

BGer 6B_833/2018 vom 11. Februar 2019

Bundesgericht, 2019-02-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_833_2018

FR: TF 6B_833/2018 du 11 février 2019

IT: TF 6B_833/2018 del 11 febbraio 2019

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerdeführerin rügt in mehrfacher Hinsicht eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Art. 9 BV) sowie eine Verletzung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung und der freien Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 StPO). Weiter macht sie geltend, dass selbst wenn die Vorinstanz den Sachverhalt nicht willkürlich festgestellt haben sollte, weder der Tatbestand der Täuschung der Behörden (Art. 118 Abs. 1 AuG) noch die Tatbestände der rechtswidrigen Einreise (Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG) und des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) erfüllt seien.

E. 1.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG ; vgl. auch Art. 105 Abs. 1 und Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244 ; 143 I 310 E. 2.2 S. 313; je mit Hinweis; vgl. zum Begriff der Willkür BGE 144 IV 136 E. 5.8 S. 143; 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244; je mit Hinweisen). Dem Grundsatz in dubio pro reo kommt in seiner Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor dem Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zu (Urteil 6B_804/2017 vom 23. Mai 2018 E. 2.2.3.1, zur Publikation bestimmt; BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503 mit Hinweis). Eine entsprechende Rüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503). Auf ungenügend begründete Rügen oder rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53; 142 III 364 E. 2.4 S. 368; je mit Hinweisen).

Gemäss Art. 118 Abs. 1 AuG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer die mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen täuscht und dadurch die Erteilung einer Bewilligung für sich erschleicht.

Nach Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG macht sich strafbar, wer trotz angeordneter Fernhaltmassnahme (Art. 5 Abs. 1 lit. d AuG) einreist. Den Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b erfüllt, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält.

E. 1.3

In Bezug auf die Verurteilung wegen Täuschung der Behörden nach Art. 118 Abs. 1 AuG macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz lege ihr Verständnis zum Begriff des "Aufenthalts" qualifiziert unrichtig aus. Unter diesem Begriff habe sie eine längere Aufenthaltsdauer verstanden, nicht aber touristische Besuche. Als Beweismittel seien einzig ihre Aussagen vorhanden, weshalb darauf abzustellen sei. Sie habe keine falsche Angabe gemacht. Auch ein Verschweigen wesentlicher Tatsachen könne ihr nicht vorgeworfen werden. Im Visumsantrag sei weder nach einem allfälligen Einreiseverbot noch nach ihren früheren Personalien gefragt worden. Bei ihrem früheren Familiennamen B. _____ handle es sich nicht um eine wesentliche Tatsache, welche sie hätte angeben müssen, damit der Bestand eines Einreiseverbots überprüft werden könne. Eine Garantenstellung, welche sie zu derartigen Angaben verpflichtet hätte, liege nicht vor.

Überdies treffe die Vorinstanz in willkürlicher Weise Annahmen hinsichtlich des Vorgehens der Migrationsbehörden bei der Visumserteilung. Es sei beweismässig nicht erstellt, dass die Migrationsbehörde aufgrund der von ihr gemachten Angaben keine weiteren Abklärungen betreffend des Vorliegens eines Einreiseverbots mehr getätigt habe und bei Kenntnis desselben eine Einreisebewilligung verweigert hätte. Die Vorinstanz nehme bloss an, die Migrationsbehörden hätten sich aufgrund ihrer Angaben über ihre Personalien und ihr Einreiseverbot geirrt und dieser Irrtum sei ursächlich für die Visumserteilung gewesen. Diesbezüglich seien jedoch keine Beweismittel aktenkundig, weshalb nicht von einem Irrtum der Behörden auszugehen sei. Immerhin habe die gegenüber den Migrationsbehörden weniger spezialisierte Einwohnerkontrolle U. _____ aufgrund ihrer im Reisepass aufgeführten gegenwärtigen Personalien problemlos festgestellt, dass ein Einreiseverbot gegen sie bestehe und sie zum Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe ausgeschrieben sei, obwohl das Einreiseverbot und die Ersatzfreiheitsstrafe auf ihren früheren Familiennamen B. _____ lauteten.

