

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB190266-O/U/ad

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Stiefel und Ober-  
richterin lic. iur. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin MLaw Höchli

## Urteil vom 13. September 2019

in Sachen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. Jäger, Hermann

Anklägerin und Erstberufungsklägerin

gegen

**A.\_\_\_\_\_,**

Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend **Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahruntfähigkeit etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom  
12. Februar 2019 (GG180049)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 23. Oktober 2018 (Urk. 29) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG,
  - des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.– (entsprechend Fr. 1'200.–), wovon 4 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
4. Das von der Kantonspolizei Zürich sichergestellte und unter der Lagernummer AO11'338'571 aufbewahrte 1 Paar Sportschuhe wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen hin herausgegeben. Werden die Schuhe nicht innert 90 Tagen herausverlangt, wird Verzicht angenommen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
  - Fr. 900.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
  - Fr. 2'000.00 Gebühr für die Strafuntersuchung,
  - Fr. 134.35 Auslagen Vorverfahren,
  - Fr. 6'600.00 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt.).

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebür um einen Drittel.

6. Die Entscheidgebür sowie die Auslagen des Vorverfahrens werden dem Beschuldigten vollumfänglich auferlegt. Die Gebür der Strafuntersuchung wird dem Beschuldigten im Umfang von Fr. 1'200.– auferlegt und im Mehrbetrag auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden im Umfang von Fr. 1'000.– (inkl. MwSt.) definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Im Mehrbetrag werden die Kosten der amtlichen Verteidigung einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen.

#### **Berufungsanträge:**

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 62 S. 1)

1. Es sei der Beschuldigte freizusprechen. Für die zu Unrecht erstandene Haft von vier Tagen sei ihm eine Genugtuung von Fr. 200.– pro Hafttag auszurichten. Die Kosten der Strafuntersuchung, des erstinstanzlichen Gerichts sowie des Obergerichts seien auf die Staatskasse zu nehmen. Dem Beschuldigten sei eine Entschädigung für die im Zusammenhang mit dem obergerichtlichen Verfahren entstandenen Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 2'613.65 zuzusprechen und für das erstinstanzliche Verfahren in der Höhe von Fr. 6'600.– (inkl. MwSt.)
2. Eventualiter sei der Beschuldigte im Falle einer Verurteilung mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft und Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten seien dem Beschuldigten aufzuerlegen, die Gebür für die Strafuntersuchung im Umfang von Fr. 700.–. Die Gerichtskosten des Obergerichts seien dem Beschuldigten aufzuerlegen und die amtliche Verteidigung sei mit

Fr. 2'613.65 zu entschädigen. Die Verteidigungskosten für das erstinstanzliche Verfahren seien im Umfang von 2/3 (Fr. 4'400.–) definitiv auf die Staatskasse zu nehmen und im Restumfang (1/3 = Fr. 2'200.–) unter Vorbehalt des Rückgriffsrechts des Staates vorläufig auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland:

(Urk. 56, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

---

**Erwägungen:**

**I. Verfahrensverlauf**

1. Mit Urteil vom 12. Februar 2019 sprach das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, den Beschuldigten der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit sowie des Fahrens ohne Berechtigung schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.–, unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren. Auf die von der Staatsanwaltschaft beantragte Anordnung einer fakultativen Landesverweisung verzichtete die Vorinstanz, jedoch ohne dies im Urteilsdispositiv zum Ausdruck zu bringen. Weiter wurde über die Herausgabe eines sichergestellten Paar Sportschuhe entschieden und es wurden die Kosten- und Entschädigungsfolgen geregelt (Urk. 49).

2.1 Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 13 ff.) meldeten die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 18. Februar 2019 und der Beschuldigte mit Eingabe vom 21. Februar 2019 rechtzeitig Berufung an (Urk. 42; Urk. 43; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 9. Mai 2019 reichte die

amtliche Verteidigung mit Eingabe vom 27. Mai 2019 fristwährend eine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 48; Urk. 53). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Eingabe vom 10. Mai 2019 den Rückzug ihrer Berufung (Urk. 51). Davon ist Vormerk zu nehmen. Mit Präsidialverfügung vom 29. Mai 2019 wurde die Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft zugestellt und Frist für Anschlussberufung oder einen Nichteintretensantrag angesetzt. Ausserdem wurde der Beschuldigte unter Hinweis auf sein Aussageverweigerungsrecht aufgefordert, ein Datenerfassungsblatt auszufüllen (Urk. 54). Mit Eingabe vom 12. Juni 2019 erklärte die Staatsanwaltschaft, auf eine Anschlussberufung zu verzichten (Urk. 56). Am 20. Juni 2019 liess der Beschuldigte das ausgefüllte Datenerfassungsblatt einreichen (Urk. 59; Urk. 60).

2.2 Die Berufungsverhandlung fand heute in Anwesenheit des Beschuldigten und seiner amtlichen Verteidigerin statt (Prot. II S. 3 ff.).

## **II. Prozessuales**

1. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte verlangt mit seiner Berufung einen vollumfänglichen Freispruch und entsprechend die Zusprechung einer Genugtuung für die zu Unrecht erstandene Haft von 4 Tagen (Urk. 53). Ausdrücklich unangefochten lässt der Beschuldigte den vorinstanzlichen Entscheid einzig hinsichtlich Dispositivziffer 4 (Herausgabe Sportschuhe). Dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 12. Februar 2019 in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist, ist vorab mittels Beschluss festzustellen.

2.1 Wie bereits vor Vorinstanz lässt der Beschuldigte nun auch im Berufungsverfahren eine Verletzung des Anklageprinzips geltend machen. So geht aus seiner Sicht aus der Anklageschrift nicht genau hervor, auf welcher Strasse er ohne Berechtigung gefahren sein soll. Insbesondere sei die Umschreibung in der Anklageschrift, gemäss welcher er auf der ...-Strasse gefahren sein soll, nicht mit den Angaben aus den Polizeirapporten vereinbar. In diesen seien entweder die

Strasse bzw. der Vorplatz der Liegenschaft ...-Strasse 1 oder eine Einbahnstrasse, welche parallel zur ...-Strasse verlaufe, als Handlungsorte vermerkt. Aufgrund dieser Diskrepanzen sei die Anklagebehörde ihrer Aufgabe, aufzuzeigen, wodurch er sich strafbar gemacht haben solle, nicht nachgekommen. Ausserdem liess der Beschuldigte vorbringen, dass eine Verurteilung für das Fahren ohne Berechtigung auf der von der Polizei erwähnten kleinen Strasse parallel zur ...-Strasse nicht mit der Anklage vereinbar wäre und mithin wiederum eine Verletzung des Anklageprinzips vorliegen würde (Urk. 35 S. 2; Urk. 62 S. 2 f.).

2.2 Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion; Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 9 und Art. 325 StPO; Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (vgl. Art. 350 StPO). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). Der Beschuldigte muss aus der Anklage ersehen können, wessen er angeklagt ist. Das bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass der Betroffene genau weiss, welcher konkreter Handlungen er beschuldigt und wie sein Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit er sich in seiner Verteidigung richtig vorbereiten kann. Er darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (BGE 143 IV 63 E. 2.2).

2.3 Gemäss dem Anklagesachverhalt betreffend den Vorwurf des Führens eines Motorfahrzeuges wird dem Beschuldigten vorgeworfen, auf der ...-Strasse in Opfikon einen Personenwagen gelenkt zu haben. Präzisierend ist als Deliktort zudem die ...-Strasse 1 in 8152 Opfikon aufgeführt (Urk. 29 S. 2). Die Liegenschaft mit der Adresse "...-Strasse 1" befindet sich nicht direkt an der als "...-Strasse" benannten Hauptstrasse, sondern leicht versetzt zu dieser, an einer von

dieser Hauptstrasse wegführenden parallel zu dieser geführten Zufahrtsstrasse zu den Liegenschaften ...-Strasse 2 - 3 (vgl. <https://www.google.ch/maps/@...>). Daran, dass der in der Anklage als Handlungsort bezeichneten Liegenschaft als Adresse ebenfalls der Name "...-Strasse" zukommt, zeigt sich, dass es sich auch bei dieser Zufahrtsstrasse noch um die ...-Strasse handelt. In der Umschreibung in der Anklageschrift, gemäss welcher der Beschuldigte auf der ...-Strasse gefahren sei, ist daher weder ein Widerspruch zur detaillierteren Angabe, Deliktort sei die Liegenschaft an der ...-Strasse 1 gewesen, noch zu den Angaben aus den Polizeirapporten, wonach der Beschuldigte auf einem Vorplatz der Liegenschaft an der ...-Strasse 1 bzw. auf einer Parallelstrasse zur ...-Strasse gefahren sei, zu sehen. Im Übrigen war dem Beschuldigten auch aufgrund der genauen zeitlichen Umschreibung in der Anklageschrift sowie angesichts der detaillierten Vorhalte in seinen Einvernahmen stets bekannt, welcher Vorfall ihm zur Last gelegt wurde. Es war ihm somit möglich, sich rechtsgenügend zu verteidigen. Eine Verletzung des Anklageprinzips aufgrund einer ungenügenden Umschreibung des Anklagevorwurfs liegt daher nicht vor. In Anbetracht dessen, dass es sich auch bei der Zufahrtsstrasse zur Liegenschaft "...-Strasse 1" noch um die "...-Strasse" handelt, würde auch ein Schuldspruch wegen Fahrens ohne Berechtigung auf jener Zufahrtsstrasse nicht dem Anklageprinzip zuwiderlaufen.

3.1 Noch vor Vorinstanz liess der Beschuldigte weiter vorbringen, dass seine Aussagen aus den polizeilichen Einvernahmen sowie aus der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme, in welchen er nicht verteidigt gewesen sei, einem Verwertungsverbot unterliegen würden. So wäre aus seiner Sicht bereits zum Zeitpunkt der ersten polizeilichen Einvernahme erkennbar gewesen, dass ein Fall einer notwendigen Verteidigung vorgelegen habe, weshalb ihm auch bereits zu jenem Zeitpunkt eine Verteidigung hätte bestellt werden müssen (Urk. 35 S. 3 f.).

3.2.1 Gemäss Art. 131 Abs. 1 StPO hat die Verfahrensleitung darauf zu achten, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird, wenn ein Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt. Ab welchem Zeitpunkt die notwendige Verteidigung im Vorverfahren sichergestellt sein muss, ist in der Lehre umstritten. Einhellig wird jedoch verlangt, dass dem Beschuldigten im Falle einer notwendigen Ver-

theidigung diese spätestens im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung beigegeben wird (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_178/2017 und 6B\_191/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.2.1). Wird die Untersuchung verspätet eröffnet und die erkennbar notwendige Verteidigung zu spät sichergestellt, unterliegen die nach dem für die Untersuchungseröffnung relevanten Zeitpunkt erhobenen Beweise der Beweisverwertungseinschränkung von Art. 131 Abs. 3 StPO (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_178/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.6; Ruckstuhl, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK-Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2014, N. 5a zu Art. 131).

3.2.2 Eine formelle Untersuchungseröffnung ist in diesem Fall aus den Akten nicht ersichtlich. Aus dem Polizeirapport vom 25. Dezember 2017 geht hervor, dass die fallführende Staatsanwältin lic. iur. Godan Gacesa am 25. Dezember 2017 um 12.45 Uhr telefonisch informiert worden sei (Urk. 1 S. 4). Der Umstand, dass keine formelle Untersuchungseröffnung dokumentiert ist, bleibt bei der Beurteilung, ob dem Beschuldigten vor seiner polizeilichen Einvernahme im Sinne von Art. 131 Abs. 1 StPO eine Verteidigung hätte bestellt werden müssen, unbeachtlich, da dies nicht zu seinem Nachteil gereichen darf. Die fragliche Verfügung erfolgt denn auch nur amtsintern und hat rein deklaratorische Bedeutung ohne eine materiell-prozessrechtliche Funktion (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_178/2017 und 6B\_191/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.5).

3.2.3 Die Staatsanwaltschaft eröffnet gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO eine Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt. Dabei werden erhebliche Gründe verlangt, die für einen Tatverdacht sprechen, nicht aber notwendigerweise für einen dringenden Tatverdacht (Urk. 58 S. 7 f.; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_178/2017 und 6B\_191/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.2.2). Weiter eröffnet die Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO dann eine Untersuchung, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet.

3.2.4 In diesem Fall ordnete die Staatsanwaltschaft bereits am 25. Dezember 2017 um 02:05 Uhr mündlich eine Blutentnahme und mithin eine Zwangs-

