

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200184-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Ersatzoberrichterin lic. iur.
Nabholz und Ersatzoberrichter lic. iur. Vogel sowie Gerichtsschreiber
MLaw Orlando

Urteil vom 15. September 2020

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **vorsätzliches Fahren in fahrunfähigem Zustand**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht in
Strafsachen, vom 24. September 2019 (GG190025)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 3. Juni 2019 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 38 S. 41 ff.)

1. Der Beschuldigte, A._____, ist schuldig
 - des vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 55 Abs. 6 SVG und Art. 2 lit. a der Verordnung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr (Fahrt vom 15. März 2018),
 - des fahrlässigen Nichtmitführens des Führerausweises im Sinne von Art. 99 Ziff. 3 aSVG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 4 SVG und Art. 100 Ziff. 1 SVG,
 - der fahrlässigen Verletzung der Verkehrszulassungsverordnung (VZV) im Sinne von Art. 143 Ziff. 3 VZV in Verbindung mit Art. 26 Abs. 2 VZV.
2. Vom weiteren Vorwurf des vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand (Fahrt vom 14. März 2018) wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 50.– und einer Busse von Fr. 40.–.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.

5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 1'750.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'100.- Gebühr für das Vorverfahren,
Fr. 900.95 Auslagen (Gutachten),
Fr. 168.75 Entschädigung Dolmetscher.
7. Die Entscheidgebühr und die weiteren Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. [Mitteilungen]
9. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 47 S. 2 f.)
 1. Es sei Dispo-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 24. September 2019 betreffend das vorsätzliche Fahren in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 55 Abs. 6 SVG und Art. 2 lit. a der Verordnung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr aufzuheben und der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
 2. Es seien die Kosten gemäss Dispo-Ziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 24. September 2019 auf die Staatskasse zu nehmen und der Beschuldigte sei für seine Auslagen im erstinstanzlichen Verfahren angemessen und gemäss dort eingereichter Honorarnote zu entschädigen.

3. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen und der Beschuldigte sei angemessen und gemäss beiliegender Honorarnote aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Eventualiter:

1. Es sei Dispo-Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 24. September 2019 betreffend Vollzug der Geldstrafe aufzuheben und es sei dem Beschuldigten bei einer Probezeit von 2 Jahren der bedingte Strafvollzug zu gewähren.
2. Es sei die Entscheidgebühr gemäss Dispo-Ziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 24. September 2019 zur Hälfte auf die Staatskasse zu nehmen und der Beschuldigte sei für seine Auslagen im erstinstanzlichen Verfahren im hälftigen Umfang gemäss dort eingereichter Honorarnote aus der Gerichtskasse zu entschädigen.
3. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen und der Beschuldigte sei angemessen und gemäss beiliegender Honorarnote aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 49 S. 1)

1. Die Berufung des Beschuldigten A. _____ sei abzuweisen.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 24. September 2019 sei im Schuldpunkt Dispositiv-Ziff. 1 zur Fahrt vom 15. März 2018 zu bestätigen.
3. Der Beschuldigte und Berufungskläger sei unter Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 3 mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu CHF 100.– und einer Busse von CHF 40.– unter Verweigerung des Aufschiebs des Vollzugs der Geldstrafe zu bestrafen.

4. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse sei auf 1 Tag festzusetzen.
 5. Die Kosten des Verfahrens und des Berufungsverfahrens seien dem Beschuldigten aufzuerlegen.
-

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Prozessuales

1. Verfahrensgang

Gegen das am 24. September 2019 mündlich eröffnete Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 30. September 2019 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 34). Das begründete Urteil wurde dem Verteidiger am 8. April 2020 zugestellt (sub Urk. 37). Mit Eingabe vom 17. April 2020 reichte dieser innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO die Berufungserklärung ein (Urk. 39).

Mit Präsidialverfügung vom 27. April 2020 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 41). Fristgerecht, mit Eingabe vom 4. Mai 2020, erhob die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung (Urk. 43).

Am 13. Mai 2020 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 14. September 2020 vorgeladen (Urk. 46 ff.).

2. Umfang der Berufung

Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen die Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils, und zwar in Bezug auf den Schuldspruch wegen Fahrens in fahrunfähigem Zustand (1. Spiegelstrich). Dementsprechend mitangefochten wur-

den auch die Dispositivziffern 3 (Strafe), 4 (Vollzug) und 6/7 (Kostendispositiv; Urk. 39). Infolge Anfechtung der Dispositivziffer 3 (Strafe) gilt auch die Dispositivziffer 5 (Ersatzfreiheitsstrafe) als mitangefochten.

Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft beschränkt sich auf die Bemessung der Geldstrafe. In Bezug auf deren Vollzug sowie auf die Busse wird die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids beantragt (Urk. 43, sinngemäss).

Damit ist das Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 24. September 2019 hinsichtlich der Dispositivziffer 1, alinea 2 und 3 (Schuldprüche betreffend SVG-Übertretungen), die Dispositivziffer 2 (Teil-Freispruch) in Rechtskraft erwachsen, was vorab in einem Beschluss festzustellen ist.

II. Schuldpunkt – Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Ausgangslage

1.1. Dem Beschuldigten wird im einzig noch zu beurteilenden Anklagepunkt vorgeworfen, am 15. März 2018, um 00.45 Uhr, den Personenwagen Hyundai i10, Kontrollschild ZH ..., auf der Überlandstrasse in 8600 Dübendorf in Fahrtrichtung Dübendorf mit einem Blutalkoholwert von mindestens 0.86 Gewichtspromille, mit hin nach dem Konsum einer grösseren Menge Bier, mindestens zwei Flaschen Bier à 0.5 l am 14. März 2018 im Zeitraum von 19.00 Uhr bis ca. 22.00 Uhr, und dem weiteren Konsum von mindestens zwei alkoholischen Fruchtcocktails am 14. bzw. 15. März 2018 im Zeitraum von 22.00 Uhr bis 00.15 Uhr, gelenkt zu haben. Der Beschuldigte habe um die Menge alkoholischer Getränke gewusst bzw. mindestens in Kauf genommen, dass er aufgrund dieses Alkoholkonsums nicht mehr über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt habe, welche für das sichere und den Verkehrsvorschriften genügende Lenken eines Motorfahrzeugs vorausgesetzt werde, und er demzufolge fahruntüchtig gewesen sei.

1.2. Die Vorinstanz gab den Standpunkt des Beschuldigten zum einzig noch zu beurteilenden Anklagepunkt korrekt wieder. Der Beschuldigte bestritt nicht, den

Personenwagen Hyundai i10 mit dem Kontrollschild ZH ... gelenkt zu haben, ebenso wenig, dass er zwischen 19 und 22 Uhr (des Vorabends) zwei Flaschen Bier à 0.5 Liter getrunken hatte. Bezüglich der von ihm in jener Nacht zwischen 22 Uhr und 00:15 Uhr konsumierten zwei Fruchtcocktails will er aber nicht gewusst haben, dass diese Alkohol enthalten hätten (Urk. 38 E. 2.2.2 S. 5, E. 2.11.2 S. 23 und E. 2.11.3 S. 23). An diesem Standpunkt hielt der Beschuldigte auch an der heutigen Berufungsverhandlung fest (Prot. II S. 12, S. 13). Die Verteidigung führt in diesem Zusammenhang im Wesentlichen aus, der Beschuldigte habe nicht gewusst und habe auch nicht wissen können bzw. wissen müssen, dass er in der B._____ Alkohol konsumiert habe. Es sei die Bardame C._____ gewesen, welche anstelle der bestellten alkoholfreien Fruchtcocktails dem Beschuldigten Cocktails mit Alkoholgehalt serviert habe (Urk. 47 S. 4). Entgegen des vorinstanzlichen Urteils sei der subjektive Anklagesachverhalt nicht erstellt, und es sei nicht erwiesen, dass der Beschuldigte zumindest in Kauf genommen haben soll, dass er aufgrund des Alkoholkonsums nicht mehr über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt haben soll, ein Motorfahrzeug sicher zu lenken und demzufolge fahruntfähig gewesen sein soll (Urk. 47 S. 3).

Die Argumentation des Beschuldigten zielt auf einen Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 Abs. 1 StGB: Wer tatsächlich irrt, indem er von einer anderen Vorstellung ausgeht (hier dass er an alkoholischen Getränken bloss zwei Flaschen Bier getrunken habe), als sie in Wirklichkeit herrscht (hier dass er ausserdem noch zwei *alkoholische* Fruchtcocktails getrunken hatte), wird (grundsätzlich) nach dem beurteilt, wie er es sich vorgestellt hat. Zum selben Ergebnis führt die Argumentation über Art. 12 Abs. 2 StGB, wo der Vorsatz definiert wird.

