

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200289-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. M. Langmeier, Präsident, Oberrichterin lic. iur.
I. Erb und Oberrichter lic. iur. C. Maira sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Kümin Grell

Urteil vom 12. Oktober 2020

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. J. Burkhalter,

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend **Fahren in fahrunfähigem Zustand**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,

10. Abteilung - Einzelgericht, vom 7. Mai 2020 (GG200026)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 30. Januar 2020 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 31 S. 23 f.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand i.S.v. Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 VRV und Art. 2 lit. a Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 36 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie einer Busse von Fr. 270.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 9 Tagen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'300.– Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 32.– Auslagen Staatsanwaltschaft (Fotokopierspesen)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. (Mitteilungen)
8. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 5)

a) Des Beschuldigten:

(Urk. 42, Urk. 56, sinngemäss)

Der Beschuldigte sei freizusprechen und das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 57)

1. Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs (Urteilsdispositiv Ziffer 1)
2. Bestrafung des Beschuldigten A._____ mit einer Geldstrafe von 48 Tagessätzen zu CHF 30.00 sowie einer Busse von CHF 360.00 (Urteilsdispositiv Ziffer 2)
3. Bestätigung der Gewährung des bedingten Vollzugs der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (Urteilsdispositiv Ziffer 3)
4. Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Tagen bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse (Urteilsdispositiv Ziffer 4)
5. Im Übrigen Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils
6. Unter Kostenfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens zulasten des Beschuldigten A._____

Erwägungen:

I. Ausgangslage

Am 5. Oktober 2018 wurden beim Beschuldigten gegen 00.15 Uhr anlässlich einer Verkehrskontrolle in Zürich vier Atemalkoholkonzentrationstests mit dem Atemalkohol-Testgerät an der B._____ -Strasse und ein Atemalkoholkonzentrationstest mit dem Atemalkohol-Messgerät auf dem Polizeiposten am Bahnhofquai

vorgenommen. Der Ablauf der Kontrolle wurde in einem Polizeirapport vom 8. Oktober 2018 sowie in einem Protokoll der Alkoholkontrolle (FinZ-Set) festgehalten. Das FinZ-Set gibt als Testwert für die Atemalkoholprobe mit dem Messgerät 0.64 mg/l wieder (Urk. 2).

II. Verfahrensgang und Umfang der Berufung und Anschlussberufung

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 31 S. 3 f.).

2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 7. Mai 2020 wurde der Beschuldigte im Sinne des eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositivs schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 36 Tagessätzen zu Fr. 30.-- sowie einer Busse von Fr. 270.-- bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte Berufung an (Urk. 27). Die Zustellung des begründeten Entscheides an den Beschuldigten erfolgte am 25. Juni 2020 (Urk. 30/2). Nachdem der Beschuldigte mit Eingabe vom 10. Juli 2020 eine Fristerstreckung für die Einreichung der Berufungsbegründung beantragt hatte, wurde ihm unter Hinweis auf Art. 399 Abs. 3 StPO und Art. 92 StPO mitgeteilt, dass es sich bei der 20-tägigen Frist um eine gesetzliche Frist handelt, welche nicht erstreckbar ist (Urk. 40). Am 15. Juli 2020 reichte der Beschuldigte innert Frist die Berufungserklärung (unter dem Titel "Beschwerde") ein (Urk. 42). Mit Präsidialverfügung vom 17. Juli 2020 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder begründet Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 45). Die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl erhob am 24. Juli 2020 Anschlussberufung (Urk. 47).

3. An der Berufungsverhandlung vom 12. Oktober 2020, zu welcher der Beschuldigte sowie Staatsanwalt lic. iur. J. Burkhalter erschienen sind, waren keine Vorfragen zu entscheiden und wurden – ausser der Einvernahme des Beschuldigten – keine Beweise abgenommen (Prot. II S. 6 f.).

