 f., Prot. I S. 9). Bei ihrer Verhaftung am 3. November 2016 wurden CHF 1'000.– sichergestellt (Urk. 5, Urk. 7/1). Weitere Vermögenswerte konnten nicht beschlagnahmt werden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beschuldigte in anderer Form genügende Sicherheit leisten könnte, um die Vollstreckbarkeit einer Geldstrafe gewährleisten zu können. Dabei fällt weiter negativ in Betracht, dass die Beschuldigte mit Strafbefehl des Untersuchungsamtes Uznach vom 30. Januar 2015 ausgefallte Geldstrafe nicht bezahlte, so dass sie in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt und mittels Haft vollzogen wurde (Urk. 7/4, 7/5, 7/7 und 7/8). Damit besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass eine Geldstrafe im Sinne von Art. 41 Abs. 1 aStGB nicht vollzogen werden könnte, weshalb sie als Strafart vorliegend ausser Betracht fällt. Die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit kommt sodann mangels Aufenthalt und Bewilligung zur Erwerbstätigkeit als Strafart nicht in Betracht. Somit bleibt einzig die Freiheitsstrafe als mögliche und zweckdienliche Strafart. Diese lässt sich auch durchaus mit

den Auswirkungen auf die Beschuldigte und ihr soziales Umfeld vereinbaren, lebt sie doch weder in stabilen Verhältnissen noch geht sie einer Arbeit nach.

4.2.3. Die Beschuldigte ist damit mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten zu bestrafen. Eine Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 13. Juli 2017 (mithin eine Verurteilung wegen einer anderen Tat, welche erfolgte, nachdem die Beschuldigte die vorliegend zu beurteilenden Taten begangen hatte) im Sinne von Art. 49 Abs. 2 StGB fällt ausser Betracht, da sie im Strafbefehl mit einer Geldstrafe bestraft wurde (Urk. 50) und eine Zusatzstrafe nur bei gleichartigen Strafen ausgesprochen werden kann (BGE 137 IV 57).

4.3. Die Haft vom 3. bis 7. November 2016 wurde beim Eintritt in den Strafvollzug im Kanton St Gallen (in anderer Sache) an den Vollzug angerechnet, denn gemäss Vollzugsauftrag wurde der Vollzugsbeginn ab dem 3. November 2016 berechnet (Urk. 7/7). Dementsprechend ist die erstandene Haft im vorliegenden Verfahren nicht auch noch an die neu auszufällende Freiheitsstrafe anzurechnen.

IV. Vollzug

Der bedingte Vollzug ist nach Art. 42 Abs. 1 aStGB zu gewähren, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Die vier Vorstrafen der Beschuldigten (Urk. 50) wecken erhebliche Bedenken an einer günstigen Prognose. Insbesondere der Umstand, dass sie bereits im Jahre 2015 wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz bestraft wurde und trotzdem wiederum rechtswidrig in die Schweiz einreiste, zeigt deutlich ihre Unbelehrbarkeit. Weder die auferlegte Freiheitsstrafe noch die Geldstrafen zeigten eine Wirkung auf ihr Verhalten. Die Beschuldigte liess sich von Vorstrafen offensichtlich nicht beeindrucken und manifestiert damit ihre Gleichgültigkeit gegenüber ihr auferlegten oder drohenden Strafen. Es liegt daher eine ungünstige Prognose vor, weshalb der Vollzug der Strafe anzuordnen ist.

V. Beschlagnahmte Vermögenswerte

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die von der Staatsanwaltschaft mit Verfügung 4. November 2016 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 1'000.– (Urk. 5) in Anwendung von Art. 263 Abs. 1 lit. b und Art. 267 Abs. 3 StPO zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Vorverfahrens (Fr. 1'500.–) und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens der Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

Die Vorinstanz hat aufgrund des Freispruchs keine Entscheidunggebühren festgelegt (Urk. 29 S. 9 und 11). Diese ist zufolge des auszusprechenden Schuldspruchs von der Berufungsinstanz festzusetzen und auf Fr. 1'200.– festzulegen.

2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrem Antrag auf Schuldspruch, wohingegen die Beschuldigte mit ihrem Antrag auf Freispruch unterliegt. Demzufolge sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Beschuldigten aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - der Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG
 - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG sowie
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 6 Monaten Freiheitsstrafe.

3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die von der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland mit Verfügung 4. November 2016 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 1'000.– wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
5. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'500.– Gebühr für das Vorverfahren
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–.
7. Die Kosten des Vorverfahrens und der Gerichtsverfahren beider Instanzen werden der Beschuldigten auferlegt.
8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Staatssekretariat für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabernund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Kasse des Bezirksgerichtes Bülach gemäss Dispositivziffer 4
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.
9. 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
II. Strafkammer

Zürich, 23. Mai 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald