

ZH_OBERGERICHT SB190219 vom 26. Mai 2020

ZH Obergericht, 2020-05-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190219

FR: ZH_OBERGERICHT SB190219 du 26 mai 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB190219 del 26 maggio 2020

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte

E. 1.1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 61 S. 5; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 1.2

Mit Urteil vom 27. September 2018 (Urk. 50 [Urteilsdispositiv] = Urk. 61 [begründete Fassung]) erkannte das Bezirksgericht Hinwil (nachfolgend: Vorinstanz) wie eingangs wiedergegeben A._____ (nachfolgend: Beschuldigte) des gewerbsmässigen Menschenhandels im Sinne von Art. 182 Abs. 1 und Abs. 2 StGB und der rechtswidrigen Einreise in die Schweiz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d und Art. 67 AuG für schuldig.

E. 1.3

Das Urteilsdispositiv (Urk. 50) wurde der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) am 8. Oktober 2018, der Beschuldigten bzw. deren amtlicher Verteidiger am 5. Oktober 2018, den Privatklägerinnen bzw. deren unentgeltlichen Rechtsvertreter am 4. Oktober 2018 zugestellt (vgl. Urk. 51). Mit Verfügung vom 30. Oktober 2018 (Urk. 55) teilte die Vorinstanz den Parteien mit, die Beschuldigte habe mit Schreiben vom 5. Oktober 2018 (vgl. Urk. 53) Berufung gegen das Urteil angemeldet. Das Urteil ging der Beschuldigten am 27. Februar 2019 in begründeter Fassung zu (Urk. 58 i.V.m. Urk. 59). Mit Präsidialverfügung vom 15. März 2019 wurden die Akten dem Obergericht überwiesen (Urk. 60 = Urk. 62).

E. 1.4

Mit Eingabe vom 19. März 2019 (Datum Poststempel) reichte die Verteidigung sodann fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 64). Mit Präsidialverfügung vom 10. Mai 2019 wurde den Privatklägerinnen und der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um gegebenenfalls zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde, oder um

- 6 - begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 66). In der Folge teilte die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 1. Juli 2019 mit, dass sie auf Anschlussberufung verzichte und – vorbehältlich allfälliger Anpassungen der Dispositivziffern 2 und 4 im Lichte des Bundesgerichtsentscheides 6B_932/2018 vom 24. Januar 2019 (mittlerweile als BGE 145 IV 146 ff. amtlich publiziert) – die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage (Urk. 68). Die Privatklägerinnen liessen sich innert

Frist nicht vernehmen. Da sich die Staatsanwaltschaft, die Beschuldigte sowie die Privatklägerinnen in der Folge mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden erklärten (Urk. 70-73), ordnete die Kammer mit Präsidialverfügung vom 4. Juli 2019 (Urk. 74) diese an und setzte der Beschuldigten Frist an, um schriftlich die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen sowie letztmals Beweisanträge zu stellen. Dabei wies sie darauf hin, dass insbesondere auch die aktuellen persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Beschuldigten darzulegen seien und die Berufung als zurückgezogen gelte, wenn innert Frist keine schriftliche Eingabe der Beschuldigten eingehe (vgl. a.a.O.). Mit Eingabe vom 9. September 2019 (Urk. 80) ging die Berufungsbegründung der Verteidigung innert erstreckter Frist (vgl. Urk. 75 i.V.m. Urk. 76-79) ein. Mit Präsidialverfügung vom 10. September 2019 (Urk. 82) wurde der Staatsanwaltschaft, den drei Privatklägerinnen sowie der Vorinstanz je eine Kopie bzw. ein Doppel der Berufungsbegründung zugestellt und der Staatsanwaltschaft sowie den drei Privatklägerinnen Frist angesetzt, um schriftlich die Berufungsantwort einzureichen sowie letztmals eigene Beweisanträge zu stellen. Letzteres erfolgte mit dem Hinweis, eine Säumnis gelte als Verzicht und es werde aufgrund der Akten entschieden. Die Vorinstanz erhielt Gelegenheit zur freigestellten Vernehmung innert derselben Frist (vgl. a.a.O.). Mit Eingabe vom 16. September 2019 (Urk. 84) liessen die Privatklägerinnen 1 und 3, B. _____ und C. _____, durch ihre unentgeltliche Rechtsvertreterin Rechtsanwältin Y. _____ eine Berufungsantwort einreichen und keine Beweisanträge stellen. Mit Eingabe vom 12. September 2019 (Urk. 89) verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmung. Die Privatklägerin 2, D. _____, liess durch ihren unentgeltlichen Rechtsvertreter Rechtsanwalt Z. _____ mit Eingabe vom 3. Oktober 2019 (Urk. 91) die Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragen und den Verzicht auf Beweisanträge erklären. Mit

- 7 - Eingabe vom 4. Oktober 2019 (Urk. 94) reichte die Staatsanwaltschaft ihrerseits eine Berufungsantwort ein und verzichtete auf die Stellung von Beweisanträgen. Mit Präsidialverfügung vom 8. Oktober 2019 (Urk. 96) wurden die Berufungsantworten der Staatsanwaltschaft (Urk. 94) sowie der drei Privatklägerinnen (Urk. 84 und Urk. 91) der Beschuldigten zur freigestellten Stellungnahme innert Frist zugestellt und das Beweisverfahren für geschlossen erklärt. Innert erstreckter Frist (vgl. Urk. 100-102) reichte die Verteidigung die Berufungsreplik (Urk. 104) ins Recht. Mit Präsidialverfügung vom 11. Dezember 2019 wurden die Doppel der Berufungsreplik der Verteidigung an die Staatsanwaltschaft und die Privatklägerinnen zur freigestellten Stellungnahme innert Frist übermittelt (Urk. 107). Die Privatklägerinnen 1 und 3 liessen auf eine weitere Stellungnahme verzichten (Urk. 109). Die Staatsanwaltschaft nahm mit Eingabe vom 24. Dezember 2019 (Eingangsdatum) Stellung (Urk. 111). Die Eingaben der Privatklägerinnen 1 und 3 sowie der Staatsanwaltschaft wurden den jeweils übrigen Parteien zugestellt (vgl. Urk. 109 und Urk. 111). Weitere Eingaben sind nicht eingegangen.

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Umfang der Berufung Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt (vgl. SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 402 N 1). Die Beschuldigte beantragt, das angefochtene Urteil sei in den

Dispositiv- ziffern 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 und 16 aufzuheben (vgl. Urk. 64 S. 3). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Anschlussberufung (vgl. Urk. 68) und die Privatklägerinnen liessen sich nicht vernehmen. Somit ist das vorinstanzliche Urteil in den Dispositivziffern 5 (Absehen von Festsetzung Ersatzforderung), 6 (Herausgabe Diktiergerät "Olympus" an die Privatklägerin 2), 7 (Abweisung Antrag Abnahme DNA-Probe und Erstellung DNA-Profil) und 15 (Kostendispositiv und Entschädigung der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Rechtsvertretung) in Rechtskraft erwachsen (Art. 404 Abs. 1 StPO). Im übrigen Umfang steht der angefochtene Entscheid un-

- 8 - ter Beachtung des Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) im Rahmen des Berufungsverfahrens grundsätzlich zur Disposition. Dies ist vorab mit Beschluss festzustellen.

E. 2.2

Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt (Urk. 64, 68, 80, 84, 86, 91, 94).

E. 2.3

Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

E. 2.4

Die aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör fliesende Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, verlangt nicht, dass sich diese mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt; es genügt, wenn der Entscheid – gegebenenfalls – sachgerecht angefochten werden kann. Die Begründung muss daher kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt (vgl. BGE 142 III 433 ff., E. 4.3.2; 141 IV 249 ff., E. 1.3.1; 139 IV 179 ff., E. 2.2; 138 IV 81 ff., E. 2.2; 136 I 184 ff., E. 2.2.1, je mit Hinweisen). Nachfolgend ist daher somit auf die wesentlichen Überlegungen einzugehen.

E. 2.5

Verletzung des Anklagegrundsatzes

E. 2.5.1

Die Verteidigung rügt im Wesentlichen eine Verletzung des Anklageprinzips durch die Vorinstanz in Bezug auf die Anklageziffer V. (Dossier 1) betreffend die Geschädigte †E._____. In diesem Punkt werde der Beschuldigten kein tatbestandsmässiges Verhalten hinsichtlich des Menschenhandels gemäss Art. 182 StGB vorgeworfen: dies zum einen, weil die Anklageschrift offen lasse, ob die Vermittlungsgebühr tatsächlich bezahlt worden sei, und wenn ja, von wem (Urk. 80 S. 3 und S. 7). Und zum anderen, weil die Anklageschrift – im Gegensatz zu den anderen Anklageziffern betreffend die Privatklägerinnen 1-3 – weder einen Vertragsbruch noch eine Notlage behauptete. Es gebe in diesem Sachzusammen-

- 9 - hang keine Vertragsverletzung, die allenfalls eine Notlage der Geschädigten verursacht hätte (vgl. Urk. 104 S. 1 f.).

E. 2.5.2

Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion; Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 9 und Art. 325 StPO; Art. 6 Ziffer 1 und Ziffer 3 lit. a und b EMRK). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (vgl. Art. 350 StPO). 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. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 143 IV 63 ff., E. 2.2; 141 IV 132 ff., E. 3.4.1; 133 IV 235 E. 6.2 f.; je mit Hinweisen). Die beschuldigte Person muss unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Das bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass die betroffene Person genau weiss, welcher konkreten Handlung sie beschuldigt und wie ihr Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit sie sich in ihrer Verteidigung richtig vorbereiten kann. Sie darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (BGE 143 IV 63 ff., E. 2.2; 103 Ia 6 ff., E. 1b je mit Hinweisen). Dies bedingt eine zureichende, d.h. möglichst kurze, aber genaue (Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO) Umschreibung der Sachverhaltselemente, die für eine Subsumtion unter die anwendbaren Straftatbestände erforderlich sind. In Bezug auf den subjektiven Tatbestand sind die Anforderungen an dessen Umschreibung in der Anklageschrift gering (BGE 143 IV 63 ff., E. 2.3 mit Hinweis). Hinsichtlich der Vorsatzelemente genügt grundsätzlich der Hinweis auf den gesetzlichen Straftatbestand im Anschluss an die Darstellung des Sachverhalts als zureichende Umschreibung der subjektiven Merkmale, wenn der betreffende Tatbestand nur vorsätzlich begangen werden kann. Nach langjähriger Rechtsprechung muss indessen klar sein, ob dem beschuldigten Fahrlässigkeit oder vorsätzliche Begehung vorgeworfen wird, denn beide Varianten verlangen durchaus ein unterschiedliches Vorgehen der Vertei-

- 10 - digung (BGE 120 IV 348 ff., E. 3c mit Hinweisen; BGer 6B_638/2019 vom 17. Oktober 2019, E. 1.4.2; 6B_870/2018 vom 29. April 2019, E. 2.3). Die Schilderung des objektiven Tatgeschehens reicht aus, wenn sich daraus die Umstände ergeben, aus denen auf einen vorhandenen Vorsatz geschlossen werden kann (BGer 6B_654/2019 vom 12. März 2020, E. 1.3 mit Verweis auf BGer 6B_638/2019 vom 17. Oktober 2019 E. 1.4.2; 6B_266/2018 vom 18. März 2019 E. 1.2; 6B_510/2016 vom 13. Juli 2017 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 143 IV 483; je mit Hinweisen).

E. 2.5.3

Den gesetzlichen Tatbestand des Menschenhandels erfüllt, wer als Anbieter, Vermittler oder Abnehmer mit einem Menschen Handel treibt zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung, der Ausbeutung seiner Arbeitskraft oder zwecks Entnahme eines Körperorgans. Das Anwerben eines Menschen zu diesen Zwecken ist dem Handel gleichgestellt (vgl. Art. 182 Abs. 1 StGB). Handel im Sinne von Art. 182 StGB betreibt nicht nur, wer verkauft, sondern auch, wer sonstwie eine "Ware" in den Handel bringt. Selbst Täter, welche über Menschen wie über Ware verfügen und so den gehandelten Menschen in ein menschenunwürdiges Ausbeutungsverhältnis bringen, ohne damit ein wirtschaftliches Ziel zu verfolgen, werden vom Tatbestand des Menschenhandels erfasst. Denn das vom Tatbestand erfasste Unrecht liegt darin, dass der Täter eine Machtposition ausnützt und das Selbstbestimmungsrecht des

Opfers verletzt, über das wie über ein Objekt verfügt wird. Mit welchem Motiv oder verfolgten Ziel dies geschieht, ändert daran nichts (vgl. BSK StGB II-DELNON/RÜDY, 4. Aufl. 2018, Art. 182 N 18 und 23 je m.w.H.; BGer 6B_469/2014 vom 4. Dezember 2014, E. 3.3). Der Tatbestand ist erfüllt, wenn der Handel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung oder zur Ausbeutung der Arbeitskraft erfolgt, ohne dass die Ausbeutung tatsächlich eingetreten sein muss. Das heisst, ein über das Handeltreiben hinausgehender Erfolg ist nicht vorausgesetzt. Allerdings schliesst die in Kenntnis der konkreten Sachlage erteilte und ihrem tatsächlichen Willen entsprechende Zustimmung der betroffenen Person einen Menschenhandel aus. Ob diese selbstbestimmt gehandelt hat, ist anhand der konkreten Umstände bzw. nach den so-

- 11 - zialen und wirtschaftlichen Bedingungen, unter denen sich die Betroffenen etwa zur Prostitution entschliessen, zu beurteilen. Erfolgt die Entscheidung aus einer ernsthaften wirtschaftlichen Bedrängnis aufgrund der Armut und den schlechten sozialen Verhältnissen im Heimatland heraus, ist sie nicht freiwillig (vgl. BGer 6B_469/2014, a.a.O., E. 3.4 m.w.H.; 6B_81/2010 vom 29. April 2010, E. 4.2 mit Verweis auf BGE 128 IV 117 ff., E. 4a-c, 5a und c; 126 IV 225 ff., E. 1c und d; OGer ZH SB110601, 19. Juli 2012, S. 93; DONATSCH, StGB/JStG Kommentar, 20. Aufl. 2018, Art. 182 N 3 m.w.H.). Artikel 182 StGB ist ein Vorsatzdelikt. Der Täter muss nicht mit Sicherheit wissen, dass die durch ihn vermittelten Personen für die sexuelle Ausbeutung, die Ausbeutung der Arbeitskraft oder die Organentnahme bestimmt sind. Er muss aber zumindest in Kauf nehmen, dass mit dem Menschenhandel bzw. dem Handeltreiben einer der erfassten Zwecke verfolgt wird (BSK StGB II-DELNON/RÜDY, a.a.O., Art. 182 N 32).

E. 2.5.4

Da der Tatbestand des Menschenhandels gemäss Art. 182 StGB nur vorsätzlich begangen werden kann (Art. 182 StGB i.V.m. Art. 12 Abs. 1 StGB), genügt hinsichtlich der Vorsatzelemente grundsätzlich der Hinweis in der Anklageschrift auf den gesetzlichen Straftatbestand im Anschluss an die Darstellung des Sachverhalts als zureichende Umschreibung der subjektiven Merkmale. Dies ist hier gegeben (vgl. Urk. 22 S. 9). Die Schilderung des objektiven Tatgeschehens ist hingegen nur ausreichend, wenn sich daraus die Umstände ergeben, aus denen auf einen vorhandenen Vorsatz geschlossen werden kann. Dies ist hier nicht der Fall. Die Anklage enthält namentlich keine konkreten Umstände, aus denen geschlossen werden könnte, dass die Beschuldigte zumindest in Kauf genommen hätte, dass das Handeltreiben zum Zwecke der Ausbeutung erfolgt. Es wird einzig umschrieben, die Beschuldigte, welche selbst ca. zwischen 2005/06 bis ca. 2009 in der Schweiz als "Tänzerin" gearbeitet habe, habe gezielt ihre Kontakte zu F.____ von der Tänzerinnen-Agentur G.____, Zürich, genutzt und in der Dominikanischen Republik Frauen rekrutiert, die in finanziellen Schwierigkeiten gesteckt und/oder dort in ärmlichen Verhältnissen gelebt hätten; von diesen habe sie hohe Vermittlungsgebühren in der Grössenordnung von umgerechnet ca.

- 12 - Fr. 3'700.– bis Fr. 4'400.– pro Frau verlangt, wobei ihr bekannt gewesen sei, dass sich die Privatklägerinnen und die Geschädigte zur Zahlung oder Teilzahlung der von ihr verlangten Vermittlungsgebühren hätten verschulden resp. bei Dritten oder bei ihr selber hätten Kredite aufnehmen müssen (vgl. a.a.O., Anklageziffer I.). Was die sexuelle Ausbeutung betrifft, wird diese im Anschluss daran – falls überhaupt – so umschrieben, als F.____ sich nicht an die vertraglichen Abmachungen gehalten und die Geschädigten in die Prostitution gezwungen habe (Dossier 1 Anklageziffer II.8, Anklageziffer III.8,

Anklageziffer IV.7, Anklageziffer V.4). Selbst wenn sich dieser Sachverhalt erstellen liesse, könnte daraus nicht geschlossen werden, dass die Beschuldigte gewusst, gewollt oder mindestens in Kauf genommen haben soll, dass die Vermittlungen zum Zwecke der Ausbeutung erfolgen. Somit vermag der gesamte in der Anklage in den Anklageziffern I.-V. (Dossier 1) geschilderte Sachverhalt keinen Straftatbestand zu erfüllen. Es ist daher bezüglich der Anklageziffern I.-V. (Dossier 1) auf die Anklage nicht einzutreten. Daran ändert nichts, dass dies die Verteidigung nur hinsichtlich Anklageziffer V. explizit so beantragt. Die Rechtsmittelinstanz ist bei ihrer Entscheidung an die Begründungen der Parteien nicht gebunden ist (Art. 391 Abs. 1 lit. a StPO).

E. 2.6

Selbst wenn auf die Anklage hinsichtlich des Vorwurfs des Menschenhandels eingetreten werden könnte, liesse sich der Tatbestand in subjektiver Hinsicht gestützt auf sich bei den Akten befindliche, prozessual verwertbare Beweismittel nicht erstellen. Die Beschuldigte wurde mit sämtlichen Auskunftspersonen nicht konfrontiert. Deren Aussagen sind somit in formeller Hinsicht unter Anwendung von Art. 147 Abs. 4 StPO nicht zulasten der Beschuldigten verwertbar. Aus diesen Aussagen lässt sich ohnehin nichts ableiten, was zu Lasten der Beschuldigten zur Erstellung des subjektiven Tatbestandes beitragen würde, weshalb sich ein Nachholen der unterlassenen Konfrontationseinvernahmen erübrigt. Weiter kann der subjektive Tatbestand auch gestützt auf die übrigen Beweismittel nicht erstellt werden. Namentlich ist für eine Erstellung nicht hinreichend, dass die Beschuldigte auf die Frage, ob sie selber sich in der Schweiz habe prostituieren müssen, angegeben hat, in der Schweiz müsse man einen Freund haben, um wenigstens es-

- 13 - sen zu können (vgl. Urk. 3/1 S. 8 f.). Bei dieser Sachlage wäre die Beschuldigte deshalb vom Vorwurf des Menschenhandels freizusprechen.

E. 3

Materielles

E. 3.1

Rechtswidrige Einreise (Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d und Art. 67 AuG)

E. 3.1.1

Anklagesachverhalt Die Staatsanwaltschaft wirft der Beschuldigten gemäss Anklageschrift vor, zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt vor dem 13. Dezember 2016 – angeblich am Montag, 3. Dezember 2016 oder am Montag, 10. Dezember 2016 – von Italien herkommend, in die Schweiz eingereist zu sein, obwohl sie gewusst habe, dass gegen sie ein vom 10. Juli 2016 bis zum 9. Juli 2018 gültiges Einreiseverbot für die Schweiz bestanden habe. Am 13. Dezember 2016 sei die Beschuldigte in der Raucher-Bar + Lounge "H._____" (vormals H'._____) in I._____, Kanton Glarus, durch Mitarbeiter der Kantonspolizei kontrolliert worden, wobei sich in diesem Zusammenhang herausgestellt habe, dass die Beschuldigte illegal in die Schweiz eingereist sei (vgl. Urk. 22 S. 8 f.).

E. 3.1.2

Vorinstanz Die Vorinstanz erwog hierzu im Wesentlichen, das Einreiseverbot des Staatssekretariates für Migration SEM vom 8. Juli 2016 (Urk. 26/2) sei von der Beschuldigten am 8. Juli 2016 entgegengenommen worden (vgl. Urk. 26/3). Dass dieses Einreiseverbot durch eine eidgenössische Behörde erlassen worden sei, sei un- schwer am

Schweizerkreuz auf der ersten Seite links oben erkennbar. Auch in Schriftform werde verdeutlicht, dass es sich beim Staatssekretariat für Migration um eine Behörde der "Schweizerischen Eidgenossenschaft" bzw. der "Confederazione svizzera" handle, was auch eine Spanisch sprechende Person verstehe. Bei der Beschuldigten habe erst recht vorausgesetzt werden können, dass sie dies verstehe, habe sie doch vorher bereits in mehreren Jahren viele Monate in der Schweiz gelebt. Auch sei fett gedruckt gewesen, dass der Beschuldigten nicht das Betreten des Kantons Zürich, sondern des Gebiets der Schweiz und Lichten-

- 14 - steins verboten werde. Die Verfügung des kantonalen Migrationsamts desselben Datums (Urk. 26/4) beinhalte zwar lediglich eine Wegweisung, aber nota bene auch nicht nur aus dem Kanton Zürich, sondern aus der Schweiz. Da die Beschuldigte trotz des klaren Einreiseverbots in die Schweiz gekommen sei, habe sie vorsätzlich oder zumindest eventualvorsätzlich gehandelt (vgl. Urk. 61 S. 13 f.).

E. 3.1.3

Standpunkt der Verteidigung Die Verteidigung macht geltend, die Erwägungen der Vorinstanz würden allenfalls eine fahrlässige Missachtung der Einreisesperre begründen, nicht aber eine vorsätzliche. Die Beschuldigte habe konsequent geltend gemacht, das Einreiseverbot sei ihr nur in deutscher Sprache ausgehändigt worden und die Freundin, der sie die Papiere zum Lesen gegeben habe, habe gesagt, das Einreiseverbot gelte nur für den Kanton Zürich. Diese Sachverhaltsdarstellung sei nicht widerlegt. Im Gegenteil ergebe sich aus der Wegweisung und dem Einreiseverbot vom 8. Juli 2016, dass es die Zürcher Behörden gewesen seien, die der Beschuldigten die beiden Verfügungen eröffnet hätten. Ausserdem seien die Kenntnisse der Beschuldigten in Staatskunde zu bescheiden, als dass sie dem Briefkopf bzw. dem Schweizerkreuz eine Bedeutung hätte zumessen können. Vielmehr sei der Beschuldigten einzig vorwerfbar, dass sich die Beschuldigte nach Erhalt der Einreisesperre nicht genügend über den Inhalt der Verfügungen erkundigt habe. Eine solche Pflichtwidrigkeit sei nach Art. 115 Abs. 3 AuG als Übertretung strafbar; die Anklageschrift werfe dies der Beschuldigten aber gerade nicht vor (Urk. 80 S. 7 f.). Sie habe sich insofern in einem Sachverhaltsirrtum befunden, als sie davon ausgegangen sei, dass die Einreisesperre lediglich für den Kanton Zürich gelte (Urk. 104 S. 3).

E. 3.1.4

Würdigung

E. 3.1.4.1

Da vorliegend eine Tat zu beurteilen ist, die die Beschuldigte vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 16. Dezember 2016 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (nachfolgend "AIG", vgl. BBl 2013 S. 2397 ff. [Botschaft] und BBl 2016 S. 2821 ff. [Zusatzbotschaft])

- 15 - am 1. Dezember 2019 (vgl. AS 2017, S. 6533 i.V.m. AS 2018, S. 3171) begangen hat, stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts. Das neue Recht ist anzuwenden, wenn es für den Täter das mildere ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB, Art. 126 Abs. 4 AIG). Die Strafbestimmung des neuen AIG zur rechtswidrigen Einreise (Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG) ist identisch mit derjenigen, die zum Zeitpunkt des anklagerelevanten Sachverhalts galt (Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG). Damit erscheint das in Kraft stehende Recht nicht als das mildere, weshalb es bei der Anwendung des AuG bleibt.

E. 3.1.4.2

Nach Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG wird namentlich wegen rechtswidriger Einreise bestraft, wer Einreisevorschriften nach Artikel 5 verletzt. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG dürfen Ausländerinnen und Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, nicht von einer Fernhaltmassnahme betroffen sein. Subjektiv verlangt Art. 115 Abs. 1 AuG Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt (vgl. Art. 12 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 115 Abs. 3 AuG e.c.). Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (sog. Eventualvorsatz) (vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB). Eventualvorsatz ist nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 137 IV 1 ff., E. 4.2.3 m.w.H.). Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen hat, muss das Gericht – bei Fehlen eines Geständnisses der beschuldigten Person – aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 134 IV 26 ff., E. 3.2.2 m.w.H.). Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich diesem der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängt, dass die Bereitschaft, ihn

- 16 - als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 ff., E. 4.2.3; 133 IV 222 ff., E. 5.3 m.w.H.). Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sog. innere Tatsachen, ist damit Tatfrage. Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist (BGer 6S.280/2006 vom 21. Januar 2007 m.w.H.). Da sich Tat- und Rechtsfragen insoweit teilweise überschneiden, hat das Sachgericht die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen es auf Eventualvorsatz geschlossen hat (BGer 6B_388/2012 vom 12. November 2012, E. 2). Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit kann im Einzelfall schwierig sein. Sowohl der eventualvorsätzlich als auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter wissen um die Möglichkeit des Erfolgseintritts beziehungsweise um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Hinsichtlich der Wissensseite stimmen somit beide Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestandes überein. Unterschiede bestehen jedoch beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich mithin nicht verwirklichen werde. Demgegenüber nimmt der eventualvorsätzlich handelnde Täter den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab. Wer den Erfolg dergestalt in Kauf nimmt, "will" ihn im Sinne von Art. 12 Abs. 2 StGB. Nicht erforderlich ist, dass der Täter den Erfolg "billigt" (BGer 6S.169/2003 vom 21. November 2003, E. 2).

E. 3.1.4.3

Es ist unbestritten, dass die Beschuldigte rechtswidrig in die Schweiz einreiste. Zur Begründung des Vorsatzes bzw. Eventualvorsatzes der Beschuldigten kann auf die

zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 61 S. 13 f.). Hervorzuheben ist, dass gegen die Beschuldigte nicht nur seitens der kantonalen Migrationsbehörde eine Wegweisung "aus der Schweiz" ausgesprochen wurde (Urk. 26/4), sondern es wurde ihr auch seitens des Staatssekretariats für Migration SEM untersagt, das "schweizerische[...] und liechten-

