

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220360-O/U/nk-hb

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Ersatzoberrichterin
Dr. Bachmann und Ersatzoberrichterin Dr. Schoder sowie Gerichtsschreiberin MLaw Meier

Urteil vom 28. Februar 2023

in Sachen

A._____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 10. März 2022 (GG210093)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 23. September 2021 (Urk. 24) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 43 S. 42-44)

1. Die Beschuldigte A._____ ist schuldig der Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG in Verbindung mit Art. 5 AIG.
2. Die Beschuldigte A._____ wird vom Vorwurf der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung im Sinne von Art. 117 Abs. 2 AIG freigesprochen.
3. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-- (entsprechend Fr. 1'800.--), wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
4. Die Geldstrafe wird vollzogen.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	1'800.00;	die weiteren Kosten betragen
Fr.	1'100.00	Gebühr Vorverfahren
Fr.	990.85	Entschädigung amtliche Verteidigung Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ für den 17. Dezember 2021 (inkl. Barauslagen und MWST; bereits entschädigt)
Fr.	3'980.85	Total

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.

6. Die Kosten gemäss Dispositivziffer 5 werden der Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Der von der Beschuldigten zu übernehmende Anteil an den Kosten der amtlichen Verteidi-

gung (Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ für den 17. Dezember 2021) wird indes-
dessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung
bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

7. Der Beschuldigten wird eine Entschädigung für die anwaltliche Verteidigung
von Fr. 1'000.-- (inkl. MWST) aus der Gerichtskasse zugesprochen.
8. (Mitteilungen)
9. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung:

(Urk. 57 S. 1 f.)

1. Die Beschuldigte sei vollumfänglich von Schuld und Strafe freizuspre-
chen.
2. Das von der Beschuldigten erstellte DNA-Profil sei unverzüglich zu lö-
schen.
3. Die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen
Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Für die Kosten der erbetenen Verteidigung (zzgl. MwSt.) sei der Be-
schuldigten aus der Staatskasse eine Entschädigung im Umfang der
eingereichten Honorarnote zu entrichten.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland

(Urk. 48 S. 1)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I.

(Verfahrensgang)

1. Das Bezirksgericht Winterthur sprach A._____ mit Urteil vom 10. März 2022 der Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts für schuldig und bestrafte sie mit einer zu vollziehenden Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– (entsprechend Fr. 1'800.–) unter Anrechnung von 2 Tagessätzen resp. 2 Tagen erstandener Haft (Urk. 43). Vom Vorwurf der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung sprach es die Beschuldigte dagegen frei (Urk. 43 S. 42).

Die Beschuldigte liess rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 38) und reichte beim Obergericht des Kantons Zürich rechtzeitig die Berufungserklärung mit den obgenannten Anträgen ein (Urk. 44).

2. Die Staatsanwaltschaft beantragte die Bestätigung des angefochtenen Urteils (Urk. 48 S. 1).
3. Die Berufungsverhandlung fand heute in Anwesenheit der Beschuldigten und ihres Verteidigers statt (Prot. II S. 3 ff.).

II.

(Berufungsumfang und Kognition)

1. Die Beschuldigte beantragte einen vollständigen Freispruch. Sie focht das erstinstanzliche Urteil wie folgt an:

Dispositivziffer 1 (Schuldpruch betreffend Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts), 3 (Geldstrafe), 4 (Vollzug), 6 (Kostenauflage).

Somit sind folgende Dispositivziffern in Rechtskraft erwachsen: Dispositivziffer 2 (Teilfreispruch betreffend Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung), 5 (Kostenfestsetzung), 7 (Entschädigung).

Es ist vorab mit Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich dieser Ziffern in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 437 StPO).

2. Die Berufungsinstanz überprüft das erstinstanzliche Urteil in den angefochtenen Punkten umfassend (Art. 404 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO).

