

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SR130017-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic. iur. Ruggli, Ober-
richterin Dr. Janssen sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Oswald

Beschluss vom 28. Oktober 2013

in Sachen

A._____, alias **B.**_____, in Ausschaffungshaft im Polizeigefängnis Zürich,
Gesuchsteller

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Gesuchsgegnerin

betreffend **Widerhandlung gegen das AuG etc. (Revisionsgesuch gegen den
Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 6. Juni 2013 [C-
3/2013/3840])**

Erwägungen:

I.

1. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2013 wurde der Gesuchsteller wegen rechtswidriger Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 2 lit. a AuG, rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG, Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG, Täuschung der Behörden im Sinne von Art. 118 Abs. 1 AuG sowie Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten bei einer Probezeit von 2 Jahren bestraft (Urk. 2/2 = Urk. 3/12). Der Strafbefehl erwuchs in Rechtskraft (vgl. Urk. 3/12 S. 5, Urk. 1 S. 2).

2. Der Gesuchsteller reichte mit Eingabe vom 5. Juli 2013 ein Revisionsgesuch ein und beantragte, dass Ziff. 1, Punkte 1, 2 und 3 (Schuldspruch betreffend Widerhandlungen gegen das AuG) sowie Ziff. 2 (Strafe) des Strafbefehls vom 6. Juni 2013 aufzuheben seien und aufgrund der neuen Sachlage ein neuer Entscheid zu fällen oder eventualiter die Sache an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat zur neuen Behandlung und Beurteilung zurückzuweisen sei (Urk. 1).

3. Mit Beschluss vom 22. Juli 2013 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat Frist zur Stellungnahme zum Revisionsgesuch angesetzt (Urk. 4). Diese erfolgte mit Eingabe vom 5. August 2013 mit dem Antrag, es sei Ziff. 1, Punkt 1 (Schuldspruch betreffend rechtswidrige Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG) des Dispositivs des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2013 aufzuheben und im Übrigen das Revisionsgesuch abzuweisen (Urk. 6). Mit Präsidialverfügung vom 12. August 2013 wurde dem Gesuchsteller Frist zur Stellungnahme zur Vernehmlassung der Staatsanwaltschaft angesetzt (Urk. 8). Diese erfolgte innert erstreckter Frist mit Schreiben vom 4. September 2013 (Urk. 10, Urk. 11). Schliesslich wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat mit Präsidialverfügung vom 10. September 2013 Frist zur freigestellten Vernehm-

lassung zur Stellungnahme des Gesuchstellers angesetzt (Urk. 12). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 14).

II.

1. Die Revision oder Wiederaufnahme ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, welches zur Durchbrechung der Rechtskraft eines Entscheides führt und deshalb nur in engem Rahmen zulässig ist. Entsprechend streng sind die Voraussetzungen einer Revision, die nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn die Beweisunterlagen oder das Vertrauen in die Richtigkeit eines Urteils nachträglich durch schwerwiegende Tatsachen erschüttert werden (BSK StPO-Heer, Art. 410 N 4 und 9; Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 410 N 1; Schmid, Handbuch StPO, N 1582 f.).

Die Revisionsgründe sind in Art. 410 Abs. 1 und 2 StPO – unter Vorbehalt von Art. 60 Abs. 3 StPO und Art. 214 Abs. 1 lit. b bzw. Art. 36 Ziff. 1 lit. b des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen – 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), wenn der Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht (lit. b), oder wenn 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, a.a.O., Art. 410 N 14 und 34 ff.; Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 410 N 12 ff.).

Revisionsgesuche sind schriftlich und begründet beim Berufungsgericht einzureichen. Im Gesuch sind die angerufenen Revisionsgründe zu bezeichnen und

zu belegen (Art. 411 Abs. 1 StPO). Es ist somit Sache des Gesuchstellers, die Revisionsgründe spezifiziert darzulegen und genügend zu begründen. Das Revisionsgericht hat nicht von Amtes wegen nach Revisionsgründen zu suchen. Diesbezüglich weist das Revisionsverfahren ähnliche Züge wie der Zivilprozess auf. Dem Gesuchsteller obliegt die Verantwortung für die Sammlung des Prozessstoffes, es kommt ihm eine umfassende Behauptungs- und Beweisführungslast zu. Zum Nachweis eines Revisionsgrundes genügt, insbesondere im Fall von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO, dessen Glaubhaftmachung (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 411 N 1 und Art. 413 N 2; BSK StPO-Heer, Art. 410 N 12, Art. 411 N 6, Art. 412 N 1 f. und 5 sowie Art. 413 N 5).