- 17 - steinische[...] Gebiet[...] zu betreten "gültig ab 10. Juli 2016 bis 9. Juli 2018" (Urk. 26/2). Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, gibt es keinerlei Hinweise dafür, dass die Beschuldigte verstanden haben könnte, das Verbot beziehe sich nur auf den Kanton Zürich. Gegenteilige Aussagen der Beschuldigten wirken unglaublich: Zum einen kann es der Beschuldigten nicht entgangen sein, dass im Briefkopf dieses Einreiseverbotes des SEM ein Schweizerkreuz abgebildet ist und diese Verfügung augenscheinlich von einer Behörde der "Schweizerischen Eidgenossenschaft" bzw. der "Confederazione svizzera" stammt. Sie konnte dies auch der Empfangsbestätigung nochmals entnehmen (vgl. Urk. 26/3). Auch als Spanisch sprechende Person muss sie ohne jede Übersetzungsleistung erkannt haben, dass es sich bei der anordnenden Behörde um eine solche der Schweizerischen Eidgenossenschaft handelt, zumal sie nicht nur angab, ein wenig Deutsch zu verstehen, sondern auch ein wenig Italienisch (vgl. Urk. 3/5 Antwort 170), und die italienische Übersetzung "Confederazione svizzera" der spanischen ("Confederación suiza") praktisch entspricht. Zum anderen ist die Behauptung der Beschuldigten, aufgrund bescheidener staatskundlicher Kenntnisse nicht verstanden zu haben, dass es sich nicht nur um ein kantonales Verbot handeln konnte, als Schutzbehauptung zu werten. Bereits die Tatsache, dass sie verstanden haben will, das Einreiseverbot gelte nur für den Kanton Zürich, nicht aber für die gesamte Schweiz, spricht bereits für ein Verständnis der Beschuldigten für den hiesigen Föderalismus. Hinzu kommt, dass die Beschuldigte zuvor in mehreren Jahren viele Monate in der Schweiz gelebt hatte (vgl. insb. Urk. 3/2 Antworten 4 und 6; Urk. 3/4 Antworten 64 f.) und diese Strukturen wahrnehmen konnte. Unglaublich sind namentlich ihre Aussagen in der Untersuchung: So wich sie bei der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom

E. 3.1.4.4

Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz wird nicht beanstandet und ist zutreffend, weshalb darauf verwiesen werden kann (vgl. Urk. 61 S. 14 i.V.m. Dispositiv-Ziffer 1 S. 27).

E. 3.1.4.5

Somit ist die Beschuldigte aufgrund ihrer Einreise in die Schweiz trotz bzw. während gültigem Einreiseverbot der rechtswidrigen Einreise in die Schweiz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d und Art. 67 AuG schuldig zu sprechen.

E. 3.2

Widerruf / Gesamtstrafenbildung

E. 3.2.1

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe (Art. 46 Abs. 1 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe ist die neue Strafe als

"Einsatzstrafe" in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips (Art. 49 StGB) durch die widerrufen Strafe zu erhöhen (BGE 145 IV 146 ff., E. 2.4). Vorliegend hat die Vorinstanz den mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. Juli 2016 für eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.– gewährten bedingten Strafvollzug widerrufen (Urk. 61 S. 28 Dispositivziffer 4). Der Widerruf ist unter Hinweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz ohne Weiteres zu bestätigen (vgl. Urk. 61 S. 19). Die Beschuldigte liess sich von dieser Vorstrafe ebenso wie vom gestützt darauf erlassenen Einreiseverbot offensichtlich nicht beeindrucken, sondern reiste während der Probezeit, mithin bereits im Dezember 2016 und damit nur wenige Monate später, erneut in die Schweiz ein. Das deutet auf Uneinsichtigkeit.

- 20 -

E. 3.2.2

Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer Einreisevorschriften nach Art. 5 verletzt. Für die Einreise der Beschuldigten trotz bzw. während gültigem Einreiseverbot ist mit Blick auf die im Wesentlichen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 61 S. 17) als Einsatzstrafe eine Geldstrafe zu 40 Tagessätzen festzusetzen.

E. 3.2.3

Infolge Gleichartigkeit der beiden Sanktionen für die widerrufen Geldstrafe und die neue Geldstrafe ist eine Gesamtstrafe zu bilden. Ausgehend von der Einsatzstrafe für die rechtswidrige Einreise von 40 Tagessätzen erweist sich eine um die Strafe für das frühere Delikt aspirierte Gesamtstrafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe als angemessen. Für die Höhe des Tagessatzes ist auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschuldigten abzustellen. Mit der Vorinstanz rechtfertigt es sich, den Tagessatz auf Fr. 10.– festzusetzen (Urk. 61 S. 18).

E. 3.3

Vollzug Vorliegend ist von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen, weshalb auch ein teilbedingter Vollzug entfällt. Obwohl die Beschuldigte wusste oder zumindest hätte wissen müssen, dass gegen sie ein Einreiseverbot bestand, begab sie sich nur wenige Monate nach dessen Anordnung gleichwohl wieder in die Schweiz. Es konnte ihr, die seit 2005/2006 wiederholt in der Schweiz weilte, nicht entgangen sein, dass es sich um ein sie persönlich betreffendes Dokument einer Schweizer Behörde handelte, zumal es ihr von der Kantonspolizei Zürich ausgehändigt worden war (Dossier 2 Urk. 2 ff.). Es ist daher nicht davon auszugehen, dass sich die Beschuldigte durch einen teilweisen Vollzug der Gesamtstrafe derart beeindrucken lässt, dass sie von künftiger Delinquenz absieht. Die voraussichtliche Wirkung einer teilbedingten Strafe würde keine bessere Legalprognose ermöglichen (BGE 144 IV 277). Die Gesamtstrafe ist daher zu vollziehen.

