



Geschäfts-Nr. SB040444/U/hp

II. Strafkammer

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Hodel, Vorsitzender, die Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim und Dr. Kriech sowie die juristische Sekretärin lic. iur. Waulalta

Urteil vom 26. November 2004

in Sachen

J. M.-N.,

Geschädigte und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. W. H.

gegen

A. P.,

Angeklagter und Appellat

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. A. M.

betreffend **fahrlässige Tötung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, 1. Abteilung, vom
23. Juni 2004 (DG040015)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Bezirksanwaltschaft Uster vom 17. März 2004 ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Angeklagte ist schuldig
 - der Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG,
 - des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG.
2. Eines weiteren Deliktes ist der Angeklagte nicht schuldig.
3. Der Angeklagte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 1'500.--
4. Der Eintrag der Busse im Strafregister wird gelöscht, wenn sich der Angeklagte während einer Probezeit von einem Jahr bewährt.
5. Auf das Schadenersatzbegehren der Geschädigten wird nicht eingetreten.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.--.
7. Die Kosten der Gutachten über das Opfer und die Unfallabklärungen in der Höhe von Fr. 6'350.15 werden auf die Staatskasse genommen.
Die Kosten der Gutachten über den Angeklagten in der Höhe von Fr. 494.25 werden dem Angeklagten auferlegt.
Die weiteren Kosten werden zu einem Drittel dem Angeklagten auferlegt und zu zwei Drittel auf die Staatskasse genommen.
8. Dem Angeklagten wird eine reduzierte Entschädigung von Fr. 4'000.-- (Mehrwertsteuer eingeschlossen) durch die Gerichtskasse ausbezahlt.

Berufungsanträge:

a) des Geschädigtenvertreters:

1. Der Angeklagte sei der fahrlässigen Tötung im Sinne von Art. 117 StGB und des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen.
2. Es sei festzustellen, dass der Angeklagte dem Opfer für die Folgen des Vorfalles vom 11. Mai 2003 mit einer Quote von 90 % haftet.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen.

b) des Verteidigers des Angeklagten:

Die Berufung sei abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Geschädigten.

9.

10. c) des Vertreters der Staatsanwaltschaft:

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

1. Am 11. Mai 2003 ereignete sich nachts um zirka 3.40 Uhr auf der Forchautostrasse A 52 in Fahrtrichtung Zürich auf dem Gebiet der Gemeinde Egg ein tödlicher Verkehrsunfall. Der Angeklagte erfasste mit seinem Personenwagen Audi A4 †N. N., welcher auf der Autostrasse zu Fuss unterwegs war, wobei †N. durch die Kollision tödliche Verletzungen erlitt und auf der Unfallstelle verstarb. Sowohl der Angeklagte als auch †N. waren alkoholisiert, der Angeklagte mit mindestens 0,87 Gewichtspromille, der Verstorbene mit einem Mittelwert von 2,14 Gewichtspromille (Urk. 8/2 S. 2). Dem Angeklagten wird in der Anklageschrift zur Last gelegt, dass es ihm bei genügender und nicht durch den getrunkenen Alkohol beeinträchtigter Aufmerksamkeit und Reaktionsfähigkeit möglich gewesen wäre, †N. rechtzeitig wahrzunehmen und die Kollision zu vermeiden. Diese sei für den Angeklagten voraussehbar gewesen. Die Strassenbeleuchtung auf der Seite der Fahrspur Rapperswil sei teilweise eingeschaltet gewesen (Urk. 16).

2. Das Bezirksgericht Uster sprach den Angeklagten mit Urteil vom 23. Juni 2004 vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung im Sinne von Art. 117 StGB frei und lediglich des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG und der Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG schuldig (Urk. 32). Gegen diesen Entscheid erklärte die Geschädigte, die Witwe von †N. N., mit Eingabe vom 23. August 2004 rechtzeitig die Berufung (Urk. 29), mit welcher sie erreichen will, dass der Angeklagte anklagegemäss schuldig gesprochen und angemessen bestraft wird. Zudem sei festzustellen, dass der Angeklagte den Opfern für die Folgen des Unfalls mit einer Quote von 90 % hafte. Der Angeklagte liess demgegenüber auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils plädieren (Prot. II S. 2, 13 ff.). Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich hat ebenfalls die Bestätigung des vorinstanzlichen Ur-

teils beantragt und auf Teilnahme an der Berufungsverhandlung verzichtet (Urk. 33).

II.

Der Angeklagte hat in der Untersuchung, vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung anerkannt, am 11. Mai 2003 seinen Personenwagen mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,09 Gewichtspromille (zu Beginn der Fahrt) gelenkt zu haben (Urk. 5/3 S. 2; Urk. 22 S. 1; Prot. I S. 11; Prot. II S. 5 f.). Dieses Geständnis entspricht dem übrigen diesbezüglichen Untersuchungsergebnis, weshalb davon auszugehen ist. Die rechtliche Würdigung durch die Untersuchungsbehörde wird vom Angeklagten zu Recht anerkannt und ist zutreffend. Dieser ist daher des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG schuldig zu sprechen.

III.