Da die Staatsanwaltschaft auf die Erhebung einer Anschlussberufung verzichtete, darf das angefochtene Urteil nicht zu Ungunsten der Beschuldigten abgeändert werden (Art. 391 Abs. 2 StPO). Massgebend ist einzig das Urteilsdispositiv, nicht die Urteilsbegründungen (BGE 143 IV 469 E. 4; VIKTOR LIEBER, in: Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, Art. 391 N. 10).

3. Die Beschuldigte liess erstmals anlässlich der Berufungsverhandlung für den Fall eines Freispruchs beantragen, das von ihr erstellte DNA-Profil sei zu löschen (Urk. 57 S. 1). In der Berufungserklärung der Beschuldigten fehlt ein entsprechender Antrag (Urk. 44). Da der Gegenstand der Berufung mit der Berufungserklärung fixiert wird und eine spätere Ausdehnung der Berufung ausgeschlossen ist (Urteile des Bundesgerichts 6B_562/2019 vom 27. November 2019 E. 2.1.; 6B_1403/2019 vom 10. Juni 2020 E. 1.3; 6B_492/2018 vom 13. November 2018 E. 2.3, je mit Hinweisen), ist auf den fraglichen Antrag der Beschuldigten nicht einzutreten. Darüber hinaus wurde mit vorinstanzlichem Urteil über das DNA-Profil der Beschuldigten ohnehin nicht explizit entschieden. Als Folge des teilweisen Schuldspruchs war lediglich im Mitteilungssatz vorgesehen, dass das entsprechende Formular "Löschung DNA-Profil und Vernichtung ED-Material" nach Rechtskraft der Koordinationsstelle VOSTRA zugestellt werden soll (vgl. Urk. 43 S. 43).

III.

(Schuldpunkt)

1. In der Anklageschrift wird der Beschuldigten vorgeworfen, einer gewissen B._____, welche sich zwecks Aufnahme einer Arbeit, aber ohne entsprechende Bewilligung in der Schweiz aufgehalten habe, ein Zimmer in der Wohnung ihres Sohnes an der C._____-Strasse ... in D._____ zur Verfügung gestellt zu haben. Die Beschuldigte habe dadurch B._____ den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz erleichtert. Zumindest habe sie dies in Kauf genommen. Mit ihrem Tun habe die Beschuldigte den Tatbestand der Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise oder des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG in Verbindung mit Art. 5 AIG erfüllt (Urk. 24 S. 2-3).
2. Bislang blieb unbestritten, dass sich B._____ vom 4. Dezember 2020 bis zu ihrer Verhaftung am 16. Dezember 2020 in der Wohnung des Sohnes der Beschuldigten aufhielt, sich zwecks Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, d.h. zur Erbringung entgeltlicher sexueller Dienstleistungen, in die Schweiz begab und über keine entsprechende Bewilligung verfügte (Urk. 43 S. 22). An der Berufungsverhandlung liess die Beschuldigte allerdings bestreiten, dass B._____ sich *zwecks Aufnahme einer Erwerbstätigkeit* in der Schweiz aufhielt (Urk. 57 S. 4 f.). Nicht mehr bestritten ist auch, dass die Beschuldigte bei der Frage, wer sich in der Wohnung ihres Sohnes aufhalten durfte, über ein Mitspracherecht verfügte (Urk. 43 S. 22-23) und dass sie nach Erhalt einer entsprechenden Mitteilung ihrer Kollegin E._____ zumindest duldete, dass B._____ in der besagten Wohnung untergebracht wurde (Urk. 43 S. 24).

Indessen liess die Beschuldigte an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung durch ihre Verteidigerin vorbringen, aufgrund des auf wenige Tage beschränkten Aufenthalts von B._____ in der Wohnung ihres Sohnes könne nicht von einer Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts im tatbestandsmässigen Sinne gesprochen werden. B._____ habe in der besagten Wohnung auch gar keine Sexarbeit geleistet. Es gebe daher keinen "Sinn-