massnahme im Sinne von Art. 241 StPO an (Urk. 6/1 S. 5). Entsprechend hätte die Staatsanwaltschaft bereits zu jenem Zeitpunkt eine Untersuchung eröffnen müssen. Überdies hätte auch aus anderen Gründen spätestens nach der polizeilichen Einvernahme vom Nachmittag des 25. Dezember 2017 eine Untersuchung eröffnet werden müssen. So ging aus dem Polizeirapport vom 25. Dezember 2017 hervor, dass der Beschuldigte über keinen gültigen Führerausweis verfügte, als er durch die Polizei beim Lenken eines Personenwagens angehalten wurde. Ausserdem gab er sich gemäss den Angaben in jenem Polizeirapport bei jener Anhaltung als sein Bruder aus. Zudem geht auch daraus hervor, dass er im Spital Bülach eine Blutabnahme verweigert habe (Urk. 1 S. 5 ff.). Schliesslich ist jenem Polizeirapport auch zu entnehmen, dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Anhaltung über keine gültige Aufenthaltsbewilligung verfügt habe (Urk. 1 S. 6). Neben der falschen Anschuldigung, dem Fahren ohne Berechtigung, der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahruntfähigkeit wurde zu jenem Zeitpunkt auch noch wegen weiterer Vorwürfe rapportiert. Diese übrigen Vorwürfe des Diebstahls und der Tötlichkeiten gründeten zum damaligen Zeitpunkt jedoch einzig auf den Angaben des Geschädigten sowie denjenigen einer Auskunftsperson (Urk. 1 S. 4 f.). Aufgrund der Feststellungen der Polizei hinsichtlich der Vorwürfe der falschen Anschuldigung, dem Fahren ohne Berechtigung, der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahruntfähigkeit, welche zudem vom Beschuldigten in seiner polizeilichen Einvernahme vom Nachmittag des 25. Dezember 2017 bestätigt wurden (Urk. 7/2 S. 1 ff.), lag somit spätestens nach jener Einvernahme ein Tatverdacht hinsichtlich dieser Delikte vor. Entsprechend hätte die Staatsanwaltschaft zu jenem Zeitpunkt eine Untersuchung eröffnen und gegebenenfalls die (notwendige) Verteidigung sicherstellen müssen.

3.3.1 Die Frage der Erkennbarkeit betreffend die notwendige Verteidigung orientiert sich an objektiven Massstäben (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_178/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 2.6). Unter anderem muss eine beschuldigte Person dann notwendig verteidigt werden, wenn ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine Landesverweisung droht (Art. 130 lit. b StPO). Massgebend ist nicht die abstrakte Strafandrohung, sondern die konkret drohen-

de Strafe. Diese soll nach objektiver und ausgewogener Beurteilung bestimmt werden, wobei eine relativ entfernte Möglichkeit aber bereits genügt (Ruckstuhl, a.a.O., N 18 zu Art. 130).

3.3.2 Keines der Delikte, welchen der Beschuldigte zum damaligen Zeitpunkt verdächtigt wurde, unterliegt der Androhung einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe. Auch findet sich keines jener Delikte im Katalog jener Tatbestände, welche gemäss Art. 66a StGB die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung zur Folge haben. Lediglich aufgrund der Tatsache, dass der Beschuldigte der Erfüllung jener Tatbestände verdächtigt wurde, bestand daher kein Anlass von einer drohenden Strafe von mehr als einem Jahr oder von einer drohenden Landesverweisung auszugehen. Zwar wurde der Beschuldigte zum damaligen Zeitpunkt der Begehung einer Vielzahl von Delikten verdächtigt. Da jedoch bereits zu Beginn des Vorverfahrens feststand, dass dem Beschuldigten in Bezug auf keine der im Raum stehenden Taten ein schweres Verschulden angelastet würde, musste vor der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme trotz der Vielzahl vorgeworfener Delikte auch nicht davon ausgegangen werden, dass dem Beschuldigten eine Strafe von über einem Jahr oder eine fakultative Landesverweisung drohen würden. An dieser Einschätzung ändert auch der Umstand nichts, dass die einvernehmende Staatsanwältin den Beschuldigten am Schluss der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme darauf hinwies, dass er in diesem Verfahren im Sinne von Art. 130 StPO verteidigt werden müsse (Urk. 7/3 S. 5). Wie zuvor erwogen, ist zur Beurteilung der Frage der Erkennbarkeit einer notwendigen Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. b StPO auf die konkret drohende Strafe abzustellen und diese wiederum ist nach objektiver Beurteilung und demnach von der damals von der Staatsanwaltschaft vertretenen Auffassung unabhängig zu bestimmen. Dass noch vor der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme eine Verteidigung hätte bestellt werden müssen, ist daher zu verneinen. Entsprechend unterliegen die Aussagen des Beschuldigten aus den beiden polizeilichen Einvernahmen und der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme auch nicht dem Beweisverwertungsverbot von Art. 131 Abs. 3 StPO.

3.4 Selbst wenn jedoch von einer Unverwertbarkeit der polizeilichen Einvernahmen sowie der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme ausgegangen würde, läge ein zu Lasten des Beschuldigten verwertbares Geständnis vor. So erklärte der Beschuldigte anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 3. September 2018 in Anwesenheit seiner amtlichen Verteidigung auf den Vorhalt, es werde ihm das Fahren ohne Berechtigung sowie die Verweigerung einer Blutentnahme vorgeworfen, dass er auf seine bereits gemachten Aussagen verweise und nun dasselbe wieder sagen würde (Urk. 7/4 S. 2). Auf seine zuvor in den polizeilichen Einvernahmen sowie in der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme gemachten Aussagen nahm er dabei Bezug, ohne dass ihm diese zuvor seitens der Staatsanwaltschaft konkret vorgehalten worden wären. Entsprechend erfolgte dieser Verweis des Beschuldigten auf sein zuvor gemachtes Geständnis, ohne dass seitens der Staatsanwaltschaft in Missachtung von Art. 141 StPO aus unverwertbaren Einvernahmen erlangte Erkenntnisse verwendet worden wären.

### **III. Sachverhalt**

1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift einerseits vorgeworfen, am 25. Dezember 2017 um ca. 01:15 Uhr im Wissen darum, dass er nicht über den dazu notwendigen Führerausweis verfügte, den Personenwagen mit dem Kontrollschild ZH ... auf der ...-Strasse in Opfikon auf Höhe der Liegenschaft ...-Strasse 1 gelenkt zu haben. Ausserdem wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, sich in derselben Nacht um ca. 02:05 Uhr gegen die von Staatsanwalt lic. iur. Oliver Bertschy mündlich angeordnete Blutentnahme geweigert zu haben, indem er erklärt habe, kein Blut geben zu wollen.

2. Dass sich der Sachverhalt wie in der Anklageschrift umschrieben abgespielt habe, hat der Beschuldigte sowohl im Vorverfahren als auch vor Vorinstanz anerkannt (Urk. 7/4 S. 7; Prot. I S. 9 ff.). Im Rahmen der Berufungsverhandlung belies er es dabei, auf seine zuvor gemachten Aussagen zu verweisen. Im Übrigen machte er von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch (Prot. II S. 9 f.). Was die Örtlichkeit betrifft, an welcher er einen Personenwagen lenkend

angehalten wurde, erklärte der Beschuldigte, dass er auf einer Nebenstrasse gefahren sei (Urk. 7/2 S. 3). Sein diesbezügliches Geständnis stimmt mit dem übrigen Untersuchungsergebnis überein. Der Anklagesachverhalt erweist sich daher mit vorstehender Präzisierung hinsichtlich des Handlungsorts des Fahrens ohne Berechtigung als erstellt.

#### **IV. Rechtliche Würdigung**

1.1 Was den Vorwurf des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG betrifft, macht der Beschuldigte geltend, dass es sich bei jener Strasse, auf welcher er angehalten worden sei, gar nicht um eine öffentliche Strasse im Sinne von Art. 1 Abs. 1 SVG handle und daher die Strafbestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes hinsichtlich seiner Fahrt auf jener Strasse gar nicht zur Anwendung gelangen würden. Dass es sich um eine private und nicht um eine öffentliche Strasse gehandelt habe, leitet der Beschuldigte daraus ab, dass die Örtlichkeit, an welcher er den Personenwagen gelenkt habe, nicht allgemein zugänglich sei, sondern nur Anwohnern vorbehalten werde, was durch ein Schild gekennzeichnet gewesen sei (Urk. 35 S. 2 f.; Urk. 62 S. 4 f.). Im Rahmen der Berufungsverhandlung liess der Beschuldigte zudem Google-Streetview-Ausdrucke eines Abschnitts der ...-Strasse einreichen. In diesem Zusammenhang liess er vorbringen, dass aufgrund der auf den Ausdrucken erkennbaren Abschrankung sowie angesichts der ebenfalls sichtbaren Verbotsschilder nicht ausgeschlossen werden könne, dass es auf jener Strasse Bereiche gebe, welche nur für Berechtigte passierbar seien und in welchen daher das SVG nicht zur Anwendung gelange (Urk. 62 S. 4; Urk. 63).

1.2 Darauf, dass das Strassenverkehrsgesetz nur in Bezug auf öffentliche Strassen Anwendung findet, wurde bereits durch die Vorinstanz hingewiesen. Weiter kann auch hinsichtlich der Definition einer öffentlichen Strasse im Sinne des SVG auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 11; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine Strasse ihren öffentlichen Charakter auch dann nicht verliert, wenn sie nur unter

gewissen Einschränkungen (z.B. nur als Fahrrad-, Fuss- oder Wanderweg, vgl. etwa Art. 43 SVG) oder nur für bestimmte Zwecke (Kirch- oder Schulweg) benützt werden darf, in diesem Rahmen aber jedermann zur Verfügung steht. Zumal der Kreis der Benützer in all diesen Fällen unbestimmbar und damit das Schutzbedürfnis der Öffentlichkeit gegeben ist (BGE 86 IV 29 E. 2; Weissenberger, Kommentar SVG, 2. Aufl., Zürich 2015, N 7 zu Art. 1). Dementsprechend kann beispielsweise ein privater Vorplatz, der einem unbestimmbaren Personenkreis zur Benützung offen steht, nur durch ein signalisiertes Verbot oder durch eine Abschränkung dem öffentlichen Verkehr und damit der Herrschaft des SVG entzogen werden (BGE 104 IV 105 E. 3; Weissenberger, a.a.O., N 7 zu Art. 1).

1.3 Zwar erwies es sich aufgrund der Angaben des Beschuldigten sowie der Rapportierung der Polizei als erstellt, dass der Beschuldigte zum fraglichen Zeitpunkt auf der ...-Strasse ein Fahrzeug lenkte. Angesichts der unterschiedlichen Angaben zum Tatort ("Strasse, Vorplatz ...-Strasse 1" [Urk. 1 S. 1]; Einbahnstrasse, welche parallel zur ...-Strasse verläuft in Richtung Opfikon-Glattbrugg" [Urk. 1 S. 3]) kann gestützt auf den vorhandenen Polizeirapport jedoch nicht genau eruiert werden, auf welchem Abschnitt der ...-Strasse der Beschuldigte unterwegs war. Auf den Google-Streetview-Ausdrucken eines Abschnitts der ...-Strasse ist sodann zu sehen, dass zumindest eine Zufahrtsstrasse zu Liegenschaften an der ...-Strasse mit einer Abschränkung versehen ist und neben dieser Abschränkung auch noch ein Verbotsschild positioniert ist (Urk. 63). Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass es entsprechend dem Vorbringen des Beschuldigten tatsächlich Abschnitte der ...-Strasse gibt, welche nur einem genau bestimmten Personenkreis zugänglich und somit vom Geltungsbereich des SVG ausgenommen sind. Da nicht abschliessend beurteilt werden kann, welchen Streckenabschnitt der Beschuldigte zum fraglichen Zeitpunkt befuhr, kann entsprechend auch nicht ausgeschlossen werden, dass er lediglich auf einem Strassenabschnitt ein Fahrzeug lenkte, welcher sich der Anwendbarkeit des Strassenverkehrsgesetzes entzieht.

1.4 Demnach ist der Beschuldigte vom Vorwurf des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG freizusprechen.

2.1 Der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG macht sich strafbar, wer sich als Motorfahrzeugführer vorsätzlich einer Blutprobe, einer Atemalkoholprobe oder einer anderen vom Bundesrat geregelten Voruntersuchung, die angeordnet wurde oder mit deren Anordnung gerechnet werden musste, oder einer zusätzlichen ärztlichen Untersuchung widersetzt oder entzogen hat oder den Zweck dieser Massnahmen vereitelt hat. Was die theoretischen Ausführungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen betrifft, kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass bereits die Vorinstanz darauf hinwies, dass zur Erfüllung des Tatbestandes grundsätzlich bereits rein verbaler Widerstand genügt (Urk. 49 S. 8; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.2 Die Verteidigung macht geltend, dass in diesem Fall keine Dringlichkeit bestanden habe, welche eine mündliche Anordnung der Blutentnahme gerechtfertigt hätte. Weiter bringt sie vor, dass die Anordnung der Blutentnahme auch dann, wenn das Erfordernis der Dringlichkeit bejaht würde, als rechtswidrig qualifiziert werden müsste, da keine nachträgliche schriftliche Bestätigung der mündlich erfolgten Anordnung vorliege. Diesbezüglich bezieht sie sich auf die Erwägungen im Bundesgerichtsentscheid 6B\_307/2017 vom 19. Februar 2018 (E. 1.3.1). Schliesslich wäre der Beschuldigte gemäss der Verteidigung aber ohnehin von diesem Vorwurf freizusprechen, weil er sich gegen eine Urinprobe nicht gewehrt habe und eine Auswertung dieser Probe zur Feststellung der Fahrfähigkeit ausgereicht hätte. Überdies hätte gemäss der Verteidigung der Grad der Alkoholisierung auch mittels einer zwangsweise angeordneten Blutentnahme festgestellt werden können (Urk. 35 S. 5; Urk. 62 S. 5 ff.).

3.3.1 Die Vorinstanz gelangte zu Recht zum Schluss, dass die zunächst mündlich erfolgte Anordnung der Blutentnahme durch Staatsanwalt lic. iur. Oliver Bertschy nicht zu beanstanden ist. Wie von der Vorinstanz erwogen, ist eine mündliche Anordnung einer Zwangsmassnahme gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO in dringenden Fällen möglich. Gerade da sich der Blutalkoholgehalt mit zunehmendem Zeitablauf weiter reduziert und sich die Bestimmung des Alkoholisierungsgrads zum Tatzeitpunkt entsprechend als immer schwieriger erweist, rechtfertigte

sich in diesem Fall die vorerst nur mündliche Anordnung der Blutentnahme ohne Weiteres (Urk. 49 S. 8 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.3.2 Was das weitere Vorbringen, das Fehlen einer nachträglichen schriftlichen Bestätigung jener Anordnung stehe einer Verurteilung des Beschuldigten wegen dieses Vorwurfs entgegen, betrifft, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass zutrifft, dass die zunächst mündliche Anordnung nicht nachträglich schriftlich bestätigt wurde. Zwar liegt eine Aktennotiz von Staatsanwalt lic. iur. Oliver Bertschy vom 9. Januar 2018 bei den Akten, mit welcher er einerseits bestätigt, dass am 25. Dezember 2017 um 02:05 Uhr eine Blut- und Urinprobe angeordnet worden sei und der Beschuldigte sich dieser widersetzt habe. Andererseits geht daraus hervor, dass aufgrund der Widersetzung der Entscheid gefällt worden sei, wegen "Vereitelung" zu rapportieren und auf eine zwangsweise Blut- und Urinabnahme zu verzichten (Urk. 6/5). Diese Aktennotiz vermag einer gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO erforderlichen nachträglichen schriftlichen Bestätigung jedoch nicht gleichzukommen, zumal sie weder den inhaltlichen Anforderungen von Art. 241 Abs. 2 StPO entspricht noch dem Beschuldigten schriftlich eröffnet wurde. Eine nachträgliche schriftliche Bestätigung einer vorerst mündlich angeordneten Entnahme einer Blut- und Urinprobe erging im vorliegenden Verfahren somit einzig in Bezug auf die Auskunftsperson B.\_\_\_\_\_ (Urk. 6/3). Weiter ist zwar darauf hinzuweisen, dass nicht dieselbe Ausgangslage vorliegt, wie im von der Verteidigung zitierten Bundesgerichtsentscheid 6B\_307/2017 vom 19. Februar 2017. Jenem Entscheid liegt der Sachverhalt zugrunde, dass die Anordnung der verweigerten Blut- oder Urinabgabe in den entsprechenden Untersuchungsakten nicht dokumentiert war. So ging aus diesen weder hervor, wer die Blut- oder Urinprobe angeordnet hatte noch ob dies schriftlich oder mündlich erfolgte. Ausserdem lag auch kein Hinweis auf eine nachträgliche schriftliche Bestätigung einer allenfalls zunächst mündlichen Anordnung vor. In der Folge erwog das Bundesgericht, dass bei jener Ausgangslage davon ausgegangen werden müsse, dass die Blutentnahme damals von der Polizei angeordnet worden sei. Da es sich bei dieser aber nicht um die dafür im Sinne von Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO zuständige Behörde gehandelt habe, erweise sich jene Anordnung als nichtig und habe daher auch nicht verletzt werden können. In Anbetracht dessen, dass keine gültige Anordnung einer Blut-

probe im Sinne von Art. 198 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 241 Abs. 1 StPO vorgelegen hatte, gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass die Verurteilung der beschuldigten Person wegen der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahruntfähigkeit Bundesrecht verletze (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_307/2017 vom 19. Februar 2017 E. 1.3.1). Im vorliegenden Fall wurde sowohl im Polizeirapport vom 25. Dezember 2017 als auch im FinZ-Set vom 25. Dezember 2017 dokumentiert, dass die Abnahme einer Urin- und einer Blutprobe von Staatsanwalt lic. iur. Oliver Bertschy angeordnet worden sei (Urk. 1 S. 5; Urk.6/1 S. 5). Ausserdem geht Entsprechendes auch aus jener Aktennotiz von Staatsanwalt lic. iur. Oliver Bertschy vom 9. Januar 2018 hervor (Urk. 6/5). Eine Verletzung der Dokumentations- bzw. Aktenführungspflicht, wie sie im zuvor erwähnten Bundesgerichtsentscheid festgestellt wurde, liegt in diesem Fall daher nicht vor. Aufgrund der erfolgten Dokumentation bestehen auch keine Zweifel daran, dass die mündliche Anordnung der Blutprobe von Staatsanwalt lic. iur. Oliver Bertschy und mithin von der dafür im Sinne von Art. 198 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 241 Abs. 1 StPO zuständigen Behörde ausging. Jedoch geht aus dem von der Verteidigung zitierten Bundesgerichtsentscheid – welcher im Übrigen erst nach dem vorliegend zu beurteilenden Vorfall erging – auch hervor, dass angesichts des Fehlens einer nachträglichen schriftlichen Bestätigung selbst dann eine Verletzung von Art. 198 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 241 Abs. 1 StPO vorgelegen hätte, wenn eine telefonische Anordnung durch die Staatsanwaltschaft erfolgt sein sollte (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_307/2017 vom 19. Februar 2017 E. 1.3.1). Angesichts des Fehlens einer nachträglichen schriftlichen Bestätigung liegt demnach entsprechend diesen bundesgerichtlichen Erwägungen im vorliegenden Fall keine gültige Anordnung einer Blutentnahme vor. Entsprechend konnte sich der Beschuldigte dadurch, dass er sich weigerte, Blut entnehmen zu lassen, auch nicht strafbar machen. Daher ist er auch vom Vorwurf der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahruntfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG freizusprechen. Überdies hätte ein Freispruch von diesem Vorwurf auch deshalb zu ergehen, weil – wie vorstehend erwogen (vgl. Erw. IV.1.3). – nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Beschuldigte lediglich auf

einem Strassenabschnitt ein Fahrzeug lenkte, welcher gar nicht in den Geltungsbereich des Strassenverkehrsgesetzes fällt.

4. Der Beschuldigte ist somit von den Vorwürfen des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG sowie der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahruntfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG freizusprechen.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Ausgangsgemäss bleibt es bei der erstinstanzlichen Kostenfestsetzung. Die Kosten des Vorverfahrens sowie des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dem Beschuldigten ist zudem eine Genugtuung für die erlittene Untersuchungshaft von 4 Tagen (Urk. 12/1; Urk. 12/12) auszurichten (Art. 426 StPO; Art. 428 StPO; Art. 429 StPO).

2. Mit Honorarnote vom 9. September 2019 machte die amtliche Verteidigerin bezüglich ihrer Bemühungen für das Berufungsverfahren Barauslagen in der Höhe von Fr. 39.80, einen Aufwand von 6,85 Stunden sowie zusätzlichen Aufwand für die Dauer der Berufungsverhandlung, den Weg zu dieser und für eine Nachbesprechung von 4 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 220.– zzgl. MwSt. geltend (Urk. 61). Da die Berufungsverhandlung letztlich nur rund eine Stunde dauerte, sind der amtlichen Verteidigerin entsprechend lediglich 2,5 Stunden anstelle der von ihr geschätzten 4 Stunden für die Berufungsverhandlung, die dafür benötigte Wegzeit sowie eine Nachbesprechung zu entschädigen (Prot. II S. 3 ff.). Die amtliche Verteidigerin ist daher für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren mit insgesamt Fr. 2'260.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

3. Die Genugtuung für die erlittene Untersuchungshaft ist – vom Grundbetrag von Fr. 200.– pro Tag erlittener Haft gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_111/2012 vom 15. Mai 2012 E. 4.2; Urteil

des Bundesgerichtes 6B\_196/2014 vom 5. Juni 2014 E. 1.2) ausgehend – auf Fr. 800.– festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Vom Rückzug der Berufung der Staatsanwaltschaft wird Vormerk genommen.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 12. Februar 2019 bezüglich der Dispositivziffer 4 (Herausgabe Sportschuhe) in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ wird von den Vorwürfen der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahruntfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG und des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG freigesprochen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'260.– amtliche Verteidigung.
3. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschuldigten wird eine Haftentschädigung von Fr. 800.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

sowie 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 (mit dem Ersuchen um Mitteilung an die zuständige Lagerbehörde betr. Dispositivziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 52
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).

#### 6. 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, 13. September 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

MLaw Höchli