

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SR200021-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichter lic. iur. Stiefel und Oberrichterin lic. iur. Schärer sowie Gerichtsschreiberin Dr. iur. Karabayir

## Urteil vom 18. Dezember 2020

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchsteller

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**  
Gesuchsgegnerin

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

**Revisionsgesuch gegen einen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 22. Mai 2019 (D-7/2019/10017467)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, vom 22. Mai 2019 wurde **A.\_\_\_\_\_** (nachfolgend: Gesuchsteller) der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG, der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AIG i.V.m. Art. 11 AIG sowie des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.– bestraft (Urk. 2/2). Der Strafbefehl ist in Rechtskraft erwachsen.

2. Mit Eingabe vom 21. September 2020 stellte der Verteidiger des Gesuchstellers ein Revisionsgesuch, mit welchem er die Aufhebung des vorgenannten Strafbefehls und – im Hauptstandpunkt – einen Freispruch beantragte, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Vorinstanz bzw. Staatskasse (Urk. 1 S. 1).

3. Mit Beschluss der hiesigen Kammer vom 13. Oktober 2020 wurde dieses Revisionsgesuch der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterhalt zur freigestellten Stellungnahme innert 20 Tagen zugestellt (Urk. 6). Die fallzuständige Staatsanwältin verzichtete darauf (Urk. 8). Damit ist das Verfahren spruchreif.

### **II.**

1. Kurz zusammengefasst macht die Verteidigung mit ihrem Revisionsgesuch geltend, dass der gegen den Gesuchsteller erlassene Strafbefehl vom 22. Mai 2019 in einem unverträglichen Widerspruch mit der am 12. Juni 2020 gegen **B.\_\_\_\_\_** ergangenen und den gleichen Sachverhalt betreffenden Einstellungsverfügung stehe (Urk. 1 S. 4).

2. Damit stützt sie sich auf den Revisionsgrund nach Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO (sich widersprechende Strafentscheide). Für die Geltendmachung dieses Revisionsgrundes sieht das Gesetz eine Frist von 90 Tagen seit der Kenntnisnahme

des zweiten Entscheides vor (Art. 411 Abs. 2 StPO). Gemäss den Akten wurde die obgenannte Einstellungsverfügung der Verteidigung des im genannten Verfahren Beschuldigten B.\_\_\_\_\_ am 23. Juni 2020 zugestellt (Urk. 5/17; vgl. auch den Eingangsstempel auf Urk. 2/3 S. 1). Unabhängig davon, wann genau der Gesuchsteller von diesem Strafentscheid erfuhr, ist die Frist mit Eingabe der Verteidigung vom 21. September 2020 gewahrt.

### III.

1. Die materielle Prüfung eines Revisionsgesuches gestaltet sich zweistufig: In einem ersten Schritt prüft das Berufungsgericht, ob die geltend gemachten Revisionsgründe gegeben sind (vgl. hiezu nachstehend E. III.2 f.).

Erachtet das Berufungsgericht einen Revisionsgrund als gegeben, so hebt es in einem zweiten Schritt den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zur Neuurteilung zurück oder fällt – sofern die Aktenlage einen sofortigen Entscheid erlaubt – selber einen neuen Entscheid in der Sache (Art. 413 Abs. 2 StPO; vgl. hiezu nachfolgend E. IV).

2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO um einen absoluten Revisionsgrund, bei dessen Vorliegen der frühere Entscheid ungeachtet seiner materiellen Richtigkeit aufzuheben ist. Der Widerspruch kann sich nur auf ein tatsächliches Element beziehen. Ein Widerspruch in der Rechtsanwendung oder eine nachträgliche Änderung der Rechtsprechung ist nicht ausreichend (Urteil BGer 6B\_932/2019 vom 5. Mai 2020 E. 2.3.1, mit etlichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung, u.a. auf BGE 144 IV 121 E. 1 und das Urteil BGer 6B\_980/2015 vom 13. Juni 2015 E. 1.4). Dieser Revisionsgrund erfasst damit den Fall, dass der gleiche Lebenssachverhalt in zwei verschiedenen Entscheiden unterschiedlich gewürdigt wird und kommt nur zur Vermeidung absolut stossender Ergebnisse zum Tragen. Hauptsächlich zur Anwendung kommt Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO, wenn verschiedene Mitbeteiligte einer Straftat getrennt verfolgt bzw. beurteilt werden und ein Widerspruch zwischen zwei Urteilen insofern anzunehmen ist, als nach den Denkgesetzen eines davon notwendigerweise falsch sein muss. Erforderlich ist, dass diesen beiden

Entscheiden der gleiche Lebenssachverhalt zugrunde liegt. Einer Wiederaufnahme des Verfahrens nicht hinderlich ist, dass die verschiedenen Mitbeteiligten wegen unterschiedlicher Strafnormen zur Rechenschaft gezogen werden. Eine Revision wurde namentlich zugelassen, wenn ein Teilnehmer an einer strafbaren Handlung verurteilt, später dann aber der Freispruch gegen einen der Mitbeteiligten damit begründet wurde, dass der objektive Tatbestand nicht erfüllt oder nicht erwiesen sei (BSK StPO-HEER, a.a.O., N 89 ff. zu Art. 410 StPO, m.w.H.).