1. Der Angeklagte hat auch den übrigen Sachverhalt anerkannt (Urk. 5/3 S. 2; Prot. I S. 7; Prot. II S. 7 f.). Von diesem Geständnis geht die Vorinstanz aus (Urk. 32). Dies ist indessen in verschiedener Hinsicht zu präzisieren.

a) Der Angeklagte hat offensichtlich nur den äusseren ihm vorgeworfenen Sachverhalt anerkannt, nicht jedoch, dass die Kollision für ihn voraussehbar und vermeidbar gewesen sei. So erklärte er schon in der Untersuchung, dass es stockdunkel und der Verstorbene schwarz angezogen gewesen sei. Wenn die (Strassen-)Beleuchtung eingeschaltet gewesen wäre, hätte er ihn vielleicht gesehen (Urk. 5/3 S. 2; vgl. auch Prot. I S. 11). Die Verteidigung machte vor Vorinstanz geltend, der Verstorbene sei für den Angeklagten plötzlich aus dem Nichts aufgetaucht, insbesondere auch deshalb, weil †N. offensichtlich im Lichtkegel des Fahrzeugs nicht zu sehen gewesen sei. Er habe aufgrund seiner Position vom Lichtkegel des Abblendlichtes nicht erfasst werden können (Urk. 22 S. 6). Auf diesen Standpunkt stellte er sich auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung

(Prot. II S. 14 f.). Die Frage der Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der Kollision ist nachfolgend (Ziff. 2) zu prüfen.

b) Sodann heisst es in der Anklageschrift, der Angeklagte sei mit seinem Fahrzeug mit dem am rechten Strassenrand der Autostrasse gehenden angetrunkenen Fussgänger †N. N. kollidiert. Die Verteidigung hat geltend gemacht, in der Untersuchung habe nicht genau eruiert werden können, wo und wie †N. auf der Forchautostrasse unterwegs gewesen sei. Verschiedene Varianten seien dabei denkbar. Naheliegend wäre, dass der - offensichtlich völlig betrunkene - Verstorbene während des Gehens hin und her geschwankt sei, aber auch, dass er am Wiesenbord gesessen und erst kurz vor der Kollision aufgestanden sei, um weiterzugehen (Urk. 22 S. 5, Prot. II S. 14 ff.). Der Angeklagte hat in der Untersuchung wiederholt erklärt, er habe beim Aufprall irgendeinen Schatten gesehen und einen Schlag gespürt (Urk. 5/1 S. 1 f.; Urk. 5/2 S. 3).

Unfallzeugen gibt es keine. M. N. sagte als Zeugin am 17. März 2004, sie habe in der fraglichen Nacht die Forchautostrasse von Oetwil Richtung Zürich befahren und kurz nach der Einfahrt Oetwil einen Fussgänger auf der Strasse gesehen. Er sei am Rand der Fahrbahn gegangen, und zwar Richtung Zürich. Wo er genau gegangen sei, könne sie nicht sagen. Sie habe kein Ausweichmanöver machen müssen. Weiter bestätigte die Zeugin ihre gegenüber der Polizei telefonisch gemachten Aussagen laut Polizeirapport. Die genaue Zeit könne sie nicht mehr sagen (Urk. 6 S. 1 f.). Gemäss Polizeirapport sagte N. am 14. Mai 2003, sie sei in Oetwil auf die A52 Richtung Zürich gefahren. Dies dürfte etwa gegen 03.30 Uhr gewesen sein. Da die Lichter teilweise eingeschaltet gewesen seien, habe sie den Fussgänger auf der Autostrasse schon rechtzeitig bemerkt. Er sei alleine unterwegs gewesen und habe sich einige Meter nach der Einfahrt Oetwil befunden. Sie habe ihn gut gesehen. Er sei am rechten Fahrbahnrand Richtung Zürich in normalem Tempo gegangen. Wo er genau gegangen sei, d.h. auf dem Seitenstreifen, rechts oder links davon, könne sie nicht sagen. Sie könne einfach sagen, dass er sie nicht gestört habe. Sie habe auch nicht ausweichen müssen. Es sei ihr nicht aufgefallen, ob er geschwankt habe. Sie sei fürchterlich erschrocken (Urk. 1 S. 8 f.).

Im Obduktionsgutachten heisst es, aufgrund eines sog. "Messerer-Bruchkeils" am linken Wadenbein und der fehlenden Verletzung des rechten Beines könne geschlossen werden, dass †N., aufrecht gehend, am linken Unterschenkel von hinten erfasst worden sei, als dieser das Standbein dargestellt habe, und dass das rechte Bein im Moment der Kollision als Spielbein gedient habe (Urk. 8/3 S. 4).

Sowohl die Erkenntnisse des Gutachters als auch der Wahrheitsgehalt der Aussagen der gänzlich unbeteiligten Zeugin wurden zu Recht von keiner Seite angezweifelt. Es steht somit mit rechtsgenügender Sicherheit fest, dass der Verstorbene im Zeitpunkt der Kollision am Strassenrand ging und vom Fahrzeug des Angeklagten von hinten erfasst wurde.