bezug" zur rechtswidrigen Beschäftigung, da ein Obdach für die menschliche Existenz notwendig sei. Zudem habe die Beschuldigte geglaubt, B._____ sei als Touristin in die Schweiz gekommen, um Urlaub zu machen. Sie habe den rechtswidrigen Aufenthalt B._____'s in der Schweiz keineswegs erleichtern wollen (Urk. 35 S. 11-13). Im Berufungsverfahren liess die Beschuldigte dies teilweise wiederholen und sodann anführen, es sei auch nicht so, dass B._____ von Anfang an geplant habe, nicht nur wenige Tage, sondern mindestens für mehrere Wochen, wenn nicht gar Monate zu bleiben. Zudem liess sie bestreiten, dass sie sich in besagtem Zeitraum oft und auch für längere Zeit in der Wohnung an der C._____-Strasse ... aufhielt. Sie sei damals meist in Österreich gewesen (Urk. 57 S. 6 f.). Sie habe zudem lediglich zur Kenntnis genommen, dass die beiden Freundinnen von E._____ bei dieser in der Wohnung gewohnt hätten. Sie habe die Unterbringung weder explizit erlaubt noch stillschweigend Ihre Zustimmung hierfür erteilt. Das sei auch nicht nötig gewesen, da sie mit dieser Wohnung nichts zu tun gehabt habe (Urk. 57 S. 7 ff.). Dass sie sich ab und an mit B._____ in der Wohnung aufgehalten habe, genüge nicht, um den objektiven Tatbestand der Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts zu erfüllen (Urk. 57 S. 9).

3.

- 3.1 Wer im In- oder Ausland einer Ausländerin oder einem Ausländer die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz erleichtert oder vorbereiten hilft, macht sich nach den Vorgaben von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG strafbar. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, kommt nur die Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz in Betracht. Der Anklagesachverhalt ist auf diese Tatbestandsvariante beschränkt.

Nach Lehre und Rechtsprechung zu Art. 116 AIG ist nicht jede Gefälligkeit zugunsten eines illegal anwesenden Ausländers von dieser Strafnorm erfasst, selbst wenn die gefälligkeitserweisende Person um die illegale Anwesenheit weiss. Strafbar sind nur Handlungen, mit denen der Täter den Erlass

oder den Vollzug von Verfügungen gegenüber der sich rechtswidrig in der Schweiz aufhaltenden Person erschwert bzw. die Möglichkeit des Zugriffs der Behörden auf diese einschränkt (BGE 130 IV 77 E. 2.3.2).

Nicht strafbar ist daher etwa die medizinische Betreuung oder die rechtliche Beratung von Sans-Papiers (ANDREAS ZÜND, Migrationsrecht - Kommentar zum Ausländer- und Integrationsgesetz [AIG], 5. Aufl. 2019, Art. 116 N. 2 m.H.). Auch die Gewährung von Unterkunft nur für wenige Tage wird nicht als Erleichterungshandlung betrachtet, weil behördliche Interventionen dadurch nicht erschwert werden (BGer, Urteile 6B_1368/2019 vom 13.8.20 E. 2.2; 6B_128/2009 vom 17.7.09 E. 2.2; ZÜND, a.a.O., Art. 116 N. 2). Als tatbestandsmässig gilt dagegen das Vermieten von Wohnraum an illegal anwesende Ausländer oder deren Beherbergung für eine längere Dauer, weil eine Unterkunft dazu dient, sich dem Zugriff der Behörden zu entziehen (BGE 130 IV 77 E. 2.3.2).

Der Tatbestand von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG kann auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben erfüllt werden, wie etwa durch eine stillschweigende Duldung des längeren Aufenthalts einer illegal anwesenden Person in einer Wohnung, über die der Täter verfügen und das Hausrecht ausüben kann (Art. 11 Abs. 1 StGB).