- 21 -

E. 3.4

Zivilforderungen (Schadenersatz und Genugtuung) Nachdem die Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Privatklägerinnen auf dem Sachverhalt bezüglich des Menschenhandels gründen und diesbezüglich auf die Anklage nicht einzutreten ist, ist auch auf diese Begehren nicht einzutreten. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen 4.1 Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren Fällt die Rechtsmittelinstanz einen neuen

Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Für das erstinstanzliche Verfahren gilt, dass die beschuldigte Person die Kosten trägt, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung; vorbehalten bleibt die Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO. Die Entschädigung der unentgeltlichen Vertretung der Privatklägerschaft richtet sich sinngemäss nach Art. 135 StPO (vgl. Art. 138 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigte ist einzig wegen rechtswidriger Einreise in die Schweiz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. d und Art. 67 AuG schuldig zu sprechen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschuldigten die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerschaft, lediglich zu 1/10 aufzuerlegen und zu 9/10 definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zu 9/10 definitiv und zu 1/10 einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen; die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten ist im Umfang von 1/10 vorzubehalten. Die Kosten der unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerschaft sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 22 - 4.2 Berufungsverfahren 4.2.1 Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxismässig auf Fr. 3'000.– festzusetzen. 4.2.2 Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigte unterliegt nur mit ihren Anträgen in Bezug auf den angefochtenen Schuldspruch betreffend die rechtswidrige Einreise in die Schweiz sowie in Bezug auf den Widerruf des mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. Juli 2016 gewährten bedingten Strafvollzugs. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerschaft, sind der Beschuldigten deshalb zu 1/5 aufzuerlegen und zu 4/5 definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der amtliche Verteidiger der Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren für seine Aufwendungen und Auslagen wie beantragt mit Fr. 4'588.– inkl. 7.7 % MWST zu entschädigen (vgl. Urk. 106); dieser Aufwand ist ausgewiesen und erscheint angemessen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zu 4/5 definitiv und zu 1/5 einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen; die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten ist im Umfang von 1/5 vorzubehalten. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Privatklägerinnen 1 und 3, Rechtsanwältin Y._____, beantragt eine Entschädigung von Fr. 448.15 inkl. MWST und Auslagen pro Mandat bzw. insgesamt Fr. 896.30 inkl. MWST und Auslagen für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren (vgl. Urk. 84 S. 2, Urk. 86 und 88/1-2). Dieser Aufwand ist ausgewiesen und erscheint angemessen. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Privatklägerinnen 1 und 3 ist somit im Berufungsverfahren mit Fr. 896.30 (inkl. MWST und Auslagen) zu entschädigen. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Privatklägerin 2, Rechtsanwalt Z._____, beantragt eine Entschädigung von Fr. 732.70 inkl. MWST und Auslagen für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren (vgl. Urk. 98). Auch dieser Aufwand ist ausgewiesen und erscheint angemessen. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Privatklägerin 2 ist somit im Berufungsverfahren mit Fr. 732.70 (inkl. MWST und Auslagen) zu ent-

- 23 - schädigen. Die Kosten der unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerschaft sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 27. September 2018 (Geschäfts-Nr. DG180012) wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. - 4. (...) 5. Von der

Festsetzung einer Ersatzforderung für den unrechtmässig erlangten Vermögensvorteil wird abgesehen. 6. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II vom 3. Dezember 2015 beschlagnahmte Diktiergerät "Olympus" wird der Privatklägerin 2 herausgegeben.

E. 7

Der Antrag zur Anordnung der Abnahme einer DNA-Probe und Erstellung eines DNA-Profiles der Beschuldigten wird abgewiesen.

E. 8

Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung sowie der unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerschaft, werden der Beschuldigten zu 1/5 auferlegt und zu 4/5 definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu 4/5 definitiv und zu 1/5 einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten bleibt im Umfang von 1/5 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. Die Kosten der unentgeltlichen Vertretungen der Privatklägerschaft werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

E. 9

Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich – die Vertretung der Privatklägerinnen B._____ und C._____ in dreifacher Ausfertigung für sich und die Privatklägerinnen – die Vertretung der Privatklägerin D._____ im Doppel für sich und die Privatklägerin – das Bundesamt für Polizei, Bundeskriminalpolizei – das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Migrationsamt des Kantons Zürich – Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl betr. Aktenz.: F-3/2016/22675

- 26 - – die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG) – die Zentrale Inkassostelle der Gerichte – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

E. 10

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 Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 26. Mai 2020 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Volken lic. iur. A. Götschi

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