

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB220212-O/U/cs

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterin lic. iur. Wasser-Keller und Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler sowie Gerichtsschreiberin MLaw Meier

## Urteil vom 10. März 2023

in Sachen

**Staatsanwaltschaft See/Oberland,**

vertreten durch Stv. Leitenden Staatsanwalt Dr. Fischbacher,  
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

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

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Fahren in fahruntüchtigem Zustand etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom  
27. Januar 2022 (GB210018)**

**Anklage:**

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 11. Juni 2021 (Urk. 10 und Urk. 24) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 38 S. 19 ff.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig des vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV.
2. Vom Vorwurf der versuchten Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntüchtigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 150.–.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'200.–; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 1'600.– Gebühr für die Strafuntersuchung  
Fr. 269.40 Auslagen Vorverfahren (Gutachten)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

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

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten zu 2/3 auferlegt und zu einem 1/3 auf die Staatskasse genommen.

**Berufungsanträge:**

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft See/Oberland:

(Urk. 54 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei zusätzlich der versuchten Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei gesamthaft mit einer bedingten Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je Fr. 100.– (entsprechend Fr. 12'000.–) zu bestrafen, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
3. Der Beschuldigte sei zudem mit einer Busse von Fr. 2'000.– zu bestrafen, bei schuldhaftem Nichtbezahlten ersatzweise mit einer Freiheitsstrafe von 14 Tagen.
4. Dem Beschuldigten seien die Kosten des Verfahrens vollumfänglich aufzuerlegen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Prot. II S. 20)

Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

---

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang**

Die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland (zufolge Wechsel des zuständigen Staatsanwalts später die Staatsanwaltschaft See/Oberland; nachfolgend Staatsanwaltschaft) erliess am 11. Juni 2021 einen Strafbefehl gegen den Beschuldigten (Urk. 10). Gegen diesen erhob der Beschuldigte Einsprache. Nach Ergänzung der Untersuchung hielt die Staatsanwaltschaft am Strafbefehl fest und überwies diesen mit Verfügung vom 7. September 2021 dem Gericht zur Beurteilung (Urk. 24). Mit eingangs wiedergegebenem Urteil vom 27. Januar 2022 sprach das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, den Beschuldigten schuldig des vorsätzlichen Fahrens in fahruntfähigem Zustand und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 150.–. Vom Vorwurf der versuchten Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB wurde der Beschuldigte freigesprochen (Urk. 38). Mit Eingabe vom 28. Januar 2022 meldete die Staatsanwaltschaft Berufung an (Urk. 31). Die Berufungserklärung vom 25. März 2022 erfolgte fristgerecht (Urk. 40). Nachdem damit ein Fall notwendiger Verteidigung vorlag, wurde dem Beschuldigten Frist zur Bezeichnung eines Verteidigers angesetzt (Urk. 42). Innert Frist zeigte Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ an, dass er vom Beschuldigten mandatiert wurde (Urk. 44). Der Beschuldigte verzichtete mit Stillschweigen auf die Erhebung einer Anschlussberufung (Urk. 47/2). Mit Präsidialverfügung vom 9. März 2023 wurde dem Beschuldigten rückwirkend per Mandatierung sein erbetener Verteidiger als amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 52). Am 10. März 2023 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der stellvertretende leitende Staatsanwalt sowie der Beschuldigte in Begleitung seines nunmehr amtlichen Verteidigers erschienen sind (Prot. II S. 5).

## **II. Prozessuales**

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es jedoch anzugeben hat, welche Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_533/2016 vom 29. November 2016 E. 4.2 mit Hinweisen). Die Staatsanwaltschaft ficht den Freispruch gemäss Dispositivziffer 2 sowie die Bemessung der Strafe an und verlangt eine höhere Strafe, die Aussprechung einer Verbindungsbusse sowie die Auferlegung sämtlicher Verfahrenskosten (Urk. 40). Nicht angefochten ist der Schuldspruch gemäss Dispositivziffer 1 sowie die Kostenfestsetzung gemäss Dispositivziffer 5. Insoweit ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO), was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

## **III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung**

### **1. Anklagevorwurf**

Dem Beschuldigten wird im noch strittigen Anklagesachverhalt vorgeworfen, es sei ihm – als er zur Durchführung der beweissicheren Atemalkoholprobe auf den Verkehrsstützpunkt B.\_\_\_\_\_ verbracht worden sei – in einem unbeaufsichtigten Moment gelungen, Desinfektionsmittel, welches Alkohol enthalte, auf ein Tuch zu sprühen, vor seine Nase zu halten und bewusst mehrmals tief einzuatmen. Er habe dies in der Absicht getan, die Durchführung der unmittelbar bevorstehenden Atemalkoholprobe und somit die Feststellung des Alkoholgehalts im Zeitpunkt der Fahrt mit Wissen und Willen zu erschweren oder zu verunmöglichen. Dies sei ihm letztlich nicht gelungen, da in der Folge eine Blutalkoholbestimmung angeordnet worden sei (Urk. 10 S. 3 f.).

## 2. Standpunkt Beschuldigter

Der Beschuldigte räumt ein, einmal am Tuch mit dem Desinfektionsmittel gerochen zu haben, bestreitet jedoch dabei eingeatmet bzw. mehrmals und tief eingeatmet zu haben. Er habe nichts vereiteln wollen. Dazu habe er keinen Grund gehabt. Es sei aufgrund der Ergebnisse der Atemalkoholproben ohnehin schon klar gewesen, dass er oberhalb des Limits gewesen sei (Urk. 2 S. 3 f., Urk. 15 S. 8-10, Urk. 22 S. 1 f. und S. 3 f.; Prot. I S. 15-21; Prot. II S. 15 ff.).

## 3. Ausgangslage

3.1. Die Vorinstanz erachtet es zwar als erstellt, dass der Beschuldigte das Desinfektionsmittel auf ein Tuch sprühte, sich dieses vor Mund und Nase hielt und dabei zwei bis drei Mal tief einatmete, verneinte aber, dass sich der Beschuldigte vorsätzlich bzw. eventualvorsätzlich mit seinem Verhalten einer Massnahme entziehen oder deren Zweck vereiteln wollte. Sie erachtete die vom Beschuldigten vorgebrachten Beweggründe für das Einatmen am Tuch mit dem Desinfektionsmittel zwar als fragwürdig, berücksichtigte aber, dass zuvor bereits zwei Atemalkoholtests im Sinne von Art. 11 SKV durchgeführt worden seien mit Werten von 0.77 mg/l bzw. 0.59 mg/l, also qualifizierten Alkoholkonzentrationen. Die Alkoholisierung des Beschuldigten sei demnach im Zeitpunkt seiner fraglichen Handlung für alle Beteiligten bereits offenkundig gewesen, wenn auch noch eine beweissichere Atemalkoholprobe mit einem Messgerät oder eine Blutprobe zu erfolgen hatte. Weiter habe der Beschuldigte in die Blutentnahme zwecks Bestimmung der Blutalkoholkonzentration eingewilligt. Dem Beschuldigten habe es theoretisch auch freigestanden, von sich aus eine Blutprobe zu verlangen und schliesslich sei dem Beschuldigten bereits während der Kontrolle bei der C.\_\_\_\_-Tankstelle eröffnet worden, dass es bei fehlender Kooperation zu einer Blutprobe kommen würde. Es sei – so die Vorinstanz – dem Beschuldigten demnach bereits zu jenem Zeitpunkt klar gewesen, dass seine Alkoholkonzentration gegebenenfalls mittels einer Blutprobe festgestellt werden würde. Weiter erwägt die Vorinstanz, dass das Atemalkoholmessgerät gemäss der Zeugin D.\_\_\_\_ offenbar erst dann einsatzbereit gewesen sei, als der Entscheid zur Verschiebung ins Spital bereits gefällt worden sei und es zudem ohnehin fraglich sei, ob das zwei- oder dreimali-

ge tiefe Einatmen des Desinfektionsmittels überhaupt objektiv geeignet gewesen sei, das Ergebnis der Atem-alkoholprobe mit dem Messgerät auf dem Verkehrsstützpunkt B.\_\_\_\_\_ zu beeinflussen bzw. zu verfälschen. Aufgrund dieser Umstände kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass im Gesamten daher in subjektiver Hinsicht kein (eventual-)vorsätzlicher Versuch des Beschuldigten erkennbar sei, die Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit zu verunmöglichen (Urk. S. 9 und S. 12-15).

3.2. Die Staatsanwaltschaft macht mit der Berufungserklärung und anlässlich der Berufungsverhandlung geltend, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der inneren Beweggründe des Beschuldigten sein vorgängiges, unkooperatives Verhalten im Rahmen der polizeilichen Kontrolle völlig ausser Acht gelassen habe. Dieses Verhalten sei im Gesamtzusammenhang entsprechend zu würdigen. Dass zuvor zwei Atemalkoholtests erfolgt seien, spiele keine Rolle, da diese eben gerade nicht gerichtsverwertbar seien. Weitergehende Abklärungen seien zwingend notwendig gewesen. Auch habe der Beschuldigte nicht von sich aus die Durchführung einer Blutprobe verlangt, sondern eine solche sei erst aufgrund des Verhaltens des Beschuldigten auf dem Polizeiposten angeordnet worden. Dass der Beschuldigte diese über sich ergehen lassen habe, habe keinen Einfluss darauf, dass seine vorgängigen Handlungen und sein Verhalten darauf abgezielt hätten, den Vorwurf des Fahrens in fahrunfähigem Zustand abzustreiten bzw. in Abrede zu stellen und Ermittlungen zu erschweren. Ebenfalls spiele es keine Rolle, ob das Verhalten des Beschuldigten hätte erfolgreich sein können oder nicht, da zumindest eine absolute Untauglichkeit nicht auf der Hand liege. Zudem spiele es eben eine Rolle, ob der Alkoholwert exakt bestimmt werden könne oder ob diesbezüglich von einem tieferen Wert auszugehen sei, was sich immer zugunsten der beschuldigten Person auswirken würde, weshalb eine solche Handlung durchaus als zielgerichtet (zumindest in der Vorstellung der beschuldigten Person) und allenfalls erfolgsversprechend angesehen werden könne. In der Gesamtschau aller Umstände könne das Verhalten des Beschuldigten nur als Versuch bzw. Inkaufnahme einer möglichen Vereitelung der exakten Bestimmungen des Alkoholgehalts angesehen werden (Urk. 40 S. 2; Urk. 54 S. 2 ff.).

3.3. Der für das Berufungsverfahren bestellte amtliche Verteidiger führte in der Berufungsantwort im Wesentlichen aus, es gebe zwei Methoden, um den Alkoholwert festzustellen. Einerseits werde in ein Röhrchen geblasen und der Beschuldigte anerkenne das. Wenn er dies nicht tue, werde per Automatismus eine Blutprobe angeordnet. Wenn beim Atemalkoholtest ein zu hoher Wert herauskomme, müsse er automatisch damit rechnen, dass wenn er den zweiten Wert entweder nicht anerkennt oder es irgendwelche Probleme damit gebe, eine Blutprobe machen müsse. Das sei notorisch. Der Beschuldigte sei auf dem Verkehrsstützpunkt gewesen im Wissen darum, dass es entweder mit der Atemalkoholmessung klappe oder es gebe eine Blutprobe oder beides. In seinem Zustand wisse er es natürlich nicht mehr ganz genau. Selbst wenn er sich gedacht habe, er störe die Polizisten etwas, weil diese ihm auf die Nerven gegangen seien, sei das allerhöchstens unter dem Titel der Hinderung einer Amtshandlung zu prüfen, falle aber nicht unter Art. 91a SVG. Dieser stelle ein Erfolgsdelikt dar. Ein Versuch wäre es erst, wenn der Beschuldigte irgendwelche Anstalten unternommen hätte, die Blutprobe zu vereiteln, was er nicht gemacht habe. Selbst wenn er mit seiner Aktion irgendwie die Atemalkoholmessung hätte torpedieren wollen, hätte er die Blutprobe geradezu initiiert. Die Durchführung der Atemalkoholmessung wäre im Interesse des Beschuldigten gewesen (Prot. II S. 20 ff.).

#### 4. Würdigung Sachverhalt

4.1. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der Beweiswürdigung und die dabei zu beachtenden Grundsätze zutreffend dargelegt (Urk. 38 S. 3 f.). Darauf kann verwiesen werden.

4.2. Hinsichtlich dem äusseren Sachverhalt ist umstritten, ob der Beschuldigte sich das Tuch mit dem Desinfektionsmittel vor Mund und Nase gehalten hat und dabei zwei bis drei Mal tief einatmete. Vom Beschuldigten anerkannt ist, dass er, als sie zum Polizeiposten kamen und auf das Starten des Atemalkoholprobegegeräts warteten, Desinfektionsmittel auf ein Tuch sprühte und daran gerochen hat. Im umstrittenen Punkt stehen sich die Aussagen des Beschuldigten sowie des Polizeibeamten E.\_\_\_\_\_ gegenüber, der als einziger neben dem Beschuldigten bei diesem Vorfall zugegen gewesen war. Die vorinstanzliche Würdigung dieser



Aussagen erweist sich als zutreffend, worauf vorab ebenfalls verwiesen werden kann (Urk. 38 S. 8). E.\_\_\_\_\_ schilderte detailliert, wie er zusammen mit seiner Kollegin D.\_\_\_\_\_ auf Patrouille gewesen sei und ihm weshalb das Fahrzeug des Beschuldigten aufgefallen sei. Sie hätten ihr Fahrzeug auf der bei der Tankstelle gegenüberliegenden Strassenseite parkiert. Er habe beobachtet, wie der Fahrer ohne Blinker ins Tankstellenareal eingefahren sei und auf einem Parkplatz mit eingestellten Lichtern wähen ca. drei bis vier Minuten auf dem Fahrersitz sitzen geblieben sei. Er habe sich zu einer Kontrolle entschieden und sei als Beifahrer ausgestiegen und zum Fahrzeug hingegangen. Der Beschuldigte, der mit der Fernsprechanlage am Telefon mit einer Dame gewesen sei, habe das Fenster heruntergelassen. Er habe den Beschuldigten gebeten, das Telefongespräch zu beenden und er habe dann Alkoholgeruch festgestellt. Er habe dann nachgefragt, wann dieser den letzten Schluck Alkohol getrunken habe, woher er gekommen sei etc. Nachdem der Beschuldigte erklärt habe, dies sei vor 10 - 15 Minuten gewesen, habe er dem Beschuldigten erläutert, dass sie mit dem Atemtest warten müssten bis 20 Minuten seit dem letzten Alkoholkonsum vergangen seien. Er habe geprüft, ob es noch Alkohol im Auto habe. Die Polizeibeamtin D.\_\_\_\_\_ sei dazugekommen. Es habe einzig im Kofferraum noch Bierdosen gehabt. Der Atemtest sei dann positiv gewesen. Ab Eröffnung dieses Wertes sei der Beschuldigte mit der Kontrolle nicht mehr einverstanden gewesen und habe sich dahingehend geäussert, sie (die Polizei) hätten ihn nicht fahren sehen. Er, E.\_\_\_\_\_, habe ihm erklärt, wo sie zuvor gestanden seien und das weitere Vorgehen eröffnet, dass sie auf den Stützpunkt gehen müssten, um eine beweissichere Atemalkoholprobe durchzuführen. Der Beschuldigte sagte, er werde nicht aussteigen, sie müssten ihn mit Gewalt holen. Er habe versucht, Wasser aus einer Wasserflasche, die hinter dem Fahrersitz gewesen sei, zu trinken. Er habe nach dieser Flasche gegriffen, um zu prüfen, ob es Wasser sei. Dabei sei das Fahrzeug und wohl auch der Beschuldigte nass geworden. Er habe ihm dann erlaubt zu trinken. Nach Rückfrage mit der Staatsanwaltschaft sei ihm mitgeteilt worden, sie sollen nochmals einen Atemalkoholtest machen und notfalls zwangsweise auch eine Blutentnahme. Der Beschuldigte habe daraufhin gesagt, "Nein, Herr E.\_\_\_\_\_, wir brauchen heute keine Gewalt" und sei ausgestiegen. Auch ein zweiter Test sei positiv ausgefal-

len und sie seien zum Stützpunkt gefahren. Eine kurze Verzögerung habe es gegeben, da der Beschuldigte seinen Schlüssel nicht gefunden habe. Er habe dann im Stützpunkt im Vorraum ein normales, ruhiges Gespräch mit dem Beschuldigten gehabt, während Frau D.\_\_\_\_\_ im Büro das Atemalkoholprobegerät aufgestartet habe. Er sei dann mit dem Beschuldigten ins Büro, da er gedacht habe, das Gerät sei einsatzbereit. Dies sei aber nicht der Fall gewesen und er habe einen Stuhl für den Beschuldigten zu dem Büro gebracht und dem Beschuldigten als Sitzgelegenheit angeboten. Der Beschuldigte habe das nicht gewollt, er sei schon genug gesessen und er wolle herumlaufen im Stützpunkt. Er, E.\_\_\_\_\_, habe ihm gesagt, er solle bei ihm bleiben und – mit dem Rücken zum Beschuldigten – Kollegen aufgefordert, ein zweites Gerät in einem anderen Büro aufzustarten. Plötzlich habe der Beschuldigte ihn angesprochen, "Herr E.\_\_\_\_\_, hier hat es 80%-igen Alkohol". Er höre das heute noch. Er habe sich umgedreht und gerade noch gesehen, dass der Beschuldigte ein Tuch in der linken Hand gehalten habe, mit der rechten Hand einen Desinfektionsspray auf das Tuch gespritzt habe und sich das Tuch vor Mund und Nase gehalten und zwei bis drei Mal kräftig eingeatmet habe, so dass man das auch gut gehört habe. Er sei auf den Beschuldigten zugegangen, um dies zu unterbinden. Der Beschuldigte habe sich ins Treppenhaus entfernt und er – E.\_\_\_\_\_ – habe versucht, ihm das Tuch aus der Hand zu nehmen und ihn dabei am Handgelenk gepackt. Der Beschuldigte habe dann gesagt, "Herr E.\_\_\_\_\_, keine Gewalt" und das Tuch losgelassen. Im weiteren schildert der Zeuge E.\_\_\_\_\_, was er dem Beschuldigten dann gesagt habe und wie sie die Blutprobe im Spital machten. Zu Letzterem habe er sich entschlossen, da er nicht gewusst habe, was in dem Spray sei und welche Auswirkungen dies auf die Atemalkoholprobe habe (Urk. 20 S. 4-6).

Diese hier nur verkürzt zusammengefassten Aussagen des Zeugen E.\_\_\_\_\_ bestechen durch ihre Details und die genauen Erinnerungen und Schilderungen. Seine Aussagen sind insgesamt zurückhaltend und frei von Übertreibungen. Der Zeuge hinterlässt den Eindruck, dass er tatsächlich Erlebtes schildert. Anzuführen ist, dass das Verhalten des Beschuldigten denn auch aussergewöhnlich und geeignet war, bleibende Erinnerungen zu hinterlassen. Hinzu kommt die besondere Vorgeschichte, dass der Beschuldigte sich zunächst weigerte, aus dem Auto zu

steigen und angab, er sei ja beim Fahren nicht beobachtet worden. Es sind denn in den Aussagen des Zeugen auch keinerlei Lügensignale erkennbar und ein Motiv für eine Falschaussage nicht ersichtlich. Auch wenn der Beschuldigte von Beginn weg zwar konstant und widerspruchsfrei aussagte, er habe bloss am Tuch gerochen (ohne tief einzuatmen), erscheint seine Darstellung in Gegenüberstellung mit denjenigen des Zeugen E.\_\_\_\_\_ nicht besonders glaubhaft. Wie die Vorinstanz überzeugend ausführte, gilt es vorliegend bei der Würdigung seiner Aussagen zudem zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte während diesem Geschehen eine doch hohe Blutalkoholkonzentration von mindestens 1.52 Gewichtspro mille aufwies und dies sein Erinnerungsvermögen bzw. seine damalige Wahrnehmung wohl beeinträchtigt haben konnte. Auch sein Vorbringen, der Zeuge hätte einen Grund gebraucht, um mit ihm ins Spital fahren zu können und deshalb (bewusst falsch) ausgesagt, der Beschuldigte habe mehrmals tief eingeatmet (vgl. Prot. I S. 16 und Prot. II S. 18), spricht nicht für seine Glaubhaftigkeit. Abgesehen davon, dass das Fahren ins Spital und die Blutentnahme auch für die Polizei einen Aufwand mit sich brachte, der wohl gerne vermieden worden wäre, bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Polizeibeamte E.\_\_\_\_\_ den Beschuldigten bewusst hat schikanieren wollen oder Ähnliches. Insbesondere hätte er den Beschuldigten sofort ins Spital bringen können, nachdem das Atemalkoholmessgerät nicht gestartet werden konnte. Er hat vielmehr – dies erscheint ohne Weiteres glaubhaft – veranlasst, dass ein weiteres Gerät gestartet wird. Es ist sodann ohne Weiteres nachvollziehbar, dass der Polizeibeamte nach dem Vorfall nicht mehr sicher war, ob eine Messung auf diesen Geräten nach dem Einatmen von Alkohol noch sichere Resultate erbringen kann. Es kann daher mit der Vorinstanz zur Erstellung des Sachverhalts auf seine überzeugenden und glaubhaften Aussagen abgestellt werden und es ist demnach erstellt, dass der Beschuldigte das Desinfektionsmittel (mit Alkohol) auf ein Tuch sprühte, sich dieses vor Mund und Nase hielt und dabei zwei bis drei Mal tief einatmete.

4.3. Umstritten ist sodann der sog. innere Sachverhalt. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe dies (zwei bis drei Mal tiefes Einatmen von Desinfektionsmittel mit Alkohol) in der Absicht getan, die Durchführung der unmittelbar bevorstehenden Atemalkoholprobe und somit die Feststellung des Alkoholgehalts im

Zeitpunkt der Fahrt mit Wissen und Willen zu erschweren oder zu verunmöglichen. Wie erwähnt wird dies vom Beschuldigten bestritten. Er habe nichts vereiteln wollen. Dazu habe er keinen Grund gehabt. Es sei aufgrund der Ergebnisse der Atemalkoholproben ohnehin schon klar gewesen, dass er oberhalb des Limits gewesen sei.

4.3.1. Für den Nachweis innerer Vorgänge, also was ein Beschuldigter wusste oder wollte, kann sich das Gericht – soweit der Täter diesbezüglich nicht geständig ist – regelmässig nur auf äusserlich feststellbare Indizien und auf Erfahrungsregeln stützen, die ihm Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben. Zu den relevanten Umständen, welche einen Schluss auf die Inkaufnahme zulassen, gehören zudem auch die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Vorliegend hat der Beschuldigte zunächst am 29. April 2021 erklärt, er wisse nicht, was ihn da geritten habe. Ob er schlau habe sein wollen oder was auch immer. Er habe sich aus Blödsinn so verhalten. Die Arbeit der Polizei habe er aber nicht bewusst behindert. Es sei ihm nicht bewusst gewesen, was er mit seiner Aktion mit dem Reinigungsmittel auslöse (Urk. 2 S. 3 f.). Am 3. August 2021 bestätigte der Beschuldigte bei der Staatsanwaltschaft, dass er auf den Stützpunkt habe gebracht werden müssen, um den Atemalkoholtest zu machen. Es sei ihm erläutert worden, dass dieser Apparat auf dem Stützpunkt genauer sei und dessen Resultat vor Gericht zulässig sei (Urk. 15 S. 8). Frau D.\_\_\_\_\_ habe das Gerät (mehrfach) nicht starten können. Herr E.\_\_\_\_\_ habe ihm erklärt, dass das Gerät sehr empfindlich sei. Er sei ja Maschinenbauingenieur und habe sich gefragt, ob es überhaupt funktioniere, wenn daneben der Dispenser stehe und man sich die Hände desinfiziere. Er arbeite mit Pharma-Geräten und es habe sich bei ihm dann die Frage aufgetan, ob es wohl mit dem Desinfektionsmittel zu tun habe, da sich ja jeder die Hände desinfiziert habe. Er habe in diesem Zusammenhang einmal kurz am Tuch gerochen um herauszufinden, ob es ein alkoholbasiertes Desinfektionsmittel sei. Er habe nichts vereiteln wollen. Aufgrund der Ergebnisse der (beiden) Alkoholtests, die oberhalb der Limite gewesen seien, habe es für ihn nicht zu torpedieren oder boykottieren gegeben (Urk. 15 S. 9 f.; vgl. auch Urk. 22 S. 2 f., Prot. I S. 13 ff., S. 19; Prot. II S. 18 f.).

