

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180441-O/U/mc-hb

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller und Ersatzoberrichterin lic. iur. Knüsel sowie die Gerichtschreiberin lic. iur. Karabayir

Urteil vom 10. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Fahren in fahruntfähigem Zustand**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom
4. Juli 2018 (GB180010)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 4. August 2017 (Urk. 5) sowie die Überweisung eines Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 21. März 2018 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 29).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 VRV und Art. 1 und Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 20.– (entsprechend Fr. 800.–).
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.–; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 1'600.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 629.15 Auslagen (Gutachten IRM)
Fr. 5.970.35 amtl. Verteidigungskosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 71 S. 2)

- " 1. Der Beschuldigte sei von der Anklage betreffend Fahren in fahr-unfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Ver-bindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 1 und Art. 2 der Verord-nung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Stras-senverkehr freizusprechen.
2. Die vorinstanzlichen Kosten seien auf die Gerichtskasse zu neh-men.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen."

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 61, schriftlich und sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 4. Juli 2018 wur-de der Beschuldigte wegen vorsätzlichen Fahrens in fahr-unfähigem Zustand zu einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 20.– verurteilt. Die Probe-zeit wurde auf drei Jahre festgesetzt (Urk. 54 S. 19 ff.).
2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 5. Juli 2018 rechtzeitig Berufung an (Urk. 42). Mit Eingabe vom 23. Oktober 2018 (Datum des Poststempels) reichte er der hiesigen Kammer seine Berufungserklärung fristge-recht ein (Urk. 56; vgl. Urk. 53). Die Staatsanwaltschaft verzichtete nach Erhalt

der Berufungserklärung auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 61).

3. Der Beschuldigte stellte in seiner Berufungserklärung den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage, welche Mindestmenge Bier der Beschuldigte hätte konsumieren müssen, um eine Atemalkoholkonzentration von 0.24 mg/l bzw. 0.39 mg/l – statt 0.43 mg/l – zu erreichen (Urk. 56 S. 3). Dieser Beweisantrag wurde mit Verfügung vom 20. November 2018 einstweilen abgewiesen (Urk. 62). Anlässlich der Berufungsverhandlung liess er ihn erneuern (Prot. II S. 5). Wie noch im Rahmen der Sachverhaltserstellung darzulegen sein wird (vgl. nachfolgend E. II.6), ist die Einholung eines solchen Gutachtens zur Urteilsfindung nicht notwendig. Nachdem heute die mündliche Berufungsverhandlung durchgeführt wurde, ist das vorliegende Verfahren spruchreif.

4. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). E contrario erwachsen die nicht von der Berufung erfassten Punkte in Rechtskraft (SCHMID/JOSITSCH, StPO-Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, N 1 zu Art. 402; vgl. auch Art. 437 StPO). Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

Der Beschuldigte beantragt einen Freispruch von jeglicher Schuld. Insofern wurde das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich angefochten. Mangels Anschlussberufung seitens der Staatsanwaltschaft sind diese Punkte im Folgenden unter Beachtung des Verbots der reformatio in peius gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zu überprüfen.

II. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird zusammengefasst vorgeworfen, am 26. Juni 2017, um 21.58 Uhr, in ... [Ort] vorsätzlich ein Motorrad mit einer Atemalkoholkonzentration von mindestens 0.43 mg/l von der B. _____-Strasse ... bis C. _____ ... [Strasse] gelenkt zu haben (Urk. 5 S. 2 f.).

2.1 Der Beschuldigte räumt den Anklagesachverhalt mit Ausnahme des ihm vorgeworfenen Alkoholisierungsgrades während der Fahrt ein (Urk. 38 S. 3; Urk. 71 S. 4 ff.). Grundsätzlich stellt er auch nicht in Abrede, dass er zum Zeitpunkt der Atemalkoholmessungen eine Atemalkoholkonzentration von 0.43 mg/l aufwies (Urk. 9 S. 2; Urk. 38 S. 3; Urk. 71 S. 4 und 7; Prot. II S. 13 ff.).

Nachdem sich dieses Teilgeständnis mit dem Untersuchungsergebnis deckt, ist der Anklagesachverhalt in diesem Umfang als erstellt zu erachten.

2.2 Demgegenüber bestreitet der Beschuldigte, während der Fahrt von der Coop Tankstelle (B. _____-Strasse ...) bis zu sich nach Hause (C. _____ ... [Strasse]) in verbotener Weise alkoholisiert gewesen zu sein. Mit Bezug auf die gemessene Atemalkoholkonzentration macht er konkret geltend, dass dieser hohe Wert auf einen Nachtrunk zurückzuführen sei. So habe er nach der besagten Fahrt, d.h. nachdem er bereits zu Hause gewesen sei und unmittelbar bevor die Polizei den ersten Atemalkoholtest gemacht habe, zu Hause noch Bier konsumiert (Urk. 9; Urk. 13/1 5, 12 ff., 55, 130; Urk. 38 S. 2 f.; Prot. I S. 7 ff.; Prot. II S. 16 ff.).

