

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110137-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Vorsitzender, Dr. Bussmann und
lic. iur. Ruggli sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Hafner

Urteil vom 1. Oktober 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigte, Appellantin und Anschlussappellatin

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat,

vertreten durch Oberstaatsanwalt Dr. Eckert,

Anklägerin, Appellatin und Anschlussappellatin

betreffend **gewerbsmässigen Betrug etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 9. Abteilung, vom
20. Oktober 2010 (DG100179)**

Anklagen:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 31. März 2010 sowie die Nachtragsanklageschrift vom 27. September 2010 sind diesem Urteil beigeftet (Urk. 23 und Urk. 49/16).

Beschluss der Vorinstanz:

1. Prozess Nr. DG100484 wird mit dem vorliegenden Prozess Nr. DG100179 vereinigt und unter der letztgenannten Prozess Nr. weitergeführt

Urteil der Vorinstanz:

1. Die Angeklagte A._____ ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB;
 - des mehrfachen Vergehens gegen Art. 23 Abs. 1 al. 5 und Abs. 4 ANAG;
 - des mehrfachen Vergehens gegen Art. 116 Abs. 1 lit. a und b AuG;
 - des Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV;
 - der versuchten Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG;
 - der Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG sowie
 - des pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall im Sinne von Art. 92 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 und 3 SVG.

2. Die Angeklagte wird freigesprochen vom Vorwurf des einfachen Betruges gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB (Zeitpunkt August 2004) und der mehrfachen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.
3. Die Angeklagte wird bestraft mit 15 Monaten Freiheitsstrafe - wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist - sowie mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 45.- und einer Busse von Fr. 600.-.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt die Angeklagte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen.
6. Auf das Schadenersatzbegehren der Geschädigten Soziale Dienste C._____ wird nicht eingetreten.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 6'000.-- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kosten der Kantonspolizei
Fr. 48.-- Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 2'397.90 Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. 20'539.-- amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden der Angeklagten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

Beschluss der Vorinstanz:

1. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 25. Februar 2008 beschlagnahmte und unter der Sachkautions Nr. ... gelagerte Bar-

schaft von Fr. 1'830.– sowie die von der Stadtpolizei Zürich am 18. April 2008 sichergestellte Barschaft von Fr. 300.– werden zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten herangezogen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 68 S. 2)

1. Die Angeklagte sei von Schuld und Strafe freizusprechen;
2. Eventualiter sei die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe angemessen zu vermindern;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

b) des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(Urk. 96 S. 1)

1. Der vorinstanzliche Schuldspruch sei zu bestätigen.
2. Die Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 21 Monaten und einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 45.– sowie mit einer Busse von Fr. 600.– zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe (im Umfang von 15 Monaten) sowie der Vollzug der Geldstrafe seien aufzuschieben und die Probezeit auf drei Jahre festzusetzen. Im Übrigen (6 Monate, abzüglich einen Tag Haft) sei die Freiheitsstrafe zu vollziehen.

Erwägungen:

I. Formelles

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 gewerbsmässigen Betruges, des mehrfachen Vergehens gegen das ANAG und das AuG, des Fahrens in fahruntfähigem Zustand, der versuchten Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit, 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.

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

und auf öffentliche Urteilsberatung und mündliche Urteilsöffnung (a.a.O.). Der Fall ist somit spruchreif.

3. Nachdem das angefochtene Urteil noch vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung ergangen ist, findet vorliegend gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 453 Abs. 1 StPO das frühere kantonale Prozessrecht Anwendung (StPO/ZH und GVG/ZH).