- 3.2 Gemäss den Aussagen der Beschuldigten sei sie von E._____ darüber informiert worden, dass diese eine Freundin - gemeint war B._____ - in der Wohnung an der C._____ -Strasse unterbringe. Sie habe dies toleriert, weil E._____ eine Freundin sei. Die Beschuldigte bestritt lediglich, von E._____ vorgängig gefragt worden zu sein und ihre Zustimmung gegeben zu haben (Prot. I S. 16). Wie dargelegt, kann der Tatbestand von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben erfüllt werden, namentlich durch das Dulden einer auf längere Zeit angelegten Unterbringung einer illegal anwesenden Person in einer Wohnung, über die man verfügen kann. Die Frage, ob die Beschuldigte der Unterbringung von B._____ in der besagten Wohnung explizit zustimmte oder den Aufenthalt ohne Widerspruch tolerierte, kann daher offen bleiben.

Weder in den Einvernahmen noch in der gerichtlichen Befragung machte die Beschuldigte je geltend, dass sie den Verbleib B.____s in der besagten Wohnung auf eine bestimmte Dauer befristet hätte. Dass der Aufenthalt B.____s in dieser Wohnung tatsächlich nur wenige Tage andauerte, war denn auch allein dem Umstand geschuldet, dass diese verhaftet wurde. Es kann daher nicht gesagt werden, die Beschuldigte habe die Wohnung ihres Sohnes nur für wenige Tage zur Verfügung gestellt, was straflos wäre.

Indem die Beschuldigte zumindest duldete, dass E.____ der besagten B.____ in der Wohnung an der C.____-Strasse bis auf weiteres ein Zimmer zur Verfügung stellte, erfüllte sie den objektiven Tatbestand von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG.

4. Die Beschuldigte stritt ab, dass sie B.____ den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz habe erleichtern *wollen*, mit anderen Worten vorsätzlich oder eventualvorsätzlich gehandelt habe. Im Dezember 2020 habe ihr E.____ mitgeteilt, dass sie von einer Freundin aus Tschechien besucht werde und sie mit dieser Freundin eventuell einmal in der Wohnung an der C.____-Strasse sein werde, um zu kochen. Sie, die Beschuldigte, habe diese Freundin - gemeint war B.____ - nicht gekannt. Sie habe E.____ geglaubt und gemeint, B.____ sei tatsächlich eine Touristin, die in der Schweiz Urlaub habe machen wollen (Urk. 35 S. 2-7 und S. 12-13).
5. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sog. innere Tatsachen und ist somit Tatfrage (BGE 141 IV 369 E. 6.3). Das Gericht hat Sachverhaltsfragen durch Beweiswürdigung zu erstellen. Die Vorinstanz legte die allgemeinen Grundsätze der Beweiswürdigung zutreffend dar (Urk. 43 S. 5-8). Auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz ist zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO).
6.
 - 6.1 Die Beschuldigte gab in der polizeilichen Befragung (Urk. 2) und der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme (Urk. 15) an, dass sie das Erotik-

Etablissement "F._____" an der G._____-Strasse ... in D._____ betrieben und dieses Etablissement im Jahr 2019 an H._____, genannt E._____, "vermietet" habe (Urk. 2 F/A 10-11; Urk. 15 F/A 7). E._____ sei nun Geschäftsführerin (Urk. 2 F/A 17; Urk. 15 F/A 8; vgl. auch Prot. II S. 9). Sie selber sei umsatzbeteiligt (Urk. 2 F/A 13-14; Urk. 15 F/A 10). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bestätigte sie diese Angaben (Prot. I S. 9, 10).

Als das F._____ wegen der Covid-19-Pandemie habe schliessen müssen, habe E._____ in der Wohnung ihres Sohnes an der C._____-Strasse gewohnt (Urk. 2 F/A 26). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bestätigte die Beschuldigte, dass sie von E._____ gefragt worden und sie damit einverstanden gewesen sei, dass diese dort wohne (Prot. I S. 15).