4.3.2. Auf den ersten Blick erscheint klar, dass das Vorgehen des Beschuldigten nur den Zweck haben konnte, seinen Atemalkoholwert zu verfälschen. Gerade vor dem Hintergrund, dass beim Beschuldigten – der als Maschineningenieur beruflich mit Pharma-Geräten zu tun hat – die Frage aufkam, ob das auf den Händen verteilte Desinfektionsmittel das Starten des empfindlichen Geräts verhinderte, macht das Verhalten des Beschuldigten keinen Sinn. Insofern verfängt seine Argumentation, er habe sozusagen aus beruflicher Neugier herausfinden wollen, ob es sich um ein alkoholhaltiges Desinfektionsmittel handelte und daher das Aufstarten des Messgeräts nicht funktionierte. Ein sinnvoller Beweggrund des Beschuldigten ist objektiv nicht ersichtlich. Bei der Würdigung seines Verhaltens ist, wie von der Staatsanwaltschaft geltend gemacht, auch der Umstand seines Verhalten bis zu diesem Zeitpunkt zu berücksichtigen. Während der Beschuldigte sich zu Beginn der Kontrolle zunächst kooperativ verhielt, äusserte er nach dem ersten positiven Atemtest, die Polizei hätte ihn gar nicht fahren sehen, und er war danach nicht mehr bereit aus dem Auto auszusteigen und meinte, sie müssten ihn mit Gewalt holen. Daraufhin wurde mit dem zuständigen Brandtour-Staatsanwalt Kontakt aufgenommen. Der Polizeibeamte E.\_\_\_\_\_ teilte dem Beschuldigten mit, dass es gemäss Staatsanwaltschaft bei weiterer Weigerung des Beschuldigten zu einer zwangsweisen Blutentnahme kommen werde. In der Folge verhielt sich der Beschuldigte wieder kooperativ. Auf dem Stützpunkt in B.\_\_\_\_\_ war sodann gemäss Angaben von E.\_\_\_\_\_ ein ruhiges Gespräch mit dem Beschuldigten möglich (vgl. Urk. 20 S. 5). Mithin zeigte sich der Beschuldigte während des gesamten Vorfalls mal kooperativ, mal legte er eine Verweigerungshaltung an den Tag. Bei der Beurteilung seines zum Teil renitenten Verhaltens darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Beschuldigte zu diesem Zeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von mindestens 1.52 Gewichtspromille aufwies, mithin erheblich betrunken war. Hinzu kommt, dass dem Vorfall eine Tötlichkeit seines Kollegen vorausging, die ihn – wie er selber angab – nachvollziehbar durcheinander brachte, und ihm auch aufgrund persönlicher Probleme alles etwas zu viel war (Prot. II S. 14, S. 24). Wie bereits erwähnt, wurde ihm sodann bereits bei der C.\_\_\_\_\_ Tankstelle eröffnet, dass bei weiterer Verweigerung eine Blutprobe zwangsweise durchgesetzt werden könnte. Er wusste demnach, dass er um weitere Massnah-

men zur Feststellung der Fahrurfähigkeit nicht herum kam. Dass er mit seinem Verhalten auf dem Verkehrsstützpunkt die Polizeibeamten lediglich etwas ärgern wollte bzw. aus Blödsinn am Desinfektionsmittel roch, kann aufgrund seines alkoholisierten Zustands nicht rechtsgenügend ausgeschlossen werden. Angesichts dieser Umstände ist in Nachachtung des Grundsatzes in dubio pro reo davon auszugehen, dass er mit seinem Verhalten nicht darauf abzielte, die Feststellung der Fahrurfähigkeit zu vereiteln, weshalb bereits an dieser Stelle ein Freispruch vom Vorwurf der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrurfähigkeit zu erfolgen hat.

5. Selbst wenn sich im Sinne einer Eventualbegründung der Sachverhalt erstellen liesse, müsste spätestens im Rahmen der rechtlichen Würdigung ein Freispruch erfolgen. Nach der mit BGE 109 IV 137 und BGE 115 IV 51 eingeleiteten und im Urteil 6B\_158/2019 vom 12. März 2019 bestätigten Änderung der Rechtsprechung, ist die Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrurfähigkeit durch die Tathandlung des Widersetzens ein Erfolgsdelikt. Danach ist der Tatbestand erfüllt, wenn die zuverlässige Ermittlung der Fahrurfähigkeit mittels der im Gesetz vorgesehenen spezifischen Untersuchungsmethoden im massgebenden Zeitpunkt durch aktiven oder passiven Widerstand des Täters verunmöglicht wird. Kann jedoch die Fahrurfähigkeit trotz der Weigerung später noch schlüssig festgestellt werden, liegt lediglich vollendeter Versuch der Tatbegehung vor (BGE 115 IV 51 E. 5; BGE 109 IV 137 E. 2a; Urteile 6B\_158/2019 vom 12. März 2019 E. 1.1.1; 6B\_216/2010 vom 11. Mai 2010 E. 3.1.2). Da vorliegend dem Beschuldigten eine Blutprobe entnommen wurde und somit der Blutalkoholgehalt festgestellt werden konnte, trat der Taterfolg (die Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrurfähigkeit) nicht ein, weshalb höchstens eine versuchte Tatbegehung vorliegen könnte. Auch wenn Art. 91a SVG eine reibungslose Durchführung von angeordneten Massnahmen bzw. Amtshandlungen und damit den geordneten Gang der Rechtspflege ermöglichen soll (Urteil 6B\_680/2010 vom 2. November 2010 E. 4.2.2), besteht der Zweck der Bestimmung in erster Linie in der Durchsetzung von Art. 91 SVG, der das Fahren in fahrurfähigem Zustand unter Strafe stellt (BSK SVG-Riedo, Art. 91a Ns 14 f.; Weissenberger, Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, Art. 91a SVG N 2). In Fällen wie vorlie-

