

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220240-O/U/nk-as

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi
und Oberrichter lic. iur. Castrovilli sowie Gerichtsschreiberin
MLaw Boese

Urteil vom 11. April 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Fahren in fahruntfähigem Zustand**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 14. März 2022 (GB210103)

Strafbefehl

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 17. März 2021 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 6).

Urteil der Vorinstanz

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 370.– (entsprechend Fr. 18'500.–) sowie mit einer Busse von Fr. 1'600.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'800.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 800.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 321.75 Auslagen (Gutachten IRM)
Fr. 19.20 Auslagen Gericht für Beweisverfahren

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 40 S. 1; Prot. II S. 16, 25)

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 14. März 2022 sei aufzuheben und der Beschuldigte vollumfänglich freizusprechen.
2. Dem Beschuldigten sei eine angemessene Prozessentschädigung für seine anwaltliche Verteidigung zuzusprechen.
3. Die Verfahrenskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 43, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessverlauf

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene, schriftlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 14. März 2022 liess der Beschuldigte am 24. März 2022 (Datum Poststempel: 25. März 2022) rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 31; Urk. 32/3; Urk. 33). Nach Erhalt des begründeten Urteils (Urk. 36/2; Urk. 37) reichte seine Verteidigung mit Eingabe vom 7. Mai 2022 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 40). Darin beantragt der Beschuldigte einen vollumfänglichen Freispruch und die Zusprechung einer angemessenen Prozessentschädigung für seine anwaltliche Verteidigung.

2. Mit Präsidialverfügung vom 13. Mai 2022 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt sowie Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein Nichteintreten auf die Berufung des Beschuldigten beantragt werde (Urk. 41). Mit Eingabe vom 25. Mai 2022 erklärte die Staatsanwaltschaft ihren Verzicht auf die Erhebung einer Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 43).

3. Am 1. Juli 2022 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 22. November 2022 vorgeladen, welcher Termin anfangs November 2022 auf den 11. April 2023 verschoben wurde (Urk. 47; Urk. 48). Anlässlich der Berufungsverhandlung hielt der Beschuldigte an den eingangs aufgeführten Anträgen gemäss seiner schriftlichen Berufungserklärung vom 7. Mai 2022 fest (Prot. II S. 16, 25).

II. Prozessuales

1. Umfang der Berufung

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte verlangt die vollumfängliche Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 40 S. 2; Prot. II S. 16), weshalb keine Dispositivziffer in Rechtskraft erwachsen ist. Nachdem die Staatsanwaltschaft kein Rechtsmittel ergriffen hat, steht das vorinstanzliche Urteil unter Vorbehalt des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) somit insgesamt zur Disposition.

2. Beweisanträge des Beschuldigten

2.1. In seiner begründeten Berufungserklärung vom 3. Januar 2022 stellte der Beschuldigte den Beweisantrag auf Einholung der Bedienungsanleitung des für die 3. Messung verwendeten Atemalkohol-Messgeräts mit der Serien-Nummer 1 (Dräger Alcotest ...). Ferner beantragte er, die Verkehrspolizei der Stadtpolizei Zürich sei aufzufordern, die Metadaten der notwendigen Eingaben (Geschlecht, Alter und Gewicht des Beschuldigten) für die 3. Messung und deren Original-Ausdruck

des Messgeräts vorzulegen (Urk. 40 S. 2). Diese Beweisanträge wurden mit Präsidialverfügung vom 7. Juni 2022 einstweilen abgewiesen (Urk. 45).

2.2. Weiter stellte der Beschuldigte den Antrag, es seien bei der Stadtpolizei Zürich die Nachweise einzuholen, dass die Verfahren für das Inverkehrbringen und die Erhaltung der Messbeständigkeit des verwendeten Messgeräts mit der Serien-Nummer 1 (Dräger Alcotest ...) gemäss Art. 9 und 10 der Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel (AAMV) eingehalten worden seien (Urk. 40 S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 28. März 2023 wurde diesem Beweisantrag stattgegeben und die Stadtpolizei Zürich ersucht, dem Berufungsgericht diejenigen Unterlagen einzureichen, aus denen sich ergibt, dass das für die Messung der Atemalkohol-Konzentration vom 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr verwendete Atemalkohol-Messgerät mit der Serien-Nummer 1 (Dräger Alcotest ...) zu jenem Zeitpunkt den gesetzlichen Anforderungen entsprach und die einschlägigen Bestimmungen für dessen Bedienung eingehalten wurden (Urk. 49). Mit Eingabe vom 3. April 2023 kam die Stadtpolizei Zürich diesem Ersuchen nach und reichte das Eichzertifikat des Messgeräts Dräger Alcotest ... (Serien-Nr. 1), die relevanten Messdaten in Form einer Excel-Tabelle und ein Schreiben betreffend Bestätigung der Ausbildung am Atemalkohol-Messgerät ein (Urk. 53/1-4). Die von der Stadtpolizei Zürich eingereichten Unterlagen wurden der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 54/1+2).

2.3. Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 11. April 2023 nahm die Verteidigung sodann Einsicht in die genannten Unterlagen (Prot. II S. 7) und beantragte neu, es seien zwei Arbeitskollegen des Beschuldigten, die sein Trinkverhalten am Abend des 26. Januar 2021 beobachtet hätten, als Zeugen einzuvernehmen (Herren B._____ und C._____; Prot. II S. 9, 24 f.). Weiter sei die Stadtpolizei Zürich aufzufordern, die Instandhaltungsakte betreffend das für die relevante Messung verwendete Messgerät einzureichen (Prot. II S. 19, 23) und Auskunft darüber zu erteilen, ob Wm D._____ zu dem Kreis von Polizeibeamten gehörte, der das Video zur Bedienung des Messgeräts Dräger Alcotest ... zugeschickt erhielt und sich die dargestellten Fähigkeiten im Wege des Selbststudiums beibrachte (Prot. II S. 23). Ferner sei bei Prof. E._____ der Universität Bern ein Gutachten über die Gültigkeit

der Atemalkoholmessung einzuholen (Prot. II S. 25). Auf diese Beweisanträge ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen zum Sachverhalt einzugehen. Die Verteidigung erneuerte sodann ihren Beweisantrag auf Einholung der Bedienungsanleitung des verwendeten Atemalkohol-Messgeräts Dräger Alcotest ... in der für die Schweiz geltenden Fassung (Prot. II S. 10; vgl. auch S. 16, 23). Da die Verteidigung die Bedienungsanleitung bereits selbst bei der Herstellerin (Dräger) eingeholt hatte und dem Gericht nach Ende der Berufungsverhandlung per E-Mail zukommen liess (Prot. II S. 26), wurde diesem Antrag insofern stattgegeben, als ein Ausdruck der Bedienungsanleitung zu den Akten genommen wurde (vgl. Urk. 55/2).

3. Verletzung des rechtlichen Gehörs

3.1. Anlässlich der Berufungsverhandlung rügte die Verteidigung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da ihr nur wenige Minuten Zeit gegeben worden sei, um in die von der Stadtpolizei Zürich eingereichten Unterlagen (Urk. 53/1-4) Einsicht zu nehmen, nachdem sie diese nicht rechtzeitig vor dem Verhandlungstermin auf dem Postweg zugestellt erhalten habe (Prot. II S. 7, 9, 16). Sie beantragte vorfrageweise die Vertagung der Berufungsverhandlung, was abgewiesen wurde (Prot. II S. 9 f.).

3.2. Gemäss Art. 107 Abs. 1 StPO haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie haben namentlich das Recht, Akten einzusehen und sich zu diesen zu äussern (lit. a und lit. d). Dafür ist ihnen ausreichend Zeit zu gewähren. Der Beschuldigte und seine Verteidigung erhielten anlässlich der Berufungsverhandlung Gelegenheit, die von der Stadtpolizei Zürich eingereichten Unterlagen einzusehen. Die Verhandlung wurde zu diesem Zweck unterbrochen, wobei der Unterbruch in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt wurde (Prot. II S. 7). Es waren folglich der Beschuldigte und seine Verteidigung, welche die Akteneinsicht nach wenigen Minuten beendeten. Weiter ist festzuhalten, dass die neu hinzugekommenen Akten weder inhaltlich noch in Bezug auf ihren Umfang derart waren, dass dazu nicht nach einer kurzen Einsichtnahme hätte Stellung genommen werden können. Die Verteidigung war denn auch in der Lage, die Unterlagen im Rahmen ihrer Parteivorträge zu den Vorfragen und zur Begründung der Berufung ausführlich

und detailliert zu würdigen (Prot. II S. 7 ff., 16 ff.). Aus ihren Ausführungen lässt sich sogar schliessen, dass sie gewisse Punkte bereits antizipiert und konkrete Abklärungen dazu getätigt hatte (insbes. Einholung der Bedienungsanleitung des verwendeten Messgeräts in der für die Schweiz geltenden Fassung bei der Herstellerin Dräger, Kontaktaufnahme mit Vertretern des METAS und mit Prof. F._____ vom Institut für Rechtsmedizin an der Universität München). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern das rechtliche Gehör des Beschuldigten verletzt worden sein sollte.

III. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf

Dem Beschuldigten wird zusammengefasst vorgeworfen, am 26. Januar 2021 um ca. 23:10 Uhr (Zeitpunkt der polizeilichen Anhaltung) einen Personenwagen von der G._____-strasse 2 zur H._____-strasse 3 in Zürich gelenkt zu haben, obwohl er bei dieser Fahrt eine Mindest-Atemalkoholkonzentration von 0.65 mg/Liter Atemluft (Zeitpunkt der Messung: 23:50 Uhr) aufgewiesen habe, nachdem er kurz zuvor alkoholische Getränke (insbesondere Wein) konsumiert hatte. In subjektiver Hinsicht wird dem Beschuldigten zum Vorwurf gemacht, er habe aufgrund des erst kürzlich zurückliegenden Alkoholkonsums damit rechnen müssen, nicht fahrfähig zu sein, was er zumindest in Kauf genommen und worüber er sich mit seiner Fahrt hinweggesetzt habe (Urk. 6 S. 3).