1.3. Als Beweismittel zur Erstellung des Sachverhalts können im Wesentlichen die Aussagen des Beschuldigten (Urk. 2; Urk. 3/1; Urk. 3/4; Urk. 3/5; Urk. 30; Prot. I S. 6 f.; Prot. II S. 12 ff.) sowie jene seiner zwei Begleiter am fraglichen Abend (als Zeugen; Urk. 3/2; Urk. 3/3) herangezogen werden, sodann aber auch das Protokoll der ärztlichen Untersuchung des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRM) vom 15. März 2018 (Urk. 5), ein ärztlicher Bericht zur Blutalkoholanalyse des IRM vom 26. März 2018 (Urk. 6) sowie ein Alkoholgutach-

ten des IRM vom 15. März 2019 (Urk. 10/4). Die Ergebnisse der polizeilichen Ermittlungen betreffend die Bardame «C. _____» sind für die Sachverhaltserstellung nicht von Relevanz und sind für diese folglich nicht heranzuziehen (Urk. 11/1-2). Ob diese Ermittlungsergebnisse verwertbar sind, kann somit offen bleiben.

1.4. Die Anforderungen an einen rechtsgenügenden Schuldbeweis und die allgemeinen Grundsätze der Beweiswürdigung wurden von der Vorinstanz bereits ausführlich dargelegt (Urk. 38 E. 2.4 S. 5 ff.). Auch die Ergebnisse und den Inhalt der massgeblichen Beweismittel hat die Vorinstanz umfassend und richtig wiedergegeben (Urk. 38 E. 2.5–2.8 S. 8 ff.). Auf die entsprechenden Ausführungen kann verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

Weiter hat sich die Vorinstanz zutreffend zur allgemeinen Glaubwürdigkeit des Beschuldigten und seiner zwei Begleiter geäußert und zutreffend festgehalten, dass in erster Linie nicht die prozessuale Stellung der Beteiligten, sondern der materielle Gehalt und damit die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen massgebend ist (Urk. 38 E. 2.9 S. 20 f.).

2. Beweiswürdigung

2.1. Die Vorinstanz erachtete den einzigen hier noch zu beurteilenden Sachverhalt gestützt auf die massgeblichen Beweismittel als erstellt (Urk. 38 E. 2.12 S. 29). Es kann vorweggenommen werden, dass den von der Vorinstanz aus dem Beweismaterial gezogenen Schlüssen zur Sachverhaltserstellung zu folgen ist. Ausführlich und zutreffend hat die Vorinstanz die Aussagen namentlich des Beschuldigten (Urk. 38 E. 2.11.1–2.11.9 S. 22 ff.) und der beiden Zeugen (Urk. 38 E. 2.11.10 und 2.11.11 S. 27 f.) gewürdigt. Auch die den Akten beiliegenden weiteren Unterlagen (Urk. 38 E. 2.11.3 S. 23) wurden in die Würdigung soweit nötig einbezogen. Die nachstehenden Erwägungen verstehen sich insofern als Ergänzung der vorinstanzlichen Beweiswürdigung. Sie sollen zusätzlich verdeutlichen, dass angesichts des Beweisergebnisses kein vernünftiger Zweifel im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StPO verbleibt, dass der Sachverhalt sich so zugetragen hat, wie er eingeklagt ist.

2.2. Es besteht (mit der Vorinstanz [Urk. 38 E. 2.11.3 S. 23]) kein Grund daran zu zweifeln, dass der Beschuldigte anlässlich seiner Kontrolle am 15. März 2018, 00:45 Uhr, eine Blutalkoholkonzentration von (mindestens) 0.86 Gewichtspromille aufwies. Dies wurde gutachterlich unwiderlegbar festgestellt (Urk. 10/4 in Verbindung mit Urk. 5 und Urk. 6) und wird denn auch vom Beschuldigten nicht mehr angezweifelt (Urk. 3/5 F/A 13 f.; Urk. 30 S. 4; Urk. 31 Rz. 26, Prot. II S. 13).

Der Beschuldigte gab an, er habe am Abend bzw. in der Nacht vom 14./15 März 2018 an Alkoholischem zunächst zwei Flaschen Bier und später noch zwei vermeintlich alkoholfreie, stattdessen aber alkoholhaltige Fruchtcocktails zu sich genommen (Urk. 3/1 F/A 6 f.). Ob diese Trinkmengenangaben des Beschuldigten stimmen oder nicht, braucht nicht restlos geklärt zu werden. Denn grundsätzlich ist es einerlei, ob man mit fünf nur leicht alkoholischen Getränken oder mit zwei stark alkoholischen Getränken einen bestimmten Blutalkoholwert erreicht. Entscheidend ist der aus der Alkoholanalyse gewonnene Wert der Blutalkoholkonzentration. Nachgewiesen wurden wie erwähnt 0.86 Gewichtspromille. Davon ist auszugehen und das ist massgebend (vgl. Art. 55 Abs. 6 lit. b und Abs. 6^{bis} SVG). Der äussere Sachverhalt ist erstellt.

2.3. Bei der Aufklärung dessen, was der Beschuldigte wusste bzw. wollte, also beim Erstellen des inneren Sachverhalts, kommt seinen Angaben zur Anzahl genossener Getränke aber doch eine gewisse Bedeutung zu: Wenn man entsprechend der Vermutung des Beschuldigten (Urk. 3/5 F/A 12; Urk. 30 S. 5) und der Verteidigung (Urk. 31 Rz. 36 f.) darauf abstellte, dass in den beiden Fruchtcocktails deutlich mehr als die üblichen 40 ml eines Alkohols mit einem durchschnittlichen Alkoholgehalt von 40 Vol. % enthalten waren, so wäre umso weniger glaubhaft, wenn der Beschuldigte, der beruflich in der Gastronomie tätig ist und den Geschmack alkoholischer Getränke gewohnt ist (vgl. Urk. 3/1 F/A 25 und 28), beim Trinken nichts vom beigemischten Alkohol gemerkt haben will (Urk. 3/1 F/A 24). Vor diesem Hintergrund verfängt auch die Argumentation der Verteidigung nicht, der Beschuldigte habe den Alkoholgehalt der von ihm bestellten Cocktails aufgrund deren Süsse und Fruchtigkeit nicht bemerkt (Urk. 47 S. 7).

2.4. Sodann ist zwar nicht ausgeschlossen, wäre aber schon sehr aussergewöhnlich, wenn der (an Alkohol gewohnte) Beschuldigte beim Antritt der Fahrt in Volketswil – wie er geltend macht – noch keinerlei Symptome einer Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit gespürt hätte (Urk. 3/1 F/A 14 ff.; vgl. auch Urk. 31 Rz. 30; Urk. 47 S. 4), es ihm nur kurze Zeit später aber, in Dübendorf angelangt und in eine Polizeikontrolle geraten, unvermittelt – wegen des Alkohols – übel geworden wäre (so er selbst in Urk. 30 S. 3). Ein solch rascher Umschwung der Wahrnehmung von Signalen des Körpers just in der fraglichen Zeitspanne wäre für sich betrachtet wohl nicht schon überführend. In die übrige Indizienlage eingebettet weckt diese inhaltliche Besonderheit aber erhebliche Zweifel an der Validität der Aussage, dass er sich völlig unwissend ans Steuer gesessen habe.

2.5. Äusserst merkwürdig aber erscheint vor allem, dass die vom Beschuldigten genannte Bardame «C._____», mit der er in jener Zeit angeblich eine kurze Liaison hatte, ihm ungefragt, ohne darüber zu informieren und gleich zwei Mal Alkohol in Getränke gemischt haben soll, ohne dass es davor oder danach zu einem Flirt oder sonst zu einer Begegnung kam, über welche der Beschuldigte oder seine Begleiter spontan etwas berichten würden.

Im Vorverfahren erklärte der Beschuldigte bloss, «C._____» habe gewollt, dass sie in der Bar etwas Spass hätten (Urk. 3/1 F/A 40) – es sei zur Stimmungsmache gewesen (Urk. 3/5 F/A 12, sinngemäss).

D._____, der eine Begleiter des Beschuldigten, gab als Zeuge an, die Dame in der Bar (gemeint ist «C._____»), die der Beschuldigte gekannt habe, sei zum Beschuldigten bzw. zu ihnen gekommen zur Bestellaufnahme (Urk. 3/2 F/A 30, 33, 41). Auch die Angaben von E._____, des anderen Begleiters des Beschuldigten, enthalten keinerlei Details; auch er vermochte zur Begegnung des Beschuldigten mit der Bardame nichts Genaueres zu schildern (vgl. Urk. 3/3 F/A 34 ff., 42).

Allgemein fällt auf, dass die Aussagen der drei Männer karg werden, sobald es um die Bardame «C._____» geht. Bezüglich D._____ und E._____ muss zwar in Betracht gezogen werden, dass sie sich bei erotisch konnotierten Frauenkontakten ihres verheirateten Freundes bzw. Vorgesetzten möglicherweise Diskretion

auferlegten bzw. dass sie quasi wegschauten. Dass sich aber der Beschuldigte selber derart wortkarg gibt, nachdem er zuvor schon die heikle Liaison offengelegt hat, ergibt schlicht keinen Sinn (wie bereits die Vorinstanz in Urk. 38 S. 26 festhielt). Ferner ist auffällig, dass beide Zeugen einerseits angaben, sich nicht an Einzelheiten erinnern zu können (Urk. 3/2 S. 3, Urk. 3/3 S.3), andererseits aber hinsichtlich der Bestellung des Beschuldigten im betreffenden Club – in Bezug auf das hier ausschlaggebende Vorbringen, der Beschuldigte habe nicht wissentlich Alkohol konsumiert – scheinbar rekapitulieren konnten, der Beschuldigte habe einen Cocktail ohne Alkohol bestellt (Urk. 3/2 S. 6; Urk. 3/3 S. 5). Dieses ungewöhnlich selektive Erinnerungsvermögen lässt Zweifel an der Richtigkeit der Zeugenaussagen aufkommen.

Ebenfalls merkwürdig erscheint, wie der Beschuldigte anderntags erfahren haben will, dass es sich um *alkoholische* Fruchtcocktails handelte (Urk. 3/1 F/A 21; Urk. 30 S. 3). Auch hierzu machte er keinerlei näheren Angaben. Vor dem Hintergrund der Vorwürfe, welchen sich der Beschuldigte gegenüber sah, wäre zu erwarten, dass er über seine Recherchen des andern Tages detailliert berichten könnte und würde, wenn er diese denn tatsächlich getätigt hätte (ausführlich dazu schon die Vorinstanz in Urk. 38 S. 26).

Dass just in diesen relevanten Passagen Detailangaben und spontane inhaltliche Erweiterungen fehlen, spricht deutlich gegen die Glaubhaftigkeit der Vorbringen des Beschuldigten.

2.6. Fehlen Anhaltspunkte für die Richtigkeit der entlastenden Behauptungen des Beschuldigten, darf das Gericht in freier Beweiswürdigung zum Schluss kommen, die Vorbringen seien unglaubhaft. Darin liegt weder eine Verletzung des Aussageverweigerungsrechts des Beschuldigten gemäss Art. 113 Abs. 1 StPO bzw. Art. 6 EMRK noch eine verfassungswidrige Umkehr der Beweislast (Urteile des Bundesgerichts 6B_678/2013 vom 3. Februar 2014 E. 4.4; 6B_453/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 1.6, nicht publ. in BGE 138 IV 47; 6B_30/2010 vom 1. Juni 2010 E. 4.1 mit Hinweisen; 1P.641/2000 vom 24. April 2001, publ. in: Pra 90/2001 Nr. 110, E. 3; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, 3. Aufl., 2017, N 231; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., 2012, N 733; Entscheid des

EGMR vom 8. Februar 1996, *Murray gegen Vereinigtes Königreich*, in: EuGRZ 1996, S. 587, Nr. 47; MEYER-LADEWIG, EMRK, Handkommentar, 3. Aufl., 2011, Art. 6 N 140 mit Hinweisen).

Der Grundsatz «in dubio pro reo» (dazu eingehend schon die Vorinstanz in Urk. 38 E. 2.4.1 und 2.4.2 S. 5 f.) zwingt nicht dazu, jede entlastende Angabe des Beschuldigten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit kein spezifischer Beweis vorhanden ist, als unwiderlegt zu betrachten. Nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung braucht durch einen hieb- und stichfesten Beweis widerlegt zu werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_562/2010 vom 28. Oktober 2010 E. 2.1). Ein «Gegenbeweis» der Strafbehörden ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zumindest als zweifelhaft erscheinen lassen, oder wenn der Beschuldigte sie sonst wie glaubhaft macht (vgl. OGer ZH SB170406-O vom 8. Februar 2018, E. III/2.3; STEFAN TRECHSEL, SJZ 77 [191] S. 320). Andernfalls könnte jede Anklage mit einer abstrusen Schutzbehauptung zu Fall gebracht werden.

2.7. Die Summe der den Beschuldigten belastenden Indizien und das Fehlen einer glaubhaften Erklärung dafür lassen – mit der Vorinstanz (Urk. 38 E. 2.11.12 S. 28) – keine vernünftigen Zweifel aufkommen, dass der Beschuldigte effektiv wusste, dass er vor seiner nächtlichen Fahrt deutlich mehr Alkohol konsumiert hatte, als für das Fortbestehen der gesetzlichen Fahrtüchtigkeit zulässig gewesen wäre. Gerade er, der einschlägig vorbestraft ist (Urk. 28), muss Zweifel gehegt haben, dass der gesetzliche Grenzwert von 0.5 Gewichtspromille deutlich überschritten sein könnte. Als er die Fahrt dennoch antrat, muss er zumindest in Kauf genommen haben, dass er in qualifizierter Form nicht mehr fahrfähig war.

2.8. Der zur Anklage gebrachte Sachverhalt ist demzufolge mit Bezug auf die Fahrt des Beschuldigten vom 15. März 2018 vollumfänglich erstellt.

3. Rechtliche Würdigung

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten für die betreffende Fahrt des (eventual-) vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a

SVG in Verbindung mit Art. 55 Abs. 6 lit. b SVG und Art. 2 lit. a der Verordnung über die Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr schuldig gesprochen (Urk. 38). Dieser rechtlichen Würdigung ist zuzustimmen, nachdem der Anklagesachverhalt erstellt ist und die Grenze für eine qualifizierte Blutalkoholkonzentration bei 0.8 Gewichtspromille liegt.

III. Sanktion

1. Ausgangslage

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten (nebst einer Busse für zwei Übertretungen) mit einer unbedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 50.– (Urk. 38 S. 41). Von dieser Strafe kann in beide Richtungen abgewichen werden, nachdem die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung erhoben hat (Art. 391 Abs. 2 StPO e contrario). Die Busse gilt infolge Anfechtung der Dispositivziffer 3 (Sanktion) als implizit mitangefochten. Die Berufung richtete sich jedoch nicht gegen die ausgefallte Busse. Ebenfalls wurde deren Höhe nicht angefochten, weshalb die Busse von Fr. 40.– zu bestätigen ist.

2. Strafzumessungsregeln, Strafrahmen und Strafart

Im vorinstanzlichen Urteil finden sich bereits zutreffende Erwägungen zu den Grundsätzen der Strafzumessung (Urk. 38 E. 4.2.1.2 S. 33 f., E. 4.2.1.3 S. 34, E. 4.2.2.1 S. 34, E. 4.2.2.3 S. 35). Diese brauchen nicht wiederholt zu werden. Ebenfalls hat die Vorinstanz den für Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG angedrohten Strafrahmen von einer Geldstrafe bis zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe korrekt abgesteckt (Urk. 38 E. 4.2.1.1 S. 33) und mit Fug vorweggenommen, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, von der Regelsanktion der Geldstrafe abzuweichen (Urk. 38 E. 4.1 S. 33).

3. Tatkomponenten

3.1. Die objektive Tatschwere zeichnet sich im konkreten Fall zunächst dadurch aus, dass die beim Beschuldigten gemessene Blutalkoholkonzentration von 0.86 Gewichtspromille nur knapp über der Grenze für den qualifizierten Fall (0.80 Ge-

wichtspromille) liegt. Ausserdem herrschte, wie die Vorinstanz zu Recht erwog, kein hohes Verkehrsaufkommen und war die zurückgelegte Strecke von Volketswil nach Dübendorf eher kurz. All dies spricht für ein eher geringes objektives Tatverschulden. Zu Lasten des Beschuldigten fällt hingegen (in Abweichung zur vorinstanzlichen Strafzumessung) ins Gewicht, dass er zwei Passagiere mitführte und nachts fuhr. Dadurch schuf er nicht nur für seine Passagiere eine Gefahr, sondern allgemein für andere Verkehrsteilnehmer, erfordert doch das Fahren zur Nachtzeit aufgrund der schlechteren Sichtverhältnisse besondere Aufmerksamkeit und Vorsicht, welchen er angesichts seiner alkoholbedingten, reduzierten Wahrnehmungsfähigkeit nicht gewachsen sein konnte. Das von der Vorinstanz festgelegte und nach Berücksichtigung der objektiven Tatschwere ermittelte Verschuldensprädikat «noch leicht» erweist sich im Ergebnis aber dennoch als angemessen.

3.2. Was die subjektive Tatschwere anbelangt, so ist neutral zu veranschlagen, dass der Beschuldigte vermutlich aus Bequemlichkeit so handelte. Vernünftig und situationsadäquat wäre gewesen, sich (gemeinsam) ein Taxi zu leisten und das eigene Fahrzeug anderntags abzuholen. Mit der Vorinstanz wirkt sich verschuldensmindernd aus – wenn auch nur geringfügig –, dass dem Beschuldigten nicht direkter Vorsatz, sondern Eventualvorsatz vorgeworfen wird. Insgesamt wird somit das objektive Tatverschulden durch das subjektive Verschulden leicht relativiert.

Es rechtfertigt sich, bei der Festsetzung der Einsatzstrafe von einem leichten Tatverschulden auszugehen.

3.3. Mit Blick auf den Strafraumen, der bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe reicht, erweist sich die von der Vorinstanz nahe am unteren Strafraumen festgesetzte Einsatzstrafe von 10 Tagessätzen als zu mild. 10 Tagessätze wären weniger als ein Hundertstel der Maximalstrafe. Eine solche Einsatzstrafe wäre nur angezeigt bei einem ausserordentlich leichten Tatverschulden, etwa bei einer Trunkenheitsfahrt mit einem Mofa oder einer nur ganz kurzen Fahrt in einer besonders verkehrssarmen Gegend. Im vorliegenden Fall wurde die Verkehrssicherheit hingegen erheblich gefährdet.

Den erwähnten Umständen angemessen erscheinen vielmehr 30 Tagessätze als hypothetische Einsatzstrafe.

4. Täterkomponenten

4.1. Zu den persönlichen Verhältnissen ist aus dem bisherigen Verfahren und der heutigen Berufungsverhandlung bekannt, dass der Beschuldigte als 13-jähriger junger Mann von Syrien in die Schweiz immigrierte, wo er zunächst drei Jahre zur Schule ging und Deutsch lernte. Eine eigentliche berufliche Ausbildung hat er, abgesehen von einem knapp einjährigen Praktikum in einer Bäckerei, nicht genossen. Der Beschuldigte arbeitet seit vielen Jahren im Gastgewerbe und ist heute Geschäftsführer des Restaurants F. _____ in ... [Ort] Er lebt mit seiner Ehefrau und den zwei gemeinsamen Kindern zusammen (Urk. 3/5 F/A 26 und 33; Prot. II S. 7). Alkoholabhängig zu sein, verneint der Beschuldigte (Urk. 3/1 F/A 32).

Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

4.2. Den Vorstrafen kommt bei der Strafzumessung allgemein eine wichtige Rolle zu (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 130). Mehr noch als bei anderen Delikten kommt beim Delikt des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand einschlägigen Vorstrafen eine erheblich strafe erhöhende Wirkung zu; demgegenüber werden andersartige Vortaten nur am Rande strafe erhöhend berücksichtigt (BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER, Art. 91 N 71).

Dem aktuellen Strafregisterauszug des Beschuldigten ist eine Verurteilung vom 17. Januar 2011 wegen Diebstahls, Sachbeschädigung, mehrfachen Tötlichkeiten sowie Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (Motorfahrzeug, qualifizierte Blutalkoholkonzentration) zu entnehmen (Urk. 40). Bei der letzteren, *einschlägigen* Vortat handelt es sich um eine kurze nächtliche Trunkenheitsfahrt mit (mindestens) 0.99 Gewichtspro mille Blutalkohol an der Langstrasse in Zürich. Die (Gesamt-) Strafe (8 Monate Freiheitsstrafe sowie Fr. 1'000.– Busse) wurde damals zu Gunsten einer ambulanten Behandlung der Alkoholsucht aufgeschoben (vgl. Vorakten SB100432-O, Urk. 107). In der Verfügung vom 14. Juni 2012 des Amtes für Jus-

tizvollzug betreffend deren Aufhebung wurde festgehalten, die Behandlung sei erfolgreich abgeschlossen (Urk. 16/8). Die erwähnte Vorstrafe liegt zwar schon recht weit zurück, ist aber teilweise einschlägig. Seither kam es, am 2. April 2017, noch zu einer weiteren Trunkenheitsfahrt (leichten Schweregrades), wie sich aus dem Register über Administrativmassnahmen im Strassenverkehr (Urk. 16/6) ergibt.

Insgesamt ist daher eine leichte Straferhöhung um 10 Tagessätze angezeigt.

4.3. Mit der Vorinstanz (Urk. 38 E. 4.2.3.3 S. 37) ist das Nachtatverhalten neutral zu gewichten. Der Beschuldigte ist nicht geständig, und von einem besonders kooperativen Verhalten bei der Aufklärung der Tat kann nicht gesprochen werden (vgl. dazu Urk. 1 sowie Urk. 3/1 F/A 19).

Eine Strafminderung kommt daher unter diesem Titel nicht in Betracht.

4.4. In Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu bestrafen.

5. Tagessatzhöhe

Die zur Bestimmung der Tagessatzhöhe rechtlich relevanten Grundlagen sowie tatsächlich massgebenden finanziellen Verhältnisse legte die Vorinstanz zutreffend dar (Urk. 38 E. 4.2.4 S. 37). Auch dies braucht nicht wiederholt zu werden. Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte an, seine Ehefrau habe vor dem Mutterschaftsurlaub im Restaurant F._____ gearbeitet und monatlich Fr. 4'500.– verdient. Zudem sei er zum zweiten Mal Vater geworden (Prot. II S. 7, S. 9).

Die Ehefrau des Beschuldigten war vor der Geburt des zweiten Kindes zwar erwerbstätig, hingegen ist aufgrund der geänderten Familienverhältnisse auch von einer finanziellen Mehrbelastung auszugehen. Insgesamt wirken sich diese geänderten Familienverhältnisse auf die Bemessung der Tagessatzhöhe neutral aus. Unter Berücksichtigung der aktuellen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten rechtfertigt es sich, die Tagessatzhöhe mit der Vorinstanz auf Fr. 50.– festzusetzen.

6. Vollzug

In Bezug auf die rechtlichen Grundlagen kann wiederum auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 E. 5.1 S. 39). Übersehen hat die Vorinstanz bei ihrer Prognosestellung allerdings (Urk. 38 E. 5.2 S. 39), dass Vorstrafen, die im Strafregister nicht eintragungspflichtig sind, in analoger Berücksichtigung von Art. 369 Abs. 3 StGB nur während zehn Jahren berücksichtigt werden dürfen (BGE 135 IV 95 f.). Demzufolge hätte die Vorinstanz dem Beschuldigten den Ausweisentzug vom 22. Oktober 2008 (Urk. 16/6) nicht mehr entgegenhalten dürfen. Der Zeitablauf seit dem vorinstanzlichen Urteil verbietet nunmehr auch, dem Beschuldigten den Ausweisentzug vom 5. November 2009 (Urk. 16/6) vorzuhalten.

Bei der Einschätzung des Rückfallrisikos sind demnach nur, aber immerhin, die erwähnten beiden einschlägigen Vorstrafen wegen Fahrens in fahrunfähigem Zustand von 2011 und 2017 zu berücksichtigen. Diese fallen in die Zeit nach der in den Jahren 2010 bis 2012 absolvierten Suchtbehandlung. Trotz letzterer wurde der Beschuldigte nun schon zum zweiten Mal rückfällig, indem er das Lenken von Motorfahrzeugen und den Konsum von Alkohol nicht zu trennen vermochte.

Die fehlende Einsicht in eine verkehrsrelevante Alkoholproblematik, die sich auch im fehlenden Geständnis widerspiegelt, lässt befürchten, dass sich der Beschuldigte bei einem bedingten Aufschub der Strafe nicht genügend beeindruckend liesse. Die Strafe ist daher zu vollziehen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 6 und 7) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

2. Kosten des Berufungsverfahrens

Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Ob- siegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit

seinen Berufungsanträgen vollumfänglich, wohingegen die Staatsanwaltschaft mit ihren Anträgen vollumfänglich obsiegt. Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 24. September 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 (alinea 2 und 3 [Schuldsprüche betreffend SVG-Übertretungen] sowie 2 (Teil-Freispruch) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist ferner schuldig des vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 55 Abs. 6 lit. b SVG und Art. 2 lit. a der Verordnung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr (Fahrt vom 15. März 2018).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 50.– sowie mit einer Busse von Fr. 40.–.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.
5. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 6 und 7) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

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

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

9. Rechtsmittel:

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, 15. September 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Orlando