gender Konstellation, in denen lediglich eine von verschiedenen Massnahmen zur Feststellung der Fahrnfähigkeit vereitelt wird, ist jedoch auch ein strafbarer Versuch nicht gegeben, da eine Blutprobe ohnehin mittels Zwang durchgesetzt werden kann (Art. 55 Abs. 3 und Abs. 4 SVG) und eine Vereitelung durch die Manipulation der Atemalkoholmessung lediglich zur Folge hat, dass der Grad der Fahrnfähigkeit bzw. die Fahrnfähigkeit mittels Blutprobe, nötigenfalls zwangsweise, durchgesetzt wird. Zudem erreicht jemand, der eine Atemalkoholprobe vereitelt bzw. vereiteln will, etwas, was er auch mit legalen Mitteln erreichen könnte, nämlich die Durchführung einer Blutprobe. Insofern ist auch ein strafbarer Versuch ausgeschlossen.

#### **IV. Strafe**

1. Theoretische Grundlagen der Strafzumessung, der Strafart, der Gesamtstrafenbildung sowie des Vollzugs der Strafe

Die Vorinstanz hat die Grundsätze für die Bestimmung der massgeblichen theoretischen Grundlagen der Strafzumessung, der Strafart sowie des Vollzugs der Strafe zutreffend wiedergegeben, worauf vorab verwiesen werden kann (Urk. 38 S. 15 ff., Art. 82 Abs. 4 StPO). (Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG). Darauf sowie auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Thema (Urteile BGer 6B\_619/2019 vom 11. März 2020 E. 3.3.; BGE 136 IV 55, E. 5.4 ff.; 135 IV 130, E. 5.3.1; 132 IV 102, E. 8.1; je mit Hinweisen) kann vorab verwiesen werden. Hervorzuheben bleibt, dass zwischen der Tat- und Täterkomponente sowie der objektiven und subjektiven Tatschwere zu unterscheiden ist. Gemäss Art. 50 StGB hat das Gericht, sofern es sein Urteil zu begründen hat, die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Es hat seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (BGE 144 IV 313 E. 1.2 S. 319; 142 IV 365 E. 2.4.3 S. 270 f.; 136 IV 55 E. 5.5 S. 59 ff.; je mit Hinweisen).

## 2. Strafart

Zur Strafart kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 16 f.). Es ist unbestritten, dass vorliegend eine Geldstrafe auszusprechen ist.

3.1. Bei der objektiven Tatschwere fällt verschuldensmässig vorab ins Gewicht, dass der Beschuldigte sein Fahrzeug mit der hohen Blutalkoholkonzentration von mindestens 1.52 Gewichtspromille lenkte. Die von ihm gefahrene Strecke war indessen verhältnismässig kurz. Das objektive Verschulden wiegt insgesamt noch leicht. Mit der Vorinstanz ist auch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nicht geplant hatte, mit seinem Personenwagen an diesem Abend nach Hause zu fahren. Es ist davon auszugehen, dass er bei seinem Kollegen übernachten wollte, von diesem aber im Laufe des Abends nach einem Streit unverhofft aufgefordert wurde, die Wohnung zu verlassen. Von daher vermag die subjektive Tatschwere die objektive leicht zu relativieren und es erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe von 40 Tagen Geldstrafe angemessen.

3.2. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen zunächst auf die entsprechenden und zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 16, Urk. 8/1-6, Prot. I S 5-8; vgl. zudem Urk. 48, Urk. 49/1-3). Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte sodann im Wesentlichen seine bisherigen Angaben zu den persönlichen Verhältnissen und ergänzte bzw. präzisierete diese teilweise (Prot. II S. 7 ff.). Der Beschuldigte ist 1963 in Deutschland geboren und lebt seit dem Jahr 2000 in der Schweiz. Im Jahr 2014 wurde er in der Schweiz sodann eingebürgert. Er ist verheiratet und hat keine Kinder. Der Beschuldigte hat Maschinenbauingenieur gelernt und erzielte im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ein monatliches Einkommen von Fr. 6'500.– als Angestellter. Gemäss Steuererklärung 2021 wies er (zusammen mit seiner Frau) ein steuerbares Einkommen von Fr. 127'311.– sowie ein Vermögen von Fr. 187'953.– aus. Aktuell ist er wie auch seine Frau arbeitslos. Er erhält noch für ca. 15 Monate Arbeitslosentaggeld in der Höhe von Fr. 5'500.– pro Monat. Eine Stelle hat er derzeit nicht in Aussicht. Seine Frau erhält derzeit 80% ihres bisherigen monatlichen Nettoeinkommens von Fr. 5'200.–. Er wohnt mit seiner Frau im



gemeinsamen Haus. Der Steuerwert der Liegenschaft beträgt Fr. 253'300.–, die Hypothekarschuld

Fr. 100'000.–. Die Zinsbelastung beläuft sich aktuell auf 1.1 %. Seine Krankenkassenprämie beträgt monatlich etwa Fr. 350.–, Steuern jährlich ca. 15'900.–. Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wirken sich strafzumessungsneutral aus.