3. In den genannten Strafentscheiden, d.h. im Strafbefehl vom 22. Mai 2019 und in der Einstellungsverfügung vom 12. Juni 2020 ging es um folgende Lebenssachverhalte:

3.1 Dem Gesuchsteller wurde im Strafbefehl zusammengefasst vorgeworfen, am 16. Mai 2019 als indischer Staatsangehöriger (mit einer italienischen Aufenthaltsbewilligung) in die Schweiz eingereist zu sein, um einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Vom 16. bis zum 21. Mai 2019 habe er als Priester im Vereinslokal "C.\_\_\_\_\_" gearbeitet, indem er – gegen Erhalt von Kost und Logis vom Vorstandsmitglied des Vereins, B.\_\_\_\_\_, – Gottesdienste abgehalten und der Gläubigergemeinschaft das religiöse Buch "D.\_\_\_\_\_" vorgelesen habe, was mit einer auf Erwerb gerichteten Tätigkeit gleichgesetzt werden müsse. Hierfür habe er aber über keine Arbeitsbewilligung verfügt. Der Gesuchsteller habe sowohl um die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften der Schweiz, als auch um das Erfordernis einer Arbeitsbewilligung gewusst, und habe zumindest eventualvorsätzlich gehandelt (Urk. 2/2 S. 3).

3.2 Die Einstellungsverfügung erging in einem gegen das obgenannte Vorstandsmitglied des Vereins "C.\_\_\_\_\_", B.\_\_\_\_\_, geführten Strafverfahren. Diesem wurde vorgeworfen, den Gesuchsteller als verantwortlicher Vorstand und Arbeitgeber für das Gebet eingeladen und ihn im Verein beschäftigt zu haben, damit dieser vom 14. bis zum 21. Mai 2019 bei den Messen als Priester spreche und aus dem Buch "D.\_\_\_\_\_" vorlese, welche Tätigkeit üblicherweise gegen Entgelt ausgeübt werde und deshalb eine Erwerbstätigkeit darstelle. B.\_\_\_\_\_ habe dem Gesuchsteller ferner auch Kost und Logis gewährt. Dies habe B.\_\_\_\_\_ getan,

obwohl der Gesuchsteller über keine Arbeitsbewilligung und deshalb auch über keine Einreise- und Aufenthaltsbewilligung verfügt habe (Urk. 2/3 S. 1-3).

3.3 In beiden Entscheiden war demnach in der Hauptsache zu beurteilen, ob der Gesuchsteller mit den im Verein "C.\_\_\_\_\_" als Priester abgehaltenen Gottesdiensten und dem Vorlesen aus dem religiösen Buch "D.\_\_\_\_\_" im Zeitraum vom (insbesondere) 16. bis zum 21. Mai 2019 einer auf Erwerb gerichteten und damit bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachging oder nicht. Von der Beurteilung dieser Frage hing dann sowohl die Strafbarkeit von B.\_\_\_\_\_, wegen illegaler Beschäftigung von Ausländern als auch diejenige des Gesuchstellers und von B.\_\_\_\_\_ wegen illegaler Einreise und Aufenthaltes bzw. wegen Förderung der illegalen Einreise und Aufenthaltes ab. Denn als Tourist darf der Gesuchsteller, der über eine italienische Aufenthaltsbewilligung verfügt, in die Schweiz einreisen und sich hier aufhalten.

3.4 Der Strafbefehl betrifft den Gesuchsteller selber als mutmasslich unselbstständig erwerbstätige Person. Der Vorwurf in der Einstellungsverfügung richtet sich an dessen mutmasslichen Arbeitgeber, B.\_\_\_\_\_. Die Strafbarkeit von B.\_\_\_\_\_ hängt als Teilnehmer an der illegalen Erwerbstätigkeit damit unmittelbar von derjenigen des Gesuchstellers ab und umgekehrt. Hat B.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsteller kein Entgelt gezahlt, so kann dieser keiner bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeit nachgegangen sein. Ist der Gesuchsteller nicht illegal erwerbstätig gewesen, so kann B.\_\_\_\_\_ ihn auch nicht illegal beschäftigt haben. Bei den Strafbestimmungen von Art. 115 Abs. 1 lit. c und Art. 117 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 AIG handelt es sich damit um selbstständig unter Strafe gestellte – und in vorliegendem Fall sich gegenseitig ergänzende – Teilnahmeformen. Die beiden Mitbeteiligten wurden zwar separat verfolgt, aber die entsprechenden Strafentscheide betreffen den gleichen Sachverhalt und sind eng miteinander verbunden. Dies zeigt sich auch exemplarisch darin, dass sich die jeweiligen Entscheide auf die genau gleiche Akten- und Beweislage stützen (vgl. insbesondere Urk. 4/1-2 und Urk. 5/1-3).

Nun wurde aber das Verfahren gegen B.\_\_\_\_\_ eingestellt, was einem Freispruch gleichkommt (vgl. Art. 320 Abs. 4 StPO), mit der Begründung, dass der

Gesuchsteller für das Abhalten von Gottesdiensten bzw. Messen und das Vorlesen aus dem Buch "D.\_\_\_\_\_" – wie für Sikh-Priester üblich – kein Entgelt von B.\_\_\_\_\_ erhalten habe, was auch unüblich sei. Der Gesuchsteller sei dem Gotteslob nachgegangen. Folglich sei seine Tätigkeit für den Verein und damit auch dessen Beschäftigung durch B.\_\_\_\_\_ nicht auf Erwerb gerichtet, d.h. nicht bewilligungspflichtig gewesen, weshalb sowohl der objektive Tatbestand von Art. 117 Abs. 1 AIG, mithin die Beschäftigung des Gesuchstellers, als auch derjenige von Art. 116 Abs. 1 lit. a AIG nicht erfüllt seien (Urk. 2/3 S. 2 f.). Wenn nun im Strafbefehl im Gegensatz zu den dargelegten Feststellungen in der Einstellungsverfügung in tatsächlicher Hinsicht festgehalten wird, dass der Gesuchsteller für die gleichen Tätigkeiten (das Abhalten von Gottesdiensten und Vorlesen als Priester) doch Entgelt erhalten habe, nämlich in Form von Kost und Logis, weshalb die Tätigkeiten auf Erwerb gerichtet gewesen seien (Urk. 2/2 S. 3), so stellt dies einen unverträglichen Widerspruch dar, der in tatsächlicher Hinsicht zu einem absolut stossenden Ergebnis führt.

Demzufolge ist das Vorliegen eines Revisionsgrundes im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO zu bejahen. Das Revisionsgesuch des Gesuchstellers ist somit gutzuheissen und der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/ Unterland, Zweigstelle Flughafen, vom 22. Mai 2019 (Unt.Nr.: D-7/2019/100174467) vollumfänglich aufzuheben (Art. 413 Abs. 2 StPO).

#### IV.

Da die Aktenlage klar ist, kann das Berufungsgericht sogleich in der Sache einen neuen Entscheid fällen (Art. 413 Abs. 2 lit. b StPO). Der Gesuchsteller ist zufolge rechtskräftiger Einstellung des Verfahrens gegen den Mitbeteiligten B.\_\_\_\_\_, was gemäss Art. 320 Abs. 4 StPO einem Freispruch gleichkommt, vollumfänglich freizusprechen.

Wird ein Urteil im Zuge einer Revision aufgehoben, ist die frühere Eintragung unverzüglich aus dem Strafregister zu entfernen (Art. 12 Abs. 1 lit. c VOSTRA-Verordnung). Dieser Entscheid ist deshalb auch den Strafregisterbehörden mitzuteilen, wobei diese darum ersucht werden, die Eintragung aufgrund

des heute reformatorisch ergangenen Freispruchs ersatzlos zu streichen (vgl. BSK StGB-GRUBER, N 151 zu Art. 366 StGB und N 87 ff. zu Art. 369 StGB).

## V.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Strafbefehls- und des Revisionsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 2 StPO, Art. 428 Abs. 1 StPO). Für den Fall, dass der Gesuchsteller die Kosten des Strafbefehlsverfahrens und die damals ebenfalls ausgesprochene Busse von Fr. 300.– bereits beglichen haben sollte, sind ihm diese von der Kasse der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland zurückzuerstatten. Für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte im Revisionsverfahren durch Inanspruchnahme eines Verteidigers ist der Gesuchsteller mit Fr. 1'608.50 inklusive Mehrwertsteuer (Urk. 10/1) zu entschädigen (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO).

### **Es wird erkannt:**

1. Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, vom 22. Mai 2019 (D-7/2019/100174467) wird aufgehoben.
2. Der Gesuchsteller wird vollumfänglich freigesprochen.
3. Die Kosten des Strafbefehlsverfahrens werden auf die Staatskasse genommen und dem Gesuchsteller – für den Fall der bereits erfolgten Begleichung – zusammen mit der von ihm allenfalls bereits geleisteten Busse von der Kasse der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland zurückerstattet.
4. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Dem Gesuchsteller wird für das Revisionsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'608.50 aus der Gerichtskasse zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung des Beschuldigten im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, (unter Rücksendung der Akten Unt.Nr.: D-7/2019/10017467)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Zentrale Inkasso des Obergerichts
- die Kasse der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- die Koordinationsstelle VOSTRA (zur definitiven Entfernung der Verurteilung gemäss Dispositivziffer 1)
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)

7. 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, 18. Dezember 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

Dr. iur. Karabayir