Umstritten ist dagegen, was †N. vor der Kollision machte bzw. wie lange vor der Kollision er sich schon am rechten Strassenrand fortbewegte.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass durch die Untersuchung nicht habe abgeklärt werden können, wie viele Sekunden (oder Minuten) vor der Kollision sich das Opfer bereits auf der Strasse befunden habe. Insbesondere könne aus den Aussagen von N. nicht mit rechtsgenügender Sicherheit geschlossen werden, dass †N. auch dann am rechten Strassenrand gegangen sei, als er ins Blickfeld des Angeklagten gelangte, zumal weder der genaue Zeitpunkt noch die genaue Örtlichkeit für die Beobachtungen der Zeugin feststehen würden, aber auch nicht der genaue Zeitpunkt der Kollision. Es sei somit von der für den Angeklagten günstigsten Variante auszugehen, dass das Opfer noch kurze Zeit vor der Kollision am Bord lag oder sass, sich erhob, den Strassenrand betrat, sich in Fahrtrichtung drehte und am rechten Strassenrand entlangging. Die kürzeste Zeit, in welcher das alkoholisierte Opfer die letzten drei Handlungsschritte habe vornehmen können, betrage etwa drei Sekunden. Demzufolge sei davon auszugehen, dass das Opfer für den Angeklagten erst drei Sekunden vor der Kollision sichtbar gewesen sei (Urk. 32 S. 7).

Der Angeklagte und sein Verteidiger stellten Mutmassungen über verschiedene mögliche Varianten an (wegen Übelkeit am Strassenbord gesessen und

kurz vor dem Unfall aufgestanden [Urk. 5/2 S. 3]; während des Gehens hin und her geschwankt [Urk. 22 S. 5]), für die indessen nicht die geringsten Anhaltspunkte bestehen, weshalb auch nicht der Grundsatz in dubio pro reo zur Anwendung kommt. Im Gegenteil sprechen einige Indizien dafür, dass sich das Opfer bereits geraume Zeit am rechten Fahrbahnrand in Richtung Zürich fortbewegte.

Fest steht, dass die Kollision auf der Forchautostrasse, Fahrtrichtung Zürich, ca. 100 m nach der Einfahrt Oetwil am See (km 13,8) stattfand (Urk. 1 S. 1) und die Zeugin N. den Geschädigten kurze Zeit vorher "kurz nach" bzw. "einige Meter nach der Einfahrt Oetwil" gesehen hat. Da nicht bekannt ist, wie viel später die Kollision genau stattgefunden hat, kann daraus nur geschlossen werden, dass sich der Geschädigte, nachdem ihn die Zeugin gesehen hat, noch weiter Richtung Zürich bewegt hat, mithin nicht ausschliesslich am Wiesenbord gelegen haben kann. Ein Schwanken des Geschädigten ist der Zeugin nicht aufgefallen. Für ein Absitzen, eine Pause, ein Verschwinden von der Strasse weg auf das Wiesenbord bestehen keine konkreten Anhaltspunkte, auch keine Umstände, die das als wahrscheinlich erscheinen liessen. Im Gegenteil ist zu bemerken, dass es damals leicht regnete, weshalb das Gras nass gewesen sein musste, was selbst eine stark betrunkene Person nicht zum Verweilen eingeladen haben dürfte. Hätte beispielsweise an der Kollisionsstelle noch eine Jacke oder Ähnliches im Gras gelegen oder wäre Erbrochenes vorgefunden worden, so würden die Spekulationen des Angeklagten erhärtet.

Es ist somit davon auszugehen, dass sich das Opfer auch nach der Durchfahrt der Zeugin im gleichen Stil am rechten Fahrbahnrand gegen Zürich bewegte.

Selbst wenn man aber von der vorinstanzlichen Version ausgehen würde, der Fussgänger sei am Strassenbord gelegen oder gesessen, so hätte ihn der Angeklagte spätestens als er sich zu erheben begann, sich somit bewegte, wahrnehmen müssen. Der Geschädigten ist beizupflichten, dass von diesem Moment an, bis der Fussgänger wieder am Strassenrand entlang ging, wohl mehr als drei Sekunden verstrichen sein dürften (Prot. II S. 11). Dagegen, dass er quasi aus dem Dunkeln einen Sprung auf die Strasse machte, spricht einerseits der Umstand, dass es am Wiesenbord keineswegs total dunkel gewesen sein kann an-

gesichts dessen, dass das Licht von der Gegenfahrbahn leuchtete und der Angeklagte das Abblendlicht eingeschaltet hatte, dessen Lichtkegel notorisch nicht präzise am Strassenrand aufhört. Andererseits spricht auch das Verletzungsbild des Geschädigten dagegen, wonach er ca. einen Meter vom Strassenrand her aufrecht gehend, am linken Unterschenkel von hinten erfasst worden ist, als dieser das Standbein dargestellt hat (Urk. 8/3 S. 4).

Ob der Geschädigte nun drei oder mehr Sekunden für den Angeklagten erkennbar gewesen ist, kann - wie noch auszuführen sein wird (vgl. unten Ziff. 2 d) - letztlich aber offen bleiben.

c) Weiter geht die Anklageschrift davon aus, dass das Opfer angetrunken gewesen sei. Gemäss Obduktionsgutachten wurden im peripheren Blut des Opfers 2,14 Gewichtspro mille (Mittelwert) Trinkalkohol nachgewiesen. Trinkalkoholblutspiegel in dieser Grössenordnung würden mit einer deutlichen Trunkenheit, starker Ataxie (Torkeln, Lallen) sowie psychischen Störungen (Denkstörungen, Orientierungsstörungen) einhergehen (Urk. 8/3 S. 5). Der Verstorbene war daher nicht bloss angetrunken, sondern befand sich in einem ausgeprägten Rauschzustand (vgl. die Interpretation der Werte im früheren Bundesratsbeschluss über die Feststellung der Angetrunkenheit von Strassenbenützern vom 14. Februar 1968). Dieser Befund wird durch die Aussage von M. G. bestätigt, wonach †N. beim Verlassen des Restaurants um 1.00 Uhr ziemlich "besoffen" gewesen sei (Urk. 1 S. 8). Da er gemäss Aussage seiner Ehefrau in letzter Zeit fast keinen Alkohol getrunken hatte, dürfte er den konsumierten Alkohol stärker gespürt haben als einer, der ständig viel Alkohol trinkt (vgl. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band III: Die Administrativmassnahmen, Bern 1995, Rz 2368).

