

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170028-O/U/dz

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, lic. iur. Ruggli und lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Höchli

Urteil vom 28. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 7. November 2016 (GB160041)

Anklage:

Die Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 13. Juli 2016 (Urk. 9) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil und Verfügung der Vorinstanz:

Es wird vorab verfügt:

1. Die mit Schreiben vom 12. September 2016 gestellten Beweisanträge der Verteidigung werden abgewiesen.
2. Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wovon 1 Tagessatz durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die sichergestellte Barschaft in der Höhe von Fr. 800.– wird definitiv eingezogen und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf

Fr. 900.00; die übrigen Kosten betragen:

Fr. 800.00 Gebühr Anklagebehörde.

6. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer sowie die Kosten des Strafbefehls Ref-Nr. G-1/2016/10023426 vom 13. Juli 2016 in Höhe von Fr. 800.– werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung:

(Urk. 36 S. 1)

1. Das erstinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Es sei dem Beschuldigten die eingezogene Barschaft von Fr. 800.– nach Rechtskraft des Urteils auszuhändigen.
3. Unter ausgangsgemässen Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- sowie zweitinstanzliche Verfahren.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 31)

Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 7. November 2016 wurde der Beschuldigte der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG schuldig gesprochen und mit 40 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.–, wovon ein Tagessatz durch Haft erstanden ist, bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Ferner wurde entschieden, die sichergestellte Barschaft in der Höhe von Fr. 800.– zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden (Urk. 27 S. 14 f.).

2. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe der Verteidigung vom 7. November 2016 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 22 und Prot. I S. 7). Das begründete Urteil wurde der Verteidigung am 17. Januar 2017 zugestellt (Urk. 26/2). Mit Eingabe vom 3. Februar 2017 (Aufgabe der Postsendung am selben Tag) reichte die Verteidigung fristwährend die Berufungserklärung ein. Gleichzeitig wurde die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens beantragt (Urk. 28). Mit Präsidialverfügung vom 8. Februar 2017 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist zur Anschlussberufung oder für einen Nichteintretensantrag angesetzt. Ausserdem wurde die Staatsanwaltschaft mit derselben Verfügung ersucht, mitzuteilen, ob sie mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden sei (Urk. 29). Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Eingabe vom 10. Februar 2017 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete auf Anschlussberufung. Mit der durch den Beschuldigten beantragten schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens erklärte sie sich einverstanden (Urk. 31). Dem Beschuldigten wurde daher mit Präsidialverfügung vom 14. Februar 2017 Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen, sowie um seine aktuellen persönlichen Verhältnisse darzulegen (Urk. 33). Nach einmal erstreckter Frist kam er dieser

Aufforderung mit Eingabe vom 29. März 2017 fristgerecht nach. Gleichzeitig liess der Beschuldigte den Beweisantrag stellen, es seien bei "B.____.com" bzw. der hinter dieser Homepage stehenden Betreiberin verschiedene Auskünfte im Zusammenhang mit dem User "C._____" einzuholen (Urk. 35; Urk. 36 1 f.). Mit Präsidialverfügung vom 31. März 2017 wurde die Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft zugestellt und Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort angesetzt. Die Vorinstanz erhielt Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung (Urk. 37), wobei sie auf eine solche verzichtete (Urk. 39). Die Staatsanwaltschaft liess sich innert Frist nicht vernehmen.

II. Prozessuales

1. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte ficht das Urteil vollumfänglich an (Urk. 36 S. 1). Damit erwächst keine Dispositivziffer in Rechtskraft.

2. Wie bereits vor erster Instanz wurde seitens der Verteidigung geltend gemacht, die vorliegenden Beweismittel seien nicht zulasten des Beschuldigten verwertbar (Urk. 18 S. 4 ff.; Urk. 36 S. 2). Begründet wurde dieses Vorbringen damit, dass es sich beim Handeln des Polizeibeamten, welcher sich im Chat mit dem Beschuldigten unterhielt, nicht um eine Kontaktnahme im Sinne von § 32d PolG ZH, sondern um eine bewilligungspflichtige verdeckte Vorermittlung im Sinne von § 32e PolG ZH gehandelt habe. Da eine zwangsmassnahmenrichterliche Bewilligung jedoch nicht vorgelegen habe, ziehe dies die Unverwertbarkeit der Erkenntnisse aus dem Chatverlauf zwischen dem Beschuldigten und dem Polizeibeamten, welcher sich als "C._____" ausgab, nach sich. Als Folge davon seien auch die Aussagen des Beschuldigten aus der Einvernahme vom 13. Juli 2016 aufgrund des Fernwirkungsverbotes im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO nicht zu seinen Lasten verwertbar (Urk. 36 S. 5).