4. Der Beschuldigte beantragt mit seiner Berufung sinngemäss einen Freispruch und ficht somit das Urteil als Ganzes an (Urk. 42, Urk. 56). Damit ist keine Dispositivziffer des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen. Die Staatsanwaltschaft beschränkt ihre Anschlussberufung auf die Bemessung der Strafe und verlangt, der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 48 Tagessätzen zu Fr. 30.- - sowie einer Busse von Fr. 360.-- zu bestrafen (Urk. 47, Urk. 57).

5. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_46/2018 vom 14. Februar 2018 E. 4 mit Hinweisen). Das Berufungsgericht kann sich somit auf die für seinen Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.

III. Prozessuales

1. Verwertbarkeit des FinZ-Sets

1.1. Mit zutreffenden Erwägungen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das FinZ-Set vom 5. Oktober 2018 verwertbar ist. Sie setzte sich mit den Einwendungen des Beschuldigten auseinander und verwarf die Einwände mit zutreffender Begründung, worauf vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 31 S. 4 ff., Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich einzig als Hervorhebungen:

1.2. Der Beschuldigte machte in der Untersuchung und vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren geltend, das anlässlich der Verkehrskontrolle ausgefüllte Rapportformular "FinZ-Set" sei unverwertbar, weil er vor der Messung seines Atemalkoholwertes mittels Test- und Messgerät nicht auf seine Rechte hingewiesen worden sei. Er sei nicht von Anfang an darüber aufgeklärt worden, dass er die Aussage, Durchführung der Atemalkoholtests oder Unterschrift nach erfolgter Befragung verweigern könne. Die Atemalkoholmessungen und seine Angaben seien daher nicht verwertbar (Prot. I S. 7, 12 f., 16 und 21 f., Urk. 55 S. 7 ff., Urk. 56).

1.3. Gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO sind Beweise, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, nicht verwertbar, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Demgegenüber sind Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO).

1.4. Zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs haben die Strafbehörden rechtsunkundige Parteien auf ihre Rechte aufmerksam zu machen (Art. 107 Abs. 2 StPO). Mithin hat die beschuldigte Person das Recht, ihre Aussage und Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern, um sich nicht selbst zu belasten (Art. 113 Abs. 1 StPO). Hierauf ist sie von der Polizei oder Staatsanwaltschaft bereits zu Beginn der ersten Einvernahme hinzuweisen (Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO). Dies ist vorliegend geschehen (Urk. 2 S. 3). Eine erste Anhaltung durch die Polizei ist noch kein strafprozessualer Akt, weshalb diese noch nicht unter die entsprechende Vorschrift fällt.

1.5. Zu Recht wies die Vorinstanz darauf hin, dass – entgegen dem Strafverfahren nach StPO – im Strassenverkehrsrecht grundsätzlich eine Mitwirkungspflicht gelte, worauf die betroffene Person durch die Polizei hinzuweisen sei. Die betroffene Person muss laut Verordnung über die Kontrolle des Strassenverkehrs (Strassenverkehrskontrollverordnung) vom 28. März 2007 (SKV; SR 741.013) darauf hingewiesen werden, dass die Weigerung, an der Durchführung eines Vortests (vor Ort) oder der Atemalkoholprobe (auf der Polizeiwache) mitzuwirken, die Anordnung einer Blutprobe zur Folge hat (Art. 13 Abs. 1 lit. a SKV). Gemäss neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Pflicht vom Verhalten der betroffenen Person abhängig, und es bedarf erst nach einer geäusserten Verweigerungsabsicht der betroffenen Person eine entsprechende Belehrung. Der Hinweis von Art. 13 Abs. 1 lit. a SKV bezieht sich nicht darauf, dass sich die betroffene Person weigern kann, an der Durchführung der Atemalkoholprobe mitzuwirken, sondern allein auf die Belehrung über die Konsequenzen, welche eine solche Weigerung nach sich zieht. Bei kooperativem Verhalten erübrigt sich demnach eine Belehrung (Urteil des Bundesgerichts 6B_1007/2018 vom 14. November 2019 E. 1.4.2 f.).