Mit diesen Präzisierungen ist der Anklagesachverhalt rechtsgenügend erstellt.

2. a) Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft (Art. 117 StGB).

Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn die Tat darauf zurückzuführen ist, dass der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht beachtet oder darauf nicht Rücksicht genommen hat. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (Art. 18 Abs. 3 StGB).

Die Annahme der Fahrlässigkeit setzt die Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraus. Sorgfaltswidrig ist eine Handlungsweise dann, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat auf Grund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung des Opfers hätte erkennen können und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritt. Bei der Bestimmung des im Einzelfall zu Grunde zu legenden Massstabes des sorgfaltsgemässen Verhaltens kann auf Bestimmungen zurückgegriffen werden, die der Unfallverhütung und der Sicherheit dienen (BGE 127 IV 34 E. 2a; 122 IV 225 E. 2a je mit Hinweisen). Im hier zu beurteilenden Fall sind die Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts heranzuziehen.

b) Die Sorgfalt, zu welcher der Angeklagte verpflichtet war, richtet sich, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Urk. 32 S. 5), nach Art. 31 Abs. 1 SVG und Art. 3 Abs. 1 VRV. Gemäss Art. 31 Abs. 1 SVG muss der Führer das Fahrzeug ständig so beherrschen, dass er seinen Vorsichtspflichten nachkommen kann. Er muss seine Aufmerksamkeit der Strasse und dem Verkehr zuwenden (Art. 3 Abs. 1 VRV). Besondere Vorsicht ist geboten gegenüber Kindern, Gebrechlichen und alten Leuten, ebenso wenn Anzeichen dafür bestehen, dass sich ein Strassenbenützer nicht richtig verhalten wird (Art. 26 Abs. 2 SVG). Im Einzelnen richtet sich der Umfang der gebotenen Aufmerksamkeit nach den gesamten Umständen, namentlich der Verkehrsdichte, den örtlichen Verhältnissen, der Zeit, der Sicht und den voraussehbaren Gefahrenquellen. Es wird nicht verlangt, dass im Strassenverkehr jede Person zu jeder Zeit ein Höchstmass an Aufmerksamkeit und Umsicht erbringt. Dem Fahrzeuglenker muss es vielmehr in der konkreten Situation möglich sein, den ihm auferlegten Pflichten tatsächlich nachzukommen. Die Sorgfaltsanforderungen dürfen deshalb bei völlig normalen Fahrmanövern

nicht derart hochgeschraubt werden, dass sie im Einzelfall nicht mehr erfüllt werden können bzw. dass die Erfüllung der einen Pflicht notwendigerweise die Verletzung einer gleichzeitig ebenfalls zu beachtenden anderen Pflicht bedeutet. Dementsprechend billigt die Rechtsprechung dem Fahrzeuglenker, der sein Augenmerk im Wesentlichen auf bestimmte Stellen zu richten hat, eine geringere Aufmerksamkeit für andere zu (BGE 127 IV 34 E. 3c/bb S. 44; 122 IV 225 E. 2b S. 228 und 2c S. 230; 6S.28/2002/kra vom 1. März 2002).

Die Vorinstanz wirft dem Angeklagten in zwei Punkten eine Sorgfaltspflichtverletzung vor. Dieser habe ausgeführt, dass die Sichtverhältnisse nicht schlecht gewesen seien, er nach vorne geschaut und das Unfallopfer bis zum Aufprall nicht gesehen habe (Prot. I S. 10 f.). Es gebe zwar Situationen, in welchen sich der Fahrzeugführer so intensiv nach einer Seite zu konzentrieren habe, dass die Beobachtung anderer Strassenstellen darunter zwangsläufig leiden müsse. Da zum Zeitpunkt des Unfalls jedoch kein Gegenverkehr geherrscht habe und der Angeklagte insbesondere nicht durch den Scheinwerfer eines entgegenkommenden Fahrzeuges geblendet worden sei, habe für ihn kein Grund bestanden, seine Aufmerksamkeit nicht auch auf den rechten Strassenrand der Autostrasse zu richten, auf welchem der angetrunkene Fussgänger †N. gegangen sei. Bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit wäre bei den gegebenen Verhältnissen das Opfer vor dem Aufprall sichtbar gewesen, weshalb eine Verletzung von Art. 31 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 VRV vorliege (Urk. 32 S. 5).