2. Standpunkt des Beschuldigten / Zu erstellender Sachverhalt

2.1. Dass der Beschuldigte am 26. Januar 2021 um ca. 23:10 Uhr einen Personenwagen der Marke Mercedes Benz (Kontrollschild TG 4) über die in der Anklage aufgeführte Strecke lenkte, ist unbestritten und ergibt sich aus den Untersuchungsakten (Urk. 1 S. 2; Urk. 2 S. 1; Prot. I S. 13, 19; Prot. II S. 14). Der Beschuldigte räumte ein, vorgängig zu dieser Autofahrt ein Glas Rotwein konsumiert zu haben (Urk. 2 S. 3; Prot. I S. 14 f.; Prot. II S. 14). Weiter bestätigte er, auf dem Parkplatz der Liegenschaft an der H._____-strasse 3, ... Zürich, polizeilich ange-

halten und einer Kontrolle der Fahrfähigkeit unterzogen worden zu sein (Prot. I S. 13; Prot. II S. 14).

2.2. Der Beschuldigte bestreitet hingegen – wie bereits im Vorverfahren und vor erster Instanz – die Gültigkeit und Korrektheit der an jenem Abend durchgeführten Atemalkoholmessungen. Konkret macht er geltend, dass das Messergebnis aufgrund seiner vorgängigen Einnahme von Tropfen des Präparats "Echinaforce" falsch sei (Prot. I S. 13 f., 19, 23; Prot. II S. 14; vgl. auch Urk. 4/1; Urk. 7; Urk. 9/5; Prot. II S. 20 f.). Weiter erachtet er es für nicht erstellt, dass das Atemalkohol-Messgerät Dräger Alcotest ... (Serien-Nr. 1) anlässlich der polizeilichen Kontrolle die gesetzlichen Anforderungen erfüllt habe und korrekt bedient worden sei (Urk. 40 S. 2; Prot. II S. 8 ff., 16 ff.). Neben der Gültigkeit und Verwertbarkeit des Messergebnisses wird nachfolgend zu prüfen sein, ob der Beschuldigte anlässlich der angeklagten Fahrt tatsächlich eine Mindest-Atemalkoholkonzentration von 0.65 mg/Liter Atemluft aufwies oder ob dieser Messwert aufgrund der vorgängigen Einnahme von Tropfen des Präparats "Echinaforce" beeinflusst bzw. verfälscht wurde.

2.3. In subjektiver Hinsicht stellt sich der Beschuldigte auf den Standpunkt, dass er bestimmt nicht alkoholisiert in das Auto eingestiegen wäre. Er sei auf den Führerschein angewiesen, da er in der Automobil-Branche arbeite (Prot. I S. 19; Prot. II S. 15). Nachfolgend wird demnach zu erstellen sein, ob der Beschuldigte zumindest mit der Möglichkeit rechnen musste, aufgrund des Konsums alkoholischer Getränke im Vorfeld der angeklagten Autofahrt nicht mehr fahrfähig zu sein, was er jedoch in Kauf nahm.

Der bestrittene Teil des subjektiven Anklagesachverhalts, also was der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt genau wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist damit eine Tatfrage. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn bei Fehlen eines Geständnisses aus äusseren Umständen auf jene inneren Tatsachen geschlossen werden muss. Eine Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Vorsatz bzw. Eventualvorsatz begründet ist. Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass Tat- und Rechtsfragen insoweit eng miteinander verknüpft sind und sich teilweise überschneiden (BGE 133

IV 9 E. 4.1; BGE 130 IV 58 E. 8.5; je mit weiteren Hinweisen). Deshalb rechtfertigt es sich, die zu klärenden Tatfragen zum subjektiven Sachverhalt – soweit erforderlich – im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu prüfen.

3. Beweismittel und deren Verwertbarkeit

Die Anklage basiert im Wesentlichen auf einer Atemalkoholprobe beim Beschuldigten vom 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr mit dem Atemalkohol-Messgerät Dräger Alcotest ... (Serien-Nr. 1). Diese Messung ist dokumentiert durch das FinZ-Set der Stadtpolizei Zürich vom 26. Januar 2021 (Urk. 2), das Eichzertifikat des METAS vom 13. Januar 2021 betreffend das verwendete Messgerät (Urk. 53/3) und die Auswertung der gespeicherten Messdaten (Urk. 53/4). Relevante Beweismittel sind sodann der Polizeirapport der Stadtpolizei Zürich vom 3. Februar 2021 (Urk. 1), das in Auftrag gegebene Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 11. Oktober 2021 betreffend Beeinflussung der Atemalkoholprobe durch die Einnahme eines alkoholhaltigen Medikaments (Urk. 9/3), die Dokumentation der Beweisabnahme anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. März 2022 (Prot. I S. 19 ff.; Urk. 27) und die Aussagen des Beschuldigten (Urk. 2 S. 3 ff.; Prot. I S. 13 ff.; Prot. II S. 14 f.).

3.1. FinZ-Set der Stadtpolizei Zürich vom 26. Januar 2021

3.1.1. Die Verteidigung stellte vor Vorinstanz die Verwertbarkeit des FinZ-Set der Stadtpolizei Zürich vom 26. Januar 2021 in Frage. Sie führte anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. März 2022 aus, dass der Beschuldigte wohl nicht in der Lage gewesen sei, zu sehen, was er (digital) unterschrieben habe, da ihm das FinZ-Set lediglich auf einem kleinen iPad vorgelegt worden sei (Prot. I S. 26). Anlässlich der Berufungsverhandlung brachte die Verteidigung diesen Einwand nicht mehr vor. Dennoch ist dazu das Folgende zu erwägen:

3.1.2. Beim sogenannten "FinZ-Set" handelt es sich um eine Kombination aus polizeilichem Rapport und polizeilicher Einvernahme. Daher finden die Protokollierungsvorschriften auf die einvernahmeähnlichen Teile des FinZ-Sets Anwendung

(vgl. Art. 78 Abs. 5 StPO; Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 20. August 2020, Geschäfts-Nr. SU200006, S. 9).

3.1.3. Der Beschuldigte sagte anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. März 2022 auf entsprechende Ergänzungsfrage seines Verteidigung aus, dass er die digitalen Unterschriften an den vorgesehenen Stellen im FinZ-Set (Urk. 2) auf einem iPad geleistet habe. Auf die Frage, ob er dabei nur das Unterschriftsfeld oder auch die vorhergehenden Fragen bzw. Antworten gesehen habe, antwortete der Beschuldigte, er sei sich nicht sicher. Sehr wahrscheinlich seien die Fragen schon ersichtlich gewesen. Er habe aber unterschrieben (Prot. I S. 25). Es ist demnach unbestritten und nachgewiesen, dass dem Beschuldigten das FinZ-Set vom 26. Januar 2021 auf einem iPad vorgelegt wurde und er am Ende der Kontrolle seiner Fahrfähigkeit aufgefordert wurde, dieses digital zu unterzeichnen. Dass ihm verweigert worden oder es nicht möglich gewesen sei, vor der Unterzeichnung vom Inhalt des FinZ-Set Kenntnis zu nehmen, machte der Beschuldigte nicht geltend. Vielmehr räumte er ein, dass die Fragen sehr wahrscheinlich schon ersichtlich gewesen seien (Prot. I S. 25). Folglich bestehen keine Zweifel daran, dass er die Möglichkeit hatte, das von der Stadtpolizei Zürich ausgefüllte Formular gesamthaft durchzulesen. Dass er dies nicht oder nur flüchtig tat, ist seiner eigenen Unvorsicht geschuldet. So darf erwartet werden, dass sich die von einer Kontrolle der Fahrfähigkeit betroffene Person der möglichen Konsequenzen eines positiven Ergebnisses der Atemalkoholprobe bewusst ist. Dies gilt ganz besonders für den Beschuldigten, welcher in der Vergangenheit bereits mehrmals mit Administrativmassnahmen im Strassenverkehr belegt wurde, u.a. wegen Angetrunkenheit (Urk. 5/4). Entsprechend steht fest, dass ihm das vom zuständigen Polizeibeamten ausgefüllte bzw. ergänzte FinZ-Set derart vorgelegt wurde, dass er den gesamten Inhalt auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit hin hätte überprüfen können. Eine Unverwertbarkeit des FinZ-Sets der Stadtpolizei Zürich vom 26. Januar 2021 infolge mangelnder Vorlage oder Kenntnisnahme kann daher ausgeschlossen werden. Der Beschuldigte bestätigte die einvernahmeähnlichen Teile des FinZ-Sets mit seiner Unterschrift, was unbestritten und aktenkundig ist (Urk. 2 S. 4, 6 f.). Damit sind die Protokollierungsvorschriften gemäss Art. 78 Abs. 5 StPO erfüllt. Der Beschuldigte wurde im Rahmen der polizeilichen Kontrolle sodann auf

seine Rechte gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO hingewiesen (Urk. 2 S. 3). Gegenteiliges machte er jedenfalls nicht geltend. Folglich wurden hinsichtlich des FinZ-Sets sämtliche Gültigkeitsvorschriften eingehalten, weshalb es samt den Ergebnissen der Atemalkoholmessungen verwertbar ist.

