

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SR170018-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. B. Gut und
Oberrichterin lic. iur. R. Affolter sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. A. Boller

Beschluss vom 23. November 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller

vertreten durch B. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Stv. Leitende Staatsanwältin lic. iur. S. Steinhauser,

Gesuchsgegnerin

betreffend

rechtswidrige Einreise etc.

Revisionsgesuch gegen einen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft

Winterthur / Unterland vom 23. Mai 2017 (A-1/2017/10016824)

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 23. Mai 2017 (Nr. A1-2017/10016824) wurde der Gesuchsteller der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG sowie des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe bestraft (Urk. 9). Der Empfang des Strafbefehls wurde vom Gesuchsteller am 23. Mai 2017 unterschriftlich bestätigt (Urk. 10). Einsprache wurde innert der zehntägigen Frist von Art. 354 StPO gegen den Strafbefehl nicht erhoben, weshalb er in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. Urk. 13).

2. Mit Eingabe vom 22. September 2017 reichte B._____ namens des Gesuchstellers ein Revisionsgesuch betreffend den genannten Strafbefehl bei der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland ein (Urk. 14). Diese leitete das Revisionsgesuch am 29. September 2017 samt Untersuchungsakten zuständigkeitshalber an das Obergericht Zürich weiter (Urk. 17).

II. Revision

1. Im Revisionsgesuch wird geltend gemacht, im genannten Strafbefehl werde fälschlicherweise davon ausgegangen, dass der Gesuchsteller zwischen dem 1. Januar 2016 und dem 22. Mai 2017 15 Mal in die Schweiz eingereist sei. Gestützt auf eine entsprechende Bestätigung des Arbeitgebers sei aber lediglich von fünf Grenzübergängen pro Kalenderjahr auszugehen. Auch habe der Gesuchsteller nicht gegen Einreisebestimmungen verstossen, da seit dem 15. Dezember 2010 eine Visumsbefreiung für Staatsangehörige aus Bosnien und Herzegowina gelte. Sodann sei der Gesuchsteller Chauffeur für das Transportunternehmen C._____ mit Sitz in D._____, Bosnien und Herzegowina. Die Weisungen und Erläuterungen zum AuG (Weisungen AuG) des Staatssekretariats für Migration (SEM) hielten in Ziff. 4.7.14.1.2 fest, dass Transportunternehmen mit Sitz im Ausland von einer Bewilligungspflicht ausgenommen seien, sofern der Transport nicht

länger als acht Tage innerhalb eines Kalenderjahres betrage. Ausserdem habe das Staatssekretariat für Migration ein Einreiseverbot aufgrund neuer Tatsachen/Beweismittel in Wiedererwägung gezogen und aufgehoben. Der Strafbefehl widerspreche der Sachverhaltsermittlung und Qualifikation des Geschehens durch das Staatssekretariat für Migration und sei deshalb aufzuheben. Weiter sei eine angemessene Entschädigung festzusetzen (Urk. 14).

2. Die Revision oder Wiederaufnahme ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, welches es erlaubt, rechtskräftig erledigte Strafverfahren wieder aufzunehmen und den Fall so wieder neu zu beurteilen. Sie ist deshalb nur in engem Rahmen zulässig. Entsprechend streng sind die Voraussetzungen einer Revision (Heer in: BSK-StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 410 StPO N 4 und 9; Schmid, Praxis-kommentar StPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 410 N 1). Die Revisionsgründe sind in Art. 410 Abs. 1 und 2 StPO abschliessend genannt.

Wer durch einen rechtskräftigen Strafbefehl beschwert ist, kann gemäss Art. 410 Abs. 1 StPO Revision verlangen, wenn:

- neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch, eine wesentlich mildere oder wesentlich strengere Bestrafung der verurteilten Person oder eine Verurteilung der freigesprochenen Person herbeizuführen (lit. a)
- der Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht (lit. b)
- sich in einem anderen Strafverfahren erweist, dass durch eine strafbare Handlung auf das Ergebnis des Verfahrens eingewirkt worden ist (lit. c).

