

ZH_OBERGERICHT SB110137 vom 1. Oktober 2012

ZH Obergericht, 2012-10-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110137

FR: ZH_OBERGERICHT SB110137 du 1 octobre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB110137 del 1 ottobre 2012

Erwägungen

E. 1

Am 20. Oktober 2010 sprach das Bezirksgericht Zürich, 9. Abteilung, die Beschuldigte auf Basis der Anklagen vom 31. März 2010 und 27. September 2010 (Urk. 23 und 49/16) schuldig des gewerbmässigen Betruges, des mehrfachen Vergehens gegen das ANAG und das AuG, des Fahrens in fahruntfähigem Zustand, der versuchten Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahr- unfähigkeit, der Verletzung der Verkehrsregeln und des pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall. Freigesprochen wurde die Beschuldigte in einem Punkt vom Vorwurf des einfachen Betruges sowie vom Vorwurf der mehrfachen Urkundenfälschung. Das Bezirksgericht bestrafte sie mit 15 Monaten Freiheitsstrafe und mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 45.- sowie mit einer Busse von Fr. 600.-. Freiheits- und Geldstrafe wurden aufgeschoben bei einer Probezeit von drei Jahren (Urk. 75). Gegen dieses Urteil legte die Beschuldigte am 21. Oktober 2010 Berufung ein (Urk. 51). Die Beanstandungsschrift folgte nach wiederhergestellter Frist am 14. Januar 2011 (Urk. 59, 66 und 68). Verlangt wird ein vollumfänglicher Freispruch. Am 14. Februar 2011 schloss sich die Staatsanwaltschaft der Berufung an. Sie richtete die Anschlussberufung gegen die zu milde Bestrafung der Beschuldigten und verlangt eine teilbedingte Freiheitsstrafe von 21 Monaten verbunden mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 45.- (Urk. 73). Unangefochten geblieben sind somit einzig der erstinstanzliche Teilfreispruch der Beschuldigten (Dispositivziffer 2) und das Nichteintreten der Vorinstanz auf das Schadenersatzbegehren der Geschädigten Soziale Dienste C._____ (Ziff. 6). Dass diese Entscheide bereits in Rechtskraft erwachsen sind, ist vorab festzustellen.

- 6 -

E. 2

Während die Staatsanwaltschaft auf Beweisanträge verzichtete (Urk. 80), stellte die Verteidigung am 31. März 2011 den Antrag, ein ärztliches Kurzgutachten betreffend die Alkoholverträglichkeit der Beschuldigten einzuholen (Urk. 83). Dem Antrag wurde vom Berufungsgericht insofern teilweise stattgegeben, als beim IRM ein gutachterlicher Bericht zu den Fragen im erwähnten Zusammenhang angefordert wurde (vgl. Urk. 90). Auf Abklärungen betreffend den Einfluss von Medikamenten auf das Verhalten der Beschuldigten am 21. Juni 2010 wurde verzichtet, nachdem diese wiederholt erklärt hatte, vor dem besagten Vorfall keine Arzneimittel zu sich genommen zu haben (vgl. Urk. 49/5 S. A4 und Urk. 49/3/1 S. 1). Der Bericht des IRM datiert vom 26. September 2011 (Urk. 94). Am 29. November 2011 fand die Berufungsverhandlung statt, anlässlich welcher die Verteidigung weitere Beweisanträge stellte: so sei der Hausarzt der Beschuldigten zur Thematik ihrer Zuckerkrankheit als Zeuge zu befragen; sodann sei ein Gutachten über die Beschuldigte hinsichtlich einer allfälligen Borderline- Problematik oder einer anderen

psychischen Störung einzuholen; zudem wurde vom Verteidiger ein medizin-wissenschaftlicher Artikel zu den Akten gegeben und damit der gutachterliche Bericht des IRM vom 26. September 2011 in Frage gestellt. Wie nachstehend unter Ziffer II./3c ausgeführt ist, konnte das Gericht die Frage einer allfälligen Unterzuckerung der Beschuldigten anlässlich der Trunkenheitsfahrt vom 21. Juni 2010 offen lassen, sodass sich eine diesbezügliche Beweiserhebung erübrigte. Den weiteren Beweisanträgen der Verteidigung wurde insofern entsprochen, als vom Berufungsgericht die psychiatrische Begutachtung der Beschuldigten veranlasst und eine Ergänzung des Alkoholgutachtens des IRM angefordert wurden. Das Ergänzungsgutachten wurde unter dem 30. März 2012 erstattet (Urk. 105), während das psychiatrische Gutachten von Dr. B._____ vom 11. Juli 2012 datiert (Urk. 106). Staatsanwaltschaft und Verteidigung nahmen am 5. Juli 2012 bzw. am 30. August 2012 zu beiden Gutachten Stellung (Urk. 110 und 114). Beide Parteien verzichteten zudem ausdrücklich auf eine Fortsetzung der Berufungsverhandlung

- 7 - und auf öffentliche Urteilsberatung und mündliche Urteilseröffnung (a.a.O.). Der Fall ist somit spruchreif.

E. 3

Trunkenheitsfahrt vom 21. Juni 2010 a) Die Nachtragsanklage vom 27. September 2010 wirft der Beschuldigten zur Hauptsache vor, am 21. Juni 2010 um die Mittagszeit (gemäss Anklageschrift um 12:56 Uhr, recte zwischen ca. 12:30 und 12:45 Uhr gemäss Urk. 49/1 S. 7, 49/3 S. 2 und 49/5 S. 1) ihr Fahrzeug BMW auf der ...strasse in C._____ und bis in die Tiefgarage der dortigen Liegenschaft Nr. ..., wo die Beschuldigte wohnte, gelenkt und dabei einen Alkoholgehalt von mindestens 1,97 Gewichtspromille im Blut aufgewiesen zu haben. Sie wurde von der Zeugin G._____ beobachtet, die deswegen um 12:54 Uhr der Polizei telefonierte. Diese traf vor Ort um 13:05 Uhr ein (Urk. 49/1 S. 5). Unmittelbar danach betrafen die Funktionäre die Beschuldigte in ihrer Wohnung. Um 15:05 Uhr wurde der Beschuldigten im IRM Blut entnommen, welches einen Alkoholspiegel von 1,77 bis 1,95 Promille ergab (Urk. 49/12/1). Zurückgerechnet auf 12:40 Uhr ergab sich eine Blutalkoholkonzentration von 1,97 bis 2,64 Promille (Urk. 49/12/2). b) Die Beschuldigte stellt sich auf den Standpunkt, noch nüchtern gewesen zu sein, als sie ihr Fahrzeug gelenkt hat; erst anschliessend in der Wohnung habe sie noch Roséwein getrunken. Allerdings hat sie beim Eintreffen der Polizei kurz nach 13:00 Uhr gemäss deren Rapport vorerst selber zugegeben, betrunken gefahren zu sein (Urk. 49/1 S. 6). Gegenüber dem IRM gab sie sodann kurz nach 15:00 Uhr an, dass das Trinkende betreffend des Konsums von wenig Roséwein bereits um 10:00 Uhr gewesen sei und kein Nachtrunk stattgefunden habe (Urk. 49/3/1). Demgegenüber bestritt sie rund eine Stunde später, um 16:13 Uhr in der ersten polizeilichen Einvernahme, dass sie betrunken gewesen sei, als sie das Fahrzeug nach Hause gelenkt habe; sie habe erst angefangen zu trinken, als sie wieder in ihrer Wohnung gewesen sei (Urk. 49/2 S. 2 f.). Dabei blieb sie auch in der Befragung durch die Staatsanwaltschaft und vor den Gerichtsinstanzen; bei