II. Schuldpunkte

1. Sozialhilfebetrug

a) Dass die Beschuldigte bereits im August 2004 die Sozialhilfe erschlichen und durch das wiederholte falsche bzw. unvollständige Ausfüllen von Formularen Urkundenfälschungen begangen habe, verneinte die Vorinstanz. Sie hielt jedoch dafür, dass die Beschuldigte in der zweiten Unterstützungsperiode (25. Februar 2005 bis Juli 2007) zum Nachteil der Sozialen Dienste C._____ die Sozialhilfe im Betrag von Fr. 67'535.– arglistig ertrogen habe und sprach sie deswegen des gewerbsmässigen Betruges schuldig. Dabei ging das Bezirksgericht davon aus, dass der äussere Sachverhalt (Erlangen von Sozialhilfebeiträgen und gleichzeitiges Betreiben eines Partnervermittlungsinstitutes) durch die Anerkennung der Beschuldigten sowie die Akten hinlänglich erstellt sei. Mit Hinblick auf die Einwände der Beschuldigten, keine Betrugsabsicht gehegt zu haben, erachtete es die Vorinstanz sodann als zweitrangig, ob und wie viel Gewinn die Beschuldigte aus ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit generiert habe; wesentlich sei vielmehr, dass es nicht zur Aufgabe der öffentlichen Sozialhilfe gehöre, private Geschäftsbetriebe direkt oder indirekt zu unterstützen, und dass die Beschuldigte seit 2004 klar wusste, dass die finanzielle Unterstützung nur erfolgen könne, wenn ihre selbständige Geschäftstätigkeit nachweislich eingestellt sei. Weiter gelangte die Vorinstanz zur Erkenntnis, dass die Beschuldigte ihre selbständige Erwerbstätigkeit und die damit generierten Einkünfte in der Periode von Februar 2005 bis Juli 2007 den Sozialen Diensten gegenüber bewusst nicht deklariert habe. Gleiches vertrat die Vorinstanz auch bezüglich des Darlehens von umgerechnet fast Fr.

100'000.–, das die Beschuldigte im April 2007 von ihrer Mutter erhalten und nicht deklariert habe, obwohl klar gewesen sei, dass die finanzielle Unterstützung seitens der Familie einer Inanspruchnahme von Sozialhilfe grundsätzlich vorgehe. Das Bezirksgericht hielt den entsprechenden Anklagesachverhalt folglich in objektiver und subjektiver Hinsicht für erstellt und erachtete die diesbezüglichen Ausflüchte und Erklärungsversuche der Beschuldigten als ohne jeglicher Grundlage.

Die vom Bezirksgericht sorgfältig und detailliert vorgenommene Beweiswürdigung überzeugt. Der von der Beschuldigten in der Berufungsverhandlung erstmals erhobene Einwand, dass der Partner ihrer Mutter, der nicht verwandtenunterstützungspflichtig sei, das Darlehen mitfinanziert habe (vgl. Prot. II S. 18), widerspricht den früheren Aussagen der Beschuldigten (Urk. 15/10 S. 8f; Prot. I S. 6ff.) und dem von ihr selbst eingereichten Darlehensvertrag mit ihrer Mutter (Urk. 32/2/1-2). Der Einwand ist deshalb nicht zu hören. Ebenso wenig überzeugt die Berufung der Beschuldigten auf unzureichende Deutschkenntnisse und das Fehlen eines Dolmetschers beim Sozialamt: So gab sie denn schon im Jahre 2004 bei der Schaffhauser Polizei an, über Deutschkenntnisse zu verfügen und keinen Dolmetscher zu benötigen (vgl. beigezogene Akten des URA des Kantons Schaffhausen, Urk. 17). Des Weiteren bediente sie sich im Rahmen ihrer Partnervermittlung und ebenso in der Korrespondenz mit dem Sozialamt regelmässig der deutschen Sprache (vgl. als Beispiele unter vielen aus Urk. 28/5 [nicht näher aktualisiert] der Partnervermittlungsvertrag vom 22.12.2007, das Schreiben an D. _____ vom 14.01.2008 oder das Schreiben der Beschuldigten ans Sozialamt vom 07.06.2005). Zusammengefasst kann demnach in bestätigendem Sinne auf die Argumentation der Vorinstanz abgestellt werden (Urk. 75 S. 8-25).

Festzuhalten bleibt, dass aufgrund der Akten keine Zweifel daran bestehen, dass das Partnervermittlungsinstitut der Beschuldigten relativ schwungvoll betrieben wurde und regelmässig Einkünfte generierte, welche die Gestehungskosten offensichtlich überstiegen. Dies galt nicht nur für die Anfangszeiten des Instituts (vgl. beigezogene Akten des URA Kt. SH, Urk. 14 und 17) und nunmehr wieder (vgl. Urk. 88 und 81/2), sondern auch während der deliktischen Phase. Wenn die Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung erneut betonte, aus ihrer Part-

nervermittlungstätigkeit keine Rendite erwirtschaftet zu haben, so vermag dies angesichts der über Jahre regelmässigen Einnahmen und der eher geringer Unkosten nicht zu überzeugen.

b) Als zutreffend erweisen sich ebenso die Erwägungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der rechtlichen Würdigung. Dass die Beschuldigte die Geschädigte mittels unwahrer Deklarationen aktiv getäuscht hat und deshalb keine Notwendigkeit für eine Garantenstellung bestand, ist klar. Auch die Auffassung, dass die Beschuldigte damit gerechnet habe, dass es dem Sozialamt aufgrund des Massengeschäftes nicht möglich sein würde, eine umfassende Prüfung durchzuführen, und sie deshalb und aufgrund ihrer Erfahrung davon ausgegangen sein musste, dass auf ihre Angaben abgestellt werde, ist nachvollziehbar. Gleiches gilt für die Ausführungen der Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung, in welchem Zusammenhang dargelegt wurde, dass die Sozialen Dienste durchaus gewisse Nachforschungen über die finanziellen Verhältnisse der Beschuldigten unternommen hatten, die jedoch von dieser stets mittels schriftlicher Bestätigungen aus E. _____ bzw. von ihrer Mutter neutralisiert wurden (vgl. Urk. 75 S. 29f.). Wenn die Vorinstanz aus all diesen Gründen arglistiges Handeln der Beschuldigten annahm, so ist dies folgerichtig und zu bestätigen.

Die Vorinstanz hat bezüglich der betrügerischen Vorgehensweise der Beschuldigten mit zutreffender Begründung auch die Gewerbsmässigkeit bejaht (Urk. 75 S. 31). Für dieses Kriterium wesentlich ist, dass der Täter sich darauf eingerichtet hat, durch sein inkriminiertes Vorgehen regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten der Lebenshaltung darstellen; er muss dabei eine Vielzahl entsprechender Taten zu verüben. Dies alles war bei den inkriminierten Sozialhilfebezügen der Beschuldigten gegeben, weshalb die diesbezügliche Subsumtion der Vorinstanz zu bestätigen ist.

Zusammengefasst ist an der Verurteilung der Beschuldigten wegen gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB festzuhalten.

2. Vergehen gegen das Ausländerrecht

a) Hier ist festzustellen, dass die Vorinstanz die Beschuldigte bezogen auf die Zeitspannen Oktober/November 2006 und Februar/März 2007 unter anderem wegen mehrfacher Widerhandlung im Sinne von Art. 23 Abs. 4 ANAG (Beschäftigen von Ausländern ohne Arbeitserlaubnis) verurteilt hat. Auch wenn im Urteilsdispositiv Ziff. 1 und in den Erwägungen auf Seite 48 diese Widerhandlungen irrtümlicherweise unter dem Begriff des Vergehens gefasst worden sind, so handelt es sich dabei doch bloss um *Übertretungen*, was die Vorinstanz andernorts richtig festgehalten hat (vgl. Urk. 75 S. 61 und 70). Diese Übertretungen sind bis März 2007 begangen worden und waren deshalb im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils sowohl nach den alten als auch nach den neuen Verjährungsregeln verjährt (Art. 109 und 72 Ziff. 2 Abs. 2 Satz 2 aStGB bzw. Art. 109 StGB). Sie sind denn auch nicht eigentlich Gegenstand der Anklage, nachdem dort nur Vergehen aufgeführt sind. Die von der Vorinstanz vorgenommene Ausweitung der Anklage auf das mehrfache Übertreten des ANAG (durch unerlaubtes Beschäftigen der ... [Staatsangehörige aus E. _____] F. _____ in den Jahren 2006 und 2007, nachdem diese kein Visum und deshalb keine Arbeitserlaubnis besass) war deshalb unangebracht und es braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden. Da infolgedessen nur Übertretungen gemäss SVG zur Ahndung verbleiben, wird dies bei der Bemessung einer allfälligen Busse zu beachten sein.

Anders stellt sich das Beschäftigen von Ausländern ohne Arbeitserlaubnis unter dem neuen AuG dar, welches seit dem 1. Januar 2008 in Kraft ist: Dort ist diese Gesetzeswiderhandlung als Vergehen definiert, so dass sich diesbezüglich die Frage der Verjährung heute nicht stellt. Auf diesen Vergehensvorwurf ist im Rahmen der folgenden Erwägungen einzugehen.

b) Die Vorinstanz hat die Beschuldigte wegen Erleichtern des rechtswidrigen Aufenthalts einer Ausländerin in der Schweiz und für das Jahr 2008 auch wegen der Beschäftigung einer solchen ohne Arbeitserlaubnis verurteilt, was allesamt Vergehen sind.

Dass eine ... [Angehörige des Staates E._____] eines Visums bedurfte, um in der Schweiz arbeiten zu dürfen, hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt (Urk. 75 S. 47). Die Aufenthaltszeiten der ... [Angehörigen des Staates E._____] in der Schweiz und das Fehlen eines entsprechenden Visums sind durch die Eintragungen in ihrem Pass dokumentiert (Urk. 31/3/4). Dass die ... [Angehörige des Staates E._____] des Weiteren im Auftrag der Beschuldigten in deren Haushalt in C._____ Arbeiten verrichtet und für den Sohn der Beschuldigten Hütedienste geleistet hat und als Gegenleistung Kost und Logis bekam, hielt die Vorinstanz durch die entsprechenden Zugaben der ... [Angehörigen des Staates E._____] und durch die anfänglich gleich lautenden Aussagen der Beschuldigten für rechtsgenügend erstellt. Dass die Beschuldigte im Verlaufe der Verhöre immer mehr von dieser Version abrückte und die ... [Angehörige des Staates E._____] in der Konfrontationseilvernahme mit der Beschuldigten ebenfalls ihre ursprünglichen Aussagen relativierte, erachtete die Vorinstanz nicht für entscheidend (Urk. 75 S. 43f.).

Diese Beweiswürdigung und Einschätzung überzeugt und ist nicht zu bemängeln. Insbesondere der Umstand, dass sich die beiden Frauen vorgängig nicht gekannt hatten, sondern durch Vermittlung einer Drittperson über das Internet in Kontakt kamen, sowie die Tatsache, dass die Beschuldigte für die Reisekosten der ... [Angehörigen des Staates E._____] aufgekommen ist, ferner der weitere Umstand, dass Letztere offensichtlich auf eine Arbeit in der Schweiz auswar und kurz vor ihrer Arretierung durch die Polizei durch Vermittlung der Beschuldigten denn auch eine ausserhäusliche Beschäftigung in einem Reinigungsgeschäft angetreten hatte, räumen die letzten Zweifel über den wahren Zweck des Aufenthalts der ... [Angehörigen des Staates E._____] in der Schweiz aus. Unter Verweis auf die detaillierte und zutreffende Begründung der Vorinstanz (vgl. a.a.O. S. 35-46) ist folglich der Sachverhalt gemäss Anklageziffern II und III als hinlänglich erstellt zu betrachten.

c) Abgesehen vom Einbezug des Übertretungstatbestandes gemäss Art. 23 Abs. 4 ANAG (s.o.) ist die rechtliche Würdigung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, hier zutreffend. Einzig beim Vergehen gemäss AuG ist dem ur-

sprünglichen Antrag der Anklage folgend nicht von einer mehrfachen Begehung auszugehen, da es sich dabei um ein und denselben Vorgang während einer einheitlichen Periode handelte. Zusammengefasst ist die Beschuldigte wegen mehrfachen Vergehens gegen Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG und wegen Vergehens gegen Art. 116 Abs. 1 lit. a und b AuG zu verurteilen.

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 Gewichtspermille 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

der Staatsanwaltschaft und vor Obergericht präzisierte 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 habe, 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-

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 habe riechen 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 $\frac{1}{4}$ 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

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

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 fahruntüchtigem Zustand und wegen Verletzung der Verkehrsregeln durch Nichtbeherrschen des Fahrzeugs 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.

III. Strafe

Die Ausführungen der Vorinstanz zum anwendbaren Recht sind zutreffend (Urk. 75 S. 58-60); ebenso sind es die allgemeinen Ausführungen zum Strafraumen 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-

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 Freiheitsstrafen 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 beeindruckt 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.

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:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 20. Oktober 2010, hinsichtlich Dispositivziffern 2 (Teilfreispruch) und 6 (Zivilpunkt) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Urteil:

1. Die Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 2 StGB,
 - des mehrfachen Vergehens gegen Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG,
 - des Vergehens gegen Art. 116 Abs. 1 lit. a und b AuG,

- des Fahrens in fahruntfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV sowie
 - der Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG.
2. Weiterer Delikte (versuchte Vereitelung einer Blutprobe bzw. pflichtwidriges Verhalten bei Unfall) ist die Beschuldigte nicht schuldig und wird freigesprochen.
 3. Die Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist, sowie mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 45.– und einer Busse von Fr. 300.–.
 4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
 5. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt die Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen.
 6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 7 und 8) wird zusammen mit dem Beschluss der Vorinstanz, die bei der Beschuldigten beschlagnahmte bzw. sichergestellte Barschaft zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten heranzuziehen, bestätigt.
 7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
Fr. 8'610.05 Gutachten
 8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten zu 2/3 auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.
 9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- die Bundesanwaltschaft

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

10. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Strafkammer

Zürich, 1. Oktober 2012

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Hafner

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.