1.6. Entgegen der Auffassung des Beschuldigten musste er deshalb nicht proaktiv darüber aufgeklärt werden, dass er die Atemalkoholproben verweigern könne. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, zeigte sich der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen während der Kontrolle stets anständig und freundlich (Urk. 5 S. 2; Urk. 10/3 S. 2; Prot. I S. 18 f. und 23), weshalb von einem kooperativen Verhalten ausgegangen werden konnte. Er führte in der Untersuchung selber aus, dass er über die Rechtsfolgen einer Weigerung auf entsprechende Nachfrage hin aufgeklärt worden sei (Urk. 6 S. 9). Eine Verletzung von Art. 13 Abs. 1 lit. a SKV ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zu verneinen. Im Übrigen handelt es sich bei Art. 13 SKV lediglich um eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht die Unverwertbarkeit des FinZ-Sets zur Folge hätte.

1.7. Betreffend den Hinweis des Beschuldigten auf die Verweigerung der Unterschrift im Anschluss an die polizeiliche Befragung kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte rechtskundig ist (vgl. Urk. 6 S. 14; Prot. I S. 7 f. und 19). Beim FinZ-Set handelt es sich um eine Kombination aus polizeilichem Rapport und polizeilicher Einvernahme. Darin wurde er auf Art. 158 StPO und auf sein Mitwirkungsverweigerungsrecht aufmerksam gemacht (Urk. 2 S. 3). Das FinZ-Set wurde dem Beschuldigten vorgelegt und er hat auf jeder Seite, die einem Einvernahmeprotokoll entspricht, sein Visum angebracht (vgl. insbesondere Rechtsbelehrung auf dem Rapport unter Urk. 2 Ziff. 6, S. 3, 4, 6 -8 und Unterschrift des Beschuldigten auf den gleichen Seiten). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass beim vorliegenden FinZ-Set sämtliche Gültigkeitsvorschriften eingehalten wurden, weshalb es samt Atemalkoholmessungen und den weiteren Angaben des Beschuldigten verwertet werden durfte und darf (Urk. 2).

2. Beweisanträge

Anlässlich der Berufungsverhandlung wiederholte der Beschuldigte seine Beweisanträge, es seien die durch die rapportierende Polizistin angeblich angefertigten Bilder der vier durch das Atemluftalkoholtestgerät ermittelten Messresultate und die Kalibrierungsergebnisse zum Referenzmessgerät ähnlich des eingereichten Werkskalibrierzeugnisses einzuholen und in die Akten aufzunehmen (Prot. I S. 13 f. und 17, Prot. II S. 7). Zudem seien die neben der Polizeibeamtin

C._____ ebenfalls anwesenden Polizeibeamten einzuvernehmen zur Frage, ob eine dritte, offenbar betrunkene Person anwesend gewesen sei (Prot. II S. 7).

Wie zu zeigen sein wird, kann darauf verzichtet werden, den Beweisanträgen des Beschuldigten auf Einholung weiterer Beweismittel stattzugeben (vgl. unter Ziff. IV).

IV. Sachverhalt

1. Der eingeklagte Sachverhalt ergibt sich aus der Anklageschrift vom 30. Januar 2020 (Urk. 14 S. 3). Auf diese Darstellung kann verwiesen werden.

2. Wie bereits zuvor erwähnt, bestreitet der Beschuldigte nicht, dass er am 5. Oktober 2018 von der Polizei als Lenker eines Fahrzeuges angehalten und einer Atemalkoholmessung unterzogen wurde. Ebenfalls anerkennt er, im Tatzeitpunkt alkoholisiert gefahren zu sein (Prot. I S. 11). Er bestreitet jedoch die Richtigkeit des FinZ-Sets und macht eine Verwechslung geltend (vgl. Urk. 56).

3. Vorab ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den allgemeinen Beweiswürdigungsregeln zu verweisen (Urk. 31 S. 9). Erneut ist festzuhalten, dass das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung würdigt (Art. 10 Abs. 2 StPO).