Die Verteidigung stellte sich vor Vorinstanz und auch heute auf den Standpunkt, das Opfer sei vor der Kollision für den Angeklagten nicht sichtbar gewesen. Der Fahrstreifen und das rechte Strassenbord hätten völlig im Dunkeln gelegen. Das auf der Gegenseite vorhandene Licht habe dem Angeklagten nicht zu einer besseren Sicht verholfen, sondern im Gegenteil durch eine allfällige Blendwirkung die Dunkelheit auf seiner Seite verstärkt bzw. in noch höherem Masse die Erkennbarkeit von Hindernissen beeinträchtigt. Das Opfer habe schwarze Kleider getragen und schwarze Haare gehabt. Es sei für den Angeklagten plötzlich aus dem Nichts aufgetaucht, insbesondere auch deshalb, weil es offensichtlich im Lichtkegel des Fahrzeugs nicht zu sehen gewesen sei. Der Angeklagte sei mit

Abblendlicht unterwegs gewesen; es habe spärlichen Gegenverkehr gehabt (Urk. 22 S. 5, Prot. II S. 14).

Wie dargetan, ist davon auszugehen, dass der Verstorbene im Zeitpunkt der Kollision am Strassenrand ging und vom Fahrzeug des Angeklagten von hinten erfasst wurde. Gemäss Angaben des Angeklagten fuhr er nach seiner Erinnerung in der Mitte seines Fahrstreifens (Urk. 5/1 S. 2, Urk. 5/2 S. 5). Das Opfer wurde im Bereich der rechten Frontlampe des Fahrzeugs erfasst (Urk. 10 S. 3; Urk. 3 Abbildung 9). Es muss sich daher im Zeitpunkt der Kollision mindestens einen Meter vom Strassenbord entfernt auf der Strasse befunden haben. In der dem Lenker auferlegten Pflicht, seine Aufmerksamkeit der Strasse und dem Verkehr zuzuwenden, ist die Pflicht enthalten, die ganze Strasse zu überblicken und nicht nur das, was auf dem unmittelbar vor ihm auf dem der Breite seines Wagens entsprechenden Gebiet geschieht (Praxis 66 [1977] Nr. 175 S. 432 = BGE 103 IV 104). Ausnahmen wegen besonders breiter Fahrbahn oder - wie schon die Vorinstanz ausgeführt hat - die Aufmerksamkeit des Angeklagten zusätzlich erheischender Umstände liegen nicht vor. Indem der Angeklagte den Fussgänger vor der Kollision nicht wahrgenommen hat, hat er daher eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen und gegen Art. 31 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 VRV verstoßen.

Sorgfaltswidrig handelte sodann der Angeklagte, indem er sich nach dem Genuss alkoholischer Getränke an das Steuer setzte und sein Fahrzeug in ange-trunkenem Zustand lenkte. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 32 S. 5; § 161 GVG).

c) Die Vorinstanz hat sodann die Voraussehbarkeit des Erfolges für den Angeklagten zu Recht bejaht (Urk. 32 S. 6; § 161 GVG). Die Gefahr des Zusammentreffens mit unbeleuchteten Hindernissen darf weder auf gewöhnlichen Strassen noch auf Autobahnen ausser Acht gelassen werden. Auch auf Autobahnen ist mit Tieren zu rechnen, die sich auf die Fahrbahn verirren oder von vorausfahrenden Fahrzeugen angefahren werden und die Fahrbahn nicht mehr verlassen können. Verunfallte können bewusstlos oder verletzt auf der Fahrbahn liegen bleiben (BGE 93 IV 117 f.). Lenker, welche eine Panne erlitten haben, können

sich am Fahrbahnrand aufhalten, und Fussgänger können vorschriftswidrig Autobahnen oder -strassen benützen (Art. 35 VRV).

d) Zu prüfen ist weiter, ob der Angeklagte bei Anwendung der nach den vorliegenden Umständen gebotenen Aufmerksamkeit †N. N. auf eine Entfernung bemerken konnte, die es ihm gestattet hätte, eine wirksame Massnahme zur Vermeidung der Kollision zu ergreifen. Verfügte der Angeklagte im Zeitpunkt, als er das Opfer bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erstmals hätte sehen können, nicht über die notwendige Zeit, um wirksam reagieren zu können, so besteht kein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem Erfolgseintritt (vgl. Praxis 66 [1977] Nr. 175 S. 433).

Die Vorinstanz hat diese Frage geprüft und ist zum Schluss gelangt, dass das Opfer mit höchster Wahrscheinlichkeit auch gestorben wäre, wenn der Angeklagte bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit und angemessener Reaktionszeit eine Vollbremsung eingeleitet hätte, so dass die Vermeidbarkeit des tatbestandsmässigen Erfolgs verneint werden müsse (Urk. 32 S. 6-9, lit. d).

Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass bezüglich der Frage der Vermeidbarkeit entscheidend ist, ab welchem Zeitpunkt das Opfer bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit für den Angeklagten sichtbar gewesen war, welche zweckmässige und unter dem Druck der Ereignisse naheliegende Massnahme dem Angeklagten zur Vermeidung der Kollision zur Verfügung stand und ob der Erfolgseintritt dadurch verhindert worden wäre. Dem Angeklagten hätten bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit und damit rechtzeitigem Erblicken des Fussgängers zwei Massnahmen zur Vermeidung der Kollision zur Verfügung gestanden, nämlich ein Ausweichmanöver oder eine Vollbremsung.

Geht man nun von der vorinstanzlichen Version aus, der Fussgänger sei für den Angeklagten erst drei Sekunden vor der Kollision sichtbar gewesen, so bedarf es keiner weiteren Erläuterungen, dass bei einer Geschwindigkeit von 80 km/h eine Vollbremsung eine völlig unzweckmässige Massnahme gewesen wäre, mit welcher sich eine tödliche Kollision keinesfalls hätte vermeiden lassen.