Unverwertbar sei die polizeiliche Einvernahme des Beschuldigten vom 13. Juli 2016 ausserdem auch deshalb, weil sie den Anforderungen von Art. 158

StPO nicht genüge. So sei ihm nicht genügend erläutert worden, welche strafrechtlichen Vorwürfe ihm gemacht würden (Urk. 36 S. 5 f.). Überdies ergebe sich die Unverwertbarkeit dieser Einvernahme auch daraus, dass es die Polizei unterlassen habe, dem Beschuldigten einen Verteidiger zu bestellen, obwohl erkennbar gewesen sei, dass er Unterstützung benötigt hätte (Urk. 36 S. 6).

3. Die Verteidigung brachte zurecht vor, dass sich die Rechtmässigkeit der Vorgehensweise der Polizei vorliegend nach dem kantonalen Polizeigesetz und nicht nach der eidgenössischen Strafprozessordnung richtet (Urk. 18 S. 4 f.; Urk. 36 S. 2 f.). Während das Strafprozessrecht die Vorkehrungen und die Schritte des Verfahrens regelt, mit welchem die Richtigkeit eines bereits bestehenden Verdachts einer begangenen Straftat überprüft und gegebenenfalls die Straftat beurteilt wird, ist im Polizeirecht geregelt, mit welchen Mitteln Straftaten verhindert werden können oder ihre erst mögliche Begehung festgestellt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 1C_653/2012 vom 1. Oktober 2014 E. 5.1.; Urteil des Bundesgerichts vom 28. September 2016 6B_1293/2015 E. 2.5.). Da der ermittelnde Polizeibeamte bis zum Zeitpunkt der Personenkontrolle des Beschuldigten am vereinbarten Treffpunkt nicht wissen konnte, um wen es sich bei seinem Chatpartner handelte, lag vor diesem Treffen noch kein Anfangsverdacht vor. Die Ermittlungstätigkeit wurde somit präventiv aufgenommen, weshalb deren Rechtmässigkeit nach dem Zürcherischen Polizeigesetz zu beurteilen ist.

3.1. Bei der Kontaktnahme im Sinne von § 32d PolG ZH können Angehörige der Polizei oder von ihr beauftragte oder mit ihr kooperierende Dritte zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten mit anderen Personen Kontakt aufnehmen, ohne ihre wahre Identität und Funktion bekanntzugeben. § 32e PolG ZH regelt hingegen die verdeckte Vorermittlung, gemäss welcher das Polizeikommando mit Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten ausserhalb eines Strafverfahrens verdeckte Vorermittlerinnen und Vorermittler einsetzen kann, die unter einer auf Dauer angelegten falschen Identität durch aktives und zielgerichtetes Verhalten versuchen, zu anderen Personen Kontakte zu knüpfen und zu ihnen ein Vertrauensverhältnis aufzubauen. Die in § 32d PolG ZH geregelte polizeiliche Kontaktnahme entspricht weitest-

gehend der nicht genehmigungsbedürftigen strafprozessualen verdeckten Fahn-
dung im Sinne von Art. 298a StPO, die verdeckte polizeiliche Vorermittlung ge-
mäss § 32e PolG ZH der bewilligungspflichtigen strafprozessualen verdeckten
Ermittlung im Sinne von Art. 285a StPO (Urteil des Bundesgerichts 6B_1261/2015
vom 28. September 2016 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 6B_1293/2015 vom
28. September 2016 E. 3.2).