2. Der Verteidiger macht mit dem Revisionsgesuch zusammengefasst geltend, der Gesuchsteller sei chinesischer Staatsangehöriger und habe einen Reisepass, der vom 5. Mai 2011 bis 4. Mai 2021 gültig sei. Mit diesem gültigen Reisepass und einem gültigen Visum sei der Gesuchsteller am 9. August 2011 von ... her mit dem Flugzeug in die Schweiz eingereist, mit der Absicht, hier einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, wie dies in den Bemerkungen des Visums auch festgehalten worden sei, nachdem ihm die Aufenthaltsbewilligung "L" (nachfolgend Kurzaufenthaltsbewilligung genannt) zugesichert worden sei. Das Visum sei vom 14. Juli bis 13. Oktober 2011 gültig gewesen. Dem Gesuchsteller sei eine Kurzaufenthaltsbewilligung ausgestellt worden, welche ihn zur Erwerbstätigkeit bei der B._____ SA in ... berechtigt habe. Diese sei bis 6. August 2012 gültig gewesen und am 4. September 2012 bis zum 6. August 2013 verlängert worden. Der Gesuchsteller sei somit mit einem gültigen Reisepass und einem gültigem Visum in die Schweiz eingereist und habe eine bis zum 6. August 2013 gültige Kurzaufenthaltsbewilligung mit Erlaubnis zur Erwerbsausübung in der Schweiz gehabt (Urk. 1 S. 3 f.).

In rechtlicher Hinsicht habe der Gesuchsteller aufgrund seiner Einreise mit gültigem Reisepass und dem erforderlichen Visum den Tatbestand der rechtswidrigen Einreise in die Schweiz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG nicht erfüllt. Sodann verfüge der Gesuchsteller seit seiner Einreise in die Schweiz am 9. August 2011 über die erforderliche Kurzaufenthaltsbewilligung, welche bis zum

6. August 2013 gültig gewesen sei. Aus diesem Grund habe er sich nicht rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten und den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG nicht erfüllt. Schliesslich sei der Gesuchsteller zwar am 4. Juni 2013 im Restaurant D. _____ in Zürich aufgegriffen worden, wo er als Hilfskoch gearbeitet habe, obwohl er nicht die erforderliche Bewilligung gehabt habe, um in diesem Restaurant zu arbeiten. Damit erfülle er aber nicht den Tatbestand der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG, denn dieser verlange, dass überhaupt keine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz vorliege. Der Gesuchsteller habe jedoch über eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz verfügt. Er habe lediglich eine neue Stelle im Restaurant D. _____ in Zürich angenommen, ohne dies vorgängig bei der zuständigen Behörde des Kantons Waadt zu melden. Der Strafbefehl vom 6. Juni 2013 sei aufgrund von falschen Tatsachen gefällt worden, weshalb Ziff. 1, Punkte 1, 2 und 3 des Strafbefehls aufzuheben seien (Urk. 1 S. 5 f.).

In Anbetracht dessen, dass der Gesuchsteller nur der Straftaten gemäss Ziff. 1, Punkte 4 und 5 des Strafbefehls (Schuldspruch betreffend Täuschung der Behörden und Urkundenfälschung) schuldig zu sprechen sei, er das Unrecht dieser Taten einsehe und er sich in der Schweiz vorher nichts zu Schulden kommen lassen habe, sei auch Ziff. 2 des Strafbefehls aufzuheben und sei der Gesuchsteller mit einer bedingten Freiheitsstrafe von maximal 3 Monaten zu bestrafen, wobei die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen sei (Urk. 1 S. 6). Eventualiter, d.h. für den Fall, dass das Berufungsgericht selber keinen neuen Entscheid fälle, sei die Sache an die Staatsanwaltschaft zur neuen Beurteilung zurückzuweisen (Urk. 1 S. 7).

3. Vorliegend kann von vornherein festgestellt werden, dass der Gesuchsteller weder den Revisionsgrund gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO (ein Entscheid steht mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch) noch denjenigen nach Art. 410 Abs. 1 lit. c StPO (in einem anderen Strafverfahren erweist sich, dass durch eine strafbare Handlung auf das Ergebnis des Verfahrens eingewirkt worden ist) geltend macht.

Was den Revisionsgrund der Wiederaufnahme zufolge neuer Tatsachen und Beweismittel im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO betrifft, so setzt dieser voraus, dass die nachträglich geltend gemachten Tatsachen und Beweismittel sowohl neu als auch erheblich sind, was dann der Fall ist, 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, sowie wenn sie zu einer erheblich mildereren oder schärferen Bestrafung des Gesuchstellers oder gar zu einem Freispruch führen (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 410 N 13; Heer, a.a.O., Art. 410 N 34 und 65 ff.; BGE 101 IV 317).