Im Übrigen habe sie das Einreiseverbot bei Einreichung des Visumsantrags gegenüber einer Mitarbeiterin der Schweizerischen Botschaft thematisiert. Zudem habe sie einen Anwalt in ihrer Heimat zwecks Visumserteilung mandatiert, damit alles korrekt ablaufe. Dies spreche auf jeden Fall gegen einen wissentlichen und willentlichen Gesetzesverstoss.

E. 1.4

Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdeführerin habe im Gesuch um Einreisebewilligung unter Punkt 26 bei der Frage nach bisherigen Aufenthalten in der Schweiz "Nein" angekreuzt. Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin den Begriff "Aufenthalt" nach alltäglichem Sprachgebrauch dahingehend verstanden habe, ob sie schon einmal an einem bestimmten Ort, d.h. in der Schweiz war. Die Beschwerdeführerin weise vier Vorstrafen in der Schweiz auf und gegen sie sei ein Einreiseverbot verhängt worden, weshalb sie nicht gutgläubig habe verneinen können, sich bereits in der Schweiz aufgehalten zu haben. Sie sei schon mehrfach in der Schweiz gewesen, so etwa vom 28. April 2014 bis zum 25. Mai 2014. Indem sie auf dem Formular "Nein" angekreuzt habe, habe sie eine falsche Angabe gemacht. Diese sei für das Migrationsamt wesentlich gewesen, denn dadurch, dass die Beschwerdeführerin frühere Aufenthalte in der Schweiz verneinte, habe kein Anlass bestanden zu untersuchen, ob die Beschwerdeführerin Vorstrafen aufweise oder mit einem Einreiseverbot belegt sei. Indem die Beschwerdeführerin die Behörden über einen Aufenthalt in der Schweiz getäuscht habe, habe sie die Behörden auch über die vorhandenen Verfehlungen und das Einreiseverbot getäuscht.

Weiter habe die Beschwerdeführerin im Gesuch um Einreisebewilligung an keiner Stelle ihren früheren Familiennamen B._____ oder das Einreiseverbot erwähnt. Selbst wenn sie danach nicht explizit gefragt worden sei, bestehe diesbezüglich eine entsprechende Mitwirkungspflicht, welche für die Beschwerdeführerin eine Garantenstellung schaffe. Es handle sich um wesentliche Tatsachen, welche die Beschwerdeführerin verschwiegen habe.

Durch das täuschende Verhalten der Beschwerdeführerin (Falschangabe bezüglich des Aufenthalts und Verschweigen der früheren Personalien und des Einreiseverbots) habe sich die Behörde in einem Irrtum befunden. Die Einreisebewilligung wäre bei Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht ausgestellt worden. Die Beschwerdeführerin habe die Angaben absichtlich verschwiegen und die Behörden täuschen wollen.

E. 1.5.1

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es nicht willkürlich, dass die Vorinstanz deren Verständnis betreffend den Begriff des "Aufenthalts" in einem alltäglichen Sinn auslegt, denn die Beschwerdeführerin ist juristisch nicht gebildet. Sie hat das Visumsformular selbst handschriftlich ausgefüllt. Dabei behauptet die Beschwerdeführerin nicht, dass ihr serbischer Anwalt ihr das Formular erläutert hätte oder beim Ausfüllen des Formulars anwesend gewesen wäre, sondern führt lediglich aus, im Vorfeld des Visumsantrages anwaltliche Beratung in Anspruch genommen zu haben.

E. 1.5.2

Fraglich ist indessen, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin für die Erteilung der Einreisebewilligung ausschlaggebend war.

Nach der Rechtsprechung muss sich die falsche bzw. ausbleibende Instruktion der Behörde gemäss klarem Wortlaut des Gesetzes auf eine wesentliche Tatsache beziehen. Der objektive Tatbestand von Art. 118 Abs. 1 AuG ist nicht erfüllt, wenn die Falsch- oder Nichtangabe einen tatsächlichen Umstand betrifft, der ohne Relevanz für den Entscheid ist bzw. sein muss. Die Täuschung muss mithin dergestalt sein, dass ohne sie der entsprechende Entscheid - zu Recht - nicht oder nicht in dieser Form ergangen wäre. Ist die falsche oder unterbliebene Auskunft dagegen nicht geeignet, die Behörde in ihrer Entscheidungsfindung zu beeinflussen bzw. darf sie sich davon nicht beeinflussen lassen, fehlt es am objektiven Erfordernis der Wesentlichkeit der (Nicht-) Angabe. Ob die Behörde diese de facto (zu Unrecht) für entscheidrelevant erachtet, spielt dagegen keine Rolle.