3.2. Ergebnis der Atemalkohol-Messung vom 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr

3.2.1. In der begründeten Berufungserklärung machte die Verteidigung die Unverwertbarkeit des Ergebnisses der Atemalkohol-Messung vom 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr geltend, sollten die eingeholten Nachweise der Stadtpolizei Zürich ergeben, dass die gesetzlichen Anforderungen gemäss Art. 9 und 10 der Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel (AAMV) nicht eingehalten wurden (Urk. 40 S. 3). Nach Einsichtnahme in die beigezogenen Akten der Stadtpolizei Zürich hielt die Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung fest, dass die gesetzlichen Vorgaben der SKV, der VSKV-ASTRA, der Messmittelverordnung und der AAMV gleich in mehrerer Hinsicht nicht eingehalten worden seien. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, dass der Original-Ausdruck des Messgeräts betreffend die hier relevante Atemalkoholprobe beim Beschuldigten nicht mehr vorhanden sei, obwohl allein dieser Ausdruck das Messergebnis beweisen könne, nicht hingegen das FinZ-Set vom 26. Januar 2021 oder die von der Stadtpolizei Zürich erstellte Excel-Tabelle über die vom Messgerät gespeicherten Messdaten. Entsprechend könne nicht überprüft werden, ob die erforderlichen Daten des Beschuldigten korrekt eingegeben worden seien und die Messung hernach vorschriftsgemäss durchgeführt worden sei. Weiter sei der für die Kontrolle der Fahrfähigkeit zuständige Polizeibeamte Wm D. _____ nicht geschult gewesen in der Bedienung des Atemalkohol-Messgeräts Dräger Alcotest Die Ansicht eines Instruktionvideos im Selbststudium könne eine fachliche Schulung durch die Herstellerin des Messgeräts nicht ersetzen. Schliesslich seien die von der Herstellerin vorgegebenen zeitlichen Intervalle für die Instandhaltung, Justierung und Nacheichung des verwendeten Messgeräts nicht eingehalten worden (Prot. II S. 7 f., 16 ff.).

3.2.2. Voraussetzung für die Gültigkeit und Verwertbarkeit des Messergebnisses ist mit der Verteidigung (Urk. 40 S. 3), dass das für die Messung verwendete

Messgerät den gesetzlichen Anforderungen entspricht und die einschlägigen Bestimmungen für dessen Bedienung eingehalten wurden (vgl. Art. 11a SKV, Art. 16 ff. und Art. 24 MessMV, Art. 8 ff. AAMV). Wie aus dem FinZ-Set vom 26. Januar 2021 hervorgeht, wurde für die um 23:50 Uhr durchgeführte Atemalkoholprobe ein Messgerät der Marke "Dräger Alcotest ..." mit der Serien-Nummer 1 verwendet. Im Nachgang zur Präsidialverfügung vom 28. März 2023 reichte die Stadtpolizei Zürich das Eichzertifikat Nr. 5 des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (METAS) vom 13. Januar 2021 betreffend das vorstehende Atemalkohol-Messgerät ein. Darin wird bestätigt, dass die Eichung entsprechend dem in der Messmittelverordnung (MessMV) und der Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel (AAMV) festgelegten Verfahren vorgenommen wurde und die gesetzlichen Anforderungen an das Messgerät erfüllt seien. Die Gültigkeitsdauer der Eichung wurde bis zum 31. Januar 2022 festgesetzt (Eichmarke METAS 01/22), unter dem Vorbehalt, dass das Messmittel den rechtlichen Anforderungen entspricht und keine Sicherungsmechanismen verletzt sind oder messrelevante Teile repariert wurden (Urk. 53/3). Da keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das verwendete Messgerät hätte defekt sein können, bestehen keine Zweifel an der Gültigkeit der Eichung im Zeitpunkt der Atemalkohol-Messung.

3.2.3. Die Verteidigung macht wie erwähnt geltend, dass die von der Herstellerin vorgegebenen zeitlichen Intervalle für die Nacheichung, Instandhaltung und Justierung des verwendeten Messgeräts nicht eingehalten worden seien (Prot. II S. 18 f., 23). Dieser Einwand ist unbegründet. Das Messgerät Dräger Alcotest ... mit der Serien-Nummer 1 wurde am 13. Januar 2021, d.h. zwei Wochen vor der hier zu beurteilenden Atemalkoholprobe, durch das METAS nachgeeicht. In diesem Verfahren wurde überprüft, ob Konstruktion, Zustand und messtechnische Eigenschaften des Messgeräts noch den Vorschriften entsprechen und ob die Eichfehlergrenzen eingehalten werden. Anschliessend wurde es für die Weiterverwendung freigegeben (vgl. Art. 24 Abs. 2 MessMV und Anhang 7 Ziff. 1 MessMV). Mit dem Eichzertifikat des METAS vom 13. Januar 2021 ist folglich belegt, dass das Messgerät Dräger Alcotest ... mit der Serien-Nummer 1 zum Zeitpunkt der Atemalkoholprobe die gesetzlichen Anforderungen erfüllte und für amtliche Kontrollen der Fahrfähigkeit eingesetzt werden durfte. Daraus folgt, dass die vorgeschriebe-

nen Verfahren zur Erhaltung der Messbeständigkeit eingehalten wurden, womit sich der beantragte Beizug der Instandhaltungsakte des erwähnten Messgeräts erübrigt (Prot. II S. 19, 23). Der entsprechende Beweisantrag der Verteidigung ist abzuweisen. Im Ergebnis steht rechtsgenügend fest, dass das Messgerät Dräger Alcotest ... mit der Serien-Nummer 1 anlässlich der beim Beschuldigten durchgeführten Atemalkoholprobe am 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr den gesetzlichen Anforderungen entsprach.

3.2.4. Die Gültigkeit und Verwertbarkeit des Messergebnisses setzt weiter voraus, dass das Messgerät zur amtlichen Kontrolle der Fahrfähigkeit durch geschultes Personal betrieben wurde. Dieses muss über die nötigen theoretischen und praktischen Fachkenntnisse im Zusammenhang mit der Messart, dem Messsystem, der Durchführung der jeweiligen Messung sowie der Auswertung der Messdaten verfügen und durch die zuständige Behörde zur Durchführung der Kontroll- und Auswertungstätigkeiten ermächtigt sein (Art. 2 Abs. 2 und 3 VSKV-ASTRA). Die hier zu beurteilende Atemalkoholprobe beim Beschuldigten vom 26. Januar 2021 wurde durch Wm D._____, Polizeibeamter bei der Verkehrspolizei Zürich, durchgeführt (Urk. 2). Bei den Akten liegt ein Schreiben von I._____, ... [Funktion] Einsatz und Instruktion der Verkehrspolizei Zürich, vom 4. April 2023 betreffend Bestätigung der Ausbildung u.a. für das Atemalkohol-Messgerät Dräger Alcotest Daraus geht hervor, dass sämtliche Mitarbeiter der Verkehrspolizei Zürich im September 2016 aufgefordert worden seien, einen eigens erstellten Instruktionsfilm sowie die Instruktionen der Verkehrspolizei zur beweissicheren Atemalkoholprobe zu studieren und anzuwenden. Neue Mitarbeiter würden im Zuge der polizeilichen Grundausbildung am Atemalkohol-Messgerät ausgebildet (Urk. 53/2). Da sich dieses Schreiben nicht direkt auf Wm D._____ bezieht, ist mit der Verteidigung fraglich, ob damit ausreichend nachgewiesen ist, dass dieser in der Bedienung des Messgeräts Dräger Alcotest ... geschult und zur Durchführung solcher Kontrollen ermächtigt war. Dazu ist einleitend festzuhalten, dass weder die VSKV-ASTRA noch die messmittelspezifischen Verordnungen näher konkretisieren, wie das Personal in der Bedienung von Atemalkohol-Messgeräten zu schulen ist. Folglich ist nicht ausgeschlossen, dass dies auch durch das selbständige Studium eines Instruktionsfilmes und von erläuternden Anweisungen geschehen kann, sofern

dadurch die nötigen theoretischen und praktischen Fachkenntnisse vermittelt werden. Wm D._____ wurde als Polizeibeamter der Verkehrspolizei Zürich entweder im Rahmen seiner polizeilichen Grundausbildung am Atemalkohol-Messgerät Dräger Alcotest ... ausgebildet oder im September 2016 dazu aufgefordert, dessen Bedienung anhand eines Instruktionfilms und von separaten Anweisungen der Verkehrspolizei zu erlernen. Gemäss der Auskunft von Fw J._____ anlässlich der Hauptverhandlung verfügt Wm D._____ über eine entsprechende Lizenz zur Bedienung des beweissicheren Atemalkohol-Messgeräts (Prot. I S. 21, vgl. auch S. 20). Darauf ist abzustellen, zumal sich weder aus den Aussagen des Beschuldigten noch aus den weiteren Beweismitteln ergibt, dass es bei der Durchführung der beweissicheren Atemalkoholprobe und der Auswertung des Messergebnisses aufgrund der ungenügenden Kompetenzen oder Unerfahrenheit von Wm D._____ zu Komplikationen kam. Der Einwand der Verteidigung betreffend die fehlende Schulung des zuständigen Polizeibeamten findet somit keine Grundlage in den Akten, sondern erweist sich vielmehr als spitzfindig und formalistisch. Es bestehen keine Zweifel daran, dass Wm D._____ über die nötigen theoretischen und praktischen Fachkenntnisse im Zusammenhang mit dem verwendeten Messgerät, der Messart, der Durchführung der Messung sowie der Auswertung der Messdaten verfügte. Folglich ist es nicht notwendig, bei der Stadtpolizei Zürich die Auskunft einzuholen, ob Wm D._____ zu dem Kreis von Polizeibeamten gehörte, der das Video zur Bedienung des Messgeräts Dräger Alcotest ... zugeschickt erhielt und sich die dargestellten Fähigkeiten im Wege des Selbststudiums beibrachte (Prot. II S. 23). Der entsprechende Beweisantrag des Beschuldigten ist abzuweisen.

Ebenso bestehen keine rechtserheblichen Zweifel daran, dass Wm D._____ zu den erforderlichen Kontroll- und Auswertungstätigkeiten zur Fahrfähigkeit des Beschuldigten ermächtigt war. Nach Art. 3 Abs. 1 SKV obliegt die Kontrolle des Verkehrs auf öffentlichen Strassen der nach kantonalem Recht zuständigen Polizei (vgl. Art. 2 Abs. 1 VSKV-ASTRA). Im Kanton Zürich ist grundsätzlich die Gemeindepolizei u.a. für die Überwachung des Verkehrs auf Gemeindestrassen und die Feststellung sowie Ahndung von Verstössen gegen die Verkehrsregeln zuständig (§ 18 Abs. 1 lit. b und c Polizeiorganisationsgesetz des Kantons Zürich [POG]). Auf dem Gebiet der Stadt Zürich nimmt die Stadtpolizei Zürich die verkehrspolizei-

lichen Aufgaben wahr (§ 23 Abs. 1 POG), konkret das Kommissariat Verkehrspolizei (Spezialabteilung). Als Polizeibeamter der Verkehrspolizei Zürich war er generell dazu ermächtigt, Verkehrskontrollen auf dem Stadtgebiet von Zürich vorzunehmen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass Wm D._____ die fragliche Atemalkoholprobe vom 26. Januar 2021 nicht in Ausübung seiner dienstlichen (verkehrspolizeilichen) Tätigkeit oder ohne Auftrag seines Vorgesetzten durchführte. Vielmehr rückte er für eine zielgerichtete Verkehrskontrolle im Umfeld der Liegenschaft G._____ -strasse 2, ... Zürich, aus, nachdem ein Polizeieinsatz ergeben hatte, dass mehrere Personen – darunter der Beschuldigte – dort vermutlich Alkohol konsumiert hatten und die Gefahr bestand, dass sich einige dieser Personen für die Heimfahrt hinters Steuer setzen würden (Urk. 1 S. 2). Die Vorgaben von Art. 2 Abs. 2 und 3 VSKV-ASTRA wurden folglich eingehalten.

3.2.5. Gemäss der Bestätigung von Wm D._____ im FinZ-Set wurde das Gerät Dräger Alcotest ... (Serien-Nr. 1) anlässlich der Atemalkohol-Messung vom 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr entsprechend den Vorgaben des ASTRA bzw. der Bedienungsanleitung der Herstellerin eingesetzt (vgl. Art. 19 VSKV-ASTRA; Urk. 55/2). So wurde insbesondere die gesetzlich vorgeschriebene Wartezeit vor der Messung eingehalten (vgl. Art. 11a SKV; Urk. 2 S. 4; vgl. auch Urk. 4/1). Zudem wurden die erforderlichen Probandendaten (Name, Vorname und Geburtsdatum des Beschuldigten) vorgängig zur Messung korrekt in das Gerät eingegeben. Dies ergibt sich aus der beigezogenen Auswertung der gespeicherten Messdaten (Urk. 53/4). Der Original-Ausdruck des verwendeten Messgeräts ist gemäss Angaben der Stadtpolizei Zürich zwar nicht mehr vorhanden (Urk. 53/1; vgl. auch Prot. I S. 21). Dies ist jedoch nicht zu beanstanden, da sämtliche relevanten Daten der Messung digital gespeichert und archiviert wurden, sodass diese jederzeit abrufbar sind. Entgegen der Auffassung der Verteidigung bildet der Messausdruck keine zwingende Beilage zum Protokoll bei Verdacht auf Fahruntfähigkeit (vgl. Anhang 2 VSKV-ASTRA; Urk. 55/2), insbesondere nicht, wenn die Messdaten in digitaler Form vorliegen. Die von der Stadtpolizei Zürich erstellte, tabellarische Übersicht gibt sämtliche Daten der Atemalkoholmessung vom 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr wieder. Neben verschiedenen Messresultaten zum Atemvolumen, der Atemzeit und der Atemalkoholkonzentration ergeben sich daraus auch

die Probandendaten des Beschuldigten (Name, Vorname, Geburtsdatum; Urk. 53/4). Es bestehen keine Zweifel daran, dass die als Excel-Tabelle dargestellten Daten denjenigen entsprechen, die der zuständige Polizeibeamte Wm D._____ vorgängig zur relevanten Atemalkoholmessung in das Gerät eingab. Damit ist der Geräte-Ausdruck betreffend die Atemalkoholprobe vom 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr nicht erforderlich, da dieser die vorliegenden Daten nur in einer anderen Form darstellen würde. Wie bereits erwähnt, wurden sämtliche Probandendaten korrekt in das Atemalkohol-Messgerät mit der Serien-Nummer 1 eingegeben. Auf den Einwand der Verteidigung, wonach die Atemalkoholkonzentration des Beschuldigten möglicherweise gestützt auf ein falsches Geburtsdatum ermittelt wurde (Prot. II S. 8 f., 17 f.), ist deshalb nicht weiter einzugehen. Sodann ist es entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 40 S. 2) gemäss der eingereichten Bedienungsanleitung für das Messgerät Dräger Alcotest ...-CH nicht vorgesehen bzw. gerätetechnisch gar nicht möglich, das Geschlecht und das Gewicht des Probanden vor Auslösung der Messung zu erfassen (Urk. 55/2). Auch dieser Einwand zielt folglich ins Leere.

3.2.6. Die beim Beschuldigten durchgeführte Atemalkoholprobe mit dem Messgerät Dräger Alcotest ... (Serien-Nr. 1) ergab ein gültiges Messresultat, was durch die entsprechende Angabe im FinZ-Set vom 26. Januar 2021 und die von der Stadtpolizei Zürich nachgereichte Darstellung der gespeicherten Messdaten belegt ist (Urk. 2 S. 4; Urk. 53/4). An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass das Atemalkohol-Messgerät innert weniger Sekunden zwei unabhängige Messungen durchführt. Nur wenn beide den gleichen Befund ergeben, wird ein gültiges Resultat angezeigt. Fehlmessungen sind somit ausgeschlossen (<https://www.astra.admin.ch/astra/de/home/themen/verkehrssicherheit/atemalkoholkontrolle.html>; zuletzt besucht am 29. März 2023). Das Ergebnis der Atemalkoholprobe mit dem Messgerät wurde im gemäss Anhang 2 der Verordnung des ASTRA zur Strassenverkehrskontrollverordnung (VSKV-ASTRA) vorgesehene Protokoll festgehalten (Urk. 2; vgl. auch Art. 26 Abs. 1 VSKV-ASTRA). Es ergeben sich somit keinerlei Anhaltspunkte, an der korrekten und gesetzeskonformen Bedienung des Atemalkohol-Messgeräts Dräger Alcotest ... (Serien-Nr. 1) sowie der Gültigkeit des Messergebnisses zu zweifeln. Der gemessene Wert der

beim Beschuldigten durchgeführten Atemalkoholprobe vom 26. Januar 2021 um 23:50 Uhr ist demnach verwertbar. Damit erübrigt es sich, bei Prof. E. _____ der Universität Bern ein Gutachten über die Gültigkeit des Messergebnisses einzuholen (Prot. II S. 25). Der entsprechende Beweisantrag ist abzuweisen.

3.3. Übrige Beweismittel

Die im Polizeirapport festgehaltenen Wahrnehmungen des Polizeibeamten Wm D. _____, insbesondere in Bezug auf die polizeiliche Kontrolle in der Liegenschaft an der G. _____-strasse 2, ... Zürich, sind indessen nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertbar, da er im Verlauf des Vorverfahrens nicht als Zeuge einvernommen wurde, weshalb der Beschuldigte seine Teilnahme- und Fragerechte nicht ausüben konnte (Art. 147 Abs. 1 und 4 StPO). Auf die übrigen Beweismittel kann vollumfänglich abgestellt werden.

4. Würdigung

4.1. Es ist unbestritten und aufgrund der Aktenlage erstellt, dass beim Beschuldigten am Tatabend auf dem Parkplatz der Liegenschaft H. _____-strasse 3 ... Zürich, durch einen Beamten der Stadtpolizei Zürich zunächst zwei Messungen mit einem Atemalkohol-*Test*gerät durchgeführt wurden (1. Messung um 23:21 Uhr mit einem Messwert von 0.71 mg/Liter; 2. Messung um 23:23 Uhr mit einem Messwert von 0.68 mg/Liter). In der Folge wurde der Beschuldigte in die Dienststelle der Verkehrspolizei der Stadtpolizei Zürich verbracht, wo eine Messung der Atemalkoholkonzentration mit einem *Mess*gerät vorgenommen wurde (Messung um 23:50 Uhr mit einem Messwert von 0.65 mg/Liter; vgl. zum Ganzen Urk. 2 S. 4). Auf die Abnahme einer Blutprobe zum Nachweis der Blutalkoholkonzentration verzichtete der Beschuldigte, was er mit seiner Unterschrift im FinZ-Set der Stadtpolizei Zürich bestätigte (Urk. 2 S. 4). Damit brachte er zum Ausdruck, dass er – zumindest zum damaligen Zeitpunkt – keine massgeblichen Zweifel an den Messergebnissen hatte.