Ob der Geschädigte nun - wie die Vorinstanz annimmt - lediglich drei Sekunden für den Angeklagten erkenntlich gewesen ist oder aber etwas länger, da er ununterbrochen rechts am Strassenrand marschierte: Die einzig richtige Massnahme wäre auf jeden Fall ein Ausweichmanöver gewesen.

Es ist - selbst bei der vorinstanzlichen Variante - davon auszugehen, dass der Geschädigte so frühzeitig erkennbar gewesen ist, dass ein gefahrloses Ausweichmanöver möglich gewesen wäre. Dem Geschädigtenvertreter ist beizupflichten (Prot. II S. 12), dass im vorliegenden Fall ein Ausweichmanöver die natürliche Reaktion, die einzige naheliegende und zweckmässige Vorkehrung gewesen wäre, mit der sich eine Kollision hätte vermeiden lassen. Wohl jeder nüchterne und vernünftige Autofahrer bzw. jede ebensolche Autofahrerin hätte eine leichte Bewegung mit dem Steuerrad nach links vorgenommen, um so an der - wovon aufgrund der Unfallspuren auszugehen ist - ca. 1 m vom rechten Fahrbahnrand entfernt gehenden Person vorbeizufahren.

Für ein starkes Torkeln des Geschädigten bestehen - mit Ausnahme des erheblichen Alkoholisierungsgrades - keine Hinweise. Dagegen spricht vielmehr, dass die Zeugin N. kein Torkeln wahrgenommen hat und dass sich der Geschädigte schon geraume Zeit auf den Beinen gehalten und eine beträchtliche Strecke zu Fuss hinter sich gebracht hatte. Wäre er derart betrunken gewesen, dass er quasi beim Aufstehen gerade wieder hingefallen wäre, wäre er mit Sicherheit in dieser Nacht nicht so weit gekommen. Doch selbst wenn der Geschädigte im relevanten Zeitpunkt effektiv geschwankt hätte, wäre die einzige vernünftige Massnahme seitens des Angeklagten ein Ausweichmanöver gewesen, indem er einfach den Bogen etwas grösser gefahren wäre. Dies wäre ohne weiteres in einem Abstand, der einem allfälligen Schwanken der Person Rechnung getragen hätte, möglich gewesen und hätte eine Lenkbewegung von nur ganz wenigen Graden benötigt. Es wäre daher nicht mit einer Schleudergefahr verbunden gewesen, einen genügenden, unkritischen Abstand zu der am Strassenrand gehenden Person herzustellen. Der Kollisionspunkt (Bereich rechte Frontlampe des Fahrzeuges/linker Unterschenkel des Opfers) weist im Übrigen darauf hin, dass nur wenig gefehlt hat und der Geschädigte wäre gar nicht angefahren worden.

Sodann liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sonst noch ein Hindernis im Wege gewesen wäre. Der Angeklagte hätte ohne weiteres sogar auf die andere Fahrbahn ausweichen können. Dort befand sich nicht die Gegenfahrbahn, da die Strasse an dieser Stelle zweispurig verläuft. Irgendwelchen behindernden Verkehr, der ein Ausweichmanöver ausgeschlossen hätte, gab es nicht und wurde auch nicht behauptet. Das Hindernis - das Opfer - war auch nicht so grossräumig, dass es nur mit einer scharfen Bewegung hätte umfahren werden können, so dass ein vernünftiger und nüchterner Lenker bzw. eine ebensolche Lenkerin gar nicht auf die Idee gekommen wäre, eine solches Manöver vorzunehmen. Ein Ausweichmanöver wäre überdies angesichts der feuchten Strasse mit am wenigsten eigenen Gefahren verbunden und auch von daher das naheliegendste gewesen.

Durch die mangelnde Aufmerksamkeit, teilweise wohl bedingt durch die Angetrunkenheit, hat der Angeklagte den Geschädigten nicht wahrgenommen und das Mögliche und Zumutbare - nämlich ein Ausweichmanöver, wodurch der sonst voraussehbare Tötungserfolg vermieden worden wäre - nicht vorgenommen.

e) Der Angeklagte ist daher schuldig zu sprechen:

- des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG
- der fahrlässigen Tötung im Sinne von Art. 117 StGB.

Die Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG (mangelnde Aufmerksamkeit) wird durch den Tötungstatbestand konsumiert, weshalb ein diesbezüglicher Schuldspruch entfällt.

IV.

1. a) Hat jemand durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen. Er kann jedoch das höchste Mass der ange-

drohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist er an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 68 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

Fahrlässige Tötung im Sinne von Art. 117 StGB sowie Fahren in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 SVG werden mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wobei der Richter auch auf Haft erkennen kann (Art. 39 Ziff. 1 Abs. 2 StGB). Dementsprechend liegt im vorliegenden Fall der Strafrahmen zwischen Busse und Gefängnis von drei Jahren.

b) Strafschärfend ist das Zusammentreffen von strafbaren Handlungen zu berücksichtigen. Der Richter hat daher die für das schwerste Delikte festgelegte Mindeststrafe jedenfalls zu überschreiten (BGE 103 IV 226).

c) Strafmilderungsgründe liegen keine vor.

2. a) Innerhalb dieses Rahmens ist die Strafe nach dem Verschulden zu bemessen, wobei das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse und die Beweggründe des Täters zu berücksichtigen sind (Art. 63 StGB). Grundlage für die Bemessung der Schuld ist die Schwere der Tat; ausgehend von ihrem objektiven Erscheinungsbild erfolgt sodann eine Bemessung des Tatverschuldens nach der Beziehung des Täters zur Tat; anschliessend wird dieses Verschulden durch Berücksichtigung der Motive, des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse im Hinblick auf die Persönlichkeit des Schuldigen präzisiert und individualisiert. Bei der objektiven Tatschwere - auch bei Fahrlässigkeit - ist zunächst der Erfolg zu berücksichtigen (Trechsel, Kurzkomentar StGB, 2. Aufl., N10, 12 zu Art. 63).

b) Die objektive Tatschwere ist erheblich, hat doch durch das Verhalten des Angeklagten ein Mensch sein Leben verloren. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass das Verschulden des Angeklagten hinsichtlich des Fahrens in angetrunkenem Zustand nicht mehr leicht wiegt, wenngleich der Alkoholisierungsgrad im Zeitpunkt des Unfalls mit 0,87 Gewichtspromille nicht allzu hoch ist. Es fällt aber ins Gewicht, dass der Angeklagte nach dem Konsum einer halben Flasche Rotwein zusätzlich noch einen Grappa bestellte, ohne sich Gedanken über seine Fahrtauglichkeit zu machen. Zu Beginn der Fahrt betrug seine Blutalkoholkon-

zentration denn auch mindestens 1,09 Gewichtspromille. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung räumte er sogar unumwunden ein, dass er sich nach dem Essen keinerlei Gedanken hinsichtlich seiner Fahrfähigkeit gemacht habe (Prot. II S. 6 f.). Zu beachten ist auch, dass der Angeklagte eine lange Fahrstrecke vor sich hatte, dass es regnerisch und dunkel war, was besondere Anforderungen an die Aufmerksamkeit stellt. Genau an dieser Aufmerksamkeit fehlte es in der Folge, so dass er den Fussgänger auf der Autostrasse gar nicht bemerkte. An der Kollision trifft ihn daher ein erhebliches Verschulden, welches lediglich durch die weiteren Umstände - regennasse Strasse, sich verkehrswidrig verhaltendes Opfer schlecht erkennbar [schwarze Haare, schwarze Kleidung] - relativiert wird.

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten ist zu erwähnen, dass er italienischer Staatsangehöriger ist, aber in der Schweiz bei seinen Eltern zusammen mit einem Bruder und einer Schwester aufgewachsen ist und die Niederlassungsbewilligung C besitzt. Nach dem Besuch der Primar- und Realschule sowie der Werkschule während eines Jahres hat er eine Anlehre als Maler gemacht und seither als solcher gearbeitet, mit einem kurzem Unterbruch zufolge Arbeitslosigkeit (Urk. 12/5). Der Angeklagte verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 4'200.-- und seine Wohnungskosten betragen Fr. 1'400.-- pro Monat. Seine Schulden belaufen sich aktuell auf Fr. 5'000.--. Momentan ist er aufgrund einer Knieverletzung arbeitsunfähig (Prot. II S. 3 f.). Die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten beeinflussen die auszufällende Strafe weder nach oben noch nach unten.

Strafmindernd sind sein Teilgeständnis hinsichtlich des Fahrens in ange-trunkenem Zustand, seine Vorstrafenlosigkeit, sein tadelloses Vorleben und sein guter Leumund zu berücksichtigen. Ebenfalls strafmindernd ist seine Betroffenheit zu werten, denn der Umstand, den Tod eines andern Menschen verursacht zu haben, belastet ihn offensichtlich erheblich (Prot. II S. 4 f.).

In Würdigung aller Umstände und der massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Strafe von 6 Monaten Gefängnis als angemessen.

V.

Die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sind in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB).

Der Angeklagte ist Ersttäter und wird heute zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten verurteilt. Es ist zudem davon auszugehen, dass der Angeklagte durch das vorliegende Verfahren genügend beeindruckt ist, um sich auch durch eine blosser Warnstrafe inskünftig von der Begehung weiterer Delikte abhalten zu lassen.

Der Vollzug der Strafe ist daher aufzuschieben und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen.

VI.

1. Der Geschädigtenvertreter beantragte festzustellen, dass der Angeklagte den Opfern für die Folgen des Vorfalles vom 11. Mai 2003 mit einer Quote von 90 % hafte (Urk. 21 B; Prot. II S 13).

2. Die Witwe des Getöteten ist Opfer im Sinne von Art. 2 OHG, weshalb Art. 9 OHG zur Anwendung gelangt. Gemäss Art. 9 Abs. 1 OHG entscheidet das Strafgericht auch über die Zivilansprüche des Opfers, solange der Täter nicht freigesprochen oder das Verfahren nicht eingestellt ist. Das Gericht kann vorerst nur im Strafpunkt urteilen und die Zivilansprüche später behandeln (Art. 9 Abs. 2 OHG). Würde die vollständige Beurteilung der Zivilansprüche einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern, so kann das Strafgericht die Ansprüche nur dem Grundsatz nach entscheiden und das Opfer im Übrigen an das Zivilgericht verweisen. Ansprüche von geringer Höhe beurteilt es jedoch nach Möglichkeit vollständig (Art. 9 Abs. 3 OHG).

3. Im vorliegenden Fall würde die vollständige Beurteilung der Zivilansprüche einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern, der Geschädigtenvertreter beantragte denn auch nur die Feststellung der Haftungsquote.

Der Geschädigtenvertreter stellte sich auf den Standpunkt, dass das Verschulden des Angeklagten dasjenige des Getöteten überwiege. Jenem werde mangelnde Aufmerksamkeit und Fahren in angetrunkenem Zustand vorgeworfen, was beides unfallkausal gewesen sei. Demgegenüber hätte sich der Getötete nicht auf die Autostrasse begeben dürfen. Der Umstand, dass er selber alkoholisiert war, könne im nicht angelastet werden, da er damit als Fussgänger keine Verkehrsregel übertreten habe und ihm auch kein Schwanken oder Torkeln nachgewiesen worden sei (Urk. 21 B; Prot. II S 13).

Im vorliegenden Fall hat ein Verschulden des Geschädigten beim Unfall mitgewirkt, so dass der Richter die Ersatzpflicht unter Würdigung aller Umstände bestimmt (Art. 59 Abs. 2 SVG). Ausgangspunkt ist die von vornherein und voll gegebene Haftung des Motorfahrzeuglenkers, wobei das Selbstverschulden des Geschädigten ein Herabsetzungsgrund darstellt. Es sind somit das beidseitige Verschulden und die Betriebsgefahr zu berücksichtigen. Hinsichtlich des Verschuldens des Angeklagten kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden. Das Selbstverschulden des Geschädigten, der sich nachts krass verkehrswidrig betrunken auf einer Autostrasse zu Fuss auf der rechten Strassenseite in dunkler Kleidung am Strassenrand fortbewegte, ist beträchtlich. Dieses Verhalten wiegt schwerer als die Unaufmerksamkeit des Angeklagten und der leichte Alkoholisierungsgrad. Dazu kommt indessen noch die Betriebsgefahr des vom Angeklagten geführten Autos, weshalb gesamthaft eine Haftungsquote von $\frac{3}{4}$ zulasten des Angeklagten angemessen ist (vgl. dazu Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd I, 6. Aufl., Bern 2002, S. 316-320).

Es ist somit festzustellen, dass der Angeklagte aus dem Unfallereignis vom 11. Mai 2003 in Egg/ZH der Ehefrau des Opfers, J. M.-N., dem Grundsatz nach im Umfang von $\frac{3}{4}$ haftbar ist.

VII.

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 5) zu bestätigen, und die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens sind dem Angeklagten aufzuerlegen (§ 188 StPO, § 396a StPO).

Der Angeklagte ist zudem zu verpflichten, der Geschädigten eine Prozessschädigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren von Fr. 3'500.– zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Der Angeklagte ist schuldig:
 - des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG
 - der fahrlässigen Tötung im Sinne von Art. 117 StGB.
11. Der Angeklagte wird mit 6 Monaten Gefängnis bestraft.
12. Der Vollzug der Strafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
13. Es wird festgestellt, dass der Angeklagte aus dem Unfallereignis vom 11. Mai 2003 in Egg/ZH der Ehefrau des Opfers, J. M.-N., dem Grundsatz nach im Umfang von $\frac{3}{4}$ haftbar ist.
14. Die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 5) wird bestätigt.

15. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	2'000.--	; die weiteren Kosten betragen:	
Fr.	150.--	Vorladungsgebühren	
Fr.	556.--	Schreibgebühren	
Fr.	114.--	Zustellgebühren	
Fr.	6.--	Telefon	
Fr.	12.--	Fotokopien	21.2.2005/mbü

16. Die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Angeklagten auferlegt.

17. Der Angeklagte wird verpflichtet, der Geschädigten eine Prozessentschädigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren von Fr. 3'500.– zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.

18. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- den Angeklagten
- den Geschädigtenvertreter
- die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- den Angeklagten
- den Geschädigtenvertreter
- die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich
- die Vorinstanz
- das kantonale Strassenverkehrsamt, Abteilung Administrativmassnahmen
- das kantonale Migrationsamt
- die Koordinationsstelle vostra mit Formular A

19. Rechtsmittel:

a) Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 428 ff. der zürcherischen Strafprozessordnung (StPO): Gegen diesen Entscheid kann innert **10 Tagen**, von der Eröffnung des Entscheiddispositivs oder von der Entdeckung eines Mangels an gerechnet, beim Vorsitzenden des entscheidenden Gerichts mündlich oder schriftlich Nichtigkeitsbeschwerde zuhanden des Kassationsgerichts des Kantons Zürich angemeldet werden.

Die Frist zur Begründung der Beschwerde wird nach ihrer Anmeldung angesetzt (vgl. die beiliegende Verfügung des Vorsitzenden vom 13. Dezember 2004).

b) Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde: Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, beim Kassationshof des Bundesgerichts Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich im Doppel und in der in Art. 273 der Bundesstrafprozessordnung (BStP) vorgeschriebenen Weise einzureichen. Die Beschwerde kann nur damit begründet werden, dass der angefochtene Entscheid eidgenössisches Recht verletze. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den Vorschriften in Art. 268 ff. BStP.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

lic. iur. Hodel

lic. iur. Walaulta