In der polizeilichen Befragung sagte sie weiter aus, es hätten dort auch noch zwei Freundinnen von E._____ gewohnt. Deren Namen kenne sie nicht (Urk. 2 F/A 27-28). Es handle sich um zwei Touristinnen. Die Damen seien aus Tschechien gekommen, weil sie dort infolge des pandemiebedingten Lockdowns nichts zu tun gehabt hätten. Sie habe von E._____ gehört, dass sie in einem Restaurant gearbeitet hätten. Die beiden Damen seien vor ein paar Tagen angekommen (Urk. 2 F/A 32-34). Die Frau, die bei der Wohnortkontrolle angetroffen worden sei, sei eine Freundin von E._____ und komme aus derselben chinesischen Stadt wie diese (Urk. 2 F/A 30 und 39). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bestätigte die Beschuldigte zu wissen, dass B._____ aus China stamme und mit E._____ aufgewachsen sei (Prot. I S. 17). An der Berufungsverhandlung hielt sie lediglich fest, diese Frau nicht zu kennen. E._____ kenne sie (Prot. II S. 13).

Laut ihrer Aussage in der polizeilichen Befragung habe die Beschuldigte "okay" dazu gesagt, dass die beiden Freundinnen in der Wohnung an der C._____-Strasse wohnen könnten (Urk. 2 F/A 96). In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme änderte die Beschuldigte ihre Aussage. Sie sprach nicht mehr von ihrem Einverständnis, sondern gab an, E._____ habe ihr am 10. Dezember 2020 mitgeteilt, dass sie eine Bekannte in die Wohnung ge-

bracht habe, die keinen Ort zum Übernachten gehabt habe. Sie kenne diese drei Frauen nicht. E._____ habe sie in der Wohnung übernachten lassen (Urk. 15 F/A 55). Es sei E._____ gewesen, die der Frau erlaubt habe, dort zu übernachten. E._____ habe ihr davon erzählt. Mehr wisse sie nicht (Urk. 15 F/A 57). E._____ sei eine gute Freundin. Wenn E._____ jemanden bei sich übernachten lasse, könne sie nicht nein sagen (Urk. 15 F/A 58). E._____ habe alles organisiert. Sie selbst habe nichts damit zu tun (Urk. 15 F/A 67). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bestätigte die Beschuldigte, das E._____ ihr lediglich mitgeteilt habe, dass sie Freundinnen in der Wohnung unterbringe. E._____ habe sie nicht um ihr Einverständnis gebeten (Prot. I S. 16).

In der polizeilichen Einvernahme sagte die Beschuldigte aus, sie selbst wohne seit fünf bis sechs Monaten ebenfalls in der Wohnung ihres Sohnes (Urk. 2 F/A 19). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gab sie dagegen an, sie könne sich nicht mehr daran erinnern, ob sie in der Zeitspanne vom 4. bis zum 16. Dezember 2020 in der Wohnung gewesen sei (Prot. I S. 15). Sie kenne B._____ nicht und habe diese nie gesehen (Prot. I S. 15-16).

- 6.2 Anhand der Aussagen der Beschuldigten ist erstellt, dass die Beschuldigte wusste, dass E._____ in der Wohnung ihres Sohnes asiatisch-stämmige Frauen unterbrachte. Insbesondere wusste die Beschuldigte, dass B._____ aus derselben chinesischen Stadt wie E._____ stammt, mithin asiatischer Herkunft ist. Sie wusste auch, dass B._____ in Tschechien in einem Restaurant gearbeitet hatte, das infolge der Covid-19-Pandemie schliessen musste, und dass sich B._____ aus diesem Grund in die Schweiz begeben hatte.

Die Beschuldigte hielt sich im relevanten Zeitraum ebenfalls in der Wohnung des Sohnes auf. Anlässlich der Verhaftung von B._____ wurde die Beschuldigte dort im Bett angetroffen (Urk. 9/1 S. 2). Ihre Aussage, B._____ nicht zu kennen und sie nie gesehen zu haben, ist nicht glaubhaft.