4.2. Rund fünf Tage nach der Kontrolle der Fahrfähigkeit des Beschuldigten meldete sich dessen Verteidigung mit E-Mail vom 1. Februar 2021 beim mit der Atemalkoholprobe befassten Polizisten (Wm D._____) und erklärte, dass der Beschuldigte vor der Autofahrt das zur Immunabwehr empfohlene Präparat "Echinaforce" tropfenweise eingenommen habe, was die gemessene Atemalkoholkonzentration erkläre. Das Präparat weise einen Alkoholgehalt von 65 % auf und bereits ein Tropfen verfälsche das Ergebnis des verwendeten Dräger-Geräts (Urk. 4/1; vgl. auch Urk. 9/5, wonach bereits wenige Tropfen das Ergebnis fundamental verändern würden). In der Einsprache gegen den Strafbefehl der Staatsanwaltschaft vom 17. März 2021 wies die Verteidigung erneut darauf hin, dass der Beschuldigte keinen Alkohol getrunken, sondern zwei Tropfen des Präparats "Echinaforce" zur Stärkung der Immunabwehr eingenommen habe (Urk. 7). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. März 2023 sagte der Beschuldigte auf entsprechende Fragen aus, dass er zweimal 30 Tropfen eingenommen habe: Einmal bevor er losgefahren sei und einmal unmittelbar vor der Kontrolle durch die Stadtpolizei Zürich (Prot. I S. 14). Er macht somit geltend, zuletzt um ca. 23:10 Uhr und damit rund 40 Minuten vor der Atemalkoholprobe mit dem Messgerät Dräger Alcotest ... (Serien-Nr. 1) alkoholhaltige "Echinaforce"-Tropfen geschluckt zu haben. Dass er nach der polizeilichen Anhaltung erneut etwas von diesem Präparat einnahm, sagte der Beschuldigte hingegen nicht aus. Zudem geht aus dem Polizeirapport vom 3. Februar 2021 hervor, dass er ab der Anhaltung auf dem Parkplatz der Liegenschaft an der H._____-strasse 3 ... Zürich, bis zur Atemalkoholmessung in der Dienststelle der Verkehrspolizei stets unter Beobachtung war und keine Möglichkeit mehr hatte, unbemerkt etwas einzunehmen (Urk. 1 S. 2).

Nachfolgend ist demnach zu prüfen, ob der Beschuldigte anlässlich der angeklagten Fahrt tatsächlich eine Mindest-Atemalkoholkonzentration von 0.65 mg/Liter Atemluft aufwies oder ob dieser Messwert aufgrund des Mund- bzw. Restalkohols nach der Einnahme von "Echinaforce" in Tropfenform rund 40 Minuten vor der Atemalkoholprobe beeinflusst bzw. verfälscht wurde.

4.3. Über die Frage, ob die Einnahme eines alkoholhaltigen Präparats kurze Zeit vor der Durchführung einer Atemalkoholprobe mit einem beweissicheren

Messgerät Auswirkungen auf das Messergebnis haben kann, holte die Staatsanwaltschaft ein pharmakologisch-toxikologisches Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin ein (Urk. 9/3). Daraus geht hervor, dass das Messgerät zwischen Atemalkohol und Mundalkohol unterscheiden könne, indem es den zeitlichen Verlauf der Alkoholkonzentration beim Ausatmen überprüfe. Bei Vorhandensein von Mundalkohol komme es bei Messbeginn zu einer relativ hohen Konzentration verglichen mit dem späteren Verlauf der Atemmessung. Dies werde sofort erkannt und das Gerät gebe eine Fehlermeldung aus, d.h. es liefere gar keinen Messwert. Da der Mundalkohol relativ rasch verschwinde, könne nach der gesetzlich vorgeschriebenen Wartezeit die Messung ohne Fehlermeldung durchgeführt werden. Erst in diesem Fall liefere das Gerät einen Messwert. Vorliegend seien zwischen der Anhaltung und der beweissicheren Atemalkoholprobe mit einem Messgerät 40 Minuten vergangen. Gemäss Angaben der Stadtpolizei Zürich habe der Beschuldigte während dieser Zeitspanne nicht erneut etwas oral einnehmen können, weshalb die vorgeschriebene Wartezeit ohne Weiteres eingehalten worden sei. Folglich könne die vom Beschuldigten geltend gemachte Einnahme von Tropfen eines alkoholhaltigen Präparats vor Fahrtritt (bzw. vor der polizeilichen Kontrolle) die beweissichere Atemalkoholprobe mit dem verwendeten Messgerät bei einer vorschriftsgemässen Durchführung nicht beeinflusst haben (Urk. 9/3 S. 2).

4.4. Die Vorinstanz verfügte am 2. März 2022 auf entsprechenden Beweisantrag der Verteidigung, dass anlässlich der bevorstehenden Hauptverhandlung beim Beschuldigten ein Atemlufttest mit dem Atemalkohol-Messgerät des Typs Dräger Alcotest ... vor und nach der Einnahme von Tropfen des "Echinaforce"-Präparats durchgeführt werde (Urk. 24). Zum Ablauf der Beweisabnahme kann auf die genaue und ausführliche Dokumentation im Verhandlungsprotokoll und die Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Prot. I S. 19 ff.; Urk. 27; Urk. 37 S. 7 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die zum Zweck der Beweiserhebung vorgenommenen Atemalkoholproben ergaben, dass die Einnahme von Tropfen des Präparats "Echinaforce" nach einer Wartezeit von rund 40 Minuten keine Auswirkungen auf das Messergebnis der beweissicheren Atemalkoholprobe mit einem Messgerät Dräger Alcotest ... hat. Insofern bestätigte die vorinstanzliche

Beweisabnahme die Schlussfolgerung im Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin.

4.5. Vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage des Beschuldigten, wonach er vor seiner Abfahrt und unmittelbar vor der polizeilichen Kontrolle seiner Fahrfähigkeit je 30 "Echinaforce"-Tropfen geschluckt habe, als Schutzbehauptung. Hierfür spricht, dass er die Einnahme eines alkoholhaltigen Präparats den Polizeibeamten gegenüber *nicht* erwähnte und zwar weder nach Kenntnisnahme von den Resultaten der beiden Messungen mit dem Atemalkohol-Testgerät, noch nach Konfrontation mit dem Ergebnis der beweissicheren Atemalkoholprobe mit dem Messgerät (Urk. 2 S. 3, 5). Es wäre zu erwarten gewesen, dass er unter den gegebenen Umständen sofort über die Ursache für die erhebliche Alkoholkonzentration in seinem Atem und die deutliche Überschreitung der gesetzlichen Grenze von 0.25 mg/Liter Atemluft (vgl. Art. 55 Abs. 6 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 1 lit. b der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr vom 15. Juni 2012) nachgedacht hätte. Es ist schwer verständlich, weshalb der Beschuldigte nicht bereits vor Ort darauf gekommen sein sollte, dass die alkoholhaltigen "Echina-force"-Tropfen einen Einfluss auf die Messergebnisse gehabt haben könnten, zumal er die zweite Dosis gemäss eigenen Aussagen ungefähr 30 bis 40 Sekunden vor der polizeilichen Anhaltung und damit rund 11 Minuten vor der ersten Atemalkoholmessung geschluckt haben will (vgl. Prot. I S. 14). Die entsprechende Behauptung liess er jedoch erst rund fünf Tage nach der Kontrolle seiner Fahrfähigkeit über seine Verteidigung vorbringen. Hinzukommt, dass sich nicht ohne Weiteres nachvollziehen lässt, wie der Beschuldigte die zweite Dosis "Echinaforce"-Tropfen einnahm. Folgt man seiner Angabe, dass dies rund 30 bis 40 Sekunden vor seiner Anhaltung geschehen sei (Prot. I S. 14), muss er die Tropfen entweder noch während der Autofahrt oder unmittelbar nach seiner Ankunft auf dem Parkplatz der Liegenschaft H. _____-strasse 3 ... Zürich, in seinen Mund geträufelt haben. Dies erscheint wenig lebensnah, insbesondere wenn man in Betracht zieht, wie lange es dauert, 30 einzelne Tropfen abzuzählen. Schliesslich ist festzuhalten, dass der Beschuldigte die Möglichkeit gehabt hätte, bei Zweifeln an der Korrektheit des Messergebnisses mit dem Atemalkohol-Messgerät die Durchführung einer Blutalkoholanalyse zu verlangen (vgl. Art. 55

Abs. 3 lit. c SVG; Art. 12 Abs. 1 lit. d SKV). Dies tat er jedoch zugestandenermassen nicht, was seine Darstellung ebenfalls als nachgeschoben bzw. konstruiert erscheinen lässt.

4.6. Mit der Vorinstanz kann letztlich jedoch offen bleiben, ob der Beschuldigte im Vorfeld der Kontrolle seiner Fahrfähigkeit Tropfen des "Echinaforce"-Präparats eingenommen hatte, da dies – wie gezeigt – keinen Einfluss auf das Ergebnis der gesetzeskonform durchgeführten Atemalkoholprobe mit dem Messgerät Dräger Alcotest ... hatte. Damit steht fest, dass die beim Beschuldigten gemessene Atemalkohol-Konzentration von 0.65 mg/Liter allein durch den Konsum von alkoholischen Getränken hervorgerufen wurde. Was der Beschuldigte vor Fahrantritt konkret in welchen Mengen getrunken hatte, ist für die Erstellung des Sachverhalts nicht relevant. Entsprechend ist der Beweisantrag der Verteidigung auf Einvernahme der Herren B._____ und C._____ betreffend ihre Beobachtungen zum Trinkverhalten des Beschuldigten am Abend des 26. Januar 2021 (Prot. II S. 9, 24 f.) abzuweisen.

4.7. Dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Kontrolle seiner Fahrfähigkeit stark alkoholisiert war, deckt sich auch mit den Feststellungen der Stadtpolizei Zürich im FinZ-Set vom 26. Januar 2021. Beim Erstkontakt bemerkte der mit dem Beschuldigten befasste Polizeibeamte dessen starken Alkohol-Mundgeruch, den glasigen Blick und eine klar verwaschene Sprache. Sodann erschien ihm der Beschuldigte verwirrt, leicht orientierungslos und schläfrig bzw. verzögert. Beim Aussteigen aus dem Fahrzeug fielen ihm schliesslich Gleichgewichtsstörungen und ein unsicherer, torkelnder Gang auf (Urk. 2 S. 2). Diese Beobachtungen lassen sich mit den gerichtsnotorischen Auswirkungen einer Alkoholisierung mit einer Atemalkoholkonzentration von mehr als 0.5 mg/Liter bzw. einer Blutalkoholkonzentration von mehr als 1.0 Gewichtspro mille ohne Weiteres vereinbaren.

