

# ZH\_OBERGERICHT SB160405 vom 9. Februar 2017

ZH Obergericht, 2017-02-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB160405](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160405)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB160405 du 9 février 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT SB160405 del 9 febbraio 2017

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 32 S. 2 f.).

### E. 1.1

Dem Beschuldigten wird im Strafbefehl vom 22. März 2016 vorgeworfen, am 21. März 2016 um ca. 7.45 Uhr im Auftrag seines serbischen Arbeitgebers als Lenker bzw. Chauffeur des Lieferwagens Fiat Ducato mit dem serbischen Kennzeichen ... in Thayngen in die Schweiz eingereist zu sein, um mit diesem Fahrzeug transportierte Güter in Dietlikon auszuliefern, wobei er nicht über ein für diesen grenzüberschreitenden Güterverkehr erforderliches Visum verfügt habe. Der Beschuldigte habe dabei gewusst oder mangels Erkundigungen an sachkompetenter Stelle zumindest in Kauf genommen, dass er in Ermangelung eines erforderlichen Visums rechtswidrig in die Schweiz eingereist sei (Urk. 10 S. 3).

### E. 1.1.1

Die Vorinstanz auferlegte dem Beschuldigten die Kosten des Vorverfahrens in der Höhe von Fr. 1'000.– sowie die Entscheidunggebühr von Fr. 450.– je zur Hälfte, die andere Hälfte nahm sie auf die Staatskasse, da der Beschuldigte in einem Anklagepunkt schuldig und in einem Anklagepunkt freigesprochen werde (Urk. 32 S. 13).

### E. 1.1.2

Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Berufung, dem Beschuldigten seien die gesamten Kosten des Vorverfahrens sowie des Verfahrens aufzulegen. Zur Begründung führt sie – zusammengefasst – an, der Beschuldigte habe das Verfahren durch sein schuldhaftes und zudem richterlich im Urteil vom

### E. 1.1.3

Die Verteidigung entgegnet, die Tragung von Voruntersuchungskosten hänge nicht von allfälligen zusätzlichen Untersuchungshandlungen ab. Vorliegend sei die rechtliche Würdigung auch das eigentlich schwierige Problem gewesen. Das Gesetz mache in der Tragung der Kosten- und Entschädigungsfolge keinen Unterschied nach Herkunft der Kosten durch rechtliche Würdigung oder durch Feststellung des Sachverhaltes. Richtig sei vielmehr, dass die Voruntersuchungskosten mit den Entscheidunggebühren vereint und entsprechend Teilverurteilung zu verteilen seien. Die Staatsanwaltschaft äussere sich mit keinem Wort dazu, welcher Teil des Anklagesachverhaltes mehr Aufwendungen ergeben hätte. Mithin sei unklar, welchem Teil die Staatsanwaltschaft mehr Gewicht beimesse (Urk. 41 S. 7 f.).

#### **E. 1.1.4**

Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Wird sie teilweise schuldig gesprochen, so sind ihr die Verfahrenskosten nur anteilmässig aufzuerlegen. Sie kann in diesem Fall auch vollumfänglich kostenpflichtig werden. Ihr können etwa die gesamten Kosten des Verfahrens auferlegt werden, wenn die ihr zur Last gelegten Handlungen in einem engen und direkten Zusammenhang stehen, und alle Untersuchungshandlungen hinsichtlich jedes Anklagepunkts notwendig waren (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_574/2012 vom 28. Mai 2013 E. 2.3 und 1P.49/2006 vom 21. Juni 2006 E. 7.2). In der Tat steht der Sachverhalt betreffend Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung in sehr engem Zusammenhang mit dem Vorwurf der rechtswidrigen Einreise (es handelt sich sogar praktisch um denselben Sachverhalt), weshalb keine zusätzlichen Untersuchungshandlungen betreffend des Vorwurfes der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung erforderlich waren. Dem Beschuldigten sind somit die gesamten Untersuchungskosten aufzuerlegen. Die Kosten des gerichtlichen Hauptverfahrens sind dem Beschuldigten demgegenüber bloss zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen, da er – im Gegensatz zum Strafbefehl (der als Anklage gilt [Art. 356 Abs. 1 Satz 2 StPO]) – vom Vorwurf der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG freigesprochen wurde (vgl. Urk. 32 S. 13).

#### **E. 1.1.5**

Die Verteidigung führt ferner an, die Staatsanwaltschaft verliere kein Wort über die Differenz der von ihr im Strafbefehl verhängten Strafe und dem Urteil der Vorinstanz (Urk. 41 S. 8) bzw. der Vergleich der beiden verhängten Strafen und der Freispruch in einem Punkt würden den Erfolg des Beklagten (recte: Beschuldigten) in diesem Verfahren zeigen bzw. Fakt sei, dass nur ein Drittel der Strafe übrig geblieben (20 von 60 Tagessätzen) und auf die Busse ganz verzichtet worden sei (Urk. 41 S. 8). Hierzu drängt sich die Bemerkung auf, dass die Kosten erst im Rechtsmittel- bzw. Berufungsverfahren nach Obsiegen und Unterliegen getragen werden (vgl. Art. 428 Abs. 1 StPO). Zudem ist nicht entscheidend, welche Strafe die Staatsanwaltschaft in einem Strafbefehl beantragt hat. Die Kostentragung für die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens richtet sich (nur) nach Art. 426 StPO.

#### **E. 1.2**

Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer Berufung schliesslich auch gegen die Zusprechung einer (vollen) Prozessentschädigung an den Beschuldigten. Da dem Beschuldigten die Verfahrens- und Gerichtsgebühren vollständig aufzuerlegen seien, verbleibe kein Raum für eine Entschädigung des Beschuldigten für die Anwaltskosten (Urk. 33 S. 3). Wie soeben aufgezeigt wurde, sind dem Beschuldigten lediglich die Hälfte der Kosten des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens aufzuerlegen (vgl. oben Ziff. 1.1.4). Demzufolge ist ihm eine um die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'087.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (vgl. Urk. 21). 2. Kosten des Berufungsverfahrens

#### **E. 2**

Mit Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen, Einzelgericht, vom 10. Juni 2016 wurde der Beschuldigte der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft, wobei ein Tagessatz als durch Haft geleistet galt; vom Vorwurf der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG wurde der Beschuldigte freigesprochen. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben. Ferner wurde ein Antrag auf Haftentschädigung von Fr. 30.– abgewiesen. Die Kosten wurden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und es wurde ihm eine Umtriebsentschädigung von Fr. 2'011.25 zugesprochen, wobei diese mit der ihm auferlegten Entscheidgebühr von Fr. 450.– sowie den Kosten des Vorverfahrens verrechnet wurden (Urk. 32 S. 13 f., Prot. I S. 9 ff.).

- 5 -

## **E. 2.1**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

### **E. 2.1.1**

Nach Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG wird bestraft, wer die Einreisevorschriften nach Art. 5 AuG verletzt. Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, müssen über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier und über ein Visum verfügen, sofern dieses erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG). Staatsangehörige von Serbien benötigen gemäss Art. 4 Abs. 1 VEV (Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung, SR 142.204) i.V.m. Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 für einen Aufenthalt von höchstens 90 Tagen ein Visum, sofern sie nicht mit einem biometrischen Reisepass einreisen. Wurde dieser von der Koordinaciona uprava (serbische Koordinationsdirektion) ausgestellt, ist dennoch ein Visum erforderlich. Bei Aufenthalten mit Erwerbstätigkeit benötigen serbische Staatsangehörige ab dem ersten Tag der Erwerbstätigkeit ein Visum (Art. 4 Abs. 4 lit. a VEV i.V.m. Anhang 2 VEV; Urteile des Bundesstrafgerichtes F-7517/2015, F-7521/2015 und F-7526/2015 je vom 20. Dezember 2016 E. 5.2; vgl. zum Ganzen: Übersicht der Ausweis- und Visumsvorschriften nach Staatsangehörigkeit des SEM [Urk. 2]).

### **E. 2.1.2**

Die Vorinstanz hat korrekt festgestellt, dass der Beschuldigte serbischer Staatsangehöriger ist und mit einem biometrischen Reisepass in die Schweiz eingereist ist, welcher nicht von der Koordinaciona uprava ausgestellt wurde (vgl. Urk. 32 S. 5; Urk. 1 S. 2 und Urk. 6 S. 1). Sie erwägt weiter, die Einreise sei im Rahmen eines Gütertransportes von Serbien in die Schweiz erfolgt, welcher der Beschuldigte als angestellter Chauffeur eines serbischen Lieferanten durchgeführt habe (Urk. 32 S. 5). Dies trifft zu und wird auch nicht bestritten (Urk. 33; Urk. 41). Die Vorinstanz erwägt weiter, nachdem sie die relevanten Gesetzesbestimmungen der VZAE aufgezeigt hat, der Beschuldigte habe eine grenzüberschreitende

- 8 - Dienstleistung erbracht. Das bedeute aber nicht, dass der Beschuldigte nicht gleichzeitig eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt habe – insbesondere, da der Begriff der Erwerbstätigkeit im Interesse einer kontrollierten Zulassungspolitik weit gefasst werde (Staatssekretariat für Migration [SEM], Weisungen und Erläuterungen, Ausländerbereich, Weisungen AuG, Bern, Oktober 2013 [aktualisiert am 1. Juni 2016], S. 81). Auch der vom Verteidiger angerufene Bundesgerichtsentscheid stehe dem nicht

entgegen. In BGE 122 IV 231, E. 2b habe das Bundesgericht entschieden, dass die Warenlieferung eines italienischen Chauffeurs in die Schweiz, der für ein italienisches Unternehmen arbeite, keine bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit darstelle. Mit dem Entscheid stelle das Bundesgericht jedoch bloss klar, dass die Tätigkeit des italienischen Chauffeurs keiner Bewilligung bedürfe. Ob es sich dabei aber um eine Erwerbstätigkeit handle, habe das Bundesgericht hingegen offen gelassen. Da der Beschuldigte die Güter im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses mit dem serbischen Lieferanten und damit auch in Ausübung seines Berufs in die Schweiz eingeführt habe, sei der Beschuldigte, auch wenn er gleichzeitig eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbracht habe, nicht als Tourist, sondern in Ausübung einer Erwerbstätigkeit in die Schweiz eingereist. Da der Beschuldigte mit seinem Reisepass zwar über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Reisedokument verfügt habe, nicht jedoch über das für die Einreise erforderliche Visum, habe er gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG verstossen und dadurch den objektiven Tatbestand der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG erfüllt (Urk. 32 S. 5 f.).

### **E. 2.1.3**

Die Verteidigung bringt hierzu vor, aus den Weisungen des Staatssekretariats für Migration und der Systematik des Gesetzes in der Verordnung VZAE gehe hervor, dass die ausländische Dienstleistungserbringung nicht eine Unterart der Erwerbstätigkeit darstelle, sondern der Erwerbstätigkeit in den beiden Erscheinungsformen auf gleicher Höhe gegenüberstehe. Die grenzüberschreitende Dienstleistung solle eben gerade keine Erwerbstätigkeit in der Schweiz darstellen, weshalb keine Bewilligung und kein Visum erforderlich seien. Dem widerspreche auch die Weisung des Bundesamtes für Migration BFM vom 7. Januar 2010 nicht. Auch in dieser Weisung werde die grenzüberschreitende Dienstleistung der Er-

- 9 - werbstätigkeit nicht unter, sondern auf gleicher Höhe gegenübergestellt (Urk. 41 S. 3 ff.).

### **E. 2.1.4**

Der Auffassung der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ist beizupflichten. Der Beschuldigte hätte für die Einreise gemäss Art. 4 Abs. 4 lit. a VEV i.V.m. Anhang 2 VEV ein Visum benötigt, da er einer Erwerbstätigkeit nachging. Der Argumentation der Verteidigung, eine grenzüberschreitende Dienstleistung stelle eben gerade keine Erwerbstätigkeit dar, kann nicht gefolgt werden.

#### **E. 2.1.4.1**

Dass die Lieferung von Waren durch den ausländischen Lieferanten selbst als grenzüberschreitende Dienstleistung gilt, wurde auch von der Verteidigung zu Recht nicht bestritten (Urk. 19 S. 2 f.). Der die Lieferung ausführende Chauffeur macht hierzulande einen Transport und erbringt in diesem Sinne eine Arbeits- oder eben eine Dienstleistung.

#### **E. 2.1.4.2**

Dass grenzüberschreitende Dienstleistungen nicht einfach frei und ohne Voraussetzungen erbracht werden dürfen, belegt unter anderem der Umstand, dass solche Dienstleistungen Gegenstand des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU bilden (FZA vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681, Art. 1 lit. b und Art. 5). In diesem Abkommen werden grenzüberschreitende Dienstleistungen und Erwerbstätigkeiten weitgehend gleichgesetzt (Art. 1 lit. a und b FZA, Art. 5 FZA; vgl. auch

[www.sem.admin.ch/dam/data/](http://www.sem.admin.ch/dam/data/)

[sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/factsheets/fs-dienstleistungserbringer-d.pdf](http://sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/factsheets/fs-dienstleistungserbringer-d.pdf)). Auch in strafrechtlicher Hinsicht werden grenzüberschreitende Dienstleistungen gleich erfasst wie Erwerbstätigkeiten (Art. 117 Abs. 1 AuG, Urteil des Bundesgerichts 6B\_115/2011 vom 26. Juli 2011, E. 3.3.). Eine andere Auffassung vertritt der Gesetzgeber auch nicht in der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE, SR 142.201). So wird die grenzüberschreitende Dienstleistung in Art. 14 VZAE geregelt, welche Bestimmung mit grenzüberschreitende Erwerbstätigkeit betitelt ist. Diese einhellige Auffassung über die gesetzlichen Einschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen bzw. deren Gleichwertigkeit mit Erwerbstätigkeiten gilt auch für die Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Auch wenn diese Verordnung den Begriff der grenzüberschreitenden Dienstleistung nicht nennt, fallen solche - 10 - Leistungen im Lichte der einheitlichen Auslegung in anderen Erlassen unter Erwerbstätigkeit, wofür eine Visumpflicht gilt (Art. 4 Abs. 4 lit. a VEV).

### **E. 2.1.4.3**

Die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) regelt die Bewilligungspflicht von Erwerbstätigkeiten in der Schweiz. Sie sieht gewisse Ausnahmen von der Bewilligungspflicht vor, so in Art. 14 VZAE bei einer Erwerbstätigkeit bis zu acht Tagen. Diese Ausnahmen sind allerdings wirtschafts- politisch motiviert und der Schluss der Verteidigung ist unzutreffend, dass die VZAE gewisse Erwerbstätigkeiten nicht als Erwerbstätigkeiten qualifiziere (Urk. 41 S. 3 f.). Dies geht auch unzweideutig aus den Weisungen des Staatssekretariates für Migration (Fassung November 2016) hervor, welche die grenzüberschreitenden Dienstleistungen unter dem Titel grenzüberschreitende Erwerbstätigkeit subsumiert (S. 44, Ziff. 2.3.1.2). Begriffliche Rückschlüsse der Verteidigung von der VZAE auf die VEV sind deshalb nicht statthaft. Auch wenn gewisse kurzfristige Erwerbstätigkeiten oder grenzüberschreitende Dienstleistungen keiner Bewilligung gemäss VZAE bedürfen, heisst dies noch nicht, dass diese Dienstleistungen auch unter die Ausnahmen von der Visumpflicht gemäss VEV fallen. In den besagten Weisungen des SEM heisst es denn auch ausdrücklich in Ziff. 4.8.2.6.1, dass bei Auftragsabwicklung bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen innerhalb von maximal 8 Tagen zwar keine Bewilligung erforderlich sei, die Visumpflicht aber für Personen ohne dauernden Wohnsitz in der EU bestehen bleibe. Die Verteidigung beruft sich für ihren Standpunkt auf einen strafrechtlichen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1996, welchem ebenfalls grenzüberschreitende Lieferungen (von Pilzen und Waldfrüchten) zu Grunde lagen (BGE 122 IV 231). Jener Entscheid erweist sich jedoch sowohl in sachlicher als auch in historischer Hinsicht als überholt. Er betraf die Auslegung der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO), eine Verordnung, die am 1. Januar 2008 ausser Kraft gesetzt worden ist. Die BVO hatte eine eigene Begriffsbestimmung der Erwerbstätigkeit in Art. 6. Das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit vertrat in einem Schreiben aus dem Jahre 1985 gestützt auf eine Stellungnahme des Bundesamtes für Ausländer die Auffassung, dass die einfache grenzüberschreitende Lieferung einer Ware auf Bestellung,

- 11 - welche ebenso gut hätte mit der Post spedit werden können, nicht als bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 6 BVO gelte (BGE 122 IV 231 Erw. 2b, "un'attività lucrative con esigenza di un permesso"). Bereits der Absender, das BIGA, sowie der ausdrückliche Bezug zum Erfordernis einer Bewilligung zeigt, dass mit jenem

Schreiben die Frage der Bewilligungspflicht avisiert war und nicht jene der Visumpflicht. Darüber hinaus kannte die BVO noch keine Ausnahmen von der Bewilligungspflicht für kurzzeitige Erwerbstätigkeiten und Dienstleistungen. Der Versuch des BIGA, diese Ausnahme über den Begriff der Erwerbstätigkeit von Art. 6 BVO zu regeln, war vielleicht wirtschaftspolitisch geboten, juristisch aber wohl eher fragwürdig, zumindest aber keinesfalls unesehen auf Einreisevorschriften zu übertragen. Mit den Ausnahmeregelungen der heute gültigen VZAE, dürften solche "Klimmzüge" wohl nicht mehr nötig und opportun sein.

#### **E. 2.1.4.4**

Nichts Anderes ergibt sich aus den Definitionen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung. Gemäss SPESCHA ist die grenzüberschreitende Dienstleistung als personenbezogene Dienstleistung dadurch charakterisiert, dass die erwerbstätige Ausländerin Arbeitnehmerin einer Unternehmung mit Sitz im Ausland oder selbständige Erwerbstätige mit Sitz im Ausland ist und im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages (namentlich Auftrag oder Werkvertrag) in der Schweiz eine zeitlich befristete Dienstleistung irgendwelcher Art erbringt und danach wieder in ihr Herkunftsland zurückkehrt (SPESCHA in: Spescha/Thür/Zünd, Migrationsrecht Kommentar, 3. Aufl. 2012, N 1 zu Art. 26 AuG). OTT hält zu grenzüberschreitenden Dienstleistungen fest, diese könnten sowohl durch Selbständig-erwerbende als auch durch Unselbständig-erwerbende erbracht werden. Im Unterschied zur selbständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 19 AuG würden Selbständig-erwerbende, die grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen, nicht über eine «Betriebsstätte» in der Schweiz verfügen, und ihr Aufenthalt sei grundsätzlich nur vorübergehend (OTT in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, N 1 zu Art. 26). Aus diesen Begriffsbestimmungen geht ebenfalls hervor, dass jemand, der eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringt, eine Erwerbstätigkeit ausübt.

- 12 -

#### **E. 2.1.5**

In Bestätigung des angefochtenen Entscheides hat der Beschuldigte somit den objektiven Tatbestand der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG erfüllt, indem er ohne Visum in Ausübung einer Erwerbstätigkeit in die Schweiz eingereist ist.

#### **E. 2.2**

Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostenaufgabe nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrer Berufung beinahe vollständig. Der anschlussappellierende Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen demgegenüber fast komplett. Lediglich betreffend die Auferlegung der Kosten des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens (und als Folge davon der Zusprechung einer reduzierten Prozessentschädigung) obsiegt er. In Anwendung von Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO erscheint es trotz teilweisem Obsiegen des Beschuldigten als gerechtfertigt, die Kosten dem Beschuldigten aufzuerlegen, da es sich nur um eine unwesentliche Abänderung des angefochtenen Entscheides handelt. In seinen Hauptstandpunkten unterliegt er vollständig. Dementsprechend sind ihm die Kosten für das Berufungsverfahren vollumfänglich aufzuerlegen. 3. Genugtuung Für die erstandene Haft ist dem Beschuldigten – wie bereits erwähnt (Ziff. IV.6.) – keine Genugtuung zuzusprechen, da die erlittene Haft auf die

ausgesprochene Sanktion anzurechnen ist.

- 23 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen, Einzelgericht, vom 10. Juni 2016 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: 1. (...) 2. Vom Vorwurf der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG wird der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ freigesprochen. 3. (...) 4. (...) 5. (...) 6. Die Entscheidgebür wird angesetzt auf Fr. 450.-. 7. (...) 8. (...) 9. (...) 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.-, wovon ein Tagessatz als durch Polizeiverhaft geleistet gilt. 3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 4. Die Kosten der Untersuchung werden dem Beschuldigten vollumfänglich auferlegt. Die Kosten des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden dem

- 24 - Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. 5. Dem Beschuldigten wird für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung für anwaltliche Verteidigung von Fr. 1'087.- aus der Gerichtskasse zugesprochen. 6. Das Genugtuungsbegehren (Haftentschädigung) des Beschuldigten wird abgewiesen. 7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebür wird festgesetzt auf Fr. 2'000.-. 8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. 9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland – das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

### **E. 2.2.1**

Die Vorinstanz erwägt hierzu, der Beschuldigte sei sich beim Grenzübertritt bewusst gewesen, dass er in die Schweiz einreise. Er sei sich ebenso bewusst gewesen, dass es innerhalb von Europa und des Schengenraumes Vorschriften zum grenzüberschreitenden Warenverkehr gebe. Der Beschuldigte habe im Weiteren eingestanden, dass er sich bezüglich der Bestimmungen in der Schweiz nie erkundigt habe (Urk. 7/3 S. 3). Da der Beschuldigte berufsmässig im grenzüberschreitenden Güterverkehr tätig sei, wäre es ihm ohne Weiteres zumutbar gewesen, dass er sich vorgängig über die Einreisebestimmungen in die Schweiz informiert hätte. Da der Beschuldigte damit mit der Möglichkeit habe rechnen müssen, dass er für die Einreise in die Schweiz ein Visum benötige, er aber dennoch ohne Visum in die Schweiz eingereist sei, habe er in Kauf genommen, dass seine Einreise in die Schweiz rechtswidrig sei. Der Beschuldigte habe damit eventuellvorsätzlich gehandelt, weshalb er den subjektiven Tatbestand der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG erfüllt habe (Urk. 32 S. 6).

### **E. 2.2.2**

Die Verteidigung macht – zusammengefasst – geltend, dem Beschuldigten könne als Angestelltem eines Lieferbetriebs kaum der Vorhalt gemacht werden, er hätte sich über das geltende Schweizer Recht besser informieren müssen. Die Ansicht der Vorinstanz lasse ausser Acht, dass der Reisepass auf insgesamt 14 Seiten ausländische Visa aufweise. Vor diesem Hintergrund anzunehmen,

- 13 - dass sich der Beschuldigte nicht nach den Voraussetzungen für eine gesetzeskonforme Fahrt in die Schweiz erkundigt habe, liege nicht nahe. Es sei richtig, dass der Beschuldigte eingeräumt habe, dass er selber sich nicht nach den rechtlichen Voraussetzungen erkundigt habe. Dies schliesse aber nicht aus, dass sich sein Vorgesetzter im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AuG dieser Frage angenommen habe. Die Bewilligung bei Aufenthalt mit unselbständiger Erwerbstätigkeit sei ohnehin vom Arbeitgeber zu beantragen. Dass der Arbeitgeber normalerweise Bewilligungen und Visa einhole, sei dem Reisepass und der Anstellung des Beschuldigten, seinem Bildungsgrad und seiner Funktion im Betrieb zu entnehmen. Der Beschuldigte habe sich bei diesem Stand der Dinge auf die Angaben und Bemühungen seines Arbeitgebers verlassen dürfen. Wenn schon, wäre also höchstens eine fahrlässige Tatbegehung möglich. Der Beschuldigte sei einem Verbotsirrtum unterlegen (Urk. 41 S. 5 f.). Der Beschuldigte selbst erklärte hierzu anlässlich seiner Einvernahme vom 22. März 2016, nicht gewusst zu haben, dass er ein Visum benötigt hätte. Sein Vater mache seit zwanzig Jahren dasselbe und habe noch nie ein Visum benötigt (Urk. 7.3 S. 3; vgl. auch Urk. 7.2. S. 4). Er bestreitet damit Kenntnis der massgeblichen rechtlichen Einreisevorschriften.