Kontaktnahmen im Sinne von § 32d PolG ZH erschöpfen sich meist in einem
Auftreten mit situations- und milieugepasster Erscheinung und Ausstattung so-
wie in der blossen Verheimlichung der Identität. Sie sind nicht auf eine längere
Kontaktzeit ausgerichtet und zielen weder auf den Aufbau eines besonderen Ver-
trauensverhältnisses noch darauf ab, mutmasslich in ein kriminelles Umfeld ein-
zudringen und sich darin über eine gewisse Dauer hinweg aktiv zu bewegen.
Vielmehr nehmen die Polizeiangehörigen lediglich punktuelle, kurze Kontakte zu
den Zielpersonen auf (Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich an den
Kantonsrat vom 28. März 2012 zur Änderung des Polizeigesetzes, S. 20).

3.2. Der Polizeibeamte D._____ nahm am 12. Juli 2016 auf der Internetplatt-
form "www.B._____.com" mittels seines Online-Profiles mit dem Namen "C._____"
um 07.49 Uhr Kontakt zum Beschuldigten auf, welcher sich seinerseits als
"D._____" ausgab (Urk. 2/1 S. 2; Urk. 7/1 S. 1). Die Unterhaltung zwischen den
beiden umfasste insgesamt 19 Kurznachrichten, wobei die letzte am selben Tag
um 09.41 Uhr verschickt wurde (Urk. 2/1 S. 2). Ob es sich beim diesbezüglichen
Handeln des Polizeibeamten noch um eine Kontaktnahme im Sinne von § 32d
PolG ZH oder bereits um eine verdeckte Vorermittlung im Sinne von § 32e PolG
ZH handelte, ist zu prüfen.

3.2.1. Die Verteidigung brachte insbesondere vor, es habe eine genehmi-
gungspflichtige polizeiliche Vorermittlung im Sinne von § 32e PolG ZH vorgele-
gen, da das Profil des Polizeibeamten schon seit längerer Zeit aufgeschaltet und
auch nach der Verhaftung des Beschuldigten noch aktiv gewesen sei (Urk. 36
S. 3 f.). Der Beschuldigte erklärte jedoch selbst, sein eigenes Profil erst rund ei-
nen oder zwei Tage vor dem 12. Juli 2016 aufgeschaltet zu haben (Urk. 3 S. 4).
Er hatte mithin nur während sehr kurzer Zeit die Möglichkeit, die Aktivitäten des

Profils des Polizeibeamten mitzuverfolgen. Die Chatunterhaltung selbst, innerhalb welcher das Treffen zwischen dem Polizeibeamten und dem Beschuldigten vereinbart wurde, erstreckte sich überdies lediglich über einen Zeitraum von rund zwei Stunden. Da mit Ausnahme des späteren Treffens keine weiteren Kontakte erfolgten, konzentrierte sich die konkrete Interaktion mit dem Beschuldigten auf einen nur sehr kurzen Zeitraum.

3.2.2. Die Angaben, mit welchen der Polizeibeamte sein Profil auf dieser Internetplattform versah, waren zudem derart vage, dass sie keine konkreten Rückschlüsse auf die Person, welche dieses Profil unterhielt, zugelassen hätten (Urk. 17/1). Entsprechend hätte dieses Profil alleine - unabhängig davon, wie lange es bereits unterhalten wurde - nicht als Mittel getaugt, beim Beschuldigten Vertrauen bezüglich der Echtheit des Profils zu wecken. Überdies wäre der Inhaber dieses Profils auch aufgrund des verwendeten Profilbilds nicht wiederzuerkennen gewesen.