4.8. Die um 23:50 Uhr vorgenommene Atemalkoholprobe steht sodann in Einklang mit den zwei vorhergehenden Messungen mit einem Atemalkohol-Testgerät, welche Werte von 0.71 mg/Liter (1. Messung um 23:21 Uhr) bzw. 0.68 mg/Liter (2. Messung um 23:23 Uhr) ergaben (Urk. 2 S. 4). Die Verteidigung rügte vor Vorinstanz zwar die Divergenzen zwischen den Messwerten der ersten bei-

den Messungen und der beweissicheren Alkoholprobe um 23:50 Uhr (Prot. I S. 26). Die Abweichung von 0.03 mg/Liter zwischen den beiden Testmessungen um 23:21 Uhr und 23:23 Uhr liegt jedoch innerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens, bei welchem keine neuen Messungen vorzunehmen sind, sondern auf den tieferen der beiden Messwerte abzustellen ist (vgl. Art. 11 Abs. 2 Sätze 2 und 3 SKV; Art. 11 Abs. 3 Satz 1 SKV). Die Differenz zwischen den Ergebnissen des Atemalkohol-Testgeräts und der Atemalkoholprobe mit einem Messgerät um 23:50 Uhr lässt sich ohne Weiteres mit dem natürlichen Alkoholabbauvorgang im Körper (mindestens 0.05 mg/Liter pro Stunde) erklären. Ohnehin enthält die Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel keine Regelung betreffend die zulässige Abweichung des Ergebnisses eines Atemalkohol-Testgeräts im Vergleich zum Ergebnis eines Atemalkohol-Messgeräts. Diese zwei verschiedenen Arten der Atemalkoholprobe können unabhängig voneinander durchgeführt werden und stehen nicht in Relation zueinander (vgl. Art. 10a ff. SKV). Abschliessend ist festzuhalten, dass von den durch Atemalkoholtestgeräte und Atemalkoholmessgeräte angezeigten Messwerten keine Abzüge vorgenommen werden dürfen (Art. 20 VSKV-ASTRA). Der anderslautenden Einschätzung der Verteidigung ist demnach nicht zu folgen (Prot. II S. 18, 20, 24).

4.9. Damit bestehen keine im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StPO unüberwindbaren Zweifel daran, dass der Beschuldigte anlässlich der angeklagten Autofahrt eine Mindest-Atemalkoholkonzentration von 0.65 mg/Liter Atemluft aufwies, welche auf den vorgängigen Konsum von alkoholischen Getränken zurückzuführen war. Der objektive Sachverhalt ist somit anklagegemäss erstellt.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Die Vorinstanz würdigte das Verhalten des Beschuldigten als (eventual-)vorsätzliches Fahren in qualifiziert fahrunfähigem Zustand gemäss Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG (Urk. 37 S. 11 f., 14). Die Verteidigung machte anlässlich der Berufungsverhandlung keine Ausführungen zur rechtlichen Würdigung.
2. Wer wegen Alkoholeinfluss nicht über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt, gilt während dieser Zeit als fahrunfähig und darf

kein Fahrzeug führen (Art. 31 Abs. 1 SVG). Fahrunfähigkeit wegen Alkoholeinwirkung (Angetrunkenheit) gilt – unabhängig von der tatsächlichen Leistungsfähigkeit, von weiteren Beweisen und individueller Alkoholverträglichkeit – als erwiesen, wenn der Fahrzeugführer eine Atemalkoholkonzentration von mindestens 0.25 mg Alkohol pro Liter Atemluft aufweist (Art. 55 Abs. 6 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 1 lit. b der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr vom 15. Juni 2012). Eine qualifizierte Atemalkoholkonzentration im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG liegt vor, wenn mindestens 0.40 mg Alkohol pro Liter Atemluft gemessen wird (Art. 55 Abs. 6 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 2 lit. b der vorgenannten Verordnung).

Beim Beschuldigten wurde zum Tatzeitpunkt eine Atemalkoholkonzentration von 0.65 mg/Liter Atemluft nachgewiesen. Unter dieser Alkoholeinwirkung lenkte er ein Fahrzeug von der G.____-strasse 2 an die H.____-strasse 3 in Zürich. Damit ist der objektive Tatbestand des Fahrens in qualifiziert fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG erfüllt.

3. In subjektiver Hinsicht kann der Tatbestand von Art. 91 SVG sowohl durch (eventual-)vorsätzliches als auch durch fahrlässiges Handeln erfüllt werden (vgl. Art. 100 Ziff. 1 Abs. 1 SVG). Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt und sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3 mit Hinweisen). Bezogen auf den vorliegend zu beurteilenden Tatbestand handelt eventualvorsätzlich, wer Zweifel über seine Fahrfähigkeit hegt, mithin mit einer Fahrunfähigkeit rechnet und trotzdem im betreffenden Zustand ein Fahrzeug führt (FAHRNI/HEIMGARTNER, in: Niggli/Probst/Waldmann [Hrsg.], Basler Kommentar Strassenverkehrsgesetz, 2014, N 37 zu Art. 91 SVG mit Hinweisen). Fahrlässiges Handeln besteht beim Tatbestand im Sinne von Art. 91 SVG darin, dass der Täter infolge einer pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit nicht erkennt, dass er sich in einem fahrunfähigen Zustand befindet oder ein solcher eintreten könnte, und er nichtsdestotrotz wissent-

lich und willentlich ein Fahrzeug führt (FAHRNI/HEIMGARTNER, a.a.O., N 38 zu Art. 91 SVG).

Die beim Beschuldigten gemessene Atemalkoholkonzentration von 0.65 mg/Liter deutet auf einen intensiven Alkoholkonsum im Vorfeld der anklagegegenständlichen Fahrt hin. M.a.W. ist es notorischerweise nicht möglich, dass der Beschuldigte vor Fahrtritt lediglich die Menge Alkohol zu sich nahm, welche er behauptete (ein Glas Rotwein; Urk. 2 S. 3; Prot. I S. 14 f.; Prot. II S. 14). Vielmehr ist davon auszugehen, dass er erheblich mehr oder Alkoholika mit deutlich höherem Volumenprozent getrunken hatte. An dieser Einschätzung ändert nichts, dass der Beschuldigte gemäss eigener Aussage bestimmt nicht alkoholisiert ins Auto gestiegen wäre, da er in der Automobil-Branche arbeite und auf den Führerschein angewiesen sei (Prot. I S. 19; Prot. II S. 15). Aufgrund der spürbaren Auswirkungen des Alkoholkonsums musste es sich (auch) dem Beschuldigten aufdrängen, dass er stark alkoholisiert war. Der zuständige Verkehrspolizist Wm D._____ beschrieb starken Alkohol-Mundgeruch, einen glasigen Blick und eine verwaschene Sprache. Sodann erschien ihm der Beschuldigte verwirrt, leicht orientierungslos und schläfrig bzw. verzögert. Beim Aussteigen aus dem Fahrzeug fielen ihm schliesslich Gleichgewichtsstörungen und ein unsicherer, torkelnder Gang auf (Urk. 2 S. 2). Vor diesem Hintergrund kann daher keine Rede davon sein, dass der Beschuldigte seinen fahruntfähigen Zustand aufgrund einer pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit nicht bemerkte. Vielmehr musste er damit rechnen, dass er infolge des deutlichen Alkoholeinflusses nicht mehr fahrfähig war. Indem er sich dennoch dazu entschied, in diesem Zustand einen Personenwagen zu lenken, handelte er eventualvorsätzlich. Damit ist auch der subjektive Tatbestand von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG erfüllt.

4. Rechtfertigungsgründe sind nicht gegeben und wurden vom Beschuldigten auch nicht vorgebracht. In Bezug auf allfällige Schuldminderungs- oder Schuldabschlussgründe ist festzuhalten, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Sinne einer groben Faustregel davon ausgeht, dass bei einer Blutalkoholkonzentration von unter 2.00 Promille in der Regel keine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit vorliegt, während bei einer Blutalkoholkonzentration zwischen

2.00 und 3.00 Promille eine Verminderung der Schuldfähigkeit und bei einer solchen von 3.00 Promille und darüber Schuldunfähigkeit vermutet wird. Diese Vermutungen können jedoch im Einzelfall umgestossen werden, zumal der Faustregel kein allgemeiner medizinischer Erfahrungsschatz zugrunde liegt (BGE 122 IV 49 E. 1.b mit Hinweisen; FAHRNI/HEIMGARTNER, a.a.O., N 46 zu Art. 91 SVG).

Beim Beschuldigten wurde eine Atemalkoholkonzentration von 0.65 mg Alkohol pro Liter Atemluft gemessen, was umgerechnet etwa 1.30 Promille entspricht. Dieser Wert liegt noch deutlich unter der Grenze von 2.00 Promille, weshalb gemäss der erwähnten Faustregel keine Verminderung der Schuldfähigkeit anzunehmen ist. Aus der Konstitution, der gesundheitlichen Verfassung und dem Verhalten des Beschuldigten ergeben sich jedenfalls keine Umstände, die einen anderen Schluss nahelegen. Auch die dokumentierten Beobachtungen des zuständigen Verkehrspolizisten geben keine Hinweise darauf, dass der Beschuldigte in seiner Einsichts- und Steuerungsfähigkeit eingeschränkt gewesen wäre, weshalb eine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit ausgeschlossen werden kann.

5. Der Beschuldigte ist demnach des Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG schuldig zu sprechen.

V. Strafzumessung und Vollzug

1. Grundlagen

1.1. Mit dem vorinstanzlichen Urteil wurde der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 370.– und mit einer Busse von Fr. 1'600.– bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Für die schuldhafte Nichtbezahlung der Busse wurde eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen festgesetzt (Urk. 42 S. 14 f.). Die Verteidigung wies für den Fall, dass der vorinstanzliche Schuldspruch bestätigt werden sollte, darauf hin, dass gegen die Strafzumessung keine Einwände erhoben würden (Urk. 40 S. 1).

1.2. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass Art. 91 Abs. 2 SVG einen ordentlichen Strafraum von drei Tagessätzen Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheits-

strafe vorsieht. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass weder Strafschärfungs- noch Strafmilderungsgründe vorliegen. Die tat- und täterangemessene Strafe ist deshalb innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzusetzen.