Die Vorinstanz hat die massgeblichen Beweismittel, insbesondere die Aussagen des Beschuldigten (Urk. 2, Urk. 6 und Prot. I S. 11 - 23), das FinZ-Set (Urk. 2), die Zeugenaussage der Polizeibeamtin (Urk. 7) und die Eichzertifikate des verwendeten Atemalkoholtest- und Atemalkoholmessgerätes, ausführlich zusammengefasst und zutreffend gewürdigt. Darauf kann in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO verwiesen werden (Urk. 31 S. 7 - 13).

Die Vorinstanz kam nach einer sorgfältigen Würdigung der im Vorverfahren und anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erhobenen Beweismittel zum Schluss, dass der Anklagesachverhalt erstellt sei. Sie hat sich mit den Einwendungen des Beschuldigten auseinandergesetzt und diese korrekt widerlegt. Was der Beschuldigte gegen das vorinstanzliche Urteil, welches zum Sachverhalt im

Ergebnis zutreffend und daher nicht zu beanstanden ist, vorbringt, überzeugt nicht einmal ansatzweise. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann diesbezüglich vorab auf die in allen Teilen zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 31 S. 6 - 16, Art. 82 Abs. 4 StPO).

4. Feststellung der Fahruntfähigkeit

4.1. Das Verfahren zur Feststellung der Fahruntfähigkeit wird teilweise in Art. 55 SVG und zudem in weiteren Ausführungsverordnungen geregelt. Die Polizei ist nach Art. 55 Abs. 1 SVG befugt, u.a. Fahrzeugführer einer Atemalkoholprobe zu unterziehen. Die Verwendung der Messgeräte richtet sich dabei nach der Verordnung über die Kontrolle des Strassenverkehrs (SKV). Die Messung kann mit einem Atemalkoholtestgerät oder mit einem Atemalkoholmessgerät durchgeführt werden (Art. 10a SKV). Die Durchführung der Atemalkoholprobe mit einem Testgerät richtet sich nach Art. 11 SKV, der vorsieht, dass zwei Messungen erfolgen müssen, die nicht mehr als 0,05 mg/l voneinander abweichen dürfen, andernfalls zwingend eine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät durchzuführen oder eine Blutprobe anzuordnen ist (Art. 11 Abs. 2 SKV). Liegt der mit einem Testgerät ermittelte massgebliche Wert über 0,25 mg/l, aber unter 0,40 mg/l, kann er unterschriftlich anerkannt werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a SKV).

4.2. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Beschuldigte die gemessenen Werte allenfalls gültig anerkannt hat. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob es sich beim Messwert von 0.64 mg/l im FinZ-Set – wie vom Beschuldigten behauptet – um eine Verwechslung der Messwerte handeln könnte.

4.3. Gemäss FinZ-Set gab der Beschuldigte im Zuge der Polizeikontrolle vom 5. Oktober 2020, um 00.15 Uhr an, am Tag zuvor zwischen 16.00 Uhr und 23.50 Uhr 0.5 l Bier, ein Herrgöttli und 2.25 dl Wein getrunken zu haben (Urk. 2 S. 3). Zur Atemalkoholkontrolle selbst ist dem Protokoll zu entnehmen, dass diese zuerst mit einem Atemalkoholtestgerät durchgeführt worden sei und gemäss Ziff. 10.1. bei der ersten Messserie eine Atemalkoholkonzentration von 0.48 mg/l und 0.55 mg/l sowie bei der zweiten Messserie eine Atemalkoholkonzentration von 0.49 mg/l und 0.52 mg/l ergeben habe. Da eine Anerkennung eines Wertes von

über 0.40 mg/l nicht möglich ist, wurde eine Messung mit dem Messgerät auf dem Polizeiposten durchgeführt, welche einen Wert von 0.64 mg/l ergab (Urk. 2 Ziff. 10.2, S. 4). Alle Messwerte wurden durch den Beschuldigten mittels Unterschrift gültig anerkannt (Urk. 2 S. 4 und 6). Wie bereits vorstehend ausgeführt (vgl. III. 1.), ist das FinZ-Set vom 5. Oktober 2020 verwertbar.

