

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 438/2020

Urteil vom 9. Februar 2021

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,  
Bundesrichter Muschietti,  
Bundesrichter Hurni,  
Gerichtsschreiber Reut.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Michael Brühlhart,  
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,  
Postfach, 8610 Uster,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Revision eines Strafbefehls (rechtswidriger Aufenthalt),

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 30. März 2020 (SR200003-O/U/cs).

Sachverhalt:

A.

Die Staatsanwaltschaft See/Oberland verurteilte A. \_\_\_\_\_ am 28. Oktober 2013 wegen rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) und Nichtnachkommens der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung von Ausweispapieren (Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG) zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 120 Tagen sowie einer Busse von Fr. 300.--. Der Strafbefehl blieb unangefochten.

B.

Am 13. Februar 2020 reichte A. \_\_\_\_\_ beim Obergericht des Kantons Zürich ein Gesuch um Revision des Strafbefehls vom 28. Oktober 2013 ein. Mit Beschluss vom 30. März 2020 trat das Obergericht auf das Gesuch nicht ein.

C.

A. \_\_\_\_\_ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, der Beschluss des Obergerichts sei aufzuheben und auf das Revisionsgesuch einzutreten. Der Strafbefehl sei aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen respektive er sei vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen. Ihm sei eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 24'000.-- zuzüglich 5 % Zinsen seit dem 26. Mai 2014 zuzusprechen. Eventualiter sei das Strafverfahren an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Ferner ersucht A. \_\_\_\_\_ sowohl im kantonalen wie auch im Verfahren vor Bundesgericht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 6, Art. 194 und Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO sowie eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts. Die Staatsanwaltschaft wäre verpflichtet

gewesen, die massgeblichen Akten des Migrationsamts des Kantons Zürich und die Vollzugsunterstützungsakten des damaligen Bundesamts für Migration (BFM) beizuziehen. Soweit die Vorinstanz aktenwidrig Gegenteiliges feststelle, ver falle sie in Willkür. Aus den Vollzugsunterstützungsakten wäre ohne Weiteres ersichtlich gewesen, dass die Vollzugsunterstützung vom BFM am 2. März 2012 komplett eingestellt und erst im September 2014 wieder aufgenommen worden sei. Es handle sich dabei um neue Tatsachen und Beweismittel. Demnach lägen nicht die geringsten Hinweise vor, dass am 28. Oktober 2013 seitens der zuständigen Migrationsbehörden alles Zumutbare für den Vollzug der Rückkehr gemacht worden wäre. Die Staatsanwaltschaft hätte die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur EU-Rückführungsrichtlinie zwingend von Amtes wegen berücksichtigen und das Verfahren einstellen müssen.

1.2. Gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO kann, wer durch ein rechtskräftiges Strafurteil beschwert ist, die Revision verlangen, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch oder eine wesentlich mildere Bestrafung der verurteilten Person herbeizuführen. Tatsachen sind Umstände, die im Rahmen des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts von Bedeutung sind. Es handelt sich um objektiv feststehende, sinnlich wahrnehmbare Vorgänge oder Zustände aus Vergangenheit oder Gegenwart, die im Rahmen des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts von Bedeutung sind (BGE 141 IV 93 E. 2.3; 137 IV 59 E. 5.1.1). Hingegen sind Verfahrensverstösse grundsätzlich nicht mittels Revision korrigierbar, sondern müssen im ordentlichen Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden. Revisionsverfahren dienen auch nicht dazu, rechtskräftige Entscheide immer wieder infrage zu stellen oder gesetzliche Vorschriften über die Rechtsmittelfristen bzw. die Zulässigkeit von neuen Tatsachen im Rechtsmittelverfahren zu umgehen (BGE 145 IV 197 E. 1.1; 127 I 133 E. 6; je mit Hinweisen). Revisionsrechtlich gelten Tatsachen und Beweismittel als neu, wenn das Gericht im Zeitpunkt der Urteilsfällung keine Kenntnis von ihnen hatte, sie ihm mithin nicht in irgendeiner Form zur Beurteilung vorlagen (BGE 137 IV 59 E. 5.1.2; Urteil 6B 892/2018 vom 28. Januar 2019 E. 5; je mit Hinweisen). Nicht als neu gelten Beweismittel, wenn sie in ihrer Tragweite falsch gewürdigt worden sind (Urteil 6F 29/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 2.1 mit Hinweis). Ob eine Tatsache oder ein Beweismittel neu und gegebenenfalls geeignet ist, die tatsächlichen Grundlagen des zu revidierenden Urteils zu erschüttern, stellt eine Tatfrage dar, welche das Bundesgericht nur auf Willkür überprüft. Rechtsfrage ist demgegenüber, ob die allfällige Veränderung der tatsächlichen Grundlagen rechtlich relevant ist, das heisst zu einem im Schuld- oder Strafpunkt für die verurteilte Person günstigeren Urteil führen kann (Urteil 6B 22/2018 vom 15. März 2018 E. 2 mit Hinweis).

1.3. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich ist und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 145 IV 154 E. 1.1 mit Hinweisen). Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, das heisst wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen (vgl. BGE 141 IV 369 E. 6.3, 305 E. 1.2; je mit Hinweisen).

1.4. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, die Staatsanwaltschaft hätte (weitere) Akten beiziehen müssen, richtet sich sein Revisionsgesuch nicht gegen die materielle Grundlage des Strafbefehls, sondern gegen einen möglichen Verfahrensverstoss, der grundsätzlich keiner Revision zugänglich ist. Im Übrigen verfällt die Vorinstanz nicht in Willkür, wenn sie erwägt, die Staatsanwaltschaft habe im Strafbefehlsverfahren sämtliche Akten des kantonalen Migrationsamts beigezogen und sei daher über den Umfang der Bemühungen der kantonalen Migrationsbehörden für den Vollzug des Wegweisungsentscheids im relevanten Zeitraum im Bilde gewesen (angefochtener Entscheid S. 5). Die Staatsanwaltschaft hat am 16. Oktober 2013 beim kantonalen Migrationsamt um Beizug der über den Beschwerdeführer vorhandenen Akten ersucht, um "nachzuprüfen, welche konkreten Massnahmen für den Vollzug der Wegweisungsverfügung des Beschuldigten getroffen worden [seien]". Sie hat verschiedene Dokumente als Kopie zu den Akten erhoben (kant. Akten act. 4/8 f.). Die Vorinstanz hält unter diesen Umständen zu Recht fest, für die Staatsanwaltschaft habe erkennbar sein müssen, dass die kantonalen Migrationsbehörden zum damaligen Zeitpunkt nicht sämtliche Möglichkeiten für den Vollzug des Wegweisungsentscheids ausgeschöpft hätten. Es ist jedenfalls offensichtlich, dass die Staatsanwaltschaft vor Erlass des Strafbefehls hätte in Erwägung ziehen müssen, ob die Verurteilung und Bestrafung des Beschwerdeführers dessen effektive Rückführung gefährden würde (vgl. ausführlich dazu BGE 143 IV 249 E. 1.6 bis 1.9 mit Hinweisen). Insofern fehlt es an der Neuheit der

vorgebrachten Tatsache. Die in diesem Zusammenhang vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Fragen betreffen die rechtliche Würdigung des Sachverhalts. Ob die damals ausgesprochene Freiheitsstrafe der Rückführungsrichtlinie zuwiderliefe und, ob das Strafverfahren hätte eingestellt werden müssen, wäre dementsprechend gegebenenfalls nach erfolgter Einsprache zu klären gewesen. Darauf hat der Beschwerdeführer indes verzichtet. Soweit er unter Hinweis auf Rechtsprechung zudem behauptet, die Rückführungsrichtlinie stehe einer Verurteilung entgegen, übersieht er, dass die Verhängung einer Geldstrafe mit der Rückführungsrichtlinie grundsätzlich nicht unvereinbar ist, vorausgesetzt sie erschwert das Verfahren der Entfernung nicht. Eine solche Sanktion kann unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 145 IV 197 E. 1.4.3; 143 IV 249 E. 1.9).

## 2.

2.1. Der Beschwerdeführer macht alsdann geltend, die Vorinstanz habe den Revisionsgrund der einander widersprechenden Strafentscheide im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO zu Unrecht verneint. Sowohl beim Strafbefehl, welcher Revisionsgegenstand bilde, als auch bei den späteren Einstellungsentscheiden der Staatsanwaltschaft sowie des Obergerichts Zürich gehe es um den jeweils gleichen identischen Sachverhalt, nämlich um den rechtswidrigen Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz ab dem 11. September 2001. Seine Lebensverhältnisse seien immer gleich desolat gewesen. Er habe keinen Aufenthaltstitel gehabt, habe im Kanton Zürich in menschenunwürdigen Notunterkünften von der Nothilfe gelebt, sei gesundheitlich schwer angeschlagen und habe immer wieder Strafverfahren wegen rechtswidrigem Aufenthalt über sich ergehen lassen müssen, die je nach Staatsanwaltschaft einen unterschiedlichen Ausgang genommen hätten.

2.2. Wer durch ein rechtskräftiges Strafurteil beschwert ist, kann nach Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO die Revision verlangen, wenn der Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht. Diese Bestimmung stellt einen Sonderfall der neuen Tatsachen oder Beweismittel nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO dar. Es handelt sich dabei um einen absoluten Revisionsgrund, bei dessen Vorliegen der frühere Entscheid ungeachtet seiner materiellen Richtigkeit aufzuheben ist (BGE 144 IV 121 E. 1.6 mit Hinweisen). Die beiden Entscheide müssen sich nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut auf denselben Sachverhalt beziehen (LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, Commentaire romand, Code de procédure pénale, 2. Aufl. 2019, N. 31 zu Art. 410 StPO; MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 90 zu Art. 410 StPO; THOMAS FINGERHUTH, in: Donatsch et al., Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 64 zu Art. 410 StPO). Ein Widerspruch in der Rechtsanwendung oder eine nachträgliche Änderung der Rechtsprechung ist nicht ausreichend (Urteil 6B 932/2019 vom 5. Mai 2020 E. 2.3.1 mit Hinweis auf Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2006 1320 Ziff. 2.9.4).

2.3. Zum Revisionsgrund der einander widersprechenden Strafentscheide hält die Vorinstanz unter Hinweis auf BGE 135 IV 6 (so auch BGE 145 IV 449 E. 1.1 zum heutigen Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) zutreffend fest, dass es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt nach Art. 115 Abs. 1 AuG um ein Dauerdelikt handle, das eine Zäsur bewirke und das Aufrechterhalten des Dauerzustandes nach einem Urteil als selbständige Tat zu werten sei, für welche auch der Grundsatz "ne bis in idem" nicht gelte (angefochtener Entscheid S. 8). Die dem Strafbefehl vom 28. Oktober 2013, den staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügungen vom 10. Juni 2016 und 29. September 2017 sowie dem obergerichtlichen Urteil vom 15. November 2019 zugrunde liegenden Sachverhalte stimmen nicht überein, da sie sich auf verschiedene Zeiträume beziehen. Die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers gehen an der Sache vorbei. Es ist auch nicht von Bedeutung, dass der rechtswidrige Aufenthalt in späteren Entscheiden rechtlich anders beurteilt und die Verfahren in der Folge eingestellt wurden. Ob jene Einstellungen bundesrechtskonform erfolgten, braucht hier nicht erörtert zu werden. Die Vorinstanz ist jedenfalls zu Recht davon ausgegangen, dass keine sich im Sinne von Art.

410 Abs. 1 lit. b StPO einander widersprechende Strafentscheide vorliegen.

## 3.

Der Beschwerdeführer erhebt schliesslich eine Reihe verfahrensrechtlicher Rügen. Sie erweisen sich allesamt als unbegründet.

3.1. Das gilt zunächst, soweit der Beschwerdeführer vorbringt, die Vorinstanz verletze Art. 412 Abs. 2 und 3 StPO, da sie trotz Vorliegens von Revisionsgründen nicht auf das Revisionsgesuch eingetreten sei. Das Revisionsverfahren gemäss StPO gliedert sich grundsätzlich in zwei Phasen, nämlich eine Vorprüfung (Art. 412 Abs. 1 und 2 StPO) sowie eine materielle Prüfung der geltend gemachten Revisionsgründe (Art. 412 Abs. 3 und 4 sowie Art. 413 StPO). Im Rahmen der summarischen Vorprüfung sind grundsätzlich die formellen Voraussetzungen zu klären. Das Gericht kann jedoch auf ein Revisionsgesuch auch nicht eintreten, wenn die geltend gemachten Revisionsgründe offensichtlich unwahrscheinlich oder unbegründet sind (BGE 143 IV 122 E. 3.5; Urteil 6B 791/2014 vom 7. Mai 2015 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 141 IV 298; je mit Hinweisen). Indem die Vorinstanz angesichts der offensichtlich unbegründeten Vorbringen des Beschwerdeführers vorprüfungsweise nicht auf das Revisionsgesuch eintrat, verletzt sie nach dem oben Dargelegten kein Bundesrecht.

3.2. Die Vorinstanz hat - wie vom Beschwerdeführer beantragt (kant. Akten act. 1 S. 8 f.) - die Akten der Staatsanwaltschaft beigezogen. Dass der Beschwerdeführer Einsicht in diese Akten verlangt hat, macht er nicht geltend und geht auch aus seinem Revisionsgesuch nicht hervor. Es ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz das aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitete Recht auf Replik (unbedingtes Replikrecht; vgl. BGE 139 I 189 E. 3.2; 138 I 154 E. 2.3.3 und 484 E. 2.1), Art. 3 Abs. 2 lit. c oder Art. 107 StPO verletzt haben soll, zumal sie auf die Einholung einer Vernehmlassung bei der Staatsanwaltschaft, die freilich Anlass zur Replik geboten hätte, verzichtet hat.

3.3. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist keine Verletzung der Begründungspflicht bzw. von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG durch die Vorinstanz auszumachen. Die Vorinstanz hat alle wesentlichen Gesichtspunkte in ihre Würdigung einbezogen. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Vorinstanz habe sich nicht zum Revisionsgrund nach Art. 410 Abs. 1 lit. c StPO geäußert, übersieht er, dass der genannte Revisionsgrund weder ausdrücklich angerufen, noch begründet wurde (vgl. insbesondere kant. Akten act. 1 Ziff. III.3.2 S. 14).

3.4. Die Vorinstanz hat schliesslich den Anspruch des Beschwerdeführers auf amtliche Verteidigung aufgrund fehlender Aussichten des Rechtsmittels zu Recht verneint. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann die Verfahrensleitung auch die Erfolgsaussichten der Wiederaufnahmebegehren prüfen, wenn sich die Frage nach einer amtlichen Verteidigung im Rahmen eines Revisionsverfahrens stellt (Urteile 6B 688/2020 vom 15. Oktober 2020 E. 2.1; 6B 616/2016 vom 27. Februar 2017 E. 4.3, nicht publ. in: BGE 143 IV 122; 6B 742/2014 vom 22. Juni 2015 E. 2.1; je mit Hinweisen). Keine Rolle spielt dabei, ob die Akten der Staatsanwaltschaft beigezogen wurden, zumal der Beschwerdeführer darum ersucht und der Beizug ohnehin bereits zur Prüfung der Eintretensvoraussetzungen notwendig war. Ob die Verteidigung - nachdem die Grenze nach Art. 132 Abs. 3 StPO gar nicht überschritten wurde - zur Wahrung der Interessen überhaupt geboten war (vgl. BGE 143 I 164 E. 3.6), kann folglich dahinstehen.

4.

Die Beschwerde ist kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG) abzuweisen. Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung kann wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde nicht entsprochen werden (Art. 64 Abs. 1 BGG). Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit herabgesetzten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. Februar 2021

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Der Gerichtsschreiber: Reut