

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SR210021-O/U/as

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Obergerichterinnen
lic. iur. Schärer und lic. iur. Bertschi sowie Gerichtsschreiber MLaw
Pandya

Beschluss vom 3. Januar 2022

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. P. Joho
Gesuchstellerin

gegen

A._____,
Gesuchsgegner

erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt X._____

betreffend **Fahren in fahruntfähigem Zustand etc.**

**Revision gegen einen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unter-
land vom 7. April 2020 (2019/10043753)**

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Der Gesuchsgegner wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 7. April 2020 des Fahrens im fahruntüchtigen Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 VRV, der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne dessen Art. 19a Ziff. 1 und der Übertretung von Art. 14 Abs. 1 NSAG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 NSAG schuldig gesprochen (Urk. 2/20). Dabei wurde er mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, wovon 1 Tag durch Haft erstanden wurde, und einer Busse von Fr. 500.– bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Es wurde über die Sicherstellung (brutto 17 Gramm Marihuana) entschieden. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 6. Januar 2020 beschlagnahmte Bargeldbetrag von total Fr. 1'026.– (Euro 400.– und Fr. 600.–) wurde eingezogen und dessen Verwendung zur Deckung der Sanktions- und Verfahrenskosten angeordnet, wobei die Verfahrenskosten dem Gesuchsgegner auferlegt wurden (Urk. 2/20 S. 1 f.). Mit Berichtigung vom 5. Juni 2020 wurde Ziff. 7 des Strafbefehls vom 7. April 2020 dahingehend geändert, dass nicht Auslagen von Fr. 633.45, sondern solche von Fr. 1'299.30 zu den Verfahrenskosten geschlagen wurden (Urk. 24). Der Strafbefehl und dessen Berichtigung wurden an die Adresse des Gesuchsgegners versandt und dort gegen Unterschrift am 15. April 2020 bzw. 18. Juni 2020 entgegengenommen (Urk. 2/22 und Urk. 2/25). Der Verteidiger des Beschuldigten beantragte mit Eingabe vom 1. März 2021, eingegangen bei der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland am 3. März 2021, es sei dem Gesuchsgegner die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand zu gewähren und das Verfahren sei unter Aufhebung der Entscheidung vom 7. April 2020 einzustellen (Urk. 2/26).

2. Mit Eingabe vom 4. August 2021, auf der hiesigen Kammer eingegangen am 6. August 2021, stellte die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (nachfolgend Gesuchstellerin) ein Revisionsgesuch. Sie beantragt die Aufhebung ihres Strafbefehls vom 7. April 2020 gegen den Gesuchsgegner betreffend Fahren in fahruntüchtigen Zustand.

higem Zustand etc.. Das Verfahren sei an sie zur neuen Behandlung und Beurteilung zurückzuweisen. Beweisanträge stellte sie keine (Urk. 1 S. 2).

3. Mit Beschluss vom 24. August 2021 wurde dem Gesuchsgegner bzw. dessen Verteidigung eine Frist von 20 Tagen zur freigestellten Stellungnahme auf das Revisionsgesuch angesetzt (Urk. 3). Innerhalb der Frist teilte die Verteidigung mit, dass der Gesuchsgegner dem Antrag der Gesuchstellerin auf Aufhebung des Strafbefehls vom 7. April 2020 beitrete (Urk. 5).

II. Revision

1. Ausgangslage und Standpunkte der Parteien

1.1. Gegenstand des Strafbefehls der Gesuchstellerin vom 7. April 2020 ist eine mutmassliche Fahrt des Gesuchsgegners A._____ vom 22. Dezember 2019. Dieser habe den Personenwagen VW Touran, D ..., von B._____ [Ortschaft] bis zum Kontrollort (... C._____ [Ortschaft], Autostrasse A ..., Fahrtrichtung ..., Ausfahrt C._____) gelenkt, um nach Zürich zu gelangen. Zum Zeitpunkt dieser Fahrt sei der Gesuchsgegner unter dem Einfluss von zuvor konsumierten Cannabisprodukten (Marihuana) gestanden. Zudem habe er rund 17 Gramm Marihuana zum Eigenkonsum mit sich geführt. Schliesslich sei am Fahrzeug keine erforderliche und gültige Autobahnvignette angebracht gewesen (Urk. 2/20 S. 3 f.). Dabei wurde eine Blut- und eine Urinprobe des Lenkers abgenommen, untersucht und sichergestellt (Urk. 2/11/4).

1.2. Die Verteidigung machte mit Eingabe vom 1. März 2021 gegenüber der Gesuchstellerin geltend, dem Gesuchsgegner sei erst an diesem Tag bekannt geworden, dass gegen ihn mit Entscheid vom 7. April 2020 eine Geldstrafe von Fr. 300.– verhängt worden sei, weshalb er auch an der Wahrnehmung seiner Rechtsmittel gehindert gewesen sei (Urk. 2/26 S. 1. f.). Zudem stellte er eidesstattliche Erklärungen zur Verfügung von D._____, Bruder des Gesuchsgegners, und E._____, Beifahrerin im von der Polizei am 22. Dezember 2019 kontrollierten Fahrzeug, wonach das Fahrzeug im Tatzeitpunkt von D._____ geführt worden sei und nicht vom Gesuchsgegner (Urk. 2/37/5).

1.3. Die Gesuchstellerin ersuchte die Staatsanwaltschaft Köln rechtshilfweise um die Erhebung eines Wangenschleimhautabstrichs von A._____ und D._____, wobei D._____ zur Verdachtslage auch noch protokollarisch zu befragen sei (Urk. 2/31). Sowohl das Untersuchungsmaterial als auch das entsprechende Einvernahmeprotokoll wurden der Gesuchstellerin durch den Leitenden Oberstaatsanwalt in Köln rechtshilfweise zugestellt (Urk. 2/32 und Urk. 2/33). Aus dem beigelegten Einvernahmeprotokoll geht hervor, dass D._____ bestätigt, das Fahrzeug am 22. Dezember 2019 am bzw. bis zum Tatort gelenkt zu haben (Urk. 2/33). Im Auftrag der Gesuchstellerin wurden die Speichelproben von A._____ und D._____ einem DNA-Abgleich unterzogen (Urk. 2/34). Das Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich verglich die Speichelproben mit den sichergestellten Blut- und Urinproben und hielt ihre Erkenntnisse im Gutachten vom 30. Juli 2021 fest (Urk. 2/35). In diesem Zusammenhang wurde festgehalten, dass sich aus der Blutprobe, beschriftet mit "A._____ / TN 1" ein vollständiges DNA-Profil einer männlichen Person erstellen liess. Der Vergleich dieses DNA-Profiles mit den DNA-Profilen aus den Wangenschleimhautabstrichen von A._____ und D._____ zeige, dass das aus der Blutprobe erstellte DNA-Profil vollkommen mit demjenigen von D._____ übereinstimme. D._____ könne somit als Spender der Blutprobe nicht ausgeschlossen werden. A._____ könne hingegen aufgrund seines DNA-Profiles als Spender der Blutprobe ausgeschlossen werden. Auch die Urinprobe sei D._____ zuzuordnen (zum Ganzen Urk. 2/35 S. 2).

1.4. Die Gesuchstellerin erklärte in ihrem Revisionsgesuch, dass gemäss dem Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 30. Juli 2021 nunmehr davon auszugehen sei, dass die am 22. Dezember 2019 beim polizeilich kontrollierten Lenker erhobene Blut- und Urinprobe (TN 1) tatsächlich nicht dem Gesuchsgegner A._____ zuzuordnen sei, sondern dessen Bruder D._____, welcher in der Kontrolle offensichtlich die Identität des Gesuchsgegners A._____ vorgeschoben habe. Der Strafbefehl vom 7. April 2020 bzw. dessen Berichtigung vom 5. Juni 2020 sei am 18. Juni 2020 an dem in Deutschland befindlichen Wohnort des Gesuchsgegners A._____ zugestellt worden. Damit sei der Strafbefehl rechtskräftig geworden. Da sich zwischenzeitlich ergeben habe, dass der Gesuchsgegner mit diesem Strafbefehl zu Unrecht verurteilt worden sei, sei

der Revisionsgrund gemäss Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO gegeben und dürften die gestellten Anträge gutzuheissen sein (zum Ganzen Urk. 1 S. 2 f.). Die Verteidigung schloss sich diesem Standpunkt an und verwies auf die Feststellungen des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich im Laborbericht zur Spurenanalyse vom 30. Juli 2021 (Urk. 5).