3.2.3. Weiter wurden im Rahmen des geführten Chats kaum persönliche Informationen ausgetauscht. Neben den Verhandlungsgesprächen war es der Beschuldigte, welcher dem Polizeibeamten zuerst seinen richtigen Namen nannte. Ausser einem Vornamen, einer Telefonnummer und der Angabe, dass er aus Bern komme und für eine Nacht in Zürich sei, gab der Polizeibeamte keine weiteren Informationen preis. Auch bei diesen Angaben handelte es sich nicht um spezifische Persönlichkeitsmerkmale, welche beim Beschuldigten ein konkretes Bild über seinen Chatpartner hätte hervorrufen können. Zudem lassen sich dem Gesprächsverlauf dieses Chats keine Hinweise entnehmen, dass die durch den Polizeibeamten versandten Nachrichten darauf ausgerichtet gewesen wären, ein Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten aufzubauen. So handelte es sich bei der geführten Konversation gerade nicht um ein vertieftes Gespräch, sondern lediglich um die Vereinbarung des Ortes ihres Treffens und um die Aushandlung des Preises für die durch den Beschuldigten angebotene Leistung. Abgesehen davon bot der Polizeibeamte dem Beschuldigten gar Anlass, am Wahrheitsgehalt seiner wenigen Angaben zu zweifeln. So gab er im Laufe des Chats an, aus Bern zu kom-

men, was seiner Bezeichnung von Zürich als seinen Wohnort in seinem Benutzerprofil widerspricht.

3.2.4. In Anbetracht dessen, dass der Polizeibeamte den Beschuldigten ohne Umschweife und ohne ihm Details über seine Person preiszugeben anfragte, ob er ihn buchen könne, ist weder ein Handeln, welches auf eine längere Kontaktzeit ausgerichtet war, noch die Absicht, ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten aufzubauen, erkennbar. Entsprechend wurde die Grenze der Kontaktnahme im Sinne von § 32d PolG ZH zur genehmigungsbedürftigen verdeckten Ermittlung im Sinne von § 32e PolG ZH durch das Vorgehen des Polizeibeamten nicht überschritten. Da eine Genehmigung für die Ermittlungen des Polizeibeamten nicht erforderlich war, sind die dadurch erlangten Beweise auch zulasten des Beschuldigten verwertbar.

In Anbetracht dessen, dass unabhängig davon, wie lange das Profil des Polizeibeamten bereits aufgeschaltet und wie aktiv dieses war, aufgrund der vagen Angaben des Polizeibeamten und der kurzen Dauer des Chats kein Vertrauensverhältnis aufgebaut werden konnte, erübrigt sich auch die durch die Verteidigung beantragte Einholung weiterer Auskünfte in Bezug auf das Profil des "C._____" (Urk. 36 S. 2).

3.3. Da die Unterhaltung mit dem Beschuldigten auf der Internetplattform "www.B.____.com" rechtmässig erfolgte und die Erkenntnisse daraus zulasten des Beschuldigten verwertbar sind, steht der Verwertbarkeit der Aussagen des Beschuldigten aus der Einvernahme vom 13. Juli 2016 entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk 36 S. 5) das Fernwirkungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 4 StPO nicht im Wege.

3.4. Weiter brachte die Verteidigung vor, die Einvernahme vom 13. Juni 2016 entspreche nicht den Anforderungen von Art. 158 StPO, da dem Beschuldigten nicht genügend mitgeteilt worden sei, welche strafrechtlichen Vorwürfe ihm gemacht worden seien (Urk. 36 S. 5). Ihm sei eröffnet worden, er werde eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt "oder" er wohne nicht in der Schweiz und könne für eine allfällige Busse mutmasslich keine Sicherheit leisten (Urk. 3

S. 1). Aufgrund dieser Formulierung könne nicht die Rede davon sein, dass ihm hätte klar sein müssen, um welche Vorwürfe es gegangen sei (Urk. 36 S. 5).

Um den Anforderungen von Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO zu genügen, ist es erforderlich, dass die beschuldigte Person in allgemeiner Weise darüber aufgeklärt wird, welches Delikt ihr zur Last gelegt wird (SCHMID, Schweizerische StPO, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 8 zu Art. 158 StPO). Dem Beschuldigten wurde zu Beginn der Einvernahme vom 13. Juni 2016 mitgeteilt, dass gegen ihn ein Strafverfahren wegen Widerhandlungen gegen das AuG eröffnet worden sei (Urk. 3 S. 1). Durch diese Aufklärung wurde den Anforderungen von Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO bereits entsprochen. Entgegen dem Vorbringen der Verteidigung vermag daran auch der Umstand, dass dem Beschuldigten ausserdem vorgehalten wurde, alternativ eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt zu werden oder nicht in der Schweiz zu wohnen und keine Sicherheit für die zu erwartende Busse zu leisten (Urk. 36 S. 5), nichts zu ändern. Diese durch die Polizei aufgeführten alternativen Begründungen bezogen sich auf die Entscheidung, den Beschuldigten festzunehmen. Dies wurde im Protokoll denn auch so festgehalten (Urk. 3 S. 1). Während dem Beschuldigten somit zwei alternative Begründungen für seine Festnahme genannt wurden, erfolgte die Mitteilung betreffend die Eröffnung des gegen ihn geführten Strafverfahrens wegen Widerhandlungen gegen das AuG unmissverständlich.

3.5. Schliesslich machte die Verteidigung geltend, die Aussagen des Beschuldigten aus jener Einvernahme seien nicht zu seinen Lasten verwertbar, da ihm eine Verteidigung hätte bestellt werden müssen. Der Beizug einer Verteidigung wäre aus Sicht des Verteidigers unerlässlich gewesen, da der Beschuldigte auf die Frage, ob er einen Anwalt möchte, zum Ausdruck gegeben habe, dass er kein Geld habe, das Gesetz nicht verstehe und daher nicht wisse, was er machen solle. Daraus gehe klar hervor, dass er Unterstützung benötigt hätte (Urk. 36 S. 6).

Dadurch, dass der Beschuldigte in jener Einvernahme gefragt wurde, ob er einen Anwalt kontaktieren wolle, musste ihm klar sein, dass ihm diese Möglichkeit offenstand. Auch wenn er diese Frage durch seine Antwort, kein Geld zu haben,

das Gesetz nicht zu verstehen und derzeit nicht zu wissen, was er machen solle (Urk. 3 S. 1), nicht ausdrücklich verneinte, intervenierte er in der Folge nicht, als die Befragung ohne den Beizug einer Verteidigung fortgeführt wurde. Ausserdem geht aus dem Protokoll hervor, dass während der Befragung ein Anruf des später mandatierten Verteidigers einging. Mit diesem sei gemäss der entsprechenden Protokollnotiz vereinbart worden, dass die Einvernahme ohne die Teilnahme des Rechtsanwaltes beendet werde (Urk. 1 S. 3; Urk. 3 S. 1). Demnach hatte die Verteidigung bereits damals Kenntnis davon, dass der Beschuldigte in Abwesenheit eines Rechtsbeistandes befragt wurde. Auch der Verteidiger intervenierte damals aber nicht gegen die Fortsetzung der Befragung. Da es sich zudem nicht um einen Fall einer notwendigen Verteidigung im Sinne von Art. 130 StPO handelte, liegen auch in Bezug auf dieses Vorbringen der Verteidigung keine Anzeichen für eine Unverwertbarkeit der Aussagen des Beschuldigten vor.

4. Sämtliche in diesem Strafverfahren erhobenen Beweismittel sind demnach entgegen der Ansicht der Verteidigung zulasten des Beschuldigten verwertbar.

III. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird im Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 13. Juli 2016 zusammengefasst vorgeworfen, am 26. Juni 2016 mit dem Vorsatz, einer Arbeit nachzugehen sowie um Ferien zu machen, mit einem Schengenvisum C von E. _____ [Staat in Südostasien] in die Schweiz eingereist zu sein. Ab dem 12. Juli 2016 soll der Beschuldigte ohne im Besitz der dafür erforderlichen Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung zu sein, einer Erwerbstätigkeit in der Prostitution nachgegangen sein.

2. Im Rahmen der polizeilichen Einvernahme vom 13. Juni 2016 räumte der Beschuldigte ein, dass er in der Schweiz auch habe arbeiten und ein bisschen Geld verdienen wollen. Auch dass er es war, der unter dem Pseudonym "D. _____" mit dem Polizeibeamten gechattet habe, gab er zu. Zudem gestand er ein, zu wissen, dass er nicht berechtigt sei, in der Schweiz einer Arbeit nachzuge-

hen (Urk. 3 S. 3; S. 5 f.). Diese Eingeständnisse des Beschuldigten decken sich mit dem Untersuchungsergebnis. Dass er mit der Absicht, trotz fehlender Bewilligung einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, in die Schweiz einreiste und er sich mit dem Polizeibeamten verabredete, um sich zu prostituieren, ist daher rechtsgenügend erstellt.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Der Anklagebehörde folgend würdigte die Vorinstanz den eingeklagten Sachverhalt als Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG (Urk. 27 S. 8 f.).

2. Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 27 S. 8 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.1. Zum Zeitpunkt, als der Beschuldigte am 12. Juli 2016 festgenommen wurde, hatte er die zuvor im Chat mit dem Polizeibeamten besprochenen Leistungen weder erbracht noch erhielt er die dafür vereinbarte Bezahlung von Fr. 300.– (Urk. 7/1 S. 2). Dass er bereits zuvor gegenüber anderen Personen sexuelle Dienste hätte erbracht haben sollen, bestritt der Beschuldigte (Urk. 3 S. 5). Dies wird ihm auch nicht vorgeworfen. Es stellt sich daher die Frage, ob er bereits durch das Treffen der Vereinbarung, sich am Abend des 12. Juli 2016 für den Betrag von Fr. 300.– zu prostituieren, eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hatte.

2.2. In Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte erst in Aussicht stellte, später sexuelle Dienstleistungen zu erbringen, handelte es sich dabei noch nicht um die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Allerdings ist zu prüfen, ob sich der Beschuldigte durch sein Handeln der versuchten Tatbegehung strafbar machte. Nach Art. 333 Abs. 1 StGB sind die allgemeinen Bestimmungen des StGB denn auch auf die Strafnormen des AuG anwendbar.

2.3. Dass das Gericht den Sachverhalt anders rechtlich würdigt als die Staatsanwaltschaft, ist grundsätzlich zulässig (Art. 344 StPO). Es ist jedoch an

den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt gebunden (Art. 350 Abs. 1 StPO). Ausserdem ist das Gericht gehalten, es den Parteien zu eröffnen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, falls es den Sachverhalt rechtlich anders würdigen will als die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift (Art. 344 StPO). Da die abweichende rechtliche Würdigung in diesem Fall jedoch lediglich die versuchte Tatbegehung des dem Beschuldigten bereits vorgeworfenen vollendeten Delikts betrifft, hatten die Parteien bereits die Möglichkeit, zu allen objektiven und subjektiven Merkmalen des Tatbestandes Stellung zu nehmen. Auf eine erneute Einräumung des rechtlichen Gehörs kann daher verzichtet werden (WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen StPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 22 zu Art. 9 StPO).

2.4. Aus dem Chat zwischen dem Beschuldigten und dem Polizeibeamten geht unmissverständlich hervor, dass sie sich dazu verabredeten, sich am 12. Juli 2016 um 22.00 Uhr im Hotel F. _____ an der ...strasse ... in Zürich zu treffen, um dort Sex zu haben. Ausserdem wurde vereinbart, dass der Beschuldigte dafür sowie für eine Massage den Betrag von Fr. 300.– erhalten würde (Urk. 2/1 S. 2). Daran, dass er diese Abmachung kannte und sich dennoch an den vereinbarten Treffpunkt begab, zeigt sich die Bereitschaft des Beschuldigten, diese vereinbarten Dienstleistungen zu erbringen. Die Festnahme durch die Polizei führte dazu, dass er seinen Plan nicht weiterverfolgen konnte. Da die Tatbegehung jedoch kurz bevorstand, und der Beschuldigte nicht von sich aus von der Ausübung der Erwerbstätigkeit absah, ist das Vorliegen einer versuchten Tatbegehung zu bejahen.

2.5. Der Beschuldigte wusste, dass es sich bei der durch ihn angebotenen Prostitution um eine Erwerbstätigkeit handelte. Zudem war ihm auch bewusst, dass es ihm mit seiner Aufenthaltsbewilligung nicht erlaubt gewesen wäre, in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Dies räumte er selbst ein (Urk. 3 S. 5). Da er sich trotzdem mit dem Ziel, diese Erwerbstätigkeit auszuüben an den vereinbarten Treffpunkt begab, handelte er vorsätzlich. Der Tatbestand ist mithin auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

3. Der Beschuldigte ist folglich der versuchten Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

V. Strafzumessung

1. Der Beschuldigte wurde durch die Vorinstanz mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft (Urk. 27 S. 13). Mit der Berufung wird ein Freispruch von Schuld und Strafe verlangt (Urk. 36 S. 1).