Entscheidend ist mithin, dass die beteiligten Personen mit ihrem Verhalten die Bewilligungsbehörden täuschten, da diese in Kenntnis der wahren Gegebenheiten keine Bewilligung erteilen würden (Urteile 6B_72/2015 vom 27. Mai 2015 E. 2.2; 6B_497/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 1.1 mit Hinweis auf die Botschaft).

Ausser in Bezug auf ihren früheren Aufenthalt in der Schweiz machte die Beschwerdeführerin umfassende und wahrheitsgemässe Angaben. Dies gilt namentlich betreffend ihren gegenwärtigen Familiennamen, den Ledignamen, den Vornamen, das Geburtsdatum, den Geburtsort sowie die Personalien ihrer Eltern. Hierbei handelt es sich um Daten, womit die Behörden sie zweifelsfrei identifizieren können, was ihre Vorsprache auf der Einwohnerkontrolle U._____ mit dem auf den aktuellen Namen lautenden Pass zeigt. Die Einwohnerkontrolle U._____ hat ungeachtet des aktuellen Namens, das auf den früheren Namen der Beschwerdeführerin lautende Einreiseverbot und die zum Vollzug ausgeschriebene Ersatzfreiheitsstrafe entdeckt.

Zu ihren früheren Personalien (d.h. zu ihren Familiennamen aus zwischenzeitlich geschiedenen Ehen) sowie zum Einreiseverbot wurde die Beschwerdeführerin im Visumsantrag unbestrittenermassen nicht gefragt. Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz trifft die Beschwerdeführerin in rechtlicher Hinsicht keine Garantenstellung betreffend weiterer Angaben, die nebst anderen ausdrücklich erfragten Angaben behördlich nicht verlangt werden. Im formularmässig vorgedruckten dreiseitigen Visumsantrag, der 30 auszufüllende Punkte enthält, wurde ihr überdies keine Möglichkeit geboten, weitere relevante Angaben zu machen. Eine leere Zeile, in welcher die Beschwerdeführerin Bemerkungen hätte anbringen können, war nicht vorhanden.

Auch wenn die Behörden im konkreten Fall aufgrund der Angaben der Beschwerdeführerin davon ausgegangen sein sollten, dass sich diese vorher nicht in der Schweiz aufgehalten hatte, waren sie nicht von weiteren Abklärungen entbunden. Wesentlich war die eindeutige Identifizierbarkeit der Beschwerdeführerin, welche aufgrund ihrer diesbezüglich wahren Angaben gegeben war. Die Migrationsbehörden hätten - wie die Einwohnerkontrolle U._____ - mittels einer einfachen Konsultation der vorhandenen Register (ZEMIS) oder mittels einer Anfrage beim Staatssekretariat für Migration abklären können, ob eine Einreisesperre der Visumserteilung entgegen steht. Diese einfachen Abklärungen sind den Behörden ohne weiteres zuzumuten, selbst wenn jemand angibt, noch nie in der Schweiz gewesen und somit nicht in den Registern verzeichnet zu sein. Insgesamt war die Angabe der Beschwerdeführerin, sie sei nie in der Schweiz gewesen, nicht entscheidungswesentlich, da sie aufgrund der übrigen Angaben die erforderlichen behördlichen Abklärungen erlaubte. Somit fehlt es an den Voraussetzungen einer Verurteilung, da die falsche Angabe zum bisherigen Aufenthalt aufgrund der weiteren wahrheitsgemässen Angaben nicht relevant ist für die Erteilung der Einreisebewilligung. Ob die Behörde diese Angabe de facto zu Unrecht für entscheidungswesentlich erachtete, spielt keine Rolle. Entscheidend ist allein die objektive Wesentlichkeit der Angabe. Damit fehlt es bereits am objektiven Tatbestand.

Im Weiteren durfte die Beschwerdeführerin gestützt auf die vollständig und - mit einer Ausnahme - wahrheitsgemäss beantworteten Fragen, angesichts der heutigen computergestützten Bearbeitung von Einreisegesuchen, auch davon ausgehen, sie könne zweifelsfrei identifiziert werden und das auf ihren früheren Familiennamen lautende Einreiseverbot sei für die Behörden ohne weiteres ersichtlich. Mangels wissentlichen und willentlichen Handelns fehlt es daher auch am subjektiven Tatbestand von Art. 118 Abs. 1 AuG.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Täuschung der Behörden nach Art. 118 Abs. 1 AuG aufzuheben.