Ebenso wenig ist glaubhaft, dass die Beschuldigte gemeint habe, B._____ sei als Touristin für Ferien in die Schweiz gekommen. E._____ war Ge-

schäftsführerin eines Erotik-Etablissements, das asiatisch-stämmige Frauen beschäftigte. B._____ hielt sich in der Schweiz auf, weil sie ihre Arbeitsstelle in Tschechien verloren hatte. Vor diesem Hintergrund schloss die Vorinstanz zu Recht, dass die Beschuldigte erkannte, dass B._____ zwecks Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im "F._____" in die Schweiz eingereist sein könnte, obschon sie über keine entsprechende Bewilligung verfügte. Indem die Beschuldigte keine Abklärungen traf, sondern B._____ in der Wohnung ihres Sohnes wohnen liess, nahm sie die Erleichterung des illegalen Aufenthalts von B._____ zumindest in Kauf. Die Beschuldigte ist mehrfach einschlägig vorbestraft, welcher Umstand die Schlussfolgerung der Vorinstanz zusätzlich stützt, dass die Beschuldigte die Möglichkeit des rechtswidrigen Aufenthalts von B._____ erkannte und den Gesetzesbruch in Kauf nahm. Die Beschuldigte handelte zumindest mit Eventualvorsatz.

7. Somit erfüllte die Beschuldigte den Tatbestand des Erleichterns des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht. Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe liegen nicht vor und wurden auch nicht geltend gemacht. Die Beschuldigte ist folglich wegen Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz im Sinne von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG schuldig zu sprechen.

IV.

(Strafzumessung)

1. Die Vorinstanz legte die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung zutreffend dar. Darauf ist zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Für Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG in Verbindung mit Art. 5 AIG sieht das Gesetz eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor.

2.

2.1 Die objektive Tatschwere ist als sehr leicht einzustufen. Die Beschuldigte verfolgte keinen Plan und ging nicht raffiniert vor. Zudem ist nicht anzunehmen, dass es die Beschuldigte war, die den illegalen Aufenthalt B.____s organisierte. Jedenfalls lassen die Aussagen B.____s diesen Schluss nicht zu (vgl. Urk. 4 F/A 38, 51, 53).

2.2 Die Beschuldigte verdiente an der Beherbergung B.____s zwar nicht direkt, jedoch unterstützte sie indirekt den Betrieb des "F.____", indem sie B.____ den Aufenthalt in der Schweiz erleichterte. Die Beschuldigte war am Umsatz dieses Etablissements beteiligt. Ihr Tun war letztendlich auf eigene finanzielle Interessen zurückzuführen. Das Tatmotiv war rein egoistisch. Verschuldensreduzierend wirkt sich aber der Umstand aus, dass die Beschuldigte nur eventualvorsätzlich handelte. Die subjektive Tatschwere ist deshalb als leicht einzustufen.

In Anbetracht des insgesamt leichten Tatverschuldens erscheint eine Strafe von 40 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 40 Tagen Freiheitsstrafe als angemessen.

2.3 Die Beschuldigte wuchs in China auf. Dort schloss sie eine Coiffeur- bzw. Kosmetikausbildung ab und eröffnete dann ein eigenes Kosmetikstudio. Sie ist in dritter Ehe mit einem Chinesen verheiratet und hat drei Kinder. Gemäss dem von ihr eingereichten Datenerfassungsblatt lebt sie von ihrem Ehemann getrennt. Anlässlich der Berufungsverhandlung wollte sie zu ihrem Zivilstand jedoch keine Angaben machen. In China hat sie noch einen Bruder, zu dem sie jedoch keinen Kontakt habe. Im Jahr 1999 zog sie nach Wien und bot dort sexuelle Dienstleistungen an. Im Jahr 2008 oder 2009 zog die Beschuldigte in die Schweiz. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass sich insoweit aus den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten nichts ergibt, das sich auf das Strafmass auswirken könnte.

Deutlich strafferhöhend wirken sich aber die einschlägigen Vorstrafen aus. Die Beschuldigte zeigte auch im vorliegenden Strafverfahren weder Einsicht noch Reue. Es ist deshalb angemessen, die Strafe um 20 Tagessätze bzw. 20 Tage Freiheitsstrafe zu erhöhen.

Unter Berücksichtigung des leichten Tatverschuldens und der Täterkomponenten ist die Strafe auf 60 Tagessätze Geldstrafe bzw. 2 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen. Die erstandene Haft von 2 Tagen ist auf die Strafe anzurechnen.

