

# **ZH\_OBERGERICHT SR200008 vom 22. Juli 2020**

ZH Obergericht, 2020-07-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SR200008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SR200008)

FR: ZH\_OBERGERICHT SR200008 du 22 juillet 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SR200008 del 22 luglio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. März 2020 wurde die Gesuchstellerin des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– bestraft, wobei die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt wurde (Urk. 2/1 = Urk. 5/6). Der Strafbefehl erwuchs in Rechtskraft (vgl. Urk. 5/7).

### **E. 2**

Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 4. Juni 2020 ein Revisionsgesuch ein und beantragte die Aufhebung des obgenannten Strafbefehls und einen Freispruch vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts, eventualiter die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Gesuchsgegnerin, sowie das Zusprechen einer angemessenen Entschädigung und einer Genugtuung in der Höhe von Fr. 200.– (Urk. 1).

### **E. 3**

Die Strafuntersuchungsakten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl in Sachen A. \_\_\_\_\_ (G-9/2020/1008803) wurden beigezogen (Urk. 5/1-7).

### **E. 4**

Mit Beschluss vom 22. Juni 2020 wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur freigestellten Stellungnahme zum Revisionsgesuch angesetzt und Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_ mit Wirkung ab dem 4. Juni 2020 als amtlicher Verteidiger der Gesuchstellerin bestellt (Urk. 6). Mit Eingabe vom 7. Juli 2020 verzichtete die Gesuchsgegnerin auf eine Stellungnahme (Urk. 8). II. Revision 1. Die Revision oder Wiederaufnahme ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, welches es erlaubt, rechtskräftig erledigte Strafverfahren wieder aufzunehmen und den Fall so wieder neu zu beurteilen. Sie ist deshalb nur in engem Rahmen zulässig. Entsprechend streng sind die Voraussetzungen einer Revision (BSK StPO-Heer, 2. Auflage 2014, Art. 410 N 4 und 9; Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Art. 410 N 1).

- 3 - Die Revisionsgründe sind in Art. 410 Abs. 1 und 2 StPO – unter Vorbehalt von Art. 60 Abs. 3 StPO und des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen – abschliessend genannt (BSK StPO-Heer, a.a.O., Art. 410 N 14 und 34 ff.; Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 410 N 12 ff.). Gemäss dem von der Gesuchstellerin geltend gemachten Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO kann die Revision u.a. dann verlangt werden, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch oder eine wesentlich mildere Bestrafung der verurteilten Person herbeizuführen. Unter Tatsachen sind Umstände zu verstehen, die im Rahmen des dem Urteil zu Grunde liegenden Sachverhalts von Bedeutung sind. Mit Beweismitteln wird der

Nachweis von Tatsachen erbracht. Tatsachen und Beweismittel sind neu, wenn das Gericht im Zeitpunkt der Urteilsfällung keine Kenntnis von ihnen hatte, das heisst, wenn sie ihm nicht in irgendeiner Form un- terbreitet worden sind. Neue Tatsachen und Beweismittel sind erheblich, wenn sie geeignet sind, die tatsächlichen Feststellungen, auf die sich die Verurteilung stützt, zu erschüttern, und wenn die so veränderten Tatsachen einen deutlich günstigeren Entscheid zugunsten des Verurteilten ermöglichen. Die Revision ist zuzulassen, wenn die Abänderung des früheren Urteils wahrscheinlich ist. Der Nachweis einer solchen Wahrscheinlichkeit darf nicht dadurch verunmöglicht werden, dass für die neue Tatsache ein Beweis verlangt wird, der jeden begrün- deten Zweifel ausschliesst (Urteil des Bundesgerichts 6B\_147/2018 vom 24. Au- gust 2018 E. 1.3. mit Hinweisen). Neue Gutachten gelten nicht als neue Beweismittel, wenn sie als Revisions- grund angerufen werden, um eine im früheren Verfahren geltend gemachte, aber vom Gericht nicht als erwiesen angenommene Tatsache darzutun. Dagegen kann die Wiederaufnahme des Verfahrens auf ein neues Gutachten – wobei es sich auch um ein Privatgutachten handeln kann – gestützt werden, wenn dieses geeig- net ist, eine neue Tatsache zu beweisen, oder darzutun vermag, dass die tatsäch- lichen Annahmen im früheren Urteil ungenau oder falsch waren (Urteile des Bun- desgerichts 6B\_413/2016 vom 2. August 2016 E. 1.3.1; 6B\_579/2012 vom 11. Ja- nuar 2013, E. 2.4.2; 6S.452/2004 vom 1. Oktober 2005, E. 2.2; - 4 - E. 2; BGE 73 IV 43 E. 3). Der Wiederaufnahmegrund liegt hier in der neuen Tat- sache und nur mittelbar im Gutachten selbst, durch das sie glaubhaft gemacht wird (BGE 76 IV 34 E. 1). Soll zur Beurteilung von Tatsachen betreffend den psychischen Zustand der verurteilten Person erstmals ein Sachverständiger beigezogen werden, genügt die blosser Behauptung, es liege eine verminderte Schuldfähigkeit vor, im Revisions- verfahren nicht. Vielmehr müssen konkrete Anhaltspunkte angeführt werden, wel- che die Notwendigkeit einer Begutachtung zu begründen vermögen. Art. 20 StGB kommt im Revisionsverfahren nicht zum Tragen; der Gesuchsteller ist beweisebe- lastet (BSK StPO-Heer, Art. 410 StPO N 72). Die Revision ist deshalb nicht schon gutzuheissen, wenn der Revisionsrichter an der vollen Schuldfähigkeit des Täters zweifelt oder zweifeln muss, sondern erst, wenn (durch neue Tatsachen oder neue Beweismittel) glaubhaft gemacht ist, dass dessen Schuldfähigkeit vermindert oder aufgehoben gewesen sei (BGE 78 IV 50).

2. Die Gesuchstellerin liess ihr Revisionsgesuch zusammengefasst damit begründen, dass sie eine brasilianische Staatsangehörige sei, die seit über 20 Jahren in der Schweiz lebe. Nach ihrer Heirat habe sie am 20. Juni 2000 eine Aufenthaltsbewilligung erhalten. Am 1. Juni 2003 sei der gemeinsame Haushalt mit dem Ehemann aufgelöst worden. Sie habe sich stets bemüht, finanziell auf ei- genen Beinen zu stehen, insbesondere als Raumpflegerin. Nur teilweise sei sie von wirtschaftlicher Sozialhilfe abhängig gewesen. Dass sie trotz ihren Bestre- bungen, von der Sozialhilfe wegzukommen, dies nicht vollständig erreicht habe, sei ihrem instabilen psychischen Zustand zuzuschreiben. Dr. med. B.\_\_\_\_\_, Fachärztin FMH Psychiatrie und Psychotherapie, habe die Verdachtsdiagnose ei- ner wahnhaften Störung festgestellt. Diese wahnhafte Störung habe es ihr verun- möglicht, eine ausreichend bezahlte Stelle anzutreten. Nach Aussagen während einer Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 2. März 2018 habe die Ge- suchstellerin beteuert, sie hätte im Jahr 2017 eine Arbeitsstelle in St. Gallen an- treten können, dies sei jedoch von ihrem Ex-Mann verhindert worden, der sie stalke. Laut Dr. med. B.\_\_\_\_\_, sei die Fixierung der Gesuchstellerin auf ihren Ex- Partner Teil ihrer wahnhaften Störung. Dr. med. B.\_\_\_\_\_, habe zudem festgestellt,

- 5 - dass die Gesuchstellerin bezüglich Wahrung ihrer Interessen im ausländerrechtlichen Verfahren nicht urteilsfähig sei. Die Willensbildungsfähigkeit sei bei der Gesuchstellerin gar nicht vorhanden und ihre Steuerungsfähigkeit sei eingeschränkt. Mithin sei die Gesuchstellerin komplett ausserstande gewesen, die Tragweite des Widerrufs ihrer Aufenthaltsbewilligung auch nur ansatzweise zu erkennen. Es sei der Gesuchstellerin bis heute in keiner Weise klar, dass sie keine Aufenthaltsbewilligung mehr besitze. Aufgrund dieser verzerrten Wahrnehmung sei es ihr auch nicht möglich gewesen, rechtzeitig Rekurs gegen die Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 29. März 2019, mit welcher ihr Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung – aufgrund des Bezugs von wirtschaftlicher Sozialhilfe – abgewiesen und sie aus der Schweiz weggewiesen worden war, einzulegen. Obwohl das Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ vom 6. Mai 2020 bezüglich der Urteilsunfähigkeit der Gesuchstellerin erst an jenem Tag erstellt worden sei, sei eindeutig erwiesen, dass die Diagnose bereits zum relevanten Zeitpunkt – also am 10. März 2020 – vorgelegen habe. Schon damals habe die Gesuchstellerin nicht verstanden, dass ihr die Aufenthaltsbewilligung entzogen worden sei und welche Konsequenzen dies mit sich bringen werde. Die Willensbildungsfähigkeit sei bei der Gesuchstellerin gar nicht vorhanden und ihre Steuerungsfähigkeit sei stark eingeschränkt. Mithin sei erstellt, dass die Gesuchstellerin gar nicht habe erkennen können, dass sie kein Aufenthaltsrecht mehr besessen habe und dass sie aufgrund ihrer verzerrten Wahrnehmung keinen entsprechenden Willen habe bilden können (Urk. 1 S. 4 und S. 7 f.). Weiter liess die Gesuchstellerin ausführen, sie stütze ihr Revisionsgesuch auf das ärztliche Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ vom 6. Mai 2020. Dieses Gutachten sei im Zeitpunkt der Ausfällung des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. März 2020 nicht vorgelegen. Mithin handle es sich um eine neue Tatsache. Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG werde mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhalte. Gemäss Art. 115 Abs. 3 AIG sei die Strafe Busse, wenn die Tat fahrlässig begangen werde. Vorliegend habe die Gesuchstellerin weder vorsätzlich noch fahrlässig gegen das AIG verstossen. Aus dem ärztlichen Gutachten gehe hervor, dass bei der Gesuchstel-

- 6 - lerin die Willensbildungsfähigkeit nicht gegeben sei. Die Gesuchstellerin gehe von der irrigen Vorstellung aus, dass der Entzug der Aufenthaltsbewilligung eine In-szenierung ihres Ex-Partners sei. Sie beharre darauf, dass sie nach wie vor im Besitz einer gültigen Aufenthaltsbewilligung sei. So habe sie auch gegenüber der Gutachterin verneint, dass ihr die Aufenthaltsbewilligung überhaupt entzogen worden sei, sodann sich Letztere gar beim Verteidiger habe rückversichern müssen, ob tatsächlich ein Entzug des Aufenthaltsrechts vorliege. Aufgrund ihrer gutachterlich attestierten wahnhaften Störung habe die Gesuchstellerin gar nicht wissen können, dass sie nicht mehr im Besitz einer gültigen Aufenthaltsbewilligung gewesen sei. Da überdies die Willensbildungsfähigkeit nicht gegeben gewesen sei, habe sie auch keinen Willen bilden können, sich rechtswidrig in der Schweiz aufzuhalten. Auch eine fahrlässige Tatbegehung erscheine vor diesem Hintergrund als ausgeschlossen. Aufgrund ihres psychisch labilen Gesundheitszustands und der damit einhergehenden Urteilsunfähigkeit hätte die Gesuchstellerin auch bei Anwendung aller Sorgfalt den rechtswidrigen Aufenthalt nicht verhindern können. Sollte wider Erwarten von einer fahrlässigen oder gar vorsätzlichen Tatbegehung ausgegangen werden, so würde ein Schuldausschlussgrund gemäss Art. 19 StGB vorliegen. Die Gesuchstellerin sei aufgrund ihrer Urteilsunfähigkeit schlicht unfähig gewesen, das Unrecht ihrer Tat einzusehen. So habe sie gemäss medizinischer Beurteilung bezüglich des Unrechts keinen

Willen gemäss den geltenden Werten bilden können. Ihre Steuerungsfähigkeit sei ebenfalls eingeschränkt gewesen. Unter diesen Voraussetzungen entfalle die Schuldfähigkeit des Handelns der Gesuchstellerin. Aus diesen Gründen liege ein Revisionsgrund vor, und der gegen die Gesuchstellerin erhobene strafrechtliche Vorwurf sei neu zu beurteilen (Urk. 1 S. 9 f.). 3. Aus dem ärztlichen Gutachten von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ vom 6. Mai 2020, welches sie im Auftrag der KESB Stadt Dietikon erstellt hatte, geht hervor, dass die Gesuchstellerin nicht wahr haben wolle, dass ihre Aufenthaltsbewilligung abgelaufen sei. Es sei nicht abschliessend zu beurteilen, ob dies wahnhaft sei oder aus Angst und Verdrängung der Realität geschehe (Urk. 2/2 S. 7). Die Gutachterin kam zum Schluss, dass bei der Gesuchstellerin eine starke Stimmungs labilität, Misstrauen und Fehlinterpretation ihrer sozialen Situation vorliege. Ihre Fixierung

- 7 - auf ihren Ex-Partner und die Handlungen, welche sie ihm zuschreibe, müssten mit grosser Wahrscheinlichkeit als wahnhaft angesehen werden. In diesem Sinne müsse die Verdachts-Diagnose einer "wahnhaften Störung" gestellt werden. Diese Erkrankung beinhalte die Entwicklung einer einzelnen Wahnidee oder mehrerer aufeinander bezogener Wahninhalten, die im Allgemeinen lange andauern und manchmal lebenslang bestehen würden. Eine "schizophrene Erkrankung" erscheine zum aktuellen Zeitpunkt nicht als wahrscheinlich. Hier sei jedoch der Verlauf abzuwarten sowie eine Neubeurteilung in einem allenfalls therapeutischen Setting mit besseren und längeren Explorationsmöglichkeiten. Differentialdiagnostisch müsse auch an eine "Anpassungsstörung" gedacht werden. Hierfür spreche die starke emotionale Beteiligung mit subjektivem Leiden und Beeinträchtigung sozialer Funktionen und Leistungen. Es fehle hier allerdings ein klar auslösendes Ereignis. Ebenfalls liege wie dargestellt der dringende Verdacht auf wahnhaftes Erleben dar, was nicht zu einer Anpassungsstörung passe. Die Symptomatik der festgestellten Diagnose zeige sich in der Fixierung auf den Ex-Partner und dessen Verantwortlichkeit für alle Probleme der Gesuchstellerin. Sie fühle sich von ihm bestohlen und geschädigt, sie zeige Beeinträchtigungs- und Bestehlungs-ideen und sei gedanklich eingengt. Sie könne ihre soziale Situation nicht richtig einschätzen, insofern zeige sie stark beeinträchtigten Realitätsbezug. Ebenfalls bestehe Misstrauen und eine starke Stimmungs labilität, sobald sie auf diese Probleme angesprochen werde (Urk. 2/2 S. 9 f.). Bezüglich der Frage, ob die Gesuchstellerin in Bezug auf das ausländerrechtliche Verfahren als urteils unfähig zu erachten sei, führte die Gutachterin aus, müsse bezüglich der Willensbildungsfähigkeit die intellektuelle Fähigkeit, eine bestimmte Situation zu verstehen und vernünftig einschätzen sowie diesbezüglich einen Willen bilden zu können, diskutiert werden. In der aktuellen Fragestellung gehe es vor allem darum, ob die Gesuchstellerin ihre soziale Situation mit dem Verlust der Aufenthaltsbewilligung vernünftig einschätzen könne. Das Gesuch der Gesuchstellerin auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sei am 29. März 2019 abgewiesen und die Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert worden. Seither sei ihr mehrfach ein Datum zum Verlassen der Schweiz angegeben worden. Die Gesuchstellerin habe dies nicht zur Kenntnis genommen. Sie habe auch in den telefonischen Gesprächen vom 4. und

- 8 -

## **E. 5**

Mai 2020 vehement verneint, dass ihr die Aufenthaltsbewilligung entzogen worden sei. Aufgrund ihrer weiteren Aussagen und ihrer gedanklichen Einengung mit dem ständigen Kreisen ihrer Gedanken um ihren Ex-Partner und den Bestehlungs- und Bedrohungs ideen

müsse angenommen werden, dass die Gesuchstellerin ihre Situation nicht erfassen könne, mit grosser Wahrscheinlichkeit aus wahnhaften Gründen. Eine Willensbildungsfähigkeit gemäss geltenden Werten sei bei der Gesuchstellerin bezüglich des ausländerrechtlichen Verfahrens nicht gegeben. Ob eine Steuerungsfähigkeit vorliege, sei in diesem Sinn weniger ausschlaggebend, da die Gesuchstellerin die Tatsache der Ausweisung nicht akzeptiere/negiere/ablehne. Aufgrund ihrer Reaktionen mit starker Stimmungs labilität müsse jedoch davon ausgegangen werden, dass auch ihre Steuerungsfähigkeit eingeschränkt sei. Insgesamt sei somit festzuhalten, dass die Gesuchstellerin bezüglich Wahrung ihrer Interessen im ausländerrechtlichen Verfahren nicht urteilsfähig sei (Urk. 2/2 S. 10 f.). Im Strafbefehl vom 10. März 2020 wird der Gesuchstellerin vorgeworfen, die Schweiz trotz Erhalt und Kenntnis der Entlassungsanordnung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2020, worin sie in Nachachtung der rechtskräftigen Verfügung des Migrationsamtes vom 29. März 2019 dazu verpflichtet worden war, die Schweiz bis zum 24. Februar 2020 selbständig zu verlassen, nicht selbständig verlassen und sich in der Stadt Zürich aufgehalten zu haben (Urk. 2/1). Dabei ging die Staatsanwaltschaft von einem vorsätzlichen Verhalten aus, denn die Gesuchstellerin wurde wegen des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG (und nicht gemäss Abs. 3 der entsprechenden Bestimmung, wonach bei fahrlässiger Tatbegehung Busse droht) schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe bestraft. Gestützt auf das erwähnte ärztliche Gutachten von Dr. med. B.\_\_\_\_\_ gelingt es der Gesuchstellerin aber glaubhaft zu machen, dass bezüglich ausländerrechtlichen Fragen eine Willensbildungsfähigkeit der Gesuchstellerin nicht gegeben ist, weshalb Zweifel daran bestehen, dass sie bezüglich des rechtswidrigen Aufenthalts vorsätzlich gehandelt hat. Vielmehr scheint sie (aufgrund der von der Gutachterin diagnostizierten wahnhaften Störung) gar keine Kenntnis davon gehabt zu haben, dass ihre Aufenthaltsbewilligung widerrufen worden war und sie die Schweiz hätte verlassen müssen. Durch

- 9 - das Gutachten wird sogar glaubhaft gemacht, dass ihre Schuldfähigkeit bereits vor Erlass des Strafbefehls und im Zusammenhang mit der beurteilten Straftat vermindert oder aufgehoben gewesen ist. Die von der Gutachterin vermutete "wahnhafte Störung" der Gesuchstellerin lag gemäss Annahme der Gutachterin bereits vor Erlass des Strafbefehls vom 10. März 2020 vor und ist eine neue Tatsache, da die Staatsanwaltschaft im Zeitpunkt der Fällung des Entscheids keine Kenntnis davon hatte (vgl. Urk. 5/1-7). So wurde das Gutachten auch erst am 6. Mai 2020 erstellt. Die vermutete psychische Störung der Gesuchstellerin ist eine erhebliche Tatsache, da es gestützt darauf zum heutigen Zeitpunkt wahrscheinlich erscheint, dass der Strafbefehl vom 10. März 2020 in einem wiederaufzunehmenden Verfahren abgeändert bzw. die Gesuchstellerin (zumindest) wesentlich milder zu bestrafen sein wird und die neue Tatsache damit geeignet ist, einen deutlich günstigeren Entscheid zugunsten der Gesuchstellerin zu ermöglichen. Das Revisionsgesuch der Gesuchstellerin ist somit gutzuheissen, der angefochtene Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. März 2020 (Unt.Nr. G-9/2020/10008803) aufzuheben und die Sache zur neuen Behandlung und Beurteilung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen (Art. 413 Abs. 2 lit. a StPO). Diese wird auch über die infolge der Haft beantragte Genugtuung von Fr. 200.- zu entscheiden haben. Die Eintragung des Strafbefehls im Strafregister ist zufolge der Gutheissung des Revisionsgesuchs zu entfernen (Art. 12 Abs. 1 lit. c VOSTRA-Verordnung). III. Kosten 1. Nach Art. 428 Abs. 4 StPO trägt der Kanton die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, wenn ein Entscheid aufgehoben und zur neuen Behandlung und Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Damit sind

die Kosten des Revisionsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche auf Fr. 2'300.75 (inkl. MWST) festzusetzen sind (Urk. 3), sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 240.– ist gerechtfertigt, da das Mandat in portugiesischer Sprache geführt wurde (Urk. 1 S. 11) und gemäss Leitfaden für Amtliche Mandate der Oberstaats-

- 10 - anwaltschaft des Kantons Zürich Anwälten mit Kenntnissen seltener Sprachen (nicht italienisch, französisch, englisch, spanisch) ein Ansatz von Fr. 240.– (statt Fr. 220.–) für Bemühungen gewährt wird, bei denen Übersetzungskosten eingespart werden (ohne Dolmetscher stattfindende Instruktionsgespräche, Korrespondenz etc.). 2. Der Entscheid über die Kosten des ersten Strafbefehlsverfahrens liegt im Ermessen der Strafbehörde, die anschliessend über die Erledigung der Strafsache zu befinden hat (Art. 428 Abs. 5 StPO). Es wird beschlossen:

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