Darüber hinaus kann nach Art. 410 Abs. 2 StPO unter bestimmten Voraussetzungen Revision wegen Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) verlangt werden (Heer in: BSK-StPO, N 14 und 34 ff. zu Art. 410 StPO; Niklaus Schmid, a.a.O., Art. 410 N 12 ff.).

3.1. Im Revisionsbegehren wird vorgebracht, der dem Strafbefehl zugrunde liegende Sachverhalt sei fehlerhaft, da der Gesuchsteller vom 1. Januar 2016 bis zum 22. Mai 2017 nicht ca. einmal monatlich in die Schweiz eingereist sei, son-

dem maximal fünf Mal pro Kalenderjahr (Urk. 14 S. 2). Als neues Beweismittel wird eine Bestätigung des Arbeitsverhältnisses des Transportunternehmens C._____ eingereicht, wonach der Gesuchsteller maximal fünf Mal pro Kalenderjahr Transporte in die Schweiz durchführe (Urk. 16/3).

3.2. Der Gesuchsteller macht damit sinngemäss geltend, dass neue Tatsachen und Beweismittel im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO vorliegen würden. Dieser Revisionsgrund setzt voraus, dass die nachträglich geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel sowohl neu als auch erheblich sind. Neu sind Tatsachen und Beweismittel dann, wenn sie im Zeitpunkt des zu revidierenden Urteils zwar bereits vorhanden waren, in der nun vorliegenden Bedeutung der Strafbehörde aber nicht bekannt waren und nicht in den Entscheid einfließen (Schmid, a.a.O., Art. 410 N 13; Heer in: BSK-StPO, a.a.O., N 34 und 65 ff. zu Art. 410 StPO; BGE 101 IV 317). Nicht vorausgesetzt wird grundsätzlich, dass die Tatsachen auch dem Beschuldigen zur Zeit des ersten Prozesses nicht bekannt gewesen sind. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei es nämlich in erster Linie Sache der Anklagebehörde, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen, womit diesen nicht primär die Behauptungslast treffe (BGE 130 IV 72 Erw. 2.2 bzw. Pra 2005 Nr. 35).

Das Bundesgericht hat aber im selben Entscheid, in dem es um einen Strafbefehl ging, auch auf die Besonderheiten dieses vereinfachten Verfahrens hingewiesen. Gemäss Bundesgericht hat das Strafbefehlsverfahren die Eigenart, dass es den Beschuldigten zwingt, Stellung zu nehmen. Das Ausbleiben einer Reaktion von seiner Seite wird als Zustimmung betrachtet. Er muss innerhalb der dafür vorgesehenen Frist Einsprache erheben, wenn er die Verurteilung nicht akzeptieren will, weil er sich auf übergangene Tatsachen berufen will. Würde man in einem solchen Fall die Revision zulassen, liefe das darauf hinaus, ein widersprüchliches Verhalten des Beschuldigten zu dulden und die Einhaltung der Einsprachefrist ihrer Funktion zu berauben. Demnach ist ein gegen einen Strafbefehl gerichtetes Revisionsgesuch als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren, wenn es sich auf Tatsachen stützt, welche der Verurteilte im Zeitpunkt des Erlasses des Strafbefehles

kannte und die er in einem ordentlichen Einspracheverfahren hätte vorbringen können (BGE 130 IV 72 Erw. 2.3 bzw. Pra 2005 Nr. 35).