4.4. Wie erwähnt anerkannte der Beschuldigte anlässlich der Verkehrskontrolle vor Ort, in der Nacht vom 5. Oktober 2018 mit einem Messwert der Alkoholprobe von 0.64 mg/l einen Personenwagen geführt zu haben (Urk. 2 S. 4 und 6). Erst in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 26. Februar 2019 bestritt der Beschuldigte die bei ihm gemessenen Atemalkoholwerte und stellte sich auf den Standpunkt, dass das Messgerät nicht funktioniert haben könnte. Zutreffenderweise führte bereits die Vorinstanz aus, dass sowohl das verwendete Atemalkoholtest- als auch das Atemalkoholmessgerät (Alcotest 6820 bzw. Alcotest 9510 CH) rechtmässig per 17. Januar 2018 bzw. 26. Juli 2018 geeicht wurden und damit die gesetzlichen Anforderungen erfüllt haben. Die Eichungen waren bis zum 31. Januar 2019 bzw. 31. Juli 2019 und somit im Tatzeitpunkt am 5. Oktober 2018 gültig (Urk. 9/1 f.). Auch die fallprotokollierende Polizistin C._____ hielt als Zeugin fest, dass das Atemalkoholtest- und das Atemalkoholmessgerät regelmässig gewartet werden würden und im Zeitpunkt der vorliegenden Messungen keine Beschädigungen an den Geräten festzustellen gewesen seien (Urk. 7 S. 7). Für weitere Abklärungen im Sinne des Beweisantrags des Beschuldigten besteht kein Anlass, zumal keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, dass die Geräte hätten defekt sein können. Entsprechend muss nicht erhoben werden, ob bei der Kalibrierung eine bestimmte Abweichung zu einem allfälligen Referenzgerät bestanden hat. Die anderslautenden Behauptungen des Beschuldigten vermögen daran nichts zu ändern.

4.5. In ihrer Anschlussberufung machte die Staatsanwaltschaft geltend, die Vorinstanz sei bei der objektiven Sachverhaltserstellung fälschlicherweise davon ausgegangen, dass bei der Durchführung von Messungen mit dem Atemalkoholtestgerät und mit dem Atemalkoholmessgerät zugunsten des Beschuldigten immer vom tiefsten Wert auszugehen sei, egal ob dieser bei der Messung mit dem

Test- oder Messgerät resultiere. Zur Begründung führte die Staatsanwaltschaft aus, erfolge eine Messung mit dem Atemalkoholmessgerät und habe die beschuldigte Person auf eine Blutprobe verzichtet, sei immer vom Wert des Messgerätes auszugehen, weil lediglich diese Messung unter kontrollierten Probenahmebedingungen und in redundanter Art erfolge. Da die Messung mit dem Testgerät hier nicht massgebend sei, hätte die Vorinstanz richtigerweise von einem Atemalkoholwert von 0.64 mg/l und nicht von einem solchen von 0.49 mg/l ausgehen müssen (Urk. 47 S. 2).

Weder das SVG noch die Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV; SR 741.013) geben ausdrücklich an, auf welchen Wert abzustellen ist, wenn die Atemalkoholkonzentration anlässlich einer Verkehrskontrolle sowohl mit einem Testgerät im Sinne von Art. 11 SKV als auch mit einem Messgerät im Sinne von Art. 11a SKV vorgenommen wird und diese Werte voneinander abweichen. Art. 12 Abs. 1 lit. a SKV hält zur Blutprobe indes fest, dass eine solche zum Nachweis von Alkohol anzuordnen ist, wenn das Resultat einer Atemalkoholprobe mit einem Testgerät entweder über den Werten liegt, die unterschrittlich anerkannt werden können, und keine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät durchgeführt werden kann (Ziff. 1), oder zwar unterschrittlich anerkannt werden könnten, dies von der betroffenen Person jedoch abgelehnt wird und keine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät durchgeführt werden kann (Ziff. 2). Vom Verordnungsgeber war somit mindestens sinngemäss vorgesehen, dass entweder eine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät oder, wenn dies nicht möglich ist, eine Blutalkoholprobe für die Feststellung der Fahruntfähigkeit vorgenