

# ZH\_OBERGERICHT SB140444 vom 15. Januar 2016

ZH Obergericht, 2016-01-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB140444](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140444)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB140444 du 15 janvier 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT SB140444 del 15 gennaio 2016

## Erwägungen

### E. 27

März 2015 wurden die beiden Verfahren vereinigt und unter der Prozessnummer SB140444 weitergeführt, unter Beibehaltung der beiden amtlichen Verteidiger Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ für den vereinigten Prozess, für welchen sodann die schriftliche Fortsetzung angeordnet wurde. Weiter wurde mit nämlichem Beschluss die Einholung eines ärztlichen Gutachtens über den körperlichen und geistigen Zustand der Beschuldigten, deren Schuldfähigkeit zur Zeit der Tat sowie die Zweckmässigkeit einer Massnahme nach den Artikeln 56 bis 64 StGB angeordnet und med. pract. E.\_\_\_\_\_ als Gutachter bestellt. Der Prozess Nr. SB140459 wurde als durch Vereinbarung erledigt beschrieben (HD Urk. 98/63 und Urk. 99). Mit Eingaben vom 9. April 2015 (HD Urk. 105) respektive vom 13. April 2015 (HD Urk. 108) erklärten die amtlichen Verteidiger Verzicht auf Stellungnahme zur Person des Gutachters und zu den gestellten Fragen sowie Verzicht auf eigene Fragen. Am 22. April 2015 wurde der Gutachtensauftrag erteilt und die Akten dem Gutachter überstellt (HD Urk. 109). 2.2. Das Gutachten von med. pract. E.\_\_\_\_\_ vom 3. August 2015 ging am Folgetag bei der hiesigen Kammer ein (HD Urk. 122). Mit Präsidialverfügung vom 5. August 2015 wurde das Gutachten den Parteien zugestellt, unter Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme (HD Urk. 123). Während die Vertreterin der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland mit Eingabe vom 10. August 2015 (HD Urk. 127) auf Vernehmlassung verzichtete, erfolgten die Stellungnahmen des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl mit Eingabe vom 16. August 2015 (HD Urk. 129, im Briefkopf irrtümlich "Zürich-Limmat") und diejenigen der amtlichen Verteidiger mit Eingaben vom 27. August 2015 und vom 31. August 2015 (HD

- 9 - Urk. 131 und Urk. 133). Innerhalb mit Präsidialverfügung vom 8. September 2015 angesetzter Frist (HD Urk. 135) erfolgte eine weitere Stellungnahme des amtlichen Verteidigers X1.\_\_\_\_\_ vom 11. September 2015 (HD Urk. 140). Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl und der amtliche Verteidiger X2.\_\_\_\_\_ erklärten Verzicht auf Vernehmlassung (HD Urk. 139 und Urk. 141). Wiederum innerhalb ihm mit Präsidialverfügung vom 8. Oktober 2015 angesetzter Frist (HD Urk. 144) liess der amtliche Verteidiger X2.\_\_\_\_\_ ausrichten, den Ausführungen in der Stellungnahme beizupflichten und seinerseits auf weitere Stellungnahme zu verzichten (HD Urk. 146). Diverse im weiteren Verlauf des Verfahrens von der Beschuldigten handschriftlich verfasste Eingaben (HD Urk. 103, 104, 110, 112-118, 121, 130, 137, 142, 143, 147, 149, 152, 155, 156) sowie eine Schachtel mit Tonfiguren (Urk. 111) wurden sodann ohne Weiterungen zu den Akten genommen. Das Verfahren ist spruchreif. Da im uneingeschränkten Einverständnis mit den Parteien (vgl. HD Urk. 95) das schriftliche Verfahren angeordnet wurde, ist der Entscheid auch ohne Verzicht der Beschuldigten auf mündliche Eröffnung (vgl. HD Urk. 131 S. 6 und HD Urk.

133 S. 10) schriftlich zu eröffnen. 3.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf- schiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dement- sprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Dabei ist es na- heliegend, dass weitere nicht angefochtene Punkte in die Überprüfung des Urteils einzubeziehen sind, wenn eine enge Konnexität mit den angefochtenen Punkten besteht (vgl. dazu Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommen- tar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 399 N 18; Hug/Scheidegger in: Donatsch/ Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [kurz: StPO Komm.], 2. A. Zürich-Basel-Genf 2014, N 19 und 20 zu Art. 399; Sprenger in: Niggli/Heer/ Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizeri- sche Strafprozessordnung [kurz: BSK StPO], 2. A. Basel 2014, Art. 437, N 31 f.). 3.2. Die Beschuldigte hat die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zü- rich in ihrer Berufungserklärung beschränkt, wobei sie weitgehende Freisprüche verlangt (HD Urk. 67 S. 3; Art. 399 Abs. 4 StPO). Die Staatsanwaltschaft bean-

- 10 - tragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides. Im Berufungsverfahren sind demzufolge die Einziehung (Urteilsdispositiv-Ziffer 4) und die Abweisung des Genugtuungsbegehrens des Privatklägers (Urteilsdispositiv-Ziffer 6) nicht ange- fochten. Die Rechtskraft dieser Regelung ist vorab mit Beschluss festzustellen. Auch wenn der vorinstanzliche Schuldspruch betreffend die rechtswidrige Einreise (Teil von Urteilsdispositiv-Ziffer 1, zweiter Absatz) nicht angefochten wurde, so wäre auf diesen in Anwendung von Art. 404 Abs. 2 StPO zurückzukommen, sollte mit der Verteidigung auf vollständige Schuldunfähigkeit der Beschuldigten erkannt werden, weshalb diesbezüglich keine Rechtskraft vorliegt. Ungeachtet dessen, dass das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), weshalb gemäss Art. 428 Abs. 3 StPO über das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv von Am- tes wegen neu zu befinden ist. 3.3. Die Beschuldigte verlangt betreffend das erstinstanzliche Urteil des Bezirks- gerichtes Bülach einen vollumfänglichen Freispruch, weshalb keine Teilrechtskraft vorliegt. 3.4. Vom Rückzug der Berufung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland gegen das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 29. August 2014, ist Vormerk zu nehmen. II. Schuldpunkt A. Sachverhalt 1.1. Zu den Betrugsvorwürfen vom 2. und 8. September 2013 (Anklage Zürich ND 1 und 2) sei auf HD Urk. 17 S. 2 ff. und HD Urk. 66 S. 5 f. verwiesen. Im We- sentlichen geht es darum, dass der Beschuldigten vorgeworfen wird, in zwei Coif- feursalons Dienstleistungen von je über Fr. 300.– in Anspruch genommen zu ha- ben, obwohl sie weder Bargeld noch eine Kreditkarte bei sich gehabt, sondern ei- ne Rechnung verlangt, welche sie indes nicht zu zahlen beabsichtigt habe. Die Beschuldigte habe die bedienenden Coiffeusen über Zahlungsfähigkeit und

- 11 - -willigkeit getäuscht; sie sei weiter davon ausgegangen, dass eine diesbezügliche Überprüfung und Nachforschungen unterblieben. 1.2. Die Beschuldigte gestand die Sachverhalte weitgehend ein. Sie wandte ein- zig ein, dass sie die Dienstleistungen gegen Rechnung habe bezahlen wollen (HD Urk. 2/1 S. 1, HD Urk. 2/4 S. 5; Prot. I [Zürich] S. 12 ff.). Wie sie das anstellen wollte, bleibt jedoch unerfindlich, da sie dazu keine Auskunft gab. Es ist erstellt, dass sie die beiden Rechnungen bis zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung nicht beglich (Prot. I [Zürich] S. 15 f.). Es fehlt ferner an jedwelchen Hinweisen für die Zahlungsbereitschaft oder die Solvenz der Beschuldigten; sie ist schlicht mittellos. Im Lichte der zahlreichen Verurteilungen wegen Zechprellerei und auch wegen

Betrugs (HD Urk. 70) ist von Zahlungsunwilligkeit und Zahlungsunfähigkeit der Beschuldigten auszugehen und die Aussage der Beschuldigten, sie habe den Betrag zu zahlen beabsichtigt respektive sie habe diese Rechnungen mittlerweile tatsächlich bezahlt, als Schutzbehauptung einzustufen. Der Beweisantrag der Beschuldigten auf Einvernahme beider Coiffeure (Prot. II S. 42) ist unter diesen Umständen abzuweisen. 1.3. Somit sind diese Anklagesachverhalte erstellt. 2.1. Der Sachverhalt um die Einreise und den Aufenthalt der Beschuldigten in die Schweiz vom September 2013 (Anklage Zürich HD) ergibt sich aus der Anklageschrift (HD Urk. 17) und ist auch im angefochtenen Urteil wiedergegeben (HD Urk. 66 S. 4). Der Vorwurf umfasst die Einreise ohne erforderliches Ausweispapier, die Missachtung einer bestehenden Einreisesperre und den anschliessenden illegalen Aufenthalt in der Schweiz. 2.2. Der Standpunkt der Beschuldigten ist im vorinstanzlichen Urteil zusammengefasst und es ist vorab darauf zu verweisen (HD Urk. 66 S. 4 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Gemäss eigenen Aussagen gegenüber der Polizei und der Staatsanwaltschaft verfügte die Beschuldigte bei ihrer Einreise im September 2013 weder über gültige deutsche noch über Schweizer Reisepapiere (vgl. HD Urk 2/1 S. 3; HD Urk. 2/4 S. 3). Die Ansicht der Beschuldigten, sie habe Anspruch auf den Schweizer Pass, ändert daran nichts. Die Beschuldigte wusste um das Erfordernis von

- 12 - Ausweispapieren für die Einreise in die Schweiz und den hiesigen Aufenthalt, dies insbesondere auch aufgrund der diesbezüglich zahlreichen Strafverfahren bzw. erwirkten Vorstrafen (vgl. HD Urk. 70). Zur Verfügung des Bundesamtes für Migration betreffend Einreiseverbot in die Schweiz vom 29. Mai 2009, gültig ab Ausstellungsdatum bis zum 28. Mai 2014 (HD Urk. 3), erklärte die Beschuldigte bei der Vorinstanz, sie habe die Wegweisesperre vom Migrationsamt des Kantons Zürich erhalten, nicht vom Bundesmigrationsamt (Prot. I [Zürich] S. 10). In der Schlusseinvernahme gab sie zu Protokoll, sie anerkenne die ihr seit Jahren bekannte Einreisesperre nicht, weil sie dubios sei (HD Urk 2/4 S. 3). Demzufolge weiss die Beschuldigte seit Jahren um das Einreiseverbot und negiert dieses bewusst. Abgesehen davon war das Einreiseverbot, wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwähnte, Gegenstand diverser Strafverfahren gegen die Beschuldigte, in denen sie wegen Missachtung eben dieses Verbotes verurteilt wurde, so dass es ihr zweifellos bekannt war (HD Urk. 66 S. 5). Die Ablehnung des Verbots ändert daran nichts. Ebensowenig besteht unter den gegebenen Umständen Grund, den Vorderrichter Achtnich einzuvernehmen, zumal die Beschuldigte nicht dardat, was dieser ergänzend zur vorinstanzlichen Urteilsbegründung vorzubringen vermöchte (Prot. II S. 43). 2.3. Damit ist der Anklagesachverhalt betreffend rechtswidrige Einreise rechtsgenügend erstellt. 2.4. In Bezug auf den Anklagesachverhalt des rechtswidrigen Aufenthalts ist festzuhalten, dass die Beschuldigte am 6. September 2013 nach 10.30 Uhr aus der Schweiz nach Deutschland ausgeschafft (HD Urk. 2/1 S. 3 und HD Urk. 8/3 S. 2) und in der Folge am 8. September 2013, 14.50 Uhr, am Zürcher Hauptbahnhof wieder verhaftet wurde (HD Urk. 11/1). Die Frage, wann und wo sie zwischen dem 6. und 8. September 2013 in die Schweiz einreiste, blieb ungeklärt und ist auch in der Anklageschrift offen formuliert (vgl. dazu HD Urk. 17 S. 5). Die Beschuldigte hielt sich demzufolge maximal rund 52 Stunden bis zu ihrer Verhaftung in der Schweiz auf. Zu ihren Gunsten ist indes von einer Einreise erst am Morgen des 8. September 2013, vor ihrem Coiffeurbesuch um ca. 11.15 Uhr, auszugehen.

- 13 - 3.1. Die Beschuldigte soll sodann am 2. März 2014 in Kenntnis des gegen sie verfügten Einreiseverbots in Schweiz eingereist sein (Anklage Winterthur/Unterland; HD

Urk. 98/17 S. 2). 3.2. Aus den Darlegungen der Beschuldigten in der erstinstanzlichen Befragung in Bülach wie auch aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass ihr das ab dem 29. Mai 2009 geltende fünfjährige Einreiseverbot detailliert bekannt ist; so wusste sie denn beispielsweise um den Zeitablauf der Einreisesperre Bescheid (vgl. Prot. I [Bülach] S. 16 f.). Im Zeitpunkt ihrer Einreise in die Schweiz war der Beschuldigten das Einreiseverbot bekannt. Im Übrigen kann auf die Ausführungen unter Erwägung 2.2. hiervor verwiesen werden. 3.3. Die Einreise in die Schweiz trotz Einreiseverbot ist rechtsgenügend erstellt. 4. Demzufolge sind alle Anklagesachverhalte erstellt, mit der oben genannten Präzisierung zur Verweildauer der Beschuldigten in der Schweiz. B. Rechtliche Würdigung 1. Die Vorinstanz hat die Tatbestandsmässigkeit des in den Nebendossiers 1 und 2 dargestellten Verhaltens der Beschuldigten als mehrfachen Betrug bejaht. Die Subsumtion in Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfolgte zutreffend; darauf ist zu verweisen (vgl. Art. 82 Abs. 4 StPO; HD Urk. 66 S. 10 ff.). Rechtfertigungsgründe sind keine ersichtlich. 2.1. Mit zutreffender Begründung, auf die zu verweisen ist, haben die Vorinstanzen sodann das Verhalten der Beschuldigten als vorsätzliche rechtswidrige Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und d AuG gewürdigt (Einreisen entgegen des Einreiseverbotes und im September 2013 zudem ohne ein anerkanntes Ausweispapier; Art. 82 Abs. 4 StPO; HD Urk. 66 S. 10 und HD Urk. 98/44 S. 5 f.). 2.2. Die ursprüngliche Annahmeverweigerung der Beschuldigten verhinderte die Entfaltung der Rechtswirkung der Fernhaltemassnahme nicht; Anhaltspunkte für deren Nichtigkeit liegen keine vor. Der Tatbestand der rechtswidrigen Einreise ist

- 14 - in objektiver und subjektiver Hinsicht mehrfach erfüllt. Rechtfertigungsgründe liegen keine vor. 3.1. Hinsichtlich des Vorwurfs der Verletzung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (HD Urk. 17 und 66 S. 10) gilt es Folgendes zu beachten: Der rechtswidrige Aufenthalt impliziert eine Minimaldauer, jedenfalls ein Verweilen in der Schweiz, das auf eine längere Dauer und wesentliche Zwecke ausgelegt ist, wobei wenige Stunden für die Erfüllung des Tatbestandes nicht ausreichen (Vetterli/D'Addario Di Paolo, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, Art. 115 N 19; Zünd in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht, 3. Auflage, Zürich 2012, AuG 115 N 7). Der rechtswidrige Aufenthalt der Beschuldigten dauerte maximal ca. 52 Stunden, wobei wie unter obenstehender Erwägung II.A.2.4. zugunsten der Beschuldigten von einer Aufenthaltsdauer von bloss weniger Stunden auszugehen ist. Ferner ist der Anklageschrift keine Feststellung zu entnehmen, wonach die Beschuldigte einen längeren Aufenthalt zu irgendwelchen besonderen Zwecken geplant gehabt hätte. 3.2. Die Verweildauer zwischen der rechtswidrigen Einreise und der Verhaftung erweist sich damit als zu kurz, als dass der objektive Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG vorliegend erfüllt wäre. Sodann gebricht es am Nachweis des subjektiven Tatbestands, zumal der Beschuldigten in der Anklage gar nicht vorgeworfen wird, die Absicht längeren Verweilens in der Schweiz gehabt zu haben. Demnach ist die Beschuldigte von einer Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG freizusprechen. C. Schuldausschlussgründe 1. Erisapfel des vorliegenden Verfahrens ist die Frage nach der Schuldfähigkeit der Beschuldigten. Beide amtliche Verteidiger plädierten auf vollständige Schuldfähigkeit der Beschuldigten. Anlässlich der Berufungsverhandlung und damit noch vor Einholung des Gutachtens von med. pract. E. \_\_\_\_\_ brachten sie vor, das uferlose inkriminierte Verhalten der Beschuldigten zeige, dass diese keine Wahl habe, sich gesetzeskonform zu verhalten. Ein Distanzieren von ihrer

fehlen-

- 15 - den Einsichts- und Steuerungsfähigkeit sei der Beschuldigten offensichtlich nicht möglich. Die neueren Arztberichte bzw. Gutachten zeigten, dass eine Schuldunfähigkeit der Beschuldigten nicht ausgeschlossen werden könne, weshalb nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" von einer solchen auszugehen sei (HD Urk. 89 S. 5 ff.; HD Urk. 98/62 S. 3 und S. 8). In ihren Stellungnahmen zum Gutachten von med. pract. E. \_\_\_\_\_ hielten beiden amtlichen Verteidiger schliesslich an ihren gestellten Anträgen fest (HD Urk. 131; HD Urk. 133 und HD Urk. 140). Auf die ergänzenden Begründungen anlässlich der Stellungnahmen wird, soweit nötig, nachfolgend eingegangen.

2.1. Schuldunfähigkeit bedeutet nicht, dass ein Täter keinen tatbestandsmässigen Vorsatz bilden konnte; auch jemand völlig Schuldunfähiges kann vorsätzlich handeln (vgl. dazu BGE 115 IV 221, 223). Einsicht in das Unrecht einer Tat setzt einen Akt normativer Wertung voraus, der Bestand und Geltung der Norm erfasst und dessen Vornahme aufgrund einer psychischen Störung ausgeschlossen sein kann. Beim Vorsatz hingegen geht es um die Umsetzung eines Handlungsent-schlusses in die Wirklichkeit auf der Grundlage von wahrgenommenen oder vor-gestellten Tatumständen, was auch ohne Einsicht in das Unrecht möglich ist, weil es keines Wertungsaktes bedarf (vgl. Bommer/Dittmann, in: BSK-Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, N 19 zu Art. 19 StGB). War die beschuldigte Person zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht ihrer Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist sie nicht strafbar (Art. 19 Abs. 1 StGB).

2.2. Aus dem materiellen Recht leitet sich dabei der Grundsatz ab, dass bei tat-bestandsmässigem Handeln in der Regel auch die Schuldhaftigkeit zu bejahen ist; in diesem Zusammenhang spricht man von der schuldindizierenden Wirkung der Tatbestandsmässigkeit (vgl. Tophinke, in: BSK-StPO I, 2. Aufl., Basel 2014, N 21 zu Art. 10 StPO). Die Vermutung des Vorliegens der Schuldfähigkeit – ohne gegenteilige Hinweise ist von ihr auszugehen – findet ihre Parallele in der „zivil-rechtlichen“ Vermutung der Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB. Besteht dagegen ernsthafter Anlass, an der Schuldfähigkeit eines Beschuldigten zu zweifeln, so hat die Untersuchungsbehörde oder das Gericht eine sachverständige Begutachtung anzuordnen (Art. 20 StGB).

- 16 - 2.3. Für das Fehlen von Schuldausschlussgründen tragen prozessual gesehen die Strafbehörden die Beweislast. Ob sich der Grundsatz in dubio pro reo auch auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit bezieht, hat die höchstrichterliche Praxis bislang noch nicht beantwortet (vgl. KassGer. 6P.132/2003, Urteil vom 2. Dezember 2003), die Lehre bejaht diese Frage indes- sen (vgl. Bommer/Dittmann, a.a.O., N 51 zu Art. 19 StGB m.w.H.). Art. 10 Abs. 3 StPO besagt, dass das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage ausgeht, wenn unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächli- chen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen. Einhergehend mit der Leh- re fallen die tatsächlichen Voraussetzungen der Schuldunfähigkeit als Sachfrage gestützt auf den Wortlaut ohne weiteres unter den Anwendungsbereich des Grundsatzes in dubio pro reo. Der erwähnte materiellrechtliche Grundsatz wird damit vom prozessualen überlagert; es gilt angesichts der Beweislage im Einzel- fall zu entscheiden, welcher überwiegt. Im Lichte der materiellrechtlichen Vermu- tung ist der Hinweis der Kammer im Urteil der Kammer vom 23. April 2015 zu ver- stehen, wonach ein Beschuldigter die Weigerung, sich begutachten zu lassen, selber zu vertreten habe (vgl. HD Urk. 98/13/15 S. 17 i.V.m. HD Urk. 98/59 S. 15); damit begibt er sich etwaiger Ergebnisse der Exploration, welche die Vermutung der Schuldfähigkeit umstossen könnten. Auch in dieser Ausgangslage ist aber

gestützt auf sämtliche Umstände zu prüfen, ob unüberwindbare Zweifel an der Schuldfähigkeit in tatsächlicher Hinsicht bestehen. Bestehen Zweifel, ob noch Reste von Schuldfähigkeit vorhanden waren, und lassen sie sich in der richterlichen Überzeugungsbildung nicht beseitigen, so hat nach dem Gesagten in Anwendung des Zweifelssatzes ein Freispruch zu ergehen; die Annahme bloss verminderter Schuldfähigkeit ist in diesem Fall unzulässig (Bommer/Dittmann, a.a.O., N 51 zu Art. 19 StGB). 3.1.1. An der Urteilsfähigkeit der Beschuldigten zweifeln lassen vorab die Vorstrafen der Beschuldigten: Im schweizerischen Strafregister sind 17 solche eingetragen (HD Urk. 86). Regelmässig wurde in den bisherigen Entscheiden von einer mittelgradig verminderten Schuldfähigkeit der Beschuldigten ausgegangen (vgl. HD Urk. 98/13/5-17). In einem neuesten Entscheid vom 8. Januar 2015

- 17 - sprach das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung - Einzelgericht, die Beschuldigte hingegen zufolge Schuldunfähigkeit frei (HD Urk. 98/59). 3.1.2. Im deutschen Zentralstrafregister sind 76 Vorgänge vermerkt (HD Urk. 98/13/4); zehn Einträge betreffen schweizerische Vorstrafen, die auch im hiesigen Register eingetragen sind. Die ersten fünf Eintragungen sind deutsche Vorstrafen der Beschuldigten aus den Jahren 2001 bis 2005. Die übrigen Eintragungen, 61 an der Zahl, sind allesamt zufolge Schuldunfähigkeit oder Verhandlungsunfähigkeit eingestellte Verfahren. 3.2.1. Dem Gericht liegen aus früheren Verfahren sodann insgesamt sechs gutachterliche Stellungnahmen zur Beschuldigten vor (HD Urk. 98/5/2, 3, 5, 7, 9 und 12). Vier Stellungnahmen sind reine Aktengutachten, zumal die Beschuldigte durchwegs die Mitwirkung an einer Exploration verweigerte. Ende 2013 bis Anfang 2014 war sie gegen ihren Willen in der Psychiatrie Reichenau/D untergebracht und wurde zwangsmediziert. In dieser Zeitspanne erstattete Dr. med. F.\_\_\_\_\_ zwei Kurzgutachten vom 9. und 30. Dezember 2013 (HD Urk. 98/5/5 und 7), die auch auf einer persönlichen Anamnese beruhen. 3.2.2. Dr. med. G.\_\_\_\_\_ schloss mit Gutachten vom 3. April 2006 unter Delegation einer paranoiden Schizophrenie eine Aufhebung der Steuerungs- und Hemmungsfähigkeit der Beschuldigten nicht aus (HD Urk. 98/5/9 S. 10). Dr. med. H.\_\_\_\_\_ diagnostizierte bei der Beschuldigten im Gutachten vom 10. September 2009 eine schizophrene Psychose, wobei er sie für die ihr damals vorgeworfenen Taten uneingeschränkt schuldfähig erachtete (HD Urk. 98/5/2 S. 12 f.). Dr. med. I.\_\_\_\_\_ erkannte mit Stellungnahme vom 21. September 2009 zum vorerwähnten Gutachten eine für den damaligen Tatentscheid und die Tatausführung bedeutsame Auswirkung der chronisch verlaufenden psychischen Störung der Beschuldigten. Die Bedeutung sei für das Besinnungsvermögen und die Willensbildung erheblich. In welchem Ausmass Einsichts- und Willensfähigkeit verringert gewesen seien, lasse sich mangels zureichender Grundlagen nicht festlegen. Der richterlichen Annahme einer in mittlerem Grade verminderten Einsichts- und Willensfähigkeit lasse sich aber aus Sicht des Gutachters nichts entgegenhalten (HD Urk. 98/5/3 S. 9 f.).

- 18 - 3.2.3. Anlass für die Begutachtung im Rahmen der beiden Kurzgutachten von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ war ein Beschluss des Amtsgerichts Konstanz, Betreuungsgericht, vom 29. November 2013 mit der Frage, ob die Beschuldigte zur Besorgung ihrer Angelegenheiten eines Betreuers bedürfe (HD Urk. 98/5/4). Dr. F.\_\_\_\_\_ hielt mit Gutachten vom 9. Dezember 2013 dafür, dass die Beschuldigte eines Betreuers für die Vermögenssorge, die Aufenthaltsbestimmung, die Entscheidung über die Unterbringung, die Gesundheitsfürsorge, die Entgegennahme, das Öffnen und Anhalten der Post sowie die Vertretung gegenüber Gerichten, Behörden, Versicherungen, Renten- und

Sozialleistungsträgern bedürfe. Auf die Frage hin, ob die Einrichtung der Betreuung gegebenenfalls auch gegen den Willen der Beschuldigten möglich bzw. nötig sei, weil diese krankheitsbedingt nicht in der Lage sei, ihren Willen frei zu bestimmen – wobei freie Willensbestimmung in diesem Zusammenhang die Fähigkeit meine, seinen Willen in dem jeweiligen Bereich unbeeinflusst von der Erkrankung zu bilden und nach den zutreffend gewonnenen Einsichten handeln zu können –, entgegnete der Gutachter, die Einrichtung der Betreuung sei auch gegen den Willen der Beschuldigten notwendig, um einer weiteren Schädigung entgegenzuwirken. Deren Erleben sei gekennzeichnet von den störungsspezifischen Veränderungen bezüglich der Wahrnehmung und Verarbeitung externer Reize; ein sogenannter Perspektivwechsel sei ihr nicht möglich. Für rationale Argumente sei sie nicht zugänglich (HD Urk. 98/5/5). In der Stellungnahme vom 30. Dezember 2013 führte Dr. F.\_\_\_\_\_ weiter aus, dass das Erleben der Beschuldigten durchgehend im Rahmen ihrer psychischen Erkrankung zu sehen sei. Die Aufnahme und Verarbeitung gegebener Umweltreize seien durch die störungsspezifischen Eigenheiten beeinflusst und verändert, eine realitätsgemässe Beurteilung sei ihr nicht möglich. Ihr Verhalten werde durch das psychotische Verhalten bestimmt, wobei ihr eine Distanzierung hiervon nicht möglich sei (HD Urk. 98/5/7).

3.2.4. In seiner Stellungnahme zum Gutachten vom 9. Dezember 2013 hielt Dr. med. I.\_\_\_\_\_ am 30. Mai 2014 fest, dass die Annahme einer aufgehobenen Einsichtsfähigkeit signalisiert werde, sollte die Veränderung der Wahrnehmung, der Verarbeitung und des Handelns der Beschuldigten für sämtliche Lebensberei-

- 19 - che Gültigkeit haben. Solch ein Erleben verböte jede vernünftige Bezugnahme auf den verbotenen Charakter ihres Handelns (HD Urk. 98/5/12 S. 9 f.).

3.2.5. Die der Beschuldigten im vorliegenden Verfahren vorgeworfenen Delikte ereigneten sich von September 2013 bis März 2014, mithin in zeitlicher Nähe der Begutachtung durch Dr. med. F.\_\_\_\_\_ im Dezember 2013 und der Stellungnahme von Dr. med. I.\_\_\_\_\_ vom 30. Mai 2014. Dr. med. F.\_\_\_\_\_ sieht eine umfassende Betreuung der Beschuldigten aus medizinischer Sicht auch gegen deren Willen als indiziert. Im schweizerischen Zivilrecht kommt das einer umfassenden Beistandschaft nach Art. 398 Abs. 1 ZGB nahe. Eine umfassende Beistandschaft wird errichtet, wenn eine Person, namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit, besonders hilfsbedürftig ist. Ergänzend sei darauf verwiesen, dass das Amtsgericht Konstanz, Betreuungsgericht, mit Niederschrift vom 17. Januar 2014 die endgültige Betreuung und Unterbringung der Beschuldigten in Aussicht stellte (HD Urk. 98/5/8 S. 3). Dr. F.\_\_\_\_\_ verneint weiter die Frage des Amtsgerichts Konstanz, ob die Beschuldigte in der Lage sei, ihren Willen frei zu bestimmen, was bedeutet, dass sie nicht in der Lage sei, ihren Willen unbeeinflusst von der Krankheit zu bilden und nach der zutreffend gewonnenen Einsicht zu handeln. Das Bezirksgericht Bülach hielt richtigerweise fest, dass Dr. med. I.\_\_\_\_\_ die Annahme einer aufgehobenen Einsichtsfähigkeit unter der Hypothese eines auf sämtliche Lebensbereiche beruhenden psychotischen-wahnhaften Erlebens der Beschuldigten signalisiert sieht. Konkrete Anhaltspunkte für diese Hypothese gehen nun aber aus dem Gutachten von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ vom 30. Dezember 2013 hervor, hält dieser doch fest, dass das Erleben der Beschuldigten durchgehend im Rahmen der psychischen Erkrankung zu sehen sei, wobei letzteres ihr Verhalten bestimme; eine Distanzierung, ein sogenannter Perspektivwechsel sei ihr nicht möglich. Dieses Gutachten stand Dr. med. I.\_\_\_\_\_ nicht zur Verfügung. Im Gutachten vom 9. Dezember 2013 – zu diesem nahm Dr. med. I.\_\_\_\_\_ Stellung – hatte Dr. med. F.\_\_\_\_\_ eben noch nicht festgehalten, dass das Verhalten der Beschuldigten durchgehend im Rahmen der

psychischen Erkrankung zu sehen sei. 3.3.1. Übereinstimmung herrscht dahingehend, dass die Beschuldigte unter einer psychotischen Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis leidet. Im

- 20 - Übrigen divergieren die gutachterlichen Feststellungen jeweils in nicht geringem Ausmass, was nicht zuletzt zu unterschiedlichen Beurteilungen der Schuldfähigkeit der Beschuldigten durch verschiedene gerichtliche Instanzen führte: So bejahten die Vorinstanzen in Kenntnis dieser Gutachten die Schuldfähigkeit der Beschuldigten für die ihr vorgeworfenen Sachverhalte, erkannten aber auf eine in mittlerem Grad bestehende Verminderung. Das Bezirksgericht Zürich hielt fest, dass sich das Verhalten der Beschuldigten im Vergleich zu den früheren Verfahren nicht wesentlich geändert habe, womit auch keine Verschlechterung des Zustandes eingetreten sei (HD Urk. 66 S. 13). Die Vorinstanz in Bülach äusserte sich differenzierter und hielt zum Aussageverhalten der Beschuldigten fest, dass bereits daraus klar werde, dass die Beschuldigte an einer psychischen Krankheit leide; bei aller Auffälligkeit sei aber kein erraticus Verhalten erkennbar. Für den Laien entstehe der Eindruck einer mittelgradigen Einschränkung, nicht aber einer Schuldunfähigkeit. Weder die regelmässige Straffälligkeit noch die zahlreichen in Deutschland eingestellten Strafverfahren würden die Schuldunfähigkeit als erwiesen erscheinen lassen. Mit Bezug auf die Gutachten von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ sei festzuhalten, dass sie nicht im Zusammenhang mit einem Strafverfahren erstellt worden seien und keinen Bezug zur deliktsbezogenen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nehmen würden. Auch aus der neuen Stellungnahme von Dr. med. I.\_\_\_\_\_ ergebe sich nichts anderes, da der gezogene Schluss Spekulation sei und auf einer hypothetischen Annahme basiere. Die Grundlage für die hypothetischen Schlüsse würden aber fehlen. Insgesamt sei daher nach wie vor auf die Stellungnahme von Dr. med. I.\_\_\_\_\_ vom 21. September 2009 abzustellen (HD Urk. 98/44 S. 8 ff.). 3.3.2. Im Gegensatz dazu erkannte das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, Einzelgericht, mit Urteil vom 8. Januar 2015 mit Bezug auf eine ihr am 12. September 2014 vorgeworfene Zechprellerei auf Schuldunfähigkeit der Beschuldigten. Die Gutachten von Dr. med. F.\_\_\_\_\_ im Zusammenspiel mit der Stellungnahme von Dr. med. I.\_\_\_\_\_ und einer jüngsten Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Konstanz vom 23. Januar 2014 würden nahelegen, dass das Verhalten der Beschuldigten durchwegs im Rahmen ihrer psychischen Erkrankung zu sehen sei, was eine im Tatzeitpunkt aufgehobene Einsichtsfähigkeit sig-

- 21 - nalisierere. Die Zweifel an der Schuldfähigkeit der Beschuldigten seien nicht überwindbar (HD Urk. 98/59 S. 17 f.). Ergänzend sei darauf verwiesen, dass das Amtsgericht Konstanz, Betreuungsgericht, mit Niederschrift vom 17. Januar 2014 die endgültige Betreuung und Unterbringung der Beschuldigten in Aussicht stellte (HD Urk. 98/5/8 S. 3).

3.3.3. Das Zusammenspiel dieser Gutachten und Feststellungen, insbesondere der drei tatnächsten Berichte (vgl. vorstehende Erw. 3.2.3.), lässt erhebliche Zweifel an der Schuldfähigkeit der Beschuldigten für die ihr hier vorgeworfenen Taten aufkommen, die weder durch das Aussageverhalten der Beschuldigten, die älteren Gutachten noch durch die zahlreichen gleichgerichteten Delikte entkräftet werden. Ebendiese erheblichen Zweifel an der Schuldfähigkeit der Beschuldigten, verstärkt durch die Tatsache, dass den neusten gutachterlichen Erkenntnissen zivilrechtliche und damit vom vorliegenden Strafverfahren divergierende Fragestellungen zugrunde lagen, führten im Gegensatz zur Ansicht der Verteidigung (vgl. HD Urk. 131 S. 3) dazu, dass der erkennenden Kammer eine diesbezügliche sachverständige Einschätzung der Beschuldigten unerlässlich erschien,

obschon sich diese auch im Berufungsverfahren gegen eine solche wehrte (Prot. II S. 30 f.) und sie nicht gegen ihren Willen zur Teilnahme bzw. aktiven Mitwirkung gezwungen werden konnte. 4.1.1. Das zu diesem Zweck eingeholte Gutachten von med. pract. E. \_\_\_\_\_ vom 3. August 2015 (HD Urk. 122) attestiert der Beschuldigten vorab generell eine seit mehr als 15 Jahren bestehende, chronisch verlaufende und bis anhin nur unzureichend behandelte paranoide Schizophrenie (F20.0 gemäss ICD-10). Eine schizoaffektive Störung sei nicht auszumachen. Die Beschuldigte sei nicht krankheitseinsichtig, lehne eine Behandlung ab und sehe sich als Opfer der Behörden und der Justiz (HD Urk. 122 S. 27 f. und S. 34). Der Gutachter weist eingangs seiner Beurteilung der Schuldfähigkeit darauf hin, dass aus dem blossen Vorhandensein einer psychischen Störung noch nicht darauf geschlossen werden kann, ob und in welchem Ausmass die Schuldfähigkeit vermindert oder vollständig aufgehoben sei. Die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit müsse vielmehr jeweils anhand des anzunehmenden Deliktgeschehens analysiert werden. In der Folge er-

- 22 - wägt der Gutachter zur Schuldfähigkeit der Beschuldigten bezüglich des Betrugs, dass sich die Beschuldigte ungerecht behandelt gefühlt habe. Sie habe ihre Arbeits- und Obdachlosigkeit einem Fehlverhalten der Behörden zugeschoben; sei der Meinung gewesen, dass ihr das Recht auf "gutes Essen, gute Kleidung und gutes Nächtigen" vorenthalten werde. Dass Zechprellerei verboten ist, sei ihr bewusst. Sie schaffe durch ihre Delinquenz eine Art Ausgleich zum subjektiv erlebten Unrecht. Dass sie sich dagegen wehre, eine Zechprellerin zu sein, sei damit zu erklären, dass sie nicht mit "gewöhnlichen Zechprellern", welche sich nicht in einer derart gravierenden Situation befänden, verglichen werden wolle. Die vorhandene psychotische Symptomatik wirke sich demnach nicht in einem so hohen Masse aus, als dass eine aufgehobene Einsichtsfähigkeit angenommen werden könnte. Alternative Handlungen seien der Beschuldigten durchaus möglich gewesen, seien ihr aber weniger attraktiv erschienen. Der Grad der Verminderung der Einsichtsfähigkeit der Beschuldigten in Bezug auf den Betrug und die Zechprellerei könne jedoch nicht eruiert werden (HD Urk. 122 S. 30). Bezüglich der Steuerungsfähigkeit sei hervorzuheben, dass sich die Beschuldigte seit vielen Jahren in einer äusserst unangenehmen, gegen sie gerichteten Umwelt wähne, welche sie zwar formaljuristisch verstehe, persönlich jedoch nicht gänzlich nachvollziehen könne. Das Gefühl des "Vorenthaltens eines menschenwürdigen Lebens" sei massgeblich handlungsbestimmend bezüglich der vorgeworfenen Delikte. Aufgrund des krankheitsbedingten hohen Ausmasses an erlebtem Leiden sei die Steuerungsfähigkeit als hochgradig vermindert zu beurteilen (HD Urk. 122 S. 30 f.). Bezüglich der rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Aufenthalts bestehe eine vergleichbare Situation. Die Beschuldigte sei sich stets bewusst gewesen, dass ihr die Einreise und der Aufenthalt in der Schweiz verboten gewesen seien. Gleichwohl habe sie ihre subjektiven Gründe als dermassen schwerwiegend angesehen, dass sie diese ohne zu Zögern in die Tat umgesetzt habe. Krankheitsbedingt sei die Beschuldigte nicht in der Lage, die ablehnende Haltung der Schweiz zu verstehen. Da der formaljuristische Inhalt des Einreise- und Aufenthaltsverbots jedoch verstanden werde, sei auch hier nicht von einer vollständig aufgehobenen Einsichtsfähigkeit auszugehen, wobei eine Quantifizierung der allenfalls verminderten Einsichtsfähigkeit aufgrund der fehlenden Delikts-

- 23 - rekonstruktion wiederum nicht möglich sei. Die Auswirkungen des subjektiv erlebten Leids in Deutschland seien sodann als dermassen hoch anzusehen, dass betreffend die rechtswidrige Einreise und den rechtswidrigen Aufenthalt eine mindestens hochgradig

verminderte oder sogar aufgehobene Steuerungsfähigkeit zu diskutieren seien. Aufgrund der Äusserungen der Beschuldigten, dass sie "nicht illegal sei, mit Deutschland abgeschlossen habe und eine Wegweisung aus der Schweiz nicht anerkenne" und nicht, dass "man ihr z.B. in Deutschland nach dem Leben trachte, sie verfolgt werde, unbedingten persönlichen Schutz bedürfe etc.", sei die Steuerungsfähigkeit als hochgradig vermindert zu beurteilen (HD Urk. 122 S. 31 f.). Insgesamt sei die Einsichtsfähigkeit bei sämtlichen Delikten nicht vollständig aufgehoben und die Steuerungsfähigkeit hochgradig vermindert gewesen (HD Urk. 122 S. 35).

4.1.2. Die Verteidiger wenden in ihren Stellungnahmen zum Gutachten ein, dieses wäre gar nicht nötig gewesen. Da dem Gutachten weder ein neues Abklärungsgespräch, noch die Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung zugelegt worden sei, trage es nichts Neues zur Fallbeurteilung bei. Es sei ein weiteres reines Aktengutachten (HD Urk. 131 S. 4; HD Urk. 133 S. 2 f.). Im Übrigen fehle dem Gutachten eine nachvollziehbare Begründung, da die Gutachter selber wiederholt eigene Zweifel an der Richtigkeit ihrer Schlussfolgerungen äusserten (HD Urk. 131 S. 5). Das Gutachten sei auch nicht schlüssig, teils unklar und teils auch widersprüchlich (HD Urk. 133 S. 2). Es sei ausserdem ergebnisorientiert verfasst worden. Man habe der Beschuldigten keinen Freibrief für künftige Delinquenz geben wollen. Sodann setze sich das Gutachten nicht mit den abweichenden Einschätzungen der früheren Gutachten auseinander, was dessen Beweiskraft in Frage stelle (HD Urk. 131 S. 5; Urk. 133 S. 7).

4.2.1. Das Sachgericht würdigt ein Gutachten grundsätzlich frei, auch wenn es mangels eigener Fachkenntnisse einen Sachverständigen beizieht (vgl. Art. 249 BStP). Doch darf es in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe seine Meinung anstelle derjenigen des Experten setzen; weicht es von der Expertenmeinung ab, muss es dies begründen. Verlangt das Gesetz den Beizug eines Gutachters, darf das Gericht von dessen Folgerungen abweichen, wenn gewichtige, zuverlässig

- 24 - begründete Tatsachen oder Indizien deren Überzeugungskraft ernstlich erschüttern (KassGer. 6P.132/2003, Urteil vom 2. Dezember 2003, E. 2.1 mit Hinweisen).

4.2.2. Zur von Verteidigerseite in Frage gestellten Notwendigkeit des Gutachtens kann auf die vorstehenden Ausführungen (vgl. Erw. 4.1.1.) verwiesen werden. Zutreffend ist sodann, dass die Beschuldigte sich konstant weigerte, an der Begutachtung mitzuwirken und mehrfach Gespräche mit den Gutachtern verweigerte (HD Urk. 122 S. 19), weshalb sich die Gutachter auf die ihnen zur Verfügung gestellten Akten zu stützen hatten (HD Urk. 122 S. 4). Damit musste jedoch aufgrund der ablehnenden Grundhaltung der Beschuldigten gerechnet werden. Immerhin befanden sich unter den dem Gutachter vorgelegten Unterlagen sämtliche Verfahrensakten und damit auch das Protokoll der Berufungsverhandlung sowie die Tonbandaufnahme derselben (HD Urk. 102). Ein expliziter Bezug auf die Tonbandaufnahme – soweit ist den Verteidigern zuzustimmen – wird im Gutachten nicht genommen, wobei jedenfalls nicht anzunehmen ist, dass die Tonbandaufnahme den unmittelbaren persönlichen Eindruck der Gutachter von der Beschuldigten gänzlich zu ersetzen vermocht hätte. Dass ein direktes Gespräch der Gutachter mit der Beschuldigten dem Gutachten durchaus mehr Gewicht verliehen hätte, zeigen die gutachterlichen Feststellungen an verschiedensten Stellen. So war es den Gutachtern weder möglich, einen eigenen pathologischen Befund zu erheben (HD Urk. 122 S. 20), noch eine Deliktrekonstruktion vorzunehmen. Letztere wurde von den Gutachtern durch eine Diskussion der "ihnen am plausibelsten erscheinenden Deliktdynamik" ersetzt (HD Urk. 122 S. 28). Die abschliessende, vorliegend interessierende Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit wurde sodann anhand

dieses "anzunehmenden Deliktgeschehens" analysiert. Sodann merkten die Gutachter an, es bestehe nach wie vor die Schwierigkeit, dass aufgrund fehlender Angaben der Beschuldigten neben der Unmöglichkeit der Deliktrekonstruktion auch Unklarheiten bezüglich des Ausmasses der zum Tatzeitpunkt vorhandenen psychischen Symptomatik bestehe (Urk. 122 S. 29). Die vorhandenen Akten seien zwar umfangreich, zu den Kernfragen jedoch von dürftiger Aussagekraft. Auch bei der Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit der Beschuldigten würden die den Gutachtern "am plausibelsten erscheinenden Versionen" diskutiert (Urk. 122 S. 29 f.). Auch wenn eini-

- 25 - gen Vorwürfen der Verteidigung nicht zugestimmt werden kann, insbesondere vernünftigerweise kein Interesse der Gutachter an einem vorbestimmten Ergebnis des Gutachtens auszumachen ist, so ist die Kritik der Verteidigung gerade betreffend die Aussagekraft des Gutachtens somit nicht aus der Luft gegriffen. Auch wenn die Gutachter die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit der Beschuldigten hinsichtlich der ihr vorgeworfenen Delikte schlussendlich bewerten, so ist nicht zu übersehen, dass sie dabei in ihren Formulierungen äusserst vorsichtig sind. Indem die Gutachter bloss die ihnen "plausibelsten Varianten" diskutieren, schliessen sie implizit nicht aus, dass es sich mit der Schuldfähigkeit (oder Schuldunfähigkeit) nicht doch anders verhalten könnte. Die gutachterlichen Feststellungen erscheinen daher insgesamt als nicht ausreichend dezidiert und konzis, dass sie sämtliche sich aus den Umständen ergebenden Zweifel am Vorliegen einer Schuldunfähigkeit der Beschuldigten rechtsgenügend auszuräumen vermöchten.

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