- 13 - der Staatsanwaltschaft und vor Obergericht präziserte sie, dass sie zu Hause zwei oder drei Teetassen Roséwein getrunken habe (Urk. 49/7 S. 3 ff., Prot. II S. 20). c) Diesem letztlich widersprüchlichen Aussageverhalten der Beschuldigten steht – wie die Vorinstanz ausführlich und überzeugend darlegte (Urk. 75 S. 54- 57) – vorerst die glaubhafte Zeugenaussage der den Fahrstil und das anschließende Verhalten der Beschuldigten am Garagentor beobachtenden G._____ gegenüber (Urk. 49/8 und 49/3). Daraus ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zweifellos zu schliessen, dass die Beschuldigte bereits

beim Lenken ihres Fahrzeuges nicht mehr fahrfähig gewesen war. Ob dies ausschliesslich auf die Alkoholisierung der Beschuldigten zurückzuführen war oder, wie die Verteidigung erstmals anlässlich der Berufungsverhandlung vorbrachte (vgl. Urk. 97 S. 2 und 5), ebenso auf die Folgen einer Unterzuckerung, kann, wie auch die Frage, ob bei der Beschuldigten im Juni 2010 bereits eine Zuckerkrankheit vorgelegen haben, offen bleiben, denn der Nachweis der Alkoholisierung der Beschuldigten während der inkriminierten Autofahrt erscheint, wie im Folgenden dargelegt wird, bereits rechtsgenügend erbracht. Eine Beweisergänzung durch die Befragung des Arztes der Beschuldigten zum Thema Zuckerkrankheit ist nicht erforderlich. Der entsprechende Antrag der Verteidigung ist deshalb zu verwerfen. Der von der Beschuldigten behauptete Nachtrunk als ausschliesslicher Grund für die zwei Stunden später beim IRM festgestellte hohe Alkoholkonzentration erscheint auch aus anderen Gründen wirklichkeitsfremd. So hatte die Beschuldigte zwischen ihrem Eintreffen in der Wohnung und dem dortigen Erscheinen der Polizei nur wenige Minuten Zeit, um das erforderliche Quantum an Roséwein zu trinken. Dies ist daraus abzuleiten, dass sie gemäss ihrer Aussage noch sah, wie die Zeugin die Polizei mit ihrem Handy anrief, die Beschuldigte sich folglich in diesem Zeitpunkt, 12:54 Uhr, noch an der Garageneinfahrt befunden haben muss. Anschliessend will sie mit ihrem Fahrzeug in die Tiefgarage gefahren sein und dort parkiert haben, um sich alsdann in ihre Wohnung zu begeben, was alles einige wenige Minuten in Anspruch genommen haben dürfte. Bereits um 13:05 Uhr war allerdings die Polizei vor Ort und innert weniger Minuten will sie die Be-

- 14 - schuldigte in deren Wohnung der dortigen Liegenschaft betroffen haben. Selbst wenn die Beschuldigte in der kurzen Zeit vor dem Eintreffen der Polizei noch etwas Roséwein getrunken haben sollte, so ändert dies an der nachfolgend erstellten vorgängigen Alkoholisierung nichts. Auch der Einwand der Verteidigung, wonach die Zeugin bei der Beschuldigten am Garagentor keinen Alkohol haben können und diese deshalb nicht betrunken gewesen sei, stösst ins Leere, nachdem selbst die Ärzte des IRM, trotz nachgewiesenem Alkoholpegel der Beschuldigten von fast zwei Promille, bei ihr keinen Alkoholfoetor festzustellen vermochten (vgl. Urk. 49/3/1 S. 2 oben). Von Bedeutung ist weiter, dass das Gutachten des IRM (Urk. 94) ergab, dass die Beschuldigte einen ganzen Liter Roséwein hätte trinken müssen, um die später festgestellte Alkoholisierung aufzubauen. Diese Menge verträgt sich mit keiner der Erklärungen der Beschuldigten bei der Polizei, beim IRM bzw. bei der Staatsanwaltschaft und beim Obergericht, wonach sie zuhause 1 Glas Rosé (Urk. 29/5) bzw. etwas Roséwein, weniger als ¼ Glas (Urk. 49/3/1) bzw. 2-3 "grosse" Teetassen Roséwein (Urk. 49/7 S. 3ff.; Prot. II S. 20) getrunken habe. Sie hätte vielmehr, um mit dem Nachtrunk den festgestellten Alkoholpegel zu erreichen, innert der kurzen Zeit, die ihr blieb, zuerst eine erste (7 dl-) Flasche austrinken und daraufhin sogar noch eine zweite Flasche anbrechen und somit insgesamt mindestens 5 grosse Teetassen leeren müssen. Dass sie dies getan habe, sagt sie selber nicht aus. Wenn die Verteidigung in ihrer Stellungnahme vom 30. August 2012 zum Gutachten des IRM bemängelt, dass nicht aufgezeigt worden sei, dass sich die Beschuldigte durchaus auch noch in der Zeitspanne zwischen Heimkehr und Eintreffen der Polizei so hätte betrinken können, dass bei der Blutentnahme zwei Stunden später mindestens 1,77 Gewichtspromille Alkohol im Blut resultiert hätten, so ist ihr entgegenzuhalten, dass diese theoretische Möglichkeit nie in Frage gestellt wurde, jedoch - wie dargelegt - durch die konkreten Zeitumstände und aufgrund der eigenen Aussagen der Beschuldigten als widerlegt erscheint. Das Gutachten des IRM hält im Übrigen fest, dass der Magenbypass der

Beschuldigten nur die Alkoholresorption (um etwa das Dreifache) verkürzte, nicht

- 15 - aber einen signifikanten Einfluss auf die Alkoholabbaurate haben konnte. Daran ändern die Vorbringen der Verteidigung an der Berufungsverhandlung wenig (vgl. Urk. 97 und eingereichte Beilage Urk. 98): Zum einen wird die rund drei Mal schnellere Alkoholresorption durch Bypassoperierte bestätigt. Zum Zweiten ist davon auszugehen, dass, wenn die Resorption schneller abgeschlossen ist, auch der Alkoholabbau früher beginnt. Des weiteren wurde vom IRM bei der Beschuldigten zwei Stunden nach ihrem Betreffen durch die Polizei noch ein Pegel von mindestens 1,77 Gewichtspromille gemessen, so dass die Beschuldigte, als die Polizei erschien, selbst bei einem nachher langsameren Abbau des Alkoholpegels ohne Zweifel das Quantum an Alkohol konsumiert haben muss, das im IRM-Gutachten errechnet wurde (Urk. 94 S. 2). Daran ändern auch die Ausführungen der Verteidigung in der Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten des IRM nichts. Der Feststellung des IRM, wonach zwischen Atemalkohol und Blutalkohol Abweichungen bis 33% registriert würden und die Rückrechnung des ersteren auf den letzteren Wert einer wissenschaftlich nicht haltbaren Simplifizierung gleich käme, kann die Verteidigung gestützt auf den eingereichten wissenschaftlichen Artikel nur entgegenhalten, dass zwischen den beiden Testergebnissen gemäss den Standards der Firma ..., welche selber Atemluftgeräte herstellt und vertreibt, und des Amerikanischen Department of Transportation eine "very good correlation" bestehe. Diese Feststellung ist jedoch keine wissenschaftliche, auch wenn sie in einer wissenschaftlichen Zeitschrift erwähnt wird. Und sie vermag die gutachterlichen Feststellungen des IRM nicht zu erschüttern, zumal auch das IRM – wie erwähnt – von einer zumindest 66%-igen Korrelation ausgeht, die zwar als recht gut bezeichnet werden darf, jedoch nicht in Frage stellt, dass lediglich der Alkoholwert im Blut forensisch als ausreichend relevant betrachtet werden kann. Mit anderen Worten ist an der vom IRM auf die kurz vor 13.00 Uhr beendete Autofahrt zurückgerechnete hohe Alkoholkonzentration von gegen 2 Gewichtspromille nicht zu rütteln. Folglich erweist sich die Trunkenheitsfahrt der Beschuldigten als rechtsgenügend erstellt und es kann im Ergebnis dem Entscheid der Vorinstanz gefolgt werden. Gleiches gilt für das Nichtbeherrschen des Fahrzeuges an der Garageneinfahrt, an welcher die Beschuldigte mit dem Fahrzeug die Betonwand und einen Betonsockel streifte, was von der Zeugin gehört und

- 16 - teilweise auch gesehen werden konnte und was ebenfalls fotografisch eine Entsprechung findet (vgl. Urk. 49/4). d) Nachdem die Vorinstanz die erwähnten Vorgänge auch rechtlich richtig gewürdigt hat, ist die Verurteilung wegen Fahren in fahrunfähigem Zustand und wegen Verletzung der Verkehrsregeln durch Nichtbeherrschen des Fahrzeuges gemäss vorinstanzlichem Schuldspruch zu bestätigen. In einer Hinsicht kann der Anklagebehörde und der Vorinstanz jedoch nicht gefolgt werden: Der Farbabrieb am Betonsockel des Garagenöffners links der Fahrbahn und am rechten Betonmüerchen der Garageneinfahrt, wie in der Fotodokumentation der Stadtpolizei Zürich festgehalten (Urk. 49/4), erscheint zu marginal und es wurde die Betonmasse beidseits auch nicht (etwa durch Abbröckeln oder Absplittern) beschädigt. Folglich kann von einem Schaden im Rechtssinne nicht, auch nicht in der von der Anklage nach freier Interpretation bezifferten Höhe von Fr. 300.–, gesprochen werden. Obwohl die Liegenschaftsverwaltung von der Polizei auf den Farbabrieb an der Garageneinfahrt aufmerksam gemacht worden ist (Urk. 49/1 S. 8), hat diese soweit aktenkundig denn auch keine Ansprüche von diesem Farbabrieb abgeleitet. In relevanter Weise, wenn auch ebenfalls nur leicht beschädigt wurde lediglich

der Personenwagen der Beschuldigten, was mit dem Geräusch von entstehendem Blechschaden, das die Zeugin G. _____ gehört haben will (Urk. 49/8 S. 5), korrespondiert. Drittschaden ist jedoch nicht entstanden. Entfällt ein Drittschaden, so hat dies zur Konsequenz, dass von einem Unfall nicht mehr die Rede sein kann. Damit war die Beschuldigte auch nicht gehalten, die Polizei oder die Liegenschaftsverwaltung zu informieren bzw. vor Ort zu bleiben, "um sich um den Schaden zu kümmern", wie ihr die Anklage vorwirft, es nicht getan zu haben. Von den Anklagevorwürfen des pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall und der versuchten Vereitelung einer Blutprobe ist die Beschuldigte deshalb freizusprechen.

- 17 - III. Strafe Die Ausführungen der Vorinstanz zum anwendbaren Recht sind zutreffend (Urk. 75 S. 58-60); ebenso sind es die allgemeinen Ausführungen zum Strafrahmen und zur Strafzumessung. Dass es sich beim gewerbsmässigen Betrug um das schwerste Delikt handelt, ist klar. Dass bei diesem Delikt der längere Zeitraum, der beträchtliche Deliktsbetrag von Fr. 67'535.- und die bei der Beschuldigten festgestellte kriminelle Energie die Strafe nach oben gehen lassen, bedarf ebenfalls keiner Erörterung. Wenn die Vorinstanz auf eine erhebliche subjektive Tatschwere schloss und die Einsatzstrafe auf 11 Monate bemass, so erscheint dies dennoch als eher streng. Dass die Strafe wegen der Delikte, die hinzutreten, anzuheben ist, ist klar. Bei der Täterkomponente sah die Vorinstanz im Vorleben und in den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten zurecht keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. Die Verteidigung brachte anlässlich der Berufungsverhandlung jedoch vor, dass Hinweise bestünden, wonach bei der Beschuldigten eine Borderline-Persönlichkeitsstörung vorliege (vgl. Urk. 97 S. 3). Sie beantragte ein entsprechendes Gutachten im Hinblick auf eine allfällige Einschränkung der Schuldfähigkeit der Beschuldigten. Dem Antrag wurde vom Gericht entsprochen. Das psychiatrische Gutachten von Dr. B. _____ datiert vom 11. Juni 2012 und hat bei der Beschuldigten keine psychische Störung von Erheblichkeit, insbesondere keine Borderline-Persönlichkeitsstörung für die Zeit der Delinquenz festgestellt (Urk. 106). Entsprechend war die Schuldfähigkeit der Beschuldigten bei der Begehung der Taten nicht eingeschränkt. Allerdings sind ihr, der Vorinstanz folgend, das, wenn auch nur sehr beschränkte Teilgeständnis und die wenigstens im Ansatz erkennbare Einsicht und Reue leicht strafmildernd zugute zu halten. Das Bezirksgericht hatte sich im Ergebnis für eine Freiheitsstrafe von 15 Monaten entschieden, wobei es im Unterschied zum heutigen Berufungsentscheid auch die versuchte Vereitelung einer Blutprobe mitbestrafte. Das aufgrund der länger andauernden Delinquenz der Beschuldigten und ihrem beträchtlichen Verschulden eine Freiheitsstrafe angezeigt erscheint, ist nachvollziehbar. Die Vorinstanz sanktio-

- 18 - nierte sodann das ANAG-Vergehen mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 45.- und die SVG- und ANAG-Übertretungen mit einer Busse von insgesamt Fr. 600.-. Was Freiheitsstrafe und Geldstrafe angeht, so überzeugen die Erwägungen der Vorinstanz grundsätzlich. Heute entfällt jedoch der Vorwurf des Versuchs der Vereitelung einer Blutprobe und es erscheint die vorinstanzliche Einsatzstrafe für den gewerbsmässigen Betrug als zu hoch angesetzt. Für die mit Freiheitstrafen zu ahnenden Delikte der Beschuldigten erscheint vielmehr eine Strafe von 12 Monaten als angemessen. Eine Erhöhung der Strafe sogar über das von der Vorinstanz festgelegte Ausmass hinaus, wie es die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer Anschlussberufung beantragte, würde sich unter keinem Titel rechtfertigen: Die Anklagebehörde hatte denn auch ursprünglich für beide

Anklagen zusammen eine Freiheitsstrafe von lediglich 12 Monaten (ohne zusätzliche Geldstrafe) beantragt (vgl. Urk. 23 S. 8, Urk. 49/16 S. 3, Urk. 45 S. 2). Hinsichtlich der auszufällenden Busse ist sodann zu beobachten, dass heute nurmehr eine einfache Verkehrsregelverletzung (Nichtbeherrschen des Fahrzeuges) zu sanktionieren ist, so dass eine Busse von Fr. 300.– bereits angemessen erscheint. Die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse ist usanzgemäss auf drei Tage festzulegen. Was die Frage des bedingten Vollzugs von Freiheits- und Geldstrafe angeht, so kann – um Wiederholungen zu vermeiden – erneut auf die Begründung im angefochtenen Urteil abgestellt werden (Urk. 75 S. 71f.). Es ist bei der Beschuldigten zu erwarten, dass sie sich vom Verfahren und von bedingten Strafen ausreichend beeindrucken lässt, um nicht mehr straffällig zu werden. In diesem Sinne sind die Strafen aufzuschieben. Die Probezeit über das gesetzliche Minimum hinaus anzuheben, rechtfertigt sich nicht.

- 19 - IV. Kostenfolge In zweiter Instanz wird die erstinstanzliche Verurteilung und die Strafe weitgehend bestätigt. Damit bleibt auch das vorinstanzliche Kostendispositiv aufrecht (Urteilsdispositiv Ziffern 7 und 8). Zudem ist der Beschluss der Vorinstanz betreffend Heranziehung der Barschaft der Beschuldigten zur Kostendeckung zu bestätigen. Was die Berufungsinstanz angeht, so unterliegt die Beschuldigte mit ihrem Antrag auf vollumfänglichen Freispruch. Allerdings hat auch die Staatsanwaltschaft in zweiter Instanz mit ihrer Anschlussberufung keinen Erfolg. Letzteres betrifft jedoch nur die Sanktion und in geringem Umfange auch die Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung sind deshalb der Beschuldigten zu zwei Drittel aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Beschluss:

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