### **E. 2.2.3**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Behauptung, der Reisepass des Beschuldigten weise auf 14 Seiten Visa auf, nicht zutrifft. Bei den Stempeln, die sich im Pass des Beschuldigten befinden, handelt es sich um (gewöhnliche) Ein- und Ausreisestempel von Grenzorten (vgl. Urk. 6; Röszke [Ungarn], Tompa [Ungarn], Udvar [Ungarn], Duboševica [Kroatien], Tovarnik [Kroatien], Erdut [Kroatien]). Damit steht auch fest, dass der Arbeitgeber des Beschuldigten keine Visa eingeholt hat. Im Übrigen ist an dieser Stelle zu bemerken, dass der Arbeitgeber zwar – wie die Verteidigung ausführt (Urk. 41 S. 5 und S. 6) – gemäss Art. 11 Abs. 3 AuG verpflichtet ist, die Bewilligung bei unselbständiger Erwerbstätigkeit einzuholen. Dies betrifft aber nicht das Einholen eines Visums für die Einreise. Der Beschuldigte kann sich somit nicht darauf berufen, sein Arbeitgeber hätte tätig werden und das Visum für ihn einholen müssen.

### **E. 2.2.4**

Die Einreisevorschriftsverletzung ist Tatbestandsmerkmal von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG. Die Einreisevorschriften selber sind indes nicht im nämlichen

- 14 - Tatbestand normiert, sondern ergeben sich vielmehr aus dem materiellen Ausländerrecht (vorliegend Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG i.V.m. Art. 4 Abs. 4 VEV). Vor diesem Hintergrund ist zu klären, ob der vorgetragene Einwand der Nichtkenntnis der massgeblichen Einreisevorschriften die Frage des Vorsatzes (resp. des Sachverhaltsirrtums; Art. 13 StGB) oder vielmehr eine Frage der Kenntnis der Verbotsmaterie (resp. des Rechts- oder Verbotsirrtums; Art. 21 StGB) beschlägt, wie dies die Verteidigung vorbringt. Die Abgrenzung zwischen Rechts- und Sachverhaltsirrtum ist gerade im Nebenstrafrecht mit einigen Schwierigkeiten behaftet (vgl. dazu VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, a.a.O., N 21 ff. zu Vor Art. 115 ff.). Dies hängt mit der dargestellten Verwaltungsrechtsakzessorietät des Nebenstrafrechts zusammen. Der Tatbestand des Art. 115 AuG beinhaltet als Tatbestandselement die Rechtswidrigkeit (der Einreise), die sich aus dem Verstoss gegen das materielle Verwaltungs-, hier das Ausländerrecht, ergibt (Verstoss gegen Einreisevorschriften nach Art. 5 AuG). Das Bundesgericht erwog in BGE 109 IV 65 E. 3, der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, "welche in einem andern

Rechtsgebiet (ausserhalb des Strafrechts) umschrieben werden", sei nach den Regeln über den Rechtsirrtum zu beurteilen. Wer somit fälschlicherweise davon ausgeht, es brauche keine Bewilligung bzw. kein Visum, unterliegt – allenfalls – einem Rechts- und keinem Sachverhaltsirrtum. Ein Rechtsirrtum ist nach herrschender Lehre kein Vorsatzmangel, sondern ein Schuldausschlussgrund und damit an jener Stelle (vgl. Ziff. 2.4 so gleich) zu behandeln. Mit der Vorinstanz bestehen vorliegend keine vernünftigen Zweifel, dass dem Beschuldigten klar war, dass er sich mit seinem Vorhaben, in die Schweiz einzureisen und die von ihm transportierten Güter hier abzuliefern, in einem rechtlich stark regulierten Bereich bewegte, zumal er in seiner Einvernahme vom 21. März 2016 angab zu wissen, dass es Serben verboten sei, von Deutschland nach Österreich zu fahren oder umgekehrt (Urk. 7.2 S. 4). Die Vorinstanz hat die einzelnen Umstände, die auf Vorsatz schliessen lassen (vgl. die entsprechende Darstellung oben Ziff. 2.2.1), korrekt gewürdigt. Da sich der Beschuldigte im Vorfeld seiner Einreise am 21. März 2016 nicht – bspw. bei den zuständigen Behörden – über

- 15 - die Einreisevorschriften erkundigt hatte und er aufgrund seiner Tätigkeit als internationaler Chauffeur um die starke rechtliche Regulierung der Einreise wusste, nahm er die Verletzung der Einreisevorschriften zumindest in Kauf. Der Beschuldigte verhielt sich demgemäss auch in subjektiver Hinsicht tatbestandsmässig.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz bezeichnete das Verschulden insgesamt zwar als leicht. Die Einsatzstrafe setzte sie unter Berücksichtigung des Strafrahmens von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe jedoch trotzdem auf bloss 25 Tage fest (Urk. 32 S. 10). Damit legte die Vorinstanz die Einsatzstrafe am untersten Rand des Strafrahmens, bei etwa 7%, fest. Dies ist – nachdem das Verschulden durch die Berufungsinstanz als sehr leicht qualifiziert wird – angemessen und zu übernehmen. 3. Täterkomponenten Die Vorinstanz hat die persönlichen Verhältnisse sowie den Werdegang des Beschuldigten grundsätzlich korrekt zusammengefasst und wiedergegeben. Darauf kann vorab verwiesen werden (Urk. 32 S. 10). Zu korrigieren ist lediglich, dass der jüngere Sohn des Beschuldigten nicht 12- sondern zweijährig ist (vgl. Urk. 7.2 S. 5; Urk. 7.3 S. 6). Ergänzend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte in Serbien geboren und aufgewachsen ist, zunächst während acht Jahren die Grundschule

- 18 - besuchte und sich anschliessend vier Jahre im Maschinenbau ausbilden liess (Urk. 7.3 S. 5). Aus dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen lassen sich – mit der Vorinstanz – keine strafzumessungsrelevanten Vorkommnisse entnehmen. Sie wirken sich strafzumessungsneutral aus. Im angefochtenen Entscheid wurde dem Beschuldigten eine Strafminderung um 1/5 auf 20 Tage aufgrund seiner Kooperation während dem Strafverfahren zugestanden (Urk. 32 S. 10). Es trifft zwar zu, dass der Beschuldigte den äusseren Sachverhalt von Beginn des Verfahrens an eingestanden hat. Allerdings bestand auch kaum Raum für Bestreitungen. Dennoch ist das Geständnis leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Eine weitergehende Kooperation ist jedoch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat weiter zutreffend erwogen, der Beschuldigte weise keine Vorstrafen auf. Dies ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung neutral zu werten, zumal auch dem im Berufungsverfahren neu beigezogenen Strafregisterauszug von Oktober 2016 (Urk. 35) keinerlei Einträge entnommen werden können. Die Täterkomponente wirkt sich auf die nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessene Einsatzstrafe von 25 Tagen somit leicht senkend aus, wobei die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion um 5 Tage angemessen erscheint und zu übernehmen ist. 4. Art der Sanktion Zurecht hat die

Vorinstanz erwogen, eine Freiheitsstrafe komme vorliegend nicht in Frage (Urk. 32 S. 10) und eine Geldstrafe von 20 Tagessätzen ausgesprochen. Dies ist ohne Weiteres zu übernehmen, zumal der Ausfällung einer Freiheitsstrafe das prozessuale Verbot der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) entgegensteht (die Berufung der Staatsanwaltschaft ist auf die Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen beschränkt; vgl. Urk. 33). Nachdem der Beschuldigte eines Vergehens schuldig zu sprechen ist, kommt die Bestrafung (bloss) mit einer Busse, wie die Verteidigung es beantragt (Urk. 41 S. 6 f.), nicht in Frage.

- 19 - 5. Höhe des Tagessatzes Die Tagessatzhöhe ist mit den Erwägungen der Vorinstanz und unter Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten auf Fr. 30.– anzusetzen. Zu ergänzen ist, dass die Mietkosten gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen sind, selbst wenn dem Beschuldigten solche anfallen würden (BGE 134 IV 60 E. 6.4). 6. Fazit Der Beschuldigte ist somit mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu bestrafen.

#### **E. 2.4**

Schuldausschlussgründe Gemäss Art. 21 StGB ("Irrtum über die Rechtswidrigkeit", Verbotsirrtum) handelt nicht schuldhaft, wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält (Satz 1). War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen (Satz 2). Einem Verbotsirrtum erliegt der Täter, der zwar alle Tatumstände kennt und somit weiss, was er tut, aber nicht weiss, dass sein Tun rechtswidrig ist (BGE 129 IV 238 E. 3.1 S. 241). Ein Verbotsirrtum ist ausgeschlossen, wenn der Täter aufgrund seiner laienhaften Einschätzung weiss, dass sein Verhalten der Rechtsordnung widerspricht, wenn er also in diesem Sinne das unbestimmte Empfinden hat, etwas Unrechtes zu tun (BGE 104 IV 217 E. 2 S. 218 f.; NIGGLI/MAEDER in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N 13 und 15 zu Art. 21 StGB). Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Täter nicht weiss und nicht wissen kann, dass er rechtswidrig handelt. Insoweit gelten die Kriterien, welche die Praxis zur Beurteilung der "zureichenden Gründe" beim altrechtlichen Rechtsirrtum (Art. 20 aStGB) entwickelt hat (TRECHSEL/JEAN-RICHARD in: Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N 6 zu Art. 21 StGB; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Aufl. 2011, § 11 N 55). Zureichend ist ein Grund, wenn dem Täter aus seinem Verbotsirrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil der Irrtum auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen (BGE 104 IV 217 E. 3a S. 220 f. mit Hinweis). Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, dass sich der Rechtsunterworfenen um die Kenntnis der Rechtslage zu bemühen hat und deren Unkenntnis nur in besonderen Fällen vor Strafe schützt (BGE 129 IV 238 E. 3.1

- 16 - S. 241; zum Ganzen: Urteile des Bundesgerichtes 6B\_782/2016 vom 27. September 2016 E. 3.1 und 6B\_1236/2015 vom 25. November 2016 E. 1.3.1). Wie bereits im Rahmen des subjektiven Tatbestandes angetönt, war dem Beschuldigten bewusst, sich in einem stark regulierten Bereich zu bewegen (vgl. Urk. 7.2 S. 4; Urk. 7.3 S. 3). Er hätte sich deswegen um die Kenntnis der Rechtslage bemühen und sich informieren müssen, ob er für die Einreise in die Schweiz ein Visum benötigt, zumal er als – internationaler – Chauffeur arbeitet. Ein relevanter Verbotsirrtum liegt somit nicht vor.

#### **E. 2.5**

Fazit Damit ist der Beschuldigte der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG schuldig zu sprechen. IV. Strafzumessung 1. Allgemeines zur Strafzumessung Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG sieht Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor. Die Vorinstanz hat ferner zutreffende theoretische Ausführungen zu den Strafarten und der Strafzumessung gemacht (Urk. 32 S. 8 f.). Auf diese Erwägungen kann vorab verwiesen werden. 2. Tatkomponenten

### **E. 3**

Gegen dieses Urteil liessen sowohl der Beschuldigte als auch die Staatsanwaltschaft innert Frist mit Schreiben vom 22. Juni 2016 und 23. Juni 2016 Berufung anmelden (Urk. 24 und Urk. 25). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 26. September 2016 zugestellt (Urk. 29/1), der Staatsanwaltschaft ging es am 22. September 2016 zu (Urk. 29/2), woraufhin diese mit Eingabe vom 30. September 2016 fristgerecht die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht einreichte (Urk. 33). Mit Zuschrift vom 12. Oktober 2016 liess der Beschuldigte seine Berufung zurückziehen (Urk. 36 = Urk. 37). Mit Präsidialverfügung vom 25. Oktober 2016 wurde vom Rückzug der Berufung des Beschuldigten Vormerk genommen und angeordnet, dass für diesen keine Kosten erhoben werden; ferner wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung der Staatsanwaltschaft zu beantragen (Urk. 39). In der Folge liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 21. November 2016 fristgerecht (Urk. 40) Anschlussberufung erheben (Urk. 41). Auf Nachfrage der Verfahrensleitung (Urk. 44) erklärte die Staatsanwaltschaft, ihre Berufungserklärung beinhalte die vollständige Berufungsbegründung (Urk. 45), und auch die Verteidigung führte aus, es bestehe, sofern die Staatsanwaltschaft die Berufungsbegründung nicht ausweite, kein weiterer Begründungsbedarf (Urk. 46). Mit Präsidialverfügung vom 25. November 2016 wurde daher das schriftliche Verfahren angeordnet und der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zur Anschlussberufung und Berufungsantwort Stellung zu nehmen (Urk. 47). Diese Verfügung erreichte die Anklagebehörde am 29. November 2016 (Urk. 48). Innert Frist ging keine Eingabe der Staatsanwaltschaft ein. Das Verfahren erweist sich daher als spruchreif. II. Umfang der Berufung und der Anschlussberufung 1. In ihrer Berufungserklärung vom 30. September 2016 erklärte die Staatsanwaltschaft, die Berufung auf die Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen zu beschränken (Urk. 33 S. 1), wobei den Erwägungen entnommen werden kann, dass die Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 6) nicht angefochten wird (a.a.O. S. 2 f.).

- 6 - 2. Der Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren ausdrücklich die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldpruch wegen rechtswidriger Einreise),

### **E. 7**

Anrechnung der erstandenen Haft Der Beschuldigte befand sich vom 21. März 2016, 10.50 Uhr (Urk. 8.1) bis zum 22. März 2016, 9.45 Uhr (Urk. 8.6) in Polizeiverhaft. Gestützt auf Art. 51 StGB ist dieser Freiheitsentzug von einem Tag auf die Strafe anzurechnen. Für die Anrechnung entspricht ein Tagessatz Geldstrafe einem Tag Freiheitsstrafe (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 und Art. 51 Satz 2 StGB). Eine Genugtuung aufgrund des Freiheitsentzugs (eine "Haftentschädigung") fällt aufgrund der Anrechnung der erstandenen Haft auf die Geldstrafe – entgegen der Verteidigung, die eine solche von Fr. 30.– verlangt – ausser Betracht (vgl. Art. 431 StPO). V. Vollzug Mit zutreffender Begründung gewährte die

Vorinstanz dem Beschuldigten den bedingten Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 32 S. 11 f.). Dies ist zu bestätigen, zumal bereits aus prozessualen Gründen (Verbot der reformatio in peius) ein teilbedingter oder vollständiger Vollzug der Strafe oder die Ansetzung einer längeren Probezeit ausser Betracht fällt.

- 20 - VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens

#### **E. 10**

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.

- 25 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 9. Februar 2017 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. R. Naef lic. iur. S. Maurer

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