2. Die allgemeinen Regeln der Strafzumessung wurden im vorinstanzlichen Urteil korrekt wiedergegeben und der massgebliche Strafrahmen für die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe (Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG) korrekt abgesteckt (Urk. 27 S. 10). Dies braucht nicht wiederholt zu werden.

Als fakultativer Strafmilderungsgrund ist zu berücksichtigen, dass das begangene Delikt im Versuchsstadium stecken geblieben ist (Art. 22 Abs. 1 StGB).

3. Konkrete Strafzumessung

3.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist zu gewichten, dass es sich um einen einmaligen Vorfall handelte. Auch wenn die Tat vollendet worden wäre, hätte der Beschuldigte lediglich ein Einkommen von Fr. 300.– erzielt. Es hätte daher insgesamt höchstens eine sehr leichte objektive Tatschwere vorgelegen und für das vollendete Delikt eine hypothetische Einsatzstrafe in der Höhe von 40 Tagessätzen Geldstrafe als angezeigt erscheinen lassen.

3.2. Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte selbst erklärte, er habe arbeiten wollen, weil er Geld gebraucht habe (Urk. 3 S. 3). Um seine Dienste überhaupt anzubieten, musste er vorgängig ein Profil auf einer einschlägigen Internetplattform einrichten und sich mit einem potenziellen Freier in Verbindung setzen. Er handelte somit mit einem gewissen kriminellen Engagement geplant und mit direktem Vorsatz.

Eine verschuldensmindernde Beeinträchtigung seiner Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 StGB im Tatzeitpunkt oder andere Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 48 StGB sind nicht gegeben.

3.3. Insgesamt führt die subjektive Schwere der Tat nicht zu einer veränderten Gewichtung des Verschuldens.

3.4. Als verschuldensunabhängige Komponente der Tat bleibt strafreduzierend zu berücksichtigen, dass die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Versuchsstadium stecken geblieben ist (Art. 22 Abs. 1 StGB). Das Mass der zulässigen Reduktion der Strafe hängt insbesondere von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolges und den tatsächlichen Folgen der Tat ab (BGE 121 IV 49 E. 1).

Zwar verursachte der Beschuldigte durch sein Handeln kaum negative Folgen, dennoch ist dem Versuch lediglich leicht strafreduzierend Rechnung zu tragen, da der Beschuldigte nicht aus eigenem Antrieb von der Tatbegehung absah. Die hypothetische Einsatzstrafe ist aufgrund des Versuches daher auf 30 Tagessätze Geldstrafe zu reduzieren.

4. Bei der Würdigung der Täterkomponente kann die verschuldensangemessene Strafe aufgrund von Umständen, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden. Massgebend hierfür sind im Wesentlichen täterbezogene Komponenten wie die persönlichen Verhältnisse, Vorstrafen, Leumund und Nachtatverhalten, wie Geständnis, Einsicht, Reue etc. (HUG, in: DONATSCH/ FLACHSMANN/HUG/WEDER, Kommentar zum StGB, 19. Aufl., Zürich 2013, N 14 ff. zu Art. 47 StGB).

4.1. Der Beschuldigte wurde am tt. Mai 1983 in ..., E._____, geboren. Er habe einen Bruder und zwei Schwestern. Seine Eltern seien bereits verstorben. Heute lebe er noch immer in E._____ und arbeite dort als Verkäufer. Bereits vor seinem Besuch im Jahre 2016 sei er einmal im Jahre 2006 sowie einmal im Jahre 2015 als Tourist in die Schweiz gereist. Gewohnt habe er jeweils bei Bekannten.

Zu seinen finanziellen Verhältnissen gab er an, in E._____ zwischen 10'000 und 12'000 ... [Währung in E._____] (entsprechend ca. Fr. 285.– bis Fr. 340.–)

netto pro Monat zu verdienen. Er besitze ein Haus und zwei Autos. Allerdings habe er auch hohe Schulden. Seiner Tante schulde er 150'000 ... (entsprechend ca. Fr. 4'280.–) (Urk. 3 S. 2 ff.).

Aus dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine Besonderheiten, aus welchen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen.

4.2. Der Beschuldigte ist im Schweizerischen Strafregister nicht verzeichnet (Urk. 8/1). Die Vorstrafenlosigkeit ist neutral zu werten (BGE 136 IV 1).

4.3. Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Dabei können umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse eine Strafreduktion von maximal bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc).

Obwohl der Beschuldigte die Verwertbarkeit seines Geständnisses bestreiten liess, ist sein vollumfängliches Geständnis massgeblich strafmindernd zu berücksichtigen.

5. Aufgrund des Geständnisses rechtfertigt sich eine Reduktion der Einsatzstrafe um 10 Tagessätze Geldstrafe.

6. Die Geldstrafe ist somit auf 20 Tagessätze festzusetzen. In Anbetracht dessen, dass mangels anderer Informationen davon auszugehen ist, dass der Beschuldigte nach wie vor in engen wirtschaftlichen Verhältnissen lebt, erscheint die festgesetzte Tagessatzhöhe von Fr. 30.– als angemessen (vgl. vorstehend, Erw. V.4.1.).

Der Anrechnung der erstandenen Haft von einem Tag steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

VI. Vollzug

Die Staatsanwaltschaft hat kein Rechtsmittel ergriffen. Der Beschuldigte ist Ersttäter. Es bleibt daher beim vorinstanzlich gewährten bedingten Vollzug der Geldstrafe und einer zweijährigen Probezeit (Art. 391 Abs. 2 StPO).

VII. Einziehungen / Herausgabe

1. Ohne dies zu begründen, entschied die Vorinstanz, die beim Beschuldigten sichergestellte Barschaft in der Höhe von Fr. 800.– zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden (Urk. 27 S. 15). Mit der Berufung liess der Beschuldigte hingegen die Herausgabe dieses Geldes beantragen (Urk. 36 S. 6).

2. Diese Barschaft hatte der Beschuldigte zum Zeitpunkt seiner Verhaftung auf sich (Urk. 6/2; Urk. 7/1 S. 3). Da keine Hinweise auf eine deliktische Herkunft dieser Barschaft vorliegen, ist sie in Anwendung von Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO und Art. 442 Abs. 4 StPO zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 5 und 6) zu bestätigen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Antrag auf Freispruch. Dass er in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils der versuchten und nicht mehr der vollendeten Tatbegehung schuldig zu sprechen ist und sich die auszufällende Strafe um die Hälfte reduziert, führt hingegen zu einer teilweisen Reduktion der ihm aufzuerlegenden Verfahrenskosten. Dementsprechend sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Für die Verfahren beider Instanzen ist dem Beschuldigten eine reduzierte Prozessentschädigung im Umfang der Hälfte, entsprechend Fr. 3'320.– (Aufwand gemäss den Honorarnoten der Verteidigung vom 4. November 2016 sowie vom 21. Juni 2017 [Urk. 19; Urk. 40] zu Fr. 300.–/Stunde [inkl. MwSt.]), für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zu bezahlen (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO).

4. Der Beschuldigte liess eine Genugtuung für die in Haft verbrachte Zeit geltend machen (Urk. 36 S. 7). Angesichts des Ausgangs dieses Verfahrens bleibt dafür jedoch kein Raum.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der versuchten Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.–, wovon ein Tagessatz durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die sichergestellte Barschaft in der Höhe von Fr. 800.– wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 5 und 6) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.

8. Für die Verfahren beider Instanzen wird dem Beschuldigten eine reduzierte Prozessentschädigung im Umfang der Hälfte, entsprechend Fr. 3'320.– (inkl. MwSt.), für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- 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 KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Kasse des Bezirksgerichts Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), Arbeitsbedingungen / Arbeitsmarktaufsicht, 8090 Zürich.

10. 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, 28. Juni 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Höchli

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.