- 2.4 Die Vorinstanz bestrafte die Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen, welche Strafe weniger einschneidend ist als eine Freiheitsstrafe von 2 Monaten. Den Tagessatz der Geldstrafe legte sie auf den Mindestbetrag von Fr. 30.– fest. Wegen des Verschlechterungsverbots ist eine andere Strafart nicht in Betracht zu ziehen.

Ein Tagessatz beträgt gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB in der Regel mindestens Fr. 30.– und höchstens Fr. 3'000.–. Ausnahmsweise, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten, kann der Tagessatz bis auf Fr. 10.– gesenkt werden. Das Gericht bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Urteilszeitpunkt. Damit ist das Urteil der letzten Tatsacheninstanz gemeint, d.h. jene Instanz, vor welcher neue Tatsachen noch berücksichtigt werden können (ANNETTE DOLGE, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER [HRSG.], Basler Kommentar StGB, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 34 N 50). Das Berufungsgericht kann aufgrund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten, eine strengere Bestrafung ausfällen, selbst wenn das Rechtsmittel nur zu Gunsten der beschuldigten Person ergriffen worden ist. Ob solche Tatsachen vor oder nach dem erstinstanzlichen Urteil eingetreten sind, ist unerheblich. Die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zur Bemessung der Höhe des Tagessatzes nach Art. 34 Abs. 2 Satz 3 StGB können solche Tatsachen sein (vgl. BGE 144 IV 198 E. 5.3 f.). Macht der Täter keine oder unglaubhafte Aussagen zu seinen Einkommensverhältnissen und sind die behördlichen Auskünfte dazu (Art. 34 Abs. 3 StGB) uner-

giebig, ist auf ein hypothetisches Einkommen abzustellen, das sich am geschätzten Lebensaufwand orientiert (BGE 134 IV 60 E.6.1 in fine).

- 2.5 Zu ihren aktuellen finanziellen Verhältnissen hielt die Beschuldigte an der Berufungsverhandlung fest, ihre Wohnkosten seien unbestimmt. Diese würden manchmal mehr, manchmal weniger betragen. Sodann gab sie auf weiteres Befragen dazu an, im Moment verdiene sie überhaupt kein Geld. Das Geschäft laufe nicht gut. Sie wisse nicht, wie hoch ihre Ausgaben seien. Manchmal gebe sie mehr, manchmal weniger aus. Zum dritten Mal nach ihren Wohnkosten befragt, hielt sie fest, die Miete betrage Fr. 6'125.–. Manchmal lebe sie dort mit drei oder vier anderen Personen. Es gebe vier Zimmer (Prot. II S. 8 f.). Während sie zunächst erklärte, das "F._____" an E._____ vermietet zu haben, hielt sie daraufhin fest, dieses seit zwei Monaten wieder selber zu führen. Der Eigentümer habe ihr gekündigt; sie könne noch bis Juni dort bleiben. Auf die Frage, ob sie die Differenz der mit E._____ vereinbarten Umsatzbeteiligung (Fr. 1'000.– bis Fr. 2'000.– monatlich) zur Miete (Fr. 6'125.– monatlich) selbst bezahle, hielt sie fest, die Leute, die dort arbeiten würden, würden Miete für ihre Zimmer zahlen. Die Wohnung sei auf ihren Namen gemietet worden. Jeder habe etwas bezahlt, und sie habe die Miete jeweils für alle abgegeben. Aktuell decke ihr Verdienst die Lebenskosten. Im Moment verdiene sie kein Geld. Das sei wegen Corona und des Kriegs in der Ukraine nicht möglich. Sie bestätigte, dass ihre Krankenkassenprämie Fr. 250.– betrage. Ihre Schulden bezifferte sie auf Fr. 100'000.–. Darauf angesprochen, dass im Verfahren die Rede davon gewesen sei, dass sie in Österreich ein Haus besitze, erklärte sie, das Objekt mit einem Kredit gekauft zu haben (Prot. II S. 10 ff.).
- 2.6. Die Angaben der Beschuldigten zu ihren finanziellen Verhältnissen waren jeweils eher vage und diffus. Ihre Begründung, weshalb sie aktuell kein Einkommen aufweist, ist nicht plausibel. Dass die Corona Pandemie auf den Geschäftsgang ihres Etablissements noch derart massgeblichen Einfluss hat, leuchtet nicht ein. Ebenso ist unklar, inwiefern der Krieg in der Ukraine sich auf ihr Geschäft in der Schweiz auswirkt. Aus der von ihr eingereichten