3. Bestreitet ein Beschuldigter wie vorliegend die ihm vorgeworfenen Taten, ist der Sachverhalt aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen. Diese Beweisregeln wurden von der Vorinstanz bereits zutreffend dargelegt, weshalb zwecks Vermeidung von Wiederholungen darauf zu verweisen ist (Urk. 54 S. 4 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist lediglich festzuhalten, dass der Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweislastregel keine Anwendung findet, wenn der Beschuldigte eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne, dass er diese in einem Mindestmass glaubhaft machen kann. Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden muss (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 10 N 2a; TOPHINKE in: NIGGLI/HEER/ WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung [kurz: BSK StPO], 2. A. Basel 2014, Art. 10 N 21). Schliesslich ist anzufügen, dass nach der Rechtsprechung auch ein indirekter Beweis zulässig ist, wenn keine direkten Beweise vorliegen. Beim Indizien-

beweis wird aus bestimmten Tatsachen, die nicht unmittelbar rechtserheblich, aber bewiesen sind (Indizien), auf die zu beweisende, unmittelbar rechtserhebliche Tatsache geschlossen. Eine Mehrzahl von Indizien, welche für sich alleine nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Täterschaft oder die Tat hinweisen und einzeln betrachtet die Möglichkeit des Andersseins offen lassen, können einen Anfangsverdacht verstärken und in ihrer Gesamtheit ein Bild erzeugen, das bei objektiver Betrachtung keine Zweifel bestehen lässt, dass sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Das ist mithin auch der Fall, wenn sich die als belastend gewerteten Indizien zu einer Gewissheit verdichten, welche die ausser Acht gelassenen entlastenden Umstände als unerheblich erscheinen lassen (Urteile des Bundesgerichts 6B_1047/2017 vom 17. November 2017, E. 2.2, und 6B_678/2013 vom 3. Februar 2014, E. 3.3 mit Hinweisen).

4. Als Beweismittel stehen die Aussagen des Beschuldigten (Urk. 2 und 13; Prot. I S. 7 ff.; Prot. II S. 13 ff.) sowie der Zeugen D._____ (Ehefrau des Beschuldigten; Urk. 15), E._____ (Sohn des Beschuldigten; Urk. 14), F._____ (Verkäuferin in der Coop-Tankstelle; Urk. 16/1-2), G._____ (ausgerückter Polizeibeamte; Urk. 18/1) und F. (ausgerückter Polizeibeamte; Urk. 17/1) zur Verfügung. Des Weiteren liegen Videoaufnahmen der Tankstelle zur Tatzeit (Urk. 19), ein Alkoholgutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 20. März 2018 (Urk. 21/1 und 21/5) und die Ergebnisse der Atemalkoholtests (Urk. 2 S. 4 und Urk. 3) vor.

4.1 Vorab ist auf den Einwand der Verteidigung mit Bezug auf die ersten polizeilichen Aussagen des Beschuldigten, welche ins FinZ-Set übertragen wurden, einzugehen. Konkret stellte sie anlässlich der Berufungsverhandlung neu deren Verwertbarkeit bzw. Beweiskraft in Frage (Urk. 71 S. 4 ff, 14 f.).

4.2 Zur geltend gemachten Unverwertbarkeit führt die Verteidigung aus, dass die Rechtsbelehrung gemäss Art. 158 StPO im FinZ-Set lediglich vorgedruckt sei. Folglich lasse sich daraus nicht ableiten, dass eine entsprechende Belehrung tatsächlich erfolgt sei. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschuldigte vor der Befragung nicht auf sein Aussageverweigerungsrecht aufmerksam gemacht worden sei (Urk. 71 S. 14 f.). Dieser Einwand verfängt nicht. Denn die Ver-

theidigung scheint zu verkennen, dass im Polizeirapport vom 5. Juli 2017 explizit und zusätzlich festgehalten wurde, dass dem Beschuldigten dessen strafprozessualen Rechte und Pflichten vorgehalten worden seien (Urk. 1 S. 2). Die im FinZ-Set protokollierten Aussagen des Beschuldigten sind daher uneingeschränkt verwertbar.

4.3. Was den Einwand der Verteidigung zur fehlenden bzw. geschmälerten Beweiskraft des FinZ-Sets infolge Unvollständigkeit anbelangt (Urk. 71 S. 8 ff.), so ist diesem Folgendes entgegenzuhalten: Die von der Polizei nicht ausgefüllten Rubriken hängen teilweise unmittelbar mit zuvor vom Beschuldigten beantworteten Fragen zusammen. Wird z.B. der Beschuldigte gefragt, wann er zuletzt getrunken habe (vgl. nachfolgend E. 6), und gibt er eine Zeit vor der Fahrt an (Urk. 2 S. 3), so erübrigt sich sinneslogisch das Ankreuzen des Kästchens "Nein" bei der Rubrik "7.2 Nach dem Ereignis/Nachtrunk/Nachkonsumation" (vgl. Urk. 71 S. 8 f.). Oder verzichtete der Beschuldigte auf eine Blutprobe (Urk. 2 S. 3), so ergibt sich daraus konsequenterweise, dass er den gemessenen Atemalkoholwert anerkennt (Urk. 71 S. 9). Es erstaunt daher nicht, dass die Polizeibeamten keine Kreuze an den entsprechenden Stellen machten. Es wäre zwar wünschenswert gewesen, wenn sie das getan hätten. Dieser Umstand schmälert aber die Beweiskraft des Protokolls in keiner Art und Weise.

5. Die Vorinstanz kam nach Würdigung der obgenannten Beweismittel zum Schluss, dass der Anklagesachverhalt vollumfänglich erstellt sei (Urk. 3.10.10). Dem ist zuzustimmen. Sie hat sämtliche Aussagen der obgenannten Personen korrekt wiedergegeben (Urk. 54 E. 3.4 - 3.9). Ebenfalls zutreffend ist ihre Beurteilung der Glaubwürdigkeit der befragten Personen und die Glaubhaftigkeit der jeweiligen Aussagen (Urk. 54 E. 3.10). Die entsprechenden Erwägungen sind dem vorliegenden Urteil zu Grunde zu legen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich insofern als deren Ergänzung. Sie sollen zusätzlich verdeutlichen, dass angesichts des Beweisergebnisses kein vernünftiger Zweifel verbleibt, dass der Sachverhalt sich so zugetragen hat, wie er eingeklagt ist.

6. Wie bereits erwähnt, anerkennt der Beschuldigte grundsätzlich die Ergebnisse der durchgeführten Atemalkoholtests. Auszugehen ist damit davon, dass

der Beschuldigte knapp eine halbe Stunde nach der eingeklagten Fahrt eine Atemalkoholkonzentration von 0.43 mg/l sowie 0.47 mg/l (Ergebnisse des Atemalkohol-Testgerätes) und etwa eine Stunde später einen solchen von 0.43 mg/l (Ergebnis des Atemalkohol-Messgerätes) aufwies (Urk. 2 S. 4; Urk. 3). Ob er diese Konzentration bereits zum Zeitpunkt der Fahrt mit seinem Motorrad hatte, erschliesst sich aus diesen Messungen zwar nicht. Diese Frage lässt sich aber beantworten, wenn vorgängig geklärt wird, ob der Beschuldigte – wie von ihm behauptet – in der Zeit zwischen seiner Ankunft bei sich zu Hause (ca. 22:00 Uhr) und der Ankunft der Polizei (vor 22:25 Uhr) erneut alkoholische Getränke zu sich nahm. Zur Klärung dieser spezifischen Frage erweisen sich einzig die Aussagen der beiden Polizeibeamten, des Beschuldigten, seiner Ehefrau D._____ und seines Sohnes E._____ als sachdienlich. Die übrigen Beweismittel, mithin auch die Aussagen von F._____, vermögen hierzu keine konstruktiven Informationen zu liefern (vgl. hierzu die vorinstanzlichen Ausführungen in E. 3.10.1, 3.10.7). Deshalb wird nachfolgend hierauf nicht näher eingegangen.

6.1 Mit der Vorinstanz sind die Zeugenaussagen der Polizeibeamten G._____ und H._____ als glaubhaft zu taxieren (Urk. 54 E. 3.10.8). Beide Polizeibeamten schilderten das Wahrgenommene spontan, detailliert sowie lebensnah. Lügensignale sind keine erkennbar. Ihre Aussagen sind untereinander stimmig und enthalten insbesondere auch individuell geprägte, originelle Geschehnisse, wie z.B. der Umstand, dass das FinZ-Set (zumindest dessen S. 3) erneut habe ausgefüllt werden müssen, nachdem der Beschuldigte bezüglich des Zeitpunktes des letzten Alkoholkonsums Korrekturen angebracht habe (G._____: Urk. 18/1 Rz 19, 43, 47, 55, 57; H._____: Urk. 17/1 Rz 32, 44). Dies bestreitet im Übrigen selbst der Beschuldigte nicht (Prot. I S. 11; Prot. II S. 20). Auch ergeben sie bei einer Gesamtbetrachtung einen Sinn: Nur weil der Beschuldigte eben klar 21.30 Uhr als Zeitpunkt des letzten Alkoholkonsums angab, bejahte G._____ die unter der Rubrik "Atemalkoholprobe" gestellte Frage, ob die zwanzig Minuten seit Trinkschluss eingehalten worden seien. Denn er wusste, dass das Atemalkoholtestgerät nur unter diesen Bedingungen verlässliche Messwerte liefern konnte (Urk. 18/1 Rz 71; so auch H._____: Urk. 17/1 Rz 17 und 73 ff.). Auf die klaren Aussagen von G._____ und H._____, wonach der Beschuldigte anlässlich der ersten Befragung

mehrmals nach dem Zeitpunkt des *letzten* Alkoholkonsums ("letzter Schluck Alkohol") bzw. dem Trinkende gefragt worden sei und er nie einen Nachtrunk geltend gemacht habe, kann daher abgestellt werden (G._____: Urk. 18/1 Rz 19, 33, 36, 39 f., 43, 47, 55, 57, 77; H._____: Urk. 17/1 Rz 17, 29, 31-36, 39 f., 44 f., 73, 77); Dies gilt umso mehr, als selbst der Beschuldigte die entsprechende, ihm gestellte Frage in seinem Brief vom 20. Juli 2017 an das Strassenverkehrsamt so formulierte (Urk. 72/2: "Die Polizei überrumpelte mich mit diversen Fragen. Darunter die Frage: Wann haben Sie zuletzt Alkohol getrunken"; Prot. II S. 23; vgl. auch Urk. 13/1 Rz 23, wonach die Polizisten ihn diverse Male gefragt hätten, wie spät es gewesen sei).

6.2 Demgegenüber erweisen sich die Aussagen des Beschuldigten mit Bezug auf seinen Alkoholkonsum am Tattag sowohl hinsichtlich des angegebenen Vortrunkes als auch des behaupteten Nachtrunkes als unglaubhaft.

6.2.1 Entgegen den Ansicht der Verteidigung (Urk. 71 S. 6 f.) widerspricht sich der Beschuldigte, was den *Vortrunk* anbelangt, nicht nur bezüglich der Menge an angeblich konsumiertem Bier, sondern ebenfalls mit Bezug auf die Zeitspanne des Konsums bzw. des Konsumortes: Zunächst sollen es zwei bis drei Bier zu Hause bis zuletzt um 21.30 Uhr gewesen sein (Urk. 2 S. 3). Dann will er nur noch ein bis zwei kleine Becher Bier à 0.3 l am Nachmittag bis höchstens 17.00 Uhr in der Badi getrunken haben (Urk. 13/1 Rz 38). Schliesslich sollen es doch wieder zwei bis drei Becher à 0.4 bis 0.5 l Bier gewesen sein, welche er in der Badi zwischen Mittagszeit und ca. 21.00 Uhr konsumiert habe (Prot. I S. 7 f.). Dieses inkonsequente Aussageverhalten weist auf ein Bestreben hin, die eigenen Angaben den vorgehaltenen Beweisergebnissen bzw. Schlussfolgerungen anzupassen (deutlich zu erkennen in z.B. Urk. 2 S. 3 und Urk. 13/1 Rz 12; Urk. 13/1 Rz 38 und 59 sowie Prot. I S. 7). Verlässlich sind sie jedenfalls nicht.

6.2.2 Was den erst ab der zweiten Einvernahme geltend gemachten *Nachtrunk* anbelangt, so widerspricht diese Behauptung zunächst einmal den eigenen Angaben des Beschuldigten anlässlich seiner ersten Befragung, welche der Polizeibeamte G._____ am 26. Juni 2017 ins standardisierte FinZ-Set-Formular handschriftlich übertrug (Urk. 2). Daraus ergibt sich, dass der Beschuldigte auf die

Frage, wann, wieviel, wo und bis wann er vor dem Ereignis Alkohol getrunken und welche alkoholische Getränke er zu sich genommen habe, antwortete, dass er zu Hause bis zuletzt 21.30 Uhr zwei bis drei Bier getrunken habe (Urk. 2 S. 3). Sowohl G._____ als auch H._____ führten diesbezüglich glaubhaft aus, dass sie den Beschuldigten damals mehrmals klar nach dem *letzten* Alkoholkonsum gefragt hätten (vgl. vorstehend E. 6.1). Gemäss den eigenen Zugeständnissen des Beschuldigten und in Übereinstimmung mit den Aussagen der beiden Polizeibeamten handelt es sich bei dieser Zeitangabe sogar um die von ihm korrigierte Version, nachdem er zuerst eine andere Zeit angegeben hatte (G._____ : Urk. 18/1 Rz 19, 43, 47, 55, 57; H._____ : Urk. 17/1 Rz 32, 44; Beschuldigter: Prot. I S. 11 f.; Prot. II S. 20). Aus diesen Umständen lässt sich daher nur schliessen, dass es sich bei der im FinZ-Set vermerkten Zeitangabe (21.30 Uhr) um eine wohlüberlegte Antwort des Beschuldigten auf die Frage nach dem Zeitpunkt des letzten Alkoholkonsums handelte. Offenbar wurde ferner bei der Fragestellung zeitlich nicht unterschieden zwischen dem letzten Konsum *vor* der Fahrt und demjenigen *nach* der Fahrt. Darauf deuten insbesondere auch die Aussagen des Beschuldigten hin, der auf die Frage, ob die Polizei nach einem Nachtrunk gefragt habe, wie folgt antwortete: "Ich habe das als allgemeine Frage aufgefasst, ob ich Alkohol getrunken habe oder nicht." (Prot. I S. 11 f.; Prot. II S. 18; vgl. auch Urk. 72/3, wonach er gefragt worden sei: "Wann haben Sie zuletzt Alkohol getrunken").

Diese Schlussfolgerung wird durch die Berücksichtigung der im FinZ-Set unter der Rubrik "Zusatzbefragung zum Konsum von Alkohol..." gestellten 3. Frage ("Welche Strecke haben Sie seit dem letzten Konsum zurückgelegt?") bestärkt: Aufgrund ihrer offenen Formulierung ("seit dem letztem Konsum") lässt sie es nicht nur zu, sondern lädt geradezu dazu ein, einen allenfalls tatsächlich erfolgten Nachtrunk spätestens hier anzugeben.

Soweit der Beschuldigte geltend macht, dass er die Fragen nicht verstanden habe oder umgekehrt (Urk. 13/1 Rz 134; Urk. 38 S. 13; Prot. II S. 19, 21), ist ihm zu entgegnen, was folgt: Sowohl die 7. ("Weshalb konsumierten Sie, obwohl Sie mit dem Fahrzeug unterwegs waren?") als auch die 8. Frage ("Weshalb liessen Sie Ihr Fahrzeug nicht stehen, nachdem Sie konsumiert hatten?") gehen weitge-

hend von der Annahme eines alleinigen Vortrunkes aus. Bei der Beantwortung dieser Fragen hätte der Beschuldigte Gelegenheit gehabt, anzumerken, dass er nach der eingeklagten Fahrt erneut getrunken habe, was er aber nicht tat. Vielmehr beantwortete er diese Fragen in durchaus vernünftiger und klarer Weise und insbesondere so, als ob es eben überhaupt keinen Nachtrunk gab. Der Inhalt des Protokolls wurde vom Beschuldigten zur Kenntnis genommen und durch diesen unterzeichnet (Urk. 3 S. 2). Es steht somit – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 71 S. 12) – ausser Frage, dass dem Beschuldigten vollkommen klar sein musste, worauf die Fragen, wie auch immer sie gestellt wurden, abzielten. Von "Fangfragen", wie der Beschuldigte sie anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme bezeichnete, kann keine Rede sein (Urk. 13/1 Rz 12, 22). Dass der Beschuldigte die Fragen entsprechend verstanden haben muss, zeigt sich im Übrigen mit besonderer Deutlichkeit darin, dass er – wie bereits erwähnt – die Zeitangabe auf dem FinZ-Set auf 21.30 Uhr änderte, so dass das Formular nochmals ausgefüllt werden musste. Ein Missverständnis ist vor diesem Hintergrund ausgeschlossen.

Ebensowenig kann ferner dem Argument des Beschuldigten etwas abgewonnen werden, wonach er von der Polizei überrumpelt worden sei (Urk. 71 S. 10 f. 13). Nach Ankunft der Polizei wurde gemäss der eigenen Darstellung des Beschuldigten zuerst darüber diskutiert, wer überhaupt das Motorrad gelenkt habe; dann musste der Beschuldigte die Polizeibeamten bis zum Polizeiwagen begleiten und dort einen ersten Atemalkoholtest machen. Schliesslich wurde er in die Polizeistation gefahren und musste den zweiten Atemalkoholtest machen, bevor er befragt wurde (Prot. II S. 17 f.). Von Überrumpelung kann vor diesem Hintergrund keine Rede sein.

Was aber abgesehen vom bereits Erwogenen gewichtig gegen die Glaubhaftigkeit des von ihm behaupteten Nachtrunkes spricht, ist der Umstand, dass es schlicht nicht nachvollziehbar ist, weshalb der Beschuldigte diesen trotz dessen offensichtlich erheblicher Entlastungswirkung nicht gleich bei der ersten Befragung angeben sollte. Einen derart wichtigen Entlastungsmoment vergisst man nicht einfach zu erwähnen. Schon gar nicht vermögen allfällig schüchterne Cha-

rakterzüge des Beschuldigten bzw. Verwirrtheit diese Inkonsistenz zu erklären (Urk. 13/1 Rz 12 f., 20, 56 oder 65; Urk. 38 S. 13; Urk. 71 S. 10 f., 13 f.). Auch der Versuch, die Nichtangabe des Nachtrunks mit dem Umstand zu erklären, dass die Polizeibeamten ihn nicht explizit danach gefragt hätten, vermag diese Unstimmigkeit nicht auszuräumen. Nicht nur widerspricht diese Version den eigenen, ebenfalls getätigten Aussagen, dass er den Polizeibeamten gesagt habe, dass er nach der Fahrt getrunken habe (Prot. II S. 18 f.). Die Polizeibeamten G._____ und H._____ fragten den Beschuldigten darüber hinaus mehrmals klar, wann er zuletzt Alkohol konsumiert habe bzw. – noch deutlicher – wann er den "letzten Schluck Alkohol" zu sich genommen habe, was der Beschuldigte implizit bei der Staatsanwaltschaft auch eingesteht, wenn er aussagt, dass die Polizisten ihn "diverse Male" gefragt hätten, "wie spät" es gewesen sei (Urk. 13/1 Rz 23). Explizit schreibt er sodann in seinem Brief an das Strassenverkehrsamt, dass ihn die Polizeibeamten gefragt hätten, wann er *zuletzt* Alkohol getrunken habe (Urk. 72/3). Das sind klar und unmissverständlich formulierte Fragen. Darauf hätte der Beschuldigte ebenso gut einen Zeitpunkt nach der Fahrt angeben können, statt einen solchen vor der Fahrt. Dies wäre jedenfalls zu erwarten gewesen. Wenn er dies aber erst anlässlich seiner zweiten Befragung tut, so kann das lediglich als inkonsistentes Aussageverhalten, mithin als Lügensignal, interpretiert werden.

Jegliche Restzweifel an der Unglaubhaftigkeit der Aussagen des Beschuldigten werden schliesslich ausgeräumt, wenn man bedenkt, dass selbst die Angaben des Beschuldigten betreffend den angeblichen Zeugen seines Nachtrunkes – mit einer Ausnahme – inkonstant sind und in den Akten weitgehend keine Stütze finden. Während er nämlich mit Schreiben vom 31. August 2017 noch ausführen liess, dass seine Ehefrau, sein Sohn und dessen Freundin den Nachtrunk beobachtet hätten (Urk. 9 S. 2), gab er anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme an, seine Tochter könne dies bezeugen (Urk. 13/1 Rz 12). Sie sei mit ihrer Kollegin zu Hause gewesen, als er von der Tankstelle zurückgekehrt sei (Urk. 13/1 Rz 75). In der gleichen Einvernahme sprach er dann davon, dass sein Sohn ebenfalls zu Besuch bei ihm gewesen sei, dann aber wieder gegangen sei (Urk. 13/1 Rz 77). E._____, der Sohn des Beschuldigten, wurde von der Staatsanwaltschaft befragt. Entgegen den Behauptungen des Beschuldigten erklärte

dieser aber, dass er nicht wisse, ob der Beschuldigte vor oder nach der Fahrt zu Hause Bier getrunken habe (Urk. 14 Rz 34, 40, 45, 51, 55, 64). Was die angeblich mögliche Bezeugung des Nachtrunkes durch die Tochter anbelangt, so erweist sich diese Angabe ebenfalls lediglich als unhaltbare Schutzbehauptung. G._____ und H._____ sagten beide glaubhaft aus, dass sie die Tochter zusammen mit deren Kollegin vor dem Haus angetroffen hätten und dann zur Wohnung des Beschuldigten gegangen seien (H._____: Urk. 17/1 Rz 17; G._____: 18/1 Rz 19). D._____ erklärte in diesem Zusammenhang, dass die Tochter kurz vor Eintreffen der Polizei gekommen sei und ihnen deren Ankunft angekündigt habe (Urk. 15 Rz 15). Aus diesen Aussagen ergibt sich somit, dass die Tochter überhaupt nicht zu Hause gewesen war, bevor die Polizisten dort eintrafen. Demzufolge konnte sie auch nicht bezeugen, dass der Beschuldigte nach der Fahrt und vor Ankunft der Polizei noch Alkohol konsumiert hatte. Der Beschuldigte gab im Ergebnis bewusst wahrheitswidrig an, dass sein Sohn und seine Tochter den Nachtrunk bezeugen könnten. Vor diesem Hintergrund kann der Aussage von D._____, welche als Einzige – und nota bene entgegen den anderslautenden Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung (Prot. II S. 16) – den behaupteten Nachtrunk bestätigte (Urk. 15 Rz 15), kein entlastender Beweiswert beigemessen werden. Insbesondere ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass sie die Ehefrau des Beschuldigten ist, womit sie ein legitimes Interesse haben dürfte, ihren Ehemann zu entlasten. Hinzu kommt, dass sich ihr Aussageverhalten durch selektives Erinnerungsvermögen auszeichnet und deshalb nicht überzeugend ist. Dies stellte bereits die Vorinstanz zutreffend fest. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. 54 E. 3.10.5).

Aus dem von der Verteidigung vorgebrachten Umstand, dass die Polizeibeamten die Wohnung nicht nach leeren Bierdosen oder Ähnlichem durchsuchten (Urk. 9 S. 2; Urk. 38 S. 10 ff.; Urk. 71 S. 11), kann der Beschuldigte ebensowenig etwas zu seinen Gunsten ableiten, nachdem er in der ersten Befragung keinen Nachtrunk geltend machte. Nur deshalb sahen die Polizeibeamten wohl keinen Grund zur Durchsuchung der Wohnung. Angesichts des von ihnen als Polizeibeamten stets zu wahrenen Verhältnismässigkeitsgrundsatz kann ihnen jedenfalls

weder ein Vorwurf gemacht werden noch lässt dieser Umstand den erst später behaupteten Nachtrunk glaubhafter erscheinen.

6.2.3 Zu berücksichtigen bleibt schliesslich nur noch der Umstand, dass sich weder der Vortrunk noch der erst später behauptete Nachtrunk mit dem Ergebnis des Alkoholgutachtens vereinbaren lassen (vgl. Urk. 21/1-2 und 21/5; Prot. I S. 12 f.). Dies hat bereits die Vorinstanz erwogen. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (Urk. 54 E. 3.10.2).

6.2.4. Bei einer Gesamtwürdigung aller relevanten Beweismittel lassen sich somit allein die ersten, im FinZ-Set deponierten Aussagen des Beschuldigten mit dem Beweisergebnis vereinbaren. Der Beschuldigte ist folglich – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Prot. I S. 17 f.) – darauf zu behaften. Ergo ist erstellt, dass der Beschuldigte lediglich vor der eingeklagten Fahrt Alkohol trank. Ein Nachtrunk ist nicht erfolgt. Bei diesem Beweisergebnis erübrigt sich auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage, welche Mindestmenge Bier der Beschuldigte hätte konsumieren müssen, um eine Atemalkoholkonzentration von 0.24 mg/l bzw. 0.39 mg/l – statt 0.43 mg/l – zu erreichen (Urk. 56 S. 3).

7. Der Anklagesachverhalt ist demzufolge vollumfänglich erstellt.

III. Rechtliche Würdigung

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten – entsprechend dem Antrag der Staatsanwaltschaft – des vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand schuldig (Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 VRV und Art. 1 sowie 2 der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr; Urk. 54 E. 4). Dieser rechtlichen Würdigung ist zuzustimmen, nachdem der Anklagesachverhalt erstellt ist und die Grenze für eine qualifizierte Atemalkoholkonzentration bei 0.4 mg/l liegt.

IV. Strafe

1. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der Strafzumessung zutreffend dargelegt (Urk. 54 E. 5.1.2, 5.3.1, 5.4.1). Darauf kann verwiesen werden. Ebenfalls hat sie den für Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG angedrohten Strafraum von einer Geldstrafe bis zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe korrekt abgesteckt (Urk. 54 E. 5.1.1).

2.1 Die objektive Tatschwere zeichnet sich im konkreten Fall zunächst dadurch aus, dass die beim Beschuldigten gemessene Atemalkoholkonzentration von 0.43 mg/l nur knapp über der Grenze für den qualifizierten Fall (0,40 mg/l) liegt. Ebenfalls verschuldensmindernd ist zu berücksichtigen, dass er nur eine kurze Strecke in qualifiziert alkoholisiertem Zustand mit einem Motorrad fuhr, wobei kaum Verkehrsaufkommen herrschte. Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, fällt allerdings zu Lasten des Beschuldigten ins Gewicht, dass er seine Ehefrau mitführte und nachts fuhr. Dadurch schuf er nicht nur für seine Ehefrau eine Gefahr, sondern allgemein für andere Verkehrsteilnehmer, erfordert doch das Fahren zur Nachtzeit aufgrund der schlechteren Sichtverhältnisse besondere Aufmerksamkeit und Vorsicht, denen er angesichts seiner alkoholbedingten, reduzierten Wahrnehmungsfähigkeit nicht gewachsen sein konnte. Das objektive Verschulden des Beschuldigten ist unter den gegebenen Umständen insgesamt noch als leicht einzustufen.

2.2 Was die subjektive Tatschwere anbelangt, so ist neutral zu veranschlagen, dass der Beschuldigte vorsätzlich und aus rein egoistischen Motiven, insbesondere aus Bequemlichkeit, handelte. Verschuldenserhöhend ist zu berücksichtigen, dass es für ihn ein Leichtes gewesen wäre, den ca. fünfminütigen Weg zur Tankstelle zu Fuss zurückzulegen. Es gab keine sachlichen Gründe, weshalb der Beschuldigte stattdessen mit dem Motorrad dorthin hätte fahren müssen. Das subjektive Verschulden wirkt sich demnach – in Abweichung zur vorinstanzlichen Strafzumessung – zwar leicht erhöhend aus. Das von der Vorinstanz festgelegte und nach Berücksichtigung der objektiven Tatschwere ermittelte Verschuldensprädikat "leicht" erweist sich aber im Ergebnis dennoch als gerade noch angemessen.

2.3 Angesichts der von der vorinstanzlichen Einschätzung leicht abweichenden Bewertung der subjektiven Tatschwere ist die hypothetische Einsatzstrafe auf 40 Tagessätze festzusetzen.

3. Die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu den Tatkomponenten können – mit Ausnahme derjenigen zu den Vorstrafen (Urk. 54 E. 5.3.3) – vollumfänglich übernommen werden (Urk. 54 E. 5.3). Weder aus den persönlichen Verhältnissen noch aus seinem Nachtatverhalten ergeben sich straf erhöhende oder -mindernde Kriterien. Nachdem die von der Vorinstanz noch straf erhöhend berücksichtigten Vorstrafen inzwischen gelöscht sind, verbietet sich nunmehr eine Straferhöhung unter diesem Titel (Urk. 55). Eine minimale Straferhöhung wäre dahingegen aufgrund des einschlägig getrübteten, automobilistischen Leumundes des Beschuldigten (Urk. 4/6) mit der Vorinstanz angebracht. Nachdem mangels Anfechtung der Staatsanwaltschaft allerdings das Verbot der reformatio in peius im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO zu beachten ist, hat es im Ergebnis bei der von der Vorinstanz festgesetzten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu bleiben.

4. Die zur Bestimmung der Tagessatzhöhe rechtlich relevanten Grundlagen sowie tatsächlich massgebenden finanziellen Verhältnisse legte die Vorinstanz zutreffend dar (Urk. 54 E. 5.4). Dies braucht nicht wiederholt zu werden.

4.1. Ergänzend ist festzuhalten, dass die Höhe der einzelnen Tagessätze trotz des vorliegend zu beachtenden Verbots der reformatio in peius zu Lasten des Beschuldigten angepasst werden darf, wenn sich dessen finanzielle Verhältnisse seit der Urteilsfällung der Vorinstanz verbessert haben. Denn für Tatsachen, von denen erst nach dem erstinstanzlichen Urteil Kenntnis erlangt wurde, sieht Art. 391 Abs. 2 Satz 2 StPO explizit einen Vorbehalt vor (vgl. Urteil BGer 6B_712/2017 vom 23. Mai 2018, E. 5.4.3).

4.2. Die finanziellen Verhältnisse haben sich gemäss den Angaben des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung sowie der von ihm eingereichten Unterlagen im Ergebnis nicht wesentlich geändert (Urk. 67 und 68/1-5; Prot. II S. 7 f.). Zwar arbeitete der Beschuldigte ab dem 9. November 2018 bei der I. _____ GmbH als Bauarbeiter (Urk. 67 S. 2; Urk. 68/4) und erhielt im genannten

Monat einen Nettolohn von Fr. 3'919.25 (Urk. 68/5). Da dieses Arbeitsverhältnis aber per Ende Mai 2019 wieder aufgelöst wurde, verfügt er zurzeit wiederum über kein monatliches Einkommen. Seine Krankenkassenprämien betragen aktuell Fr. 430.80 pro Monat (Urk. 68/1 S. 2). Die Miete für Wohnung und Autoeinstellplätze beläuft sich auf insgesamt Fr. 1'852.– pro Monat (Urk. 68/2 und 3). Er hat kein Vermögen, sondern Schulden in der Höhe von Fr. 50'000.– bis Fr. 60'000.– (Prot. S. 5 f.; Urk. 13/1 S. 24; Prot. II S. 9 f.). Unter Berücksichtigung der aktuellen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten rechtfertigt es sich somit, die von der Vorinstanz auf Fr. 20.– festgesetzte Tagessatzhöhe zu bestätigen.

V. Vollzug

Die Vorinstanz gewährte dem Beschuldigten in Bezug auf die auszufällende Geldstrafe den bedingten Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren (Urk. 54 E. 6). Dabei hat es zu bleiben, nachdem – wie bereits mehrfach erwähnt – das Verbot der reformatio in peius zu beachten ist (Art. 391 Abs. 2 StPO) und sich die Festsetzung der Probezeit auf drei Jahre in Anbetracht des getrübten automobilistischen Leumundes als gerechtfertigt erweist.

VI. Kostenfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 4 und 5) unter Hinweis auf Art. 426 Abs. 1 StPO zu bestätigen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Der Beschuldigte unterliegt vollumfänglich. Somit sind die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten seiner amtlichen Verteidigung in der Höhe von gesamthaft Fr. 3'700.– erweisen sich als angemessen und sind auf die Ge-

richtskasse zunehmen. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des vorsätzlichen Fahrens in fahruntfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 VRV sowie Art. 1 und 2 der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 20.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'700.– amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt vorbehalten.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten

- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

8. 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, 10. Mai 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Karabayir

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.