1.3. Nachdem die Staatsanwaltschaft auf eine Anschlussberufung verzichtete und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragte (Urk. 43), ist bei der nachfolgenden Überprüfung der Sanktion das Verschlechterungsverbot zu beachten (Art. 391 Abs. 2 StPO) und eine strengere Bestrafung durch das Berufungsgericht von vornherein ausgeschlossen.

2. Sanktionsart

2.1. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, bewegt sich die konkret auszufällende Strafe im Bereich von bis zu sechs Monaten bzw. 180 Tagessätzen, womit die Ausfällung sowohl einer Freiheits- als auch einer Geldstrafe möglich ist (Art. 34 Abs. 1 StGB; Art. 40 Abs. 1 StGB). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, welche weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. diesen am wenigsten hart trifft. Die Geldstrafe ist gegenüber der Freiheitsstrafe weniger eingriffsintensiv und daher als mildere Strafe anzusehen (BGE 138 IV 120 E. 5.2; BGE 134 IV 97 E. 4.2.2; BGE 134 IV 82 E. 4.1).

2.2. Mit der Vorinstanz sind keine Gründe ersichtlich, die es als notwendig erscheinen lassen würden, von der Geldstrafe als Regelsanktion abzusehen und für das Fahren in fahruntüchtigem Zustand eine Freiheitsstrafe zu verhängen (Urk. 37 S. 12). Der Beschuldigte wurde zwar inzwischen mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 11. April 2022 wegen fahrlässiger grober Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 100 Ziff. 1 Abs. 1 SVG zu einer bedingten Geldstrafe von 55 Tagessätzen zu Fr. 410.– und einer Busse von Fr. 4'510.– verurteilt (Urk. 52). Die zweijährige Probezeit läuft aber derzeit noch und der Beschuldigte hat sich während des vergangenen Jahres seit Ausfällung des genannten Urteils soweit ersichtlich bewährt. Folglich ist auch die vorliegend zu beurteilende Tat mit einer Geldstrafe zu sanktionieren.

3. Konkrete Strafzumessung

3.1. Tatkomponente

3.1.1. In Bezug auf die objektive Tatschwere ist zunächst verschuldenserhöhend zu berücksichtigen, dass die beim Beschuldigten festgestellte Atemalkoholkonzentration von mindestens 0.65 mg Alkohol pro Liter Atemluft erheblich war und den Grenzwert für ein Vergehen nach Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG um knapp die Hälfte überstieg (vgl. Art. 2 lit. b der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr vom 15. Juni 2012: 0.4 mg/Liter). Verschuldensmindernd fällt dagegen ins Gewicht, dass die Autofahrt, welche er unter dem genannten Alkoholeinfluss unternahm, nur rund 10 Minuten dauerte. Zudem ereignete sich die Tat um ca. 23:00 Uhr (vgl. Urk. 1 S. 2), weshalb zugunsten des Beschuldigten von bloss geringem Verkehrsaufkommen zum Tatzeitpunkt auszugehen ist. Eine konkrete Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ist nicht aktenkundig. Allerdings schuf der Beschuldigte angesichts seiner erheblichen Alkoholisierung selbst bei der Annahme einer niedrigen Verkehrsdichte durch seine Teilnahme am Strassenverkehr eine nicht zu bagatellisierende (abstrakte) Gefahr für weitere Verkehrsteilnehmer, zumal seine Fahrt durch das Stadtgebiet von Zürich führte und die Sichtverhältnisse zur Nachtzeit eingeschränkt waren. Das objektive Verschulden wiegt mit der Vorinstanz noch leicht.

3.1.2. Bei der subjektiven Tatschwere führt der Umstand, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich handelte, zu keiner massgeblichen Relativierung des Verschuldens. Für die Fahrt in fahruntüchtigem Zustand bestand keinerlei Notwendigkeit. Er hätte den Weg von der G. _____-strasse 2 an die H. _____-strasse 3 in Zürich auch per Taxi oder mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zurücklegen können, welche zum Tatzeitpunkt noch in regelmässigen Abständen fuhren. Für das insgesamt noch leichte Verschulden erscheint die von der Vorinstanz festgesetzte Geldstrafe von 40 Tagessätzen angemessen.

3.2. Täterkomponente

3.2.1. Über das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des 42-jährigen Beschuldigten ist bekannt, dass er in K. _____ geboren wurde und anschliessend in

verschiedenen Ortschaften im Kanton Thurgau aufwuchs, wobei er infolge der Scheidung seiner Eltern hauptsächlich bei seiner Mutter lebte. Der Beschuldigte besuchte die Primar- und die Sekundarschule und absolvierte im Anschluss daran eine Lehre als Automobilmechaniker. Nachdem er während zwei bis drei Jahren auf dem erlernten Beruf tätig gewesen war, wechselte er in den Automobilverkauf. Zunächst war er in jenem Betrieb tätig, wo sein Vater als Geschäftsführer eingesetzt war. Im Jahr 2014 übernahm der Beschuldigte diese Gesellschaft zusammen mit seinem Vater und dem Bruder. Parallel dazu baute er ein zweites Geschäft auf, welches sich auf ein etwas spezielleres Segment im Verkauf von Personenwagen konzentrierte. Mit seiner eigenen Gesellschaft (L._____ AG) ist der Beschuldigte nach wie vor selbständig erwerbstätig und beschäftigt zwei Mitarbeiter. Der Beschuldigte ist ledig und hat keine Kinder (Prot. I S. 9 ff.; Prot. II S. 11 ff.). Aus der Biographie und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

3.2.2. Zum Tatzeitpunkt hatte der Beschuldigte noch keine Vorstrafen erwirkt (Urk. 52). Allerdings lief seit knapp zwei Jahren ein Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Bischofszell gegen ihn wegen fahrlässiger grober Verletzung der Verkehrsregeln (Eröffnung der Untersuchung: 9. Mai 2019). Mit seiner Fahrt in fahrunfähigem Zustand vom 26. Januar 2021 delinquierte er somit während laufender Untersuchung wegen einer anderen Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz, was merklich strafferhöhend ins Gewicht fällt. Leicht strafferhöhend zu berücksichtigen ist sodann der belastete automobilistische Leumund des Beschuldigten (vgl. Urk. 5/4). So wurden bereits mehrere Administrativmassnahmen gegen ihn ausgesprochen (drei Ausweisentzüge, eine Verwarnung) wegen Angetrunkenheit, Geschwindigkeitsüberschreitung, Überholmanöver und anderer Fahrfehler. Diese Regelverstösse lagen zum Tatzeitpunkt allerdings zahlreiche Jahre zurück, weshalb diese zu keiner massgeblichen Straferhöhung führen.

3.2.3. Zum Nachtatverhalten ist festzuhalten, dass der Beschuldigte seinen Alkoholkonsum im Vorfeld der angeklagten Autofahrt bis auf ein Glas Rotwein vollständig in Abrede stellte und die Messwerte der durchgeführten Alkoholproben nicht anerkannte. Auch den subjektiven Sachverhalt bestritt er. Vor diesem Hinter-

grund liegt kein (Teil-)Geständnis vor, welches strafmindernd berücksichtigt werden könnte.

3.2.4. Die Täterkomponente führt insgesamt zu einer merklichen Straferhöhung, wobei das von der Vorinstanz festgesetzte Strafmass von 50 Tagessätzen Geldstrafe nicht zu beanstanden ist.

3.3. Höhe der Tagessätze

3.3.1. Das Gericht bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt für die Bemessung bildet das Nettoeinkommen, das dem Täter durchschnittlich zufließt. Der Ermittlung des Nettoeinkommens können in der Regel die Daten der Steuerveranlagung zu Grunde gelegt werden (vgl. Art. 34 Abs. 3 StGB), wobei der Begriff des strafrechtlichen Einkommens mit dem steuerbaren Einkommen nicht identisch ist. Nach dem Nettoeinkommensprinzip ist von den ermittelten Einkünften des Täters nur der Überschuss der Einnahmen über die damit verbundenen Aufwendungen zu berücksichtigen. Vom Nettoeinkommen ist deshalb abzuziehen, was gesetzlich geschuldet ist, wie die laufenden Steuern, die Beiträge an die Sozialversicherung oder die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung, die notwendigen Berufsauslagen bzw. bei selbständig Erwerbenden die branchenüblichen Geschäftsunkosten. Vom Nettoeinkommen sind auch allfällige Familien- und Unterstützungspflichten in Abzug zu bringen, jedoch nur dann, wenn der Täter diese auch tatsächlich leistet. Anderweitige finanzielle Lasten können nur im Rahmen der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt werden. Dabei fallen grössere Zahlungsverpflichtungen des Täters, die schon unabhängig von der Tat bestanden haben (z.B. Darlehen) ausser Betracht. Auch Hypothekarzinsen können, wie Wohnkosten überhaupt, in der Regel nicht in Abzug gebracht werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_900/2020 vom 1. Oktober 2020 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 134 IV 60 E. 6.4).