3.3. Zur Begründung des Revisionsgesuchs wird vorgebracht, der Gesuchsteller sei nicht einmal monatlich sondern maximal fünf Mal pro Kalenderjahr in die Schweiz eingereist. Bei der ungefähren Anzahl durchgeführter Transporte handelt es sich um Tatsachen, die dem Gesuchsteller bereits bei Zustellung des Strafbefehls bekannt gewesen sein müssen. Weshalb es ihm nicht möglich gewesen sein sollte, diese Tatsachen bereits im Rahmen einer Einsprache vorzubringen, wird vom Gesuchsteller nicht dargetan. Dass das Verfahren sehr schnell verlaufen sei und der Gesuchsteller die Sachlage erst nach Ablauf der Einsprachefrist erfasst habe (Urk. 14 S. 2), vermag das Verpassen der Einsprachefrist jedenfalls nicht zu rechtfertigen. Auch bestehen entgegen den Vorbringen im Revisionsbegehren keine Anhaltspunkte dafür, dass es bei der Einvernahme des Gesuchstellers zu sprachlich bedingten Missverständnissen gekommen wäre. Die Einvernahme vom 22. Mai 2017 erfolgte unter Beizug einer Dolmetscherin. Der Gesuchsteller hat ausdrücklich bestätigt, die Übersetzung zu verstehen (Urk. 2 Frage 3). Auch hat er die Richtigkeit des Inhalts des Einvernahmeprotokolls unterschriftlich bestätigt (Urk. 2 S. 5). Der Gesuchsteller hätte die Tatsachen, die er nun mittels Revision vorbringt, damit bereits mittels Einsprachen vorbringen können und müssen. Dies hätte zur Eröffnung entsprechender Strafuntersuchungen geführt, mit der alle wichtigen Umstände abgeklärt worden wären. Indem der Gesuchsteller den ihm bereits früher bekannten Sachverhalt erst im vorliegenden Verfahren vorbringt, erscheint sein Gesuch als Mittel, das Einspracheverfahren und den ordentlichen Rechtsmittelweg zu umgehen. Nachdem er es selbstverschuldet versäumt hat, die Einsprachefrist einzuhalten und eine Revision nicht dazu da ist, verpasste Einsprachemöglichkeiten zu ersetzen, muss das Gesuch in dieser Hinsicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden.

4. Wenn B._____ zur Begründung des Revisionsgesuchs weiter vorbringt, der Gesuchsteller habe als Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina ohne Visum in die Schweiz einreisen dürfen und als Chauffeur eines Transportunternehmens mit Sitz im Ausland für seinen Aufenthalt keine Bewilligung ge-

braucht, macht sie damit geltend, der Strafbefehl sei unter falscher Rechtsanwendung ergangen. Neue Tatsachen oder Beweismittel, die den dem Strafbefehl zugrunde gelegten Sachverhalt als unrichtig erscheinen liessen, werden in dieser Hinsicht nicht geltend gemacht. Es wird nur gerügt, der Sachverhalt gemäss Strafbefehl sei rechtlich unzutreffend gewürdigt worden. Dabei wird verkannt, dass eine fehlerhafte Rechtsanwendung nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung keinen Revisionsgrund im vorgenannten Sinn darstellt. Allfällige Rechtsirrtümer in rechtskräftig gewordenen Entscheiden sind irreparabel. Mit der Revision soll der dem Urteil zugrunde gelegte Sachverhalt, der als unrichtig erachtet wird, korrigiert werden. Es wird nicht eine Überprüfung oder Änderung seiner rechtlichen Würdigung vorgenommen (Heer in: BSK-StPO, a.a.O. N 3 und N 51 zu Art. 410 m.w.H.). In dieser Hinsicht ist damit kein Revisionsgrund im Sinne von Art. 410 StPO gegeben.

5.1. Weiter wird im Revisionsgesuch geltend gemacht, der fragliche Strafbefehl widerspreche der Sachverhaltsermittlung und Qualifikation des Geschehens durch das Staatssekretariat für Migration, welches ein gegen den Gesuchsteller verhängtes Einreiseverbot in Wiedererwägung gezogen und aufgehoben habe, wobei auch das Bundesverwaltungsgericht diesen Entscheid geschützt habe (Urk. 14 und 16/1).

5.2. Die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens (Revision) kann gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO unter anderem dann verlangt werden, wenn ein Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht. Eine Unverträglichkeit im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO ist aber nur beachtlich, soweit sie zwischen zwei Strafurteilen besteht. Ergeht ein anders lautender Zivil- oder Verwaltungsentscheid, ist dieser im Rahmen von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO nicht von Bedeutung (vgl. Heer in: BSK-StPO, a.a.O., N 95 zu Art. 410 StPO).

Der Revisionsgrund der sich widersprechenden Entscheide ist insbesondere dann anzuwenden, wenn bei getrennter Verfolgung verschiedener Mitbeteiligter einer Straftat der frühere Strafentscheid mit einem Entscheid, der nachträglich gegen einen Mitbeteiligten zum gleichen Lebenssachverhalt erging, in einem derart un-

verträglichen Widerspruch steht, dass einer dieser Entscheide notwendigerweise falsch sein muss. Dieser Revisionsgrund kommt dabei nur zur Vermeidung absolut stossender Ergebnisse zum Tragen (vgl. Heer in: BSK-StPO, a.a.O., N 90 zu Art. 410 StPO).

5.3. Offenbar verhängte das Staatssekretariat für Migration am 23. Mai 2017 gegen den Gesuchsteller ein Einreiseverbot für die Dauer von 2 Jahren, hat dieses jedoch im Rahmen einer Wiedererwägung am 15. August 2017 mit sofortiger Wirkung wieder aufgehoben. Das Bundesverwaltungsgericht schrieb daraufhin ein wegen des Einreiseverbots hängiges Beschwerdeverfahren als durch Wiedererwägung gegenstandslos geworden ab (Urk. 16/1). Beim Entscheid des Staatssekretariats für Migration handelt es sich nicht um einen Strafscheid im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO, der dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 23. Mai 2017 widersprechen könnte, sondern vielmehr um den Entscheid einer Verwaltungsbehörde. Der Revisionsgrund der sich widersprechenden Urteile ist demnach nicht gegeben.

6. Das Revisionsgesuch vom 22. September 2017 erweist sich damit als offensichtlich unbegründet, weshalb im Sinne von Art. 412 Abs. 2 StPO nicht darauf einzutreten ist.

7.1. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Verteidigung beschuldigter Personen im Strafverfahren Anwältinnen und Anwälten vorbehalten ist, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 berechtigt sind, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten. Aus den bisherigen Eingaben von B._____ erhellt nicht, ob sie in der Schweiz in ein kantonales Anwaltsregister eingetragen ist oder in einem Mitgliedstaat der EU oder der EFTA berechtigt ist, den Anwaltsberuf unter offizieller Berufsbezeichnung auszuüben. Damit ist grundsätzlich nicht ausreichend dargetan, dass B._____ zur Vertretung des Gesuchstellers im vorliegenden Verfahren legitimiert ist. Angesichts der offensichtlichen Unzulässigkeit des vorliegenden Revisionsgesuchs ist auf weitere diesbezügliche Abklärungen aber zu verzichten.

7.2. Der Zustellung des vorliegenden Entscheids an B._____ stehen die unklaren Vertretungsverhältnisse nicht entgegen. Der Gesuchsteller hat Wohnsitz im Ausland, weshalb Zustellungen an das von ihm bezeichnete Zustellungsdomizil in der Schweiz zu erfolgen haben (Art. 87 Abs. 2 StPO). Die vom Gesuchsteller unterzeichnete Generalvollmacht vom 7. Juni 2017 ermächtigt B._____ ausdrücklich zur Entgegennahme von Postsendungen jeder Art (Urk. 16/2 S. 1).

III. Kosten

Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 600.– festzusetzen. Gemäss Art. 428 StPO tragen die Parteien die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe ihres Ob- siegens oder Unterliegens. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind damit ausgangsgemäss dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Revisionsgesuch vom 22. September 2017 wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 600.– festgelegt und dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an
 - B._____ im Doppel, für sich und den Gesuchsteller
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandsowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (unter Rücksendung der Akten).
4. 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
I. Strafkammer

Zürich, 23. November 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. A. Boller