E. 1.6.1

Die Beschwerdeführerin rügt auch bezüglich den Verurteilungen wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts nach Art. 115 Abs. 1 lit. a und lit. b AuG, die Vorinstanz stelle den Sachverhalt willkürlich fest. Sie macht im Wesentlichen geltend, sie habe die Verfügung des Migrationsamts nicht erschlichen und rechtmässig in die Schweiz einreisen wollen. Sie bestreite nicht, dass sie das Einreiseverbot gekannt habe, welches vor der Visumserteilung erlassen worden sei. Hingegen sei ihr nicht bewusst gewesen, dass die Behörden die Einreisebewilligung irrtümlich erteilt hätten und dass das Einreiseverbot nach Erteilung der Einreisebewilligung weiterhin Bestand hatte. Ihr auf Migrationsrecht spezialisierter Anwalt in Serbien habe ihr die Auskunft erteilt, die Aufhebung der

Einreisesperre werde im Rahmen der Visumserteilung automatisch geprüft. Dies habe auch eine Mitarbeiterin der Botschaft bestätigt. Die Vorinstanz habe die Befragung ihres serbischen Anwalts unter Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör abgelehnt. Im Übrigen sei auch eine formell richtige, aber fehlerhafte Verfügung formell rechtskräftig und könne grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Strafbarkeit haben.

E. 1.6.2

Die Vorinstanz erwägt zusammengefasst, die Beschwerdeführerin sei von einem Einreiseverbot nach Art. 67 AuG, mithin einer Fernhaltmassnahme, betroffen gewesen. Das kantonale Migrationsamt habe die Einreisevoraussetzungen geprüft und eine Bewilligung für die Ausstellung des Visums Typ D erteilt. Danach habe die Schweizer Vertretung in Belgrad das Visum ausgestellt. Zwar handle es sich bei der Ermächtigung zur Visumserteilung (Einreiseerlaubnis) um eine formell richtige, aber fehlerhafte, weil erschlichene Verfügung. Die Beschwerdeführerin habe gewusst, dass diese Verfügung gestützt auf einen Irrtum erteilt worden sei und sie keine Einreisebewilligung erhalten hätte, wenn sie die Migrationsbehörden von ihrem Einreiseverbot in Kenntnis gesetzt hätte. Sie habe zudem gewusst, dass die Einreisebewilligung durch eine Täuschung zustande gekommen sei und das Einreiseverbot bestand. Deshalb habe die Beschwerdeführerin nicht davon ausgehen dürfen, dass Einreise und Aufenthalt in der Schweiz rechtmässig seien.

E. 1.6.3

Die Argumentation der Vorinstanz gründet auf dem Fundament der wissentlichen und willentlichen Täuschung der Behörden durch die Beschwerdeführerin beim Erlangen der Einreisebewilligung in die Schweiz. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Tatbestand von Art. 118 Abs. 1 AuG ausgeführt wurde, kann dieser Auffassung indes nicht gefolgt werden. Dies wirkt sich auch auf die Tatbestände von Art. 115 Abs. 1 lit. a und lit. b AuG aus. Nachdem die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Angaben im Visumsantrag davon ausgehen durfte, sie habe die Einreisebewilligung rechtmässig erlangt, kann nicht auf eine wissentliche und willentliche Tatbegehung bezüglich der rechtswidrigen Einreise oder des rechtswidrigen Aufenthalts geschlossen werden. Selbst wenn das Einreiseverbot in der Ermächtigung zur Erteilung eines Visums bzw. im Visum nicht formell aufgehoben wurde, erhielt sie von behördlicher Seite her die Erlaubnis, in die Schweiz einzureisen und sich hier aufzuhalten.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Schuldsprüche wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts nach Art. 115 Abs. 1 lit. a und lit. b AuG aufzuheben. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren Rügen der Beschwerdeführerin.

E. 2

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Für das bundesgerichtliche Verfahren sind dem Kanton Zürich keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG). Hingegen hat er der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 2 BGG). Diese ist praxisgemäss ihrem Rechtsvertreter auszurichten. Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.