2. Voraussetzungen der Revision

2.1. Die Revision ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, welches zur Durchbrechung der Rechtskraft eines Entscheides führt und deshalb nur in engem Rahmen zulässig ist. Entsprechend streng sind die Voraussetzungen (BSK StPO-HEER, Basel 2014, 2. Aufl., N 4 und N 9 zu Art. 410; SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxis-kommentar, Zürich/St. Gallen 2017, 3. Aufl., N 1 f. zu Art. 410). Revisionsgesuche sind schriftlich und begründet beim Berufungsgericht einzureichen. Im Gesuch sind die angerufenen Revisionsgründe zu bezeichnen und zu belegen (Art. 411 Abs. 1 StPO). Das Berufungsgericht nimmt in einem schriftlichen Verfahren eine vorläufige Prüfung des Revisionsgesuchs vor. Ist das Gesuch offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so tritt das Gericht nicht darauf ein (Art. 412 Abs. 1 und Abs. 2 StPO).

2.2. Die Revisionsgründe sind in Art. 410 Abs. 1 und Abs. 2 StPO abschliessend genannt. Wer durch ein rechtskräftiges Urteil, einen Strafbefehl, einen nachträglichen richterlichen Entscheid oder einen Entscheid im selbständigen Massnahmenverfahren beschwert ist, kann gemäss Art. 410 Abs. 1 StPO Revision verlangen, wenn neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch, eine wesentlich mildere oder wesentlich strengere Bestrafung der verurteilten Person oder eine Verurteilung der freigesprochenen Person herbeizuführen (lit. a), wenn der Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unverträglichem Widerspruch steht (lit. b), oder wenn sich in einem anderen Strafverfahren erweist, dass durch eine strafbare Handlung auf das Ergebnis des Verfahrens eingewirkt worden ist (lit. c). Darüber hinaus kann nach Art. 410 Abs. 2 StPO unter bestimmten Voraussetzungen Revision wegen Verletzung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte

und Grundfreiheiten (EMRK) verlangt werden (BSK StPO-HEER, Basel 2014, 2. Aufl., N 14 und N 34 ff. zu Art. 410 N 14 und 34 ff.; SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2017, 3. Aufl., N 12 ff. zu Art. 410).

2.3. 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. Eine Meinung, eine persönliche Würdigung oder eine neue Rechtsauffassung vermag die Revision nicht zu rechtfertigen (BGE 137 IV 59 E. 5.1.1.). Neu sind Tatsachen bzw. Beweismittel, wenn sie im Zeitpunkt des zu revidierenden Urteils zwar bereits vorhanden, in der nun vorliegenden Bedeutung der Strafbehörde aber nicht bekannt waren und nicht in den Entscheid einfließen (BGer-Urteil 6B_455/2011 vom 29. November 2011 E. 1.3.). Neue Tatsachen oder Beweismittel sind erheblich, wenn sie geeignet sind, die Beweisgrundlage des früheren Urteils so zu erschüttern, dass aufgrund des veränderten Sachverhalts ein wesentlich mildereres Urteil möglich wäre (BGer-Urteil 6B_339/2012 vom 11. Oktober 2012 E. 2.2.2., m.w.H.). Anders als vor dem Sachrichter dienen Beweismittel im Revisionsverfahren nicht zum Beweis, sondern nur zur Glaubhaftmachung einer fraglichen Tatsache. Es genügt damit der Nachweis, dass ein Freispruch möglich, d.h. wahrscheinlich ist (FINGERHUTH in Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, Kommentar StPO, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 55 und N 61 zu Art. 410). Eine Revision ist dann ausgeschlossen, wenn die Tatsache dem Gericht zum Zeitpunkt seines früheren Urteils in irgendeiner Form vorgelegen hat. So lässt sich etwa erfolgreich geltend machen, ein Gutachten habe der Polizei zwar vorgelegen, sei von dieser aber nicht an die Justiz weitergeleitet worden. Nicht neu sind Tatsachen, die das Gericht wohl in seine Überlegungen einbezogen, deren Tragweite es aber falsch gewürdigt hat. Tatsachen, die sich in den Akten befanden, dennoch aber vom Gericht übersehen wurden, betrachtet das Bundesgericht im Regelfall als neu (BSK StPO-HEER, Basel 2014, 2. Aufl. N 38 zu Art. 410 mit Verweis auf BGE 130 IV 72 bzw. Pra 2005 Nr. 35).

2.4. Vorab ist auf die Voraussetzung des rechtskräftigen Entscheids einzugehen. Gegen einen Strafbefehl kann innerhalb von 10 Tagen bei der Staatsanwaltschaft schriftlich Einsprache erhoben werden (Art. 354 Abs. 1 StPO). Die Einsprachefrist

beginnt am Tag nach der erfolgten Zustellung zu laufen (Art. 90 Abs. 1 StPO). Für die Frage der Zustellung ist primär auf Art. 85 StPO Abs. 2 und Abs. 3 StPO abzustellen. Die Zustellung von Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Sie ist erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder dem Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Gemäss Art. 87 Abs. 2 StPO haben Parteien und Rechtsbeistände mit Wohnsitz im Ausland in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen, wobei staatsvertragliche Vereinbarungen vorbehalten bleiben, wonach Mitteilungen direkt zugestellt werden könnten. Sofern entsprechende internationale Abkommen abgeschlossen wurden, kann die Zustellung an den Empfänger wie im Inland direkt postalisch erfolgen (BGer-Urteil 6B_541/2014 vom 23. September 2014 E. 1.3. mit Verweis auf Art. 52 Abs. 1 Schengener Durchführungsübereinkommen [SDÜ, Amtsblatt L 239 vom 22. September 2000, S. 19 - 62]). Ein solches Abkommen zwischen der Schweiz und Deutschland besteht in Form des Zusatzvertrags vom 13. November 1969 zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 [SR 0.351.913.61]). Gemäss dessen Art. IIIA lit. a können die zuständigen Stellen eines Vertragsstaates im Rahmen der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, für die im anderen Vertragsstaat die Leistung von Rechtshilfe zulässig ist, gerichtliche und andere behördliche Schriftstücke unmittelbar durch die Post an Personen übersenden, die sich im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates aufhalten. Dies gilt gemäss Art. IIIA lit. b des Zusatzvertrags insbesondere für Schriftstücke in der am Zustellungsort des Empfängers gesprochenen Amtssprache oder in der vom Empfänger gesprochenen Amtssprache der Vertragsstaaten. Dementsprechend kann vorliegend von einer rechtsgültigen Zustellung des Strafbefehls der Gesuchstellerin vom 7. April 2020 bzw. dessen Berichtigung vom 5. Juni 2020 ausgegangen werden. Der Strafbefehl wurde am 27. April 2020 an der Wohnadresse des Gesuchsgegners gegen Unterschrift entgegengenommen (Urk. 2/22). Die Berichtigung wurde am 18. Juni 2020 am Wohnort des Gesuchsgegners gegen Unterschrift entgegengenommen (Urk. 2/25). Konkrete Anzeichen, dass Art. 85 Abs. 3 StPO nicht eingehalten wurde, bestehen nicht. Mit der Zustel-

lung begann jeweils die Frist zur Einsprache, wobei keine solche erhoben wurde. Damit ist der Strafbefehl, inkl. dessen Berichtigung, rechtskräftig und erfüllt die Anforderungen an das Anfechtungsobjekt von Art. 410 Abs. 1 StPO. Auf die Vorbringen der Verteidigung gegenüber der Gesuchstellerin (Urk. 2/26 S. 2) ist unter diesen Umständen nicht weiter einzugehen.