provisorischen Steuerrechnung für die direkte Bundessteuer 2019 geht hervor, dass sie dannzumal ein steuerbares Einkommen von Fr. 74'700.– erzielte, was rund Fr. 6'225.– pro Monat ergibt (Urk. 54/4-5).

Anhaltspunkte dafür, dass sich dies im heutigen Zeitpunkt massiv geändert hat, liegen keine vor. Dafür dass sich der Geschäftsgang pandemiebedingt längst erholt hat, sprechen zum einen die von der Beschuldigten eingereichten Mietverträge für zwei weitere Mietobjekte. Bei diesen Mietverträgen handelt es sich um weitere finanzielle Verpflichtungen der Beschuldigten. Für das Objekt in I. _____ [Ort] beträgt der monatliche Mietzins Fr. 1'010.–, für dasjenige in J. _____ [Ort] Fr. 5'000.– (Urk. 54/1-3). Die Beschuldigte hatte hierzu zwar festgehalten, die Mietobjekte an Bekannte weitergegeben zu haben (Prot. II S. 11). Was sie damit konkret meinte bzw. ob sie diese weitervermietet, blieb unklar. Zum anderen weist der Umstand, dass sie das einst an E. _____ übergebene Geschäft "F. _____" wieder selbst übernommen hat, ebenfalls nicht auf eine Verschlechterung des Geschäftsgangs hin. Angesichts der diffusen Angaben zu ihren finanziellen Verhältnissen kann die genaue Höhe des Einkommens der Beschuldigten nicht zuverlässig ermittelt werden, was eine am Lebensaufwand orientierte Schätzung erlauben würde. Bei der dargelegten Ausgangslage ist es gerechtfertigt, weiterhin von einem monatlichen Nettoeinkommen der Beschuldigten von Fr. 6'225.– auszugehen und die Höhe des Tagessatzes entsprechend auf Fr. 100.– festzusetzen. Die Beschuldigte ist somit mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 100.– (entsprechend Fr. 6'000.–) zu bestrafen. Die erstandene Haft von 2 Tagen ist im Umfang von 2 Tagessätzen darauf anzurechnen.

V.

(Vollzug)

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbre-

chen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB).

2. Die Beschuldigte wurde in den vergangenen fünf Jahren zwar nicht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt. Der Vorinstanz ist aber zuzustimmen, dass der Regelfall des bedingten Vollzugs gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB nicht genügen würde, um die durch mehrere einschlägige Vorstrafen belastete Beschuldigte von weiteren Straftaten abzuhalten. Die Geldstrafe von 60 Tagessätzen ist daher zu vollziehen.

VI.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe gemäss den Dispositivziffer 6 zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).
2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigte unterliegt. Demnach sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Beschuldigten aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Antrag der Beschuldigten vom 28. Februar 2023 auf Löschung des DNA-Profiles wird nicht eingetreten.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 10. März 2022 bezüglich der Dispositivziffern 2 (Teilfreispruch), 5 (Kostenfestsetzung) und 7 (Entschädigung) in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
4. Gegen Ziffer 1 dieses Entscheids kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

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

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte A._____ ist schuldig der Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG in Verbindung mit Art. 5 AIG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 100.– (entsprechend Fr. 6'000.–), wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe wird bestätigt (Dispositivziffer 6).
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beschuldigten auferlegt.

7. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Zentrale Inkassostelle der Gerichte, Obergericht des Kantons Zürich, mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 28. Februar 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Meier