3.3. Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf und ist im ADMAS-Register nicht verzeichnet (Urk. 8/4, Urk. 41).

3.4. Die von der Vorinstanz festgesetzte Strafe von 40 Tagen Geldstrafe erweist sich als angemessen.

#### 4. Höhe des Tagessatzes

Wie von der Vorinstanz erwogen (Urk. 38 S. 17 f.) verfügt der Beschuldigte über ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'500.–. Weiter hat er tiefe Wohnkosten und Krankenkassenkostenprämien von rund Fr. 500.– bzw. Fr. 350.–. Des Weiteren weist er ein steuerbares Vermögen von rund Fr. 190'000.– auf. Unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse erscheint der von der Vorinstanz festgesetzte Tagessatz von Fr. 150.– angemessen.

5. Der Beschuldigte ist unter Berücksichtigung sämtlicher strafzumessungsrelevanter Umstände demnach mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 150.– zu bestrafen.

#### 6. Verbindungsbusse

6.1. Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Strafe mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden (Verbindungsbusse). Mit der Verbindungsbusse soll im Bereich der Massendelinquenz die Möglichkeit geschaffen werden, eine spürbare Sanktion zu verhängen. Die Bestimmung 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. Auf Massendelikte, die im untersten

Bereich bloss mit Bussen geahndet werden, soll auch mit einer unbedingten Sanktion reagiert werden können, wenn sie die Schwelle zum Vergehen überschreiten. Insoweit, also im Bereich der leichteren Kriminalität, verhilft Art. 42 Abs. 4 StGB zu einer rechtsgleichen Sanktionierung. Die Verbindungsbusse trägt ferner dazu bei, das unter spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten eher geringe Drohpotential der bedingten Geldstrafe zu erhöhen. Dem Verurteilten soll ein Denkkzettel verabreicht werden können, um ihm den Ernst der Lage vor Augen zu führen und zugleich zu zeigen, was bei Nichtbewährung droht (BGE 146 IV 145 E. 2.2. m.w.H.).

6.2. Angesichts der Vorstrafenlosigkeit sowie des guten automobilistischen Leumunds erscheint es in spezialpräventiver Hinsicht nicht notwendig, dem Beschuldigten mittels Aussprechen einer Verbindungsbusse einen Denkkzettel zu verpassen. Art. 91 SVG stellt sowohl eine Übertretung (Abs. 1) als auch ein Vergehen (Abs. 2) unter Strafe. Es handelt sich mithin vorliegend um eine Konstellation, die grundsätzlich unter die Schnittstellenproblematik fällt. Indessen handelte es sich bei Art. 91 SVG ursprünglich um einen reinen Vergehenstatbestand. Erst im Zuge der Via Secura wurde zusätzlich ein Übertretungstatbestand eingeführt, wodurch besagte Schnittstellenproblematik erst geschaffen wurde. Es handelt sich mithin nicht um eine "klassische" Schnittstellenproblematik. Die Aussprechung einer Verbindungsbusse erscheint entgegen der Staatsanwaltschaft (Urk. 54 S. 4 f.) vorliegend weder in spezialpräventiver Hinsicht noch unter dem Gesichtspunkt der Entschärfung der Schnittstellenproblematik erforderlich, weshalb davon abzusehen ist.

## 7. Vollzug

Es ist unbestritten, dass beim Beschuldigten eine unbedingte Strafe nicht notwendig ist, um ihn von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten. Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft. Auch im ADMAS-Register gibt es keine Einträge. Es ist ihm in Anwendung von Art. 42 Abs. 1 StGB der bedingte Vollzug der Geldstrafe zu gewähren und die Probezeit auf das gesetzliche Minimum von 2 Jahren festzusetzen.

## **V. Kostenfolgen**

### 1. Vorinstanzliches Verfahren

Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten demnach die Kosten der Vorinstanz vollumfänglich aufzuerlegen.

### 2. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der amtliche Verteidiger ist durch die Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 135 StPO i.V.m. Art. 426 StPO). Er machte mit Kostennote vom 10. März 2023 für das obergerichtliche Verfahren einen Zeitaufwand von 12.66 Stunden geltend (Urk. 55). Dieser Aufwand erscheint angemessen. Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ist entsprechend mit Fr. 3'019.35 (inkl. MwSt. und Auslagen) definitiv aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 27. Januar 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpruch wegen Fahrens in fahruntfähigem Zustand) und 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

### **Es wird erkannt:**

1. Der versuchten Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1

StGB ist der Beschuldigte A. nicht schuldig. Er wird diesbezüglich freigesprochen.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 40 Tagessätzen zu Fr. 150.– Geldstrafe.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 6) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Das Honorar der amtlichen Verteidigung wird auf Fr. 3'019.35 festgesetzt.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft See/Oberland (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft See/Oberlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
  - das Strassenverkehrsamt des Kantons Aargau, Sektion Administrativmassnahmen, Postfach, 5001 Aarau
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

8. 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, 10. März 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Meier