3.3.2. Zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen befragt, führte der Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung aus, er zahle sich monatlich ein Gehalt von ungefähr Fr. 10'000.– aus. Auf den Hinweis, dass er gemäss Auszug aus dem Steuerregister in den Jahren 2019 und 2020 ein steuerbares Einkommen von Fr. 160'000.– ausgewiesen habe, bestätigte der Beschuldigte, dass sich sein aktuelles Einkommen etwa in dieser Grössenordnung bewege. Weiter erwähnte er, eine Liegenschaft zu besitzen, welche mit einer Hypothek von ca. Fr. 1.1 Mio. belastet sei und derzeit zum Verkauf stehe. Zu seinen Vermögenswerten zählten sodann seine Anteile an der Gesellschaft L. _____ AG. Es sei möglich, dass sich sein steuerbares Vermögen entsprechend dem Auszug aus dem Steuerregister auf Fr. 1.2 Mio. belaufe (Prot. I S. 10 f.). Im Berufungsverfahren kam der Beschuldigte der gerichtlichen Aufforderung, das Datenerfassungsblatt auszufüllen und zusammen mit Unterlagen zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen einzureichen, nicht nach (Urk. 41). Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte er, dass die früheren Angaben zu seinen Einkommensverhältnissen nach wie vor zutreffen würden. Die Liegenschaft, welche in seinem Eigentum gestanden sei, habe er inzwischen verkauft. Abgesehen davon könne er zu seinem steuerbaren Vermögen keine genauen Auskünfte geben (Prot. II S. 12). Basierend auf dem aktuellen Verdienst und einem steuerbaren Einkommen von Fr. 160'000.– pro Jahr ist als Ausgangspunkt für die Bemessung der Tagessatzhöhe von monatlichen Nettoeinkünften von über Fr. 13'000.– auszugehen.

3.3.3. Nach seinen Ausgaben befragt, erklärte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung, dass sich seine Krankenkassenprämien auf ca. Fr. 400.– pro Monat belaufen würden und er keinen Familien- oder Unterstützungspflichten nachkommen müsse. Die Miete seiner neuen Wohnung bezifferte er mit Fr. 4'050.– pro Monat (Prot. II S. 12; vgl. auch Prot. I S. 10 ff.). Entsprechend der vorstehend wiedergegebenen Rechtsprechung sind die laufenden Steuern, die Beiträge des Beschuldigten an die Grundversicherung der Krankenkasse und weitere Ausgaben, die gesetzlich geschuldet sind, von seinen monatlichen Nettoeinkünften in Abzug zu bringen. Seine Wohnkosten können hingegen auf der Ausgabe Seite nicht angerechnet werden.

3.3.4. Unter Berücksichtigung aller relevanter Faktoren zur Bemessung der angemessenen Höhe der Tagessätze erweisen sich die von der Vorinstanz festgesetzten Fr. 370.– als den massgeblichen Verhältnissen des Beschuldigten auch im Zeitpunkt des Berufungsurteils angemessen.

4. Vollzug der Geldstrafe

Aus dem zu beachtenden Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) ergibt sich bereits, dass der Vollzug der Geldstrafe aufzuschieben und die Probezeit auf zwei Jahre festzusetzen ist. Es bestünde allerdings auch keine Veranlassung, auf den vorinstanzlichen Entscheid zurückzukommen. In objektiver Hinsicht sind die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs erfüllt, da der Beschuldigte mit einer Geldstrafe zu bestrafen ist und in der Vergangenheit noch nie zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt wurde (Urk. 52). Sodann sind keine Umstände ersichtlich, welche die Vermutung einer günstigen Prognose nach Art. 42 Abs. 1 StGB umzustossen vermögen. Die Aussicht auf den Vollzug der beträchtlichen Geldstrafe und der Umstand, dass ihm der Führerausweis anlässlich der Kontrolle seiner Fahrfähigkeit entzogen wurde (Urk. 2 S. 6 f.), dürften eine genügende Warnwirkung auf den Beschuldigten gehabt haben, um ihn von weiterer Delinquenz abzuhalten.

5. Verbindungsbusse

5.1. Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Strafe mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden. Die Verbindungsbusse dient in erster Linie dazu, die Schnittstellenproblematik zwischen der gemäss Art. 105 Abs. 1 StGB stets unbedingten Busse für Übertretungen und der bedingten Geldstrafe für Vergehen zu entschärfen. Die Verbindungsbusse trägt ferner dazu bei, das unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten eher geringe Drohpotential der bedingten Geldstrafe zu erhöhen. Gegen den Betroffenen soll eine spürbare Sanktion im Sinne eines Denkkzettels verhängt werden können, um ihm den Ernst der Lage vor Augen zu führen und zugleich zu zeigen, was bei Nichtbewährung während der Probezeit der bedingten Geldstrafe droht (BGE 146 IV 145 E. 2.2; BGE 134 IV 1 E. 4.5; BGE 134 IV 60 E. 7.3.1; je mit Hinweisen). Bei der vorlie-

gend zu beurteilenden Tat handelt es sich um einen klassischen Anwendungsfall der Schnittstellenproblematik gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Zudem erscheint es aus spezialpräventiven Gründen angezeigt, den Beschuldigten neben der Bestrafung mit einer bedingten Geldstrafe mit einer Busse zu belegen.

5.2. Der Verbindungsbusse darf gegenüber der bedingten Strafe nur untergeordnete Bedeutung zukommen. Sie soll also zu keiner Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen. Die bedingte Strafe und die Verbindungsbusse müssen in ihrer Summe schuldangemessen sein. Nach bundesgerichtlicher Praxis liegt die Obergrenze für die Verbindungsbusse grundsätzlich bei 20 % der bedingt ausgesprochenen Geldstrafe (BGE 146 IV 145 E. 2.2; BGE 135 IV 188 E. 3.3 und E. 3.4.4; BGE 134 IV 1 E. 4.5.2 und E. 6.2 f.). Methodisch ist bei der Festlegung der Anzahl Tagessätze der Umstand miteinzubeziehen, dass neben der bedingten Geldstrafe noch eine Verbindungsbusse auszufällen ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_760/2007 vom 18. März 2008 E. 4; HEIMGARTNER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StGB I, 4. Auflage, Basel 2019, N 42 zu Art. 106 StGB).

5.3. Die Vorinstanz verhängte gegen den Beschuldigten eine Verbindungsbusse von Fr. 1'600.– (Urk. 37 S. 14). Die Höhe der Busse erscheint dem noch leichten Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen (Art. 106 Abs. 3 StGB). Sie trägt sodann dem bloss untergeordneten bzw. akzessorischen Charakter der Verbindungsbusse Rechnung (BGE 135 IV 188 E. 3.3 und 3.4.4). Entsprechend ist der festgelegte Betrag von Fr. 1'600.– zu bestätigen, zumal auch der Beschuldigte keine Einwände dagegen erhob.

5.4. Wie bereits erwogen, erachtete die Vorinstanz nach Würdigung der Tat- und Täterkomponente eine Geldstrafe von 50 Tagessätzen als dem Verschulden angemessen und eine Strafenkombination im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB zu Recht als angezeigt (Urk. 37 S. 13 f.). Aus den vorstehend dargestellten Gründen hätte sie bei der Verhängung einer Verbindungsbusse von Fr. 1'600.– die Anzahl Tagessätze der bedingten Geldstrafe reduzieren müssen. Indem es die Vorinstanz jedoch bei der ermittelten Anzahl Tagessätzen belies, führte die Ausfäll-

lung einer Verbindungsbusse zu einer zusätzlichen Strafe, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unzulässig ist.

5.5. Bei der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Verbindungsbusse (Art. 106 Abs. 2 StGB) stützte sich die Vorinstanz als Umrechnungsschlüssel auf die bei der Bemessung der Geldstrafe berechnete Tagessatzhöhe, was nicht zu beanstanden ist (Fr. 1'600.– geteilt durch Fr. 370.– = 4.3; Urk. 37 S. 14 f.; vgl. BGE 134 IV 60 E. 7.3.3; HEIMGARTNER, a.a.O., N 16 zu Art. 106 StGB). Es erscheint angezeigt, für die Reduktion der Anzahl Tagessätze der bedingt auszufällenden Geldstrafe ebenfalls auf diesen Quotienten abzustellen, da die bedingte Strafe und die Verbindungsbusse in ihrer Summe schuldangemessen sein müssen. Die vorstehend festgelegte Geldstrafe von 50 Tagessätzen ist daher um 5 Tagessätze zu reduzieren. Im Ergebnis ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 370.– und einer Verbindungsbusse von Fr. 1'600.– zu bestrafen. Die Busse ist zu bezahlen, wobei für den Fall ihrer schuldhaften Nichtbezahlung eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen festzusetzen ist.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Beschuldigte ist anklagegemäss schuldig zu sprechen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv zu bestätigen (Art. 428 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 426 Abs. 1 StPO; Urk. 37 S. 15, Dispositivziffern 5 und 6).

2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte dringt mit seinen Berufungsanträgen auf vollumfänglichen Freispruch unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Staatskasse nicht durch. Soweit die Geldstrafe etwas milder ausfällt als vor Vorinstanz, ist dies gesamthaft betrachtet als unwesentliche Abänderung des angefochtenen Urteils zu qualifizieren (vgl. Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO). Dem Beschuldigten sind daher auch die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen.

3. Gemäss Art. 436 Abs. 2 StPO kann der beschuldigten Person eine angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen zugesprochen werden, wenn sie in einem Nebenpunkt obsiegt oder zu einer milderen Sanktion verurteilt wird (SCHMID/ JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018, N 3 zu Art. 436 StPO; N 10 zu Art. 436 StPO). Der Beschuldigte erwirkt im Berufungsverfahren zwar eine etwas mildere Geldstrafe. Die Verteidigung erklärte in der begründeten Berufungserklärung allerdings ausdrücklich, keine Einwände gegen die Strafzumessung zu erheben, sollte der vorinstanzliche Schuldspruch bestätigt werden (Urk. 40 S. 1). Nachdem sie diesbezüglich keinerlei Ausführungen machte, ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Beschuldigten ein Anspruch auf angemessene Entschädigung seiner Kosten für die anwaltliche Verteidigung zukommt. Zudem ist nochmals festzuhalten, dass das Strafmass im Vergleich zur Vorinstanz nur marginal reduziert wurde. Vor diesem Hintergrund ist dem Beschuldigten keine Prozessentschädigung für seine anwaltliche Verteidigung im Berufungsverfahren zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 370.– und mit Fr. 1'600.– Busse.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlte der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 5 und 6) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.

7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

8. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

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

- die Vorinstanz
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Thurgau, Moosweg 7a, Postfach, 8501 Frauenfeld
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

9. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung 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, 11. April 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Boese