4. Die nachträglich von der Verteidigung geltend gemachten Tatsachen, namentlich, dass der Gesuchsteller über einen gültigen Reisepass, das erforderliche Visum sowie eine Kurzaufenthaltsbewilligung mit Erlaubnis zur Erwerbsausübung verfüge, und die entsprechenden als Beweismittel eingereichten Kopien dieser Dokumente (Urk. 2/3-6), sind zwar in dem Sinne neu, als dass sie zum Zeitpunkt des Strafbefehls am 6. Juni 2013 vorhanden, aber gemäss den Untersuchungsakten der Staatsanwaltschaft nicht bekannt waren (vgl. Urk. 3), weshalb sie auch in den Entscheid nicht einfließen. Wie noch zu zeigen sein wird, liegt jedoch kein Revisionsgrund vor.

Die Staatsanwaltschaft bestreitet die Richtigkeit der neu eingereichten Beweismittel nicht (vgl. Urk. 6). Die Gültigkeit der Dokumente von B._____ ergibt sich sodann auch aus den Akten des Migrationsamts des Kantons Waadt, welche von der Staatsanwaltschaft eingereicht wurden (vgl. Urk. 7). Es ergibt sich daraus folgender Ablauf betreffend B._____:

27.10.2010 Gesuch der C._____ SA um Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung für B._____ für die Tätigkeit als qualifizierter Koch im Restaurant "E._____" (unter Einreichung des Arbeitsvertrags, von Auszügen aus dem chinesischen Einwohnerregister, der Geburtsurkunde und der Qualifizierungsbescheinigung; Urk. 7, Anhang 1-5)

- 15./28.02.2011 Zusagen für Kurzaufenthaltsbewilligung (Urk. 7, Anhang 6-7)
- 09.08.2011 Einreise von B. _____ mit Pass und Visum (Urk. 2/3-4)
- 20.10.2011 Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung L durch den Kanton
Waadt mit Gültigkeit bis 06.08.2012 (Urk. 2/5)
- 2012 Gesuch der C. _____ SA um Verlängerung der Kurzaufent-
haltsbewilligung (unter Einreichung der Gehaltsabrechnun-
gen der Zeitspanne vom 15.08.2011-31.07.2012; Urk. 7,
Anhang 8-9)
- 04.09.2012 Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung L durch den
Kanton Waadt mit Gültigkeit bis 06.08.2013 (Urk. 2/6, Urk. 7
S. 3)
- 2013 Gesuch der C. _____ SA um Umwandlung der Kurzaufent-
haltsbewilligung L in eine Aufenthaltsbewilligung B (unter
Einreichung der Gehaltsabrechnungen der Zeitspanne vom
01.07.2012-30.06.2013; Urk. 7, Anhang 12-19)

Vergleicht man die Untersuchungsakten der Staatsanwaltschaft (Urk. 3) mit den vorgenannten Dokumenten (Urk. 2/3-6) und der migrationsrechtlichen Geschichte von B. _____ (Urk. 7), fällt Folgendes auf: Der Name des Beschuldigten, welcher mit Strafbefehl vom 6. Juni 2013 verurteilt wurde, lautet A. _____. Die vom Gesuchsteller eingereichten Dokumente sowie die Migrationsakten betreffen aber eine Person namens B. _____. Es mutet darüber hinaus merkwürdig an, dass A. _____ in der Strafuntersuchung nie erwähnte, über einen chinesischen Pass und eine Kurzaufenthaltsbewilligung zu verfügen, hätte dies doch vermutlich eine Verurteilung wegen eines Teils der Delikte verhindert. Ausserdem wurden die entsprechenden Dokumente bei der Hausdurchsuchung auch nicht gefunden (vgl. Urk. 3/9/1). Kommt hinzu, dass er ausführte, am 1. September 2011 via Portugal in die Schweiz eingereist zu sein und sich bei der Einwohnerkontrolle in ... angemeldet zu haben (Urk. 3/2 S. 3, Urk. 3/3 S. 2, Urk. 3/5 S. 4), während B. _____ am 9. August 2011 mit dem Flugzeug einreiste. Sodann führte A. _____

aus, seit dem 1. Juni 2013 (die handschriftliche Korrektur auf S. 4 von Urk. 3/2 dürfte unrichtig sein, wie sich aus den weiteren Angaben von A._____ ergibt) im D._____ in Zürich zu arbeiten (Urk. 3/2 S. 1 und S. 4), wo er am 4. Juni 2013 bei der Arbeit verhaftet wurde. Von B._____ liegt hingegen eine Lohnabrechnung seines Arbeitgebers in ... vom Juni 2013 vor (Urk. 7, Anhang 16), wo er bereits seit August 2011 arbeitete. Aus dieser am 30. Juni 2013 ausgestellten Abrechnung ergibt sich, dass ihm von der C._____ SA der ganze Lohn für den Monat Juni 2013 ausbezahlt wurde, obwohl A._____ im Juni 2013 einer Arbeitstätigkeit in Zürich nachging. Dafür, dass es sich nicht um eine Schlussabrechnung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses handelte, in dessen Rahmen beispielsweise noch nicht bezahlte Frei-Tage ausbezahlt wurden, spricht, dass kein Anteil 13. Monatslohn abgerechnet wurde, obwohl ein solcher geschuldet war (Urk. 7, Anhang 1, S. 5). Darüber hinaus führte A._____ aus, an der F._____ -strasse und vorher an der G._____ -strasse in Zürich gewohnt zu haben (Urk. 2 S. 3 f.), wohingegen sich die Adresse von B._____ gemäss den Migrationsakten immer in ..., dem Ort seines Arbeitsplatzes, befand (vgl. act. 7), wo er gemäss Bestätigung vom 29. Juni 2013 auch wöchentlich einen Französischkurs besuchte (Urk. 7, Anhang 15). Daraus lässt sich schliessen, dass B._____ von seinem Arbeitgeber und seiner Französischlehrerin noch im Verlauf des Monats Juni 2013 in ... wahrgenommen wurde, während A._____ bereits am 4. Juni 2013 in Zürich verhaftet worden war und seither inhaftiert ist. Zudem trug A._____ anlässlich seiner Verhaftung eine Krankenversicherungskarte der H._____ auf sich (Urk. 2/10/2), während B._____ gemäss den Migrationsakten bei der Krankenkasse I._____ versichert ist (Urk. 7, Anhang 17). Dies alles lässt starke Zweifel aufkommen, dass es sich bei B._____ und A._____ um die selbe Person handelt, wie der Gesuchsteller glaubhaft machen will. Diese Zweifel werden durch den Vergleich der ungleichen Unterschriften von A._____ in Urk. 3/5 S. 7 und B._____ in Urk. 7, Anhang 2, noch untermauert.

Unter den gegebenen Umständen kommt der Verdacht auf, dass es sich beim Gesuchsteller, welcher mit Strafbefehl vom 6. Juni 2013 unter dem Namen A._____ verurteilt wurde, nicht um B._____ handelt, sondern um dessen *älteren Bruder*, welcher in Wirklichkeit J._____ heisst und am tt. Dezember 1980 geboren

wurde (Urk. 7, Anhang 3). In diesem Fall hätte er in der Strafuntersuchung den Vornamen seines jüngeren Bruders als seinen Vornamen sowie seinen Vornamen als seinen Nachnamen angegeben und entsprechend den Nachnamen des Vaters von ... auf ... angepasst (Urk. 3/5 S. 3). Die von ihm angegebenen Vornamen der Eltern wären unter diesen Umständen Abkürzungen der richtigen Vornamen: ... von ... und ... von ... (vgl. Urk. 3/5 S. 3 und Urk. 7, Anhang 3). Der angegebene Nachname der Mutter (...) entspräche demjenigen in den Migrationsakten. Sodann fällt auf, dass A._____ bei der Polizei angab, man solle seinen *Kollegen* K._____ über seine Verhaftung benachrichtigen (Urk. 3/3 S. 2), welches der Name der Ehefrau von B._____ ist (Urk. 7, Anhang 19). Ferner stimmt die auf dem Foto im Verhaftungsrapport ersichtliche Grösse von ca. 178 cm mit der Grösse von J._____ gemäss den Migrationsakten betreffend B._____ (Urk. 7, Anhang 3) überein. Aufgrund des genannten Fotos und der Fotos, welche von B._____ vorliegen, ist sodann ebenfalls nicht auszuschliessen, dass es sich um zwei verschiedene Personen handelt.

Zusammenfassend gelingt es dem Gesuchsteller nicht, glaubhaft zu machen, dass die nachträglich geltend gemachten Tatsachen ihn betreffen und er somit über einen gültigen Reisepass, das erforderliche Visum sowie eine Kurzaufenthaltsbewilligung mit Erlaubnis zur Erwerbsausübung verfügte. Vielmehr spricht vieles dafür, dass der Gesuchsteller nicht mit B._____ identisch ist. Das Revisionsgesuch des Gesuchstellers ist damit nicht geeignet, neue urteilsrelevante Umstände glaubhaft zu machen und den entsprechenden Revisionsgrund als gegeben darzutun, weshalb es abzuweisen ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Revisionsverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Revisionsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
3. Die Kosten des Revisionsverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - den Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - das Migrationsamt des Kantons Waadt
 - das Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern

sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - das Migrationsamt des Kantons Waadt.
5. 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. Oktober 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Oswald