2.5. Die Gesuchstellerin macht den Revisionsgrund nach Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO geltend. Sie verweist hierfür hauptsächlich auf das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 30. Juli 2021 als neues Beweismittel (Urk. 2/35). Wie bereits dargelegt, wurde anhand der Wangenhautabstriche von A._____ und D._____ ein Vergleich der darin enthaltenen DNA-Profile mit jenen der Blut- sowie Urinprobe vom 22. Dezember 2019 durchgeführt. A._____, der Gesuchsgegner, konnte als Spender der Blut- und Urinprobe ausgeschlossen werden. Diese Proben konnten allerdings DNA-analytisch seinem Bruder D._____ zugeordnet werden. Im Falle der Blutprobe wurde im Sinne einer Hypothese aufgeworfen, dass theoretisch auch eine andere Person, welche genetisch nicht mit D._____ verwandt sei, als Spender in Betracht komme. Jedoch sei eine Zuordnung zu D._____ milliardenfach wahrscheinlicher (Urk. 2/35 S. 2). Aufgrund der nachvollziehbaren Erläuterungen des Gutachtens ist somit klar ausgewiesen, dass es sich beim Fahrzeuglenker am Morgen des 22. Dezember 2019 am Tatort um D._____ und nicht um dessen Bruder, den Gesuchsgegner A._____, handeln konnte. D._____ bestätigte auch im Rahmen der neuen Einvernahme vom 2. Juli 2021, welche rechtshilfeweise durchgeführt werden konnte, am Morgen des 22. Dezember 2019 das Fahrzeug gelenkt zu haben (Urk. 2/33). Aufgrund dieser Beweismittel präsentiert sich gegenwärtig ein anderer Sachverhalt, als jener, der dem Strafbefehl vom 7. April 2020 zugrunde gelegt wurde. Der Umstand, dass es sich beim Täter nicht um A._____ handelt, ist als neue Tatsache im Sinne von Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO zu werten und konnte in die Beurteilung der Gesuchstellerin nicht einfließen. Das DNA-analytische Gutachten lag ihr bei der Fällung des Strafbefehls am 7. April 2020 noch nicht vor. Da D._____ bei der Identifizierung am 22. Dezember 2019 den Ausweis von A._____ mitführte (Urk. 2/13/1 S. 2 und Urk. 2/13/4) und sich als diesen ausgab (Urk. 2/10 S. 7 und S. 9), konnte die Gesuchstellerin nicht in Kenntnis der wahren Identität Täters entscheiden. Dank des

fraglichen Gutachtens liegt mittlerweile ein eindeutiger Beweis vor, dass es sich beim Täter nicht um den Gesuchsgegner handeln konnte.

2.5. Demzufolge sind dem Gesuchsgegner die im Strafbefehl vom 7. April 2020 vorgeworfenen Taten nicht anzulasten, weshalb der Strafbefehl aufzuheben und die Sache zur neuen Behandlung und Beurteilung an die Gesuchstellerin zurückzuweisen ist (Art. 413 Abs. 2 lit. a StPO).

III. Kosten

Nachdem der Strafbefehl aufzuheben und an die Gesuchstellerin zurückzuweisen ist, fällt die Gerichtsgebühr ausser Ansatz (Art. 428 Abs. 4 StPO). Allfällige weitere Kosten, welche im Zusammenhang mit dem Revisionsverfahren entstanden sind, werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Kostenregelung des ersten Verfahrens bleibt dem Entscheid der Staatsanwaltschaft vorbehalten (Art. 428 Abs. 5 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Revisionsgesuch der Gesuchstellerin wird gutgeheissen.
2. Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 7. April 2020 sowie dessen Berichtigung vom 5. Juni 2020 werden aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland zur neuen Behandlung und Beurteilung zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Allfällige weitere Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Gesuchsgegners
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (unter Rücksendung der Akten mit Unt. Nr. C-1/2019/10043753)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA (zur Entfernung der Verurteilung gemäss Dispositivziffer 2)
 - die Kantonspolizei Zürich, Asservate Triage, Zeughausstrasse 11, Postfach, 8021 Zürich (unter Hinweis auf die Lagernummer BO3824-2019)
 - die Kasse der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Zentrale Inkassostelle der Gerichte.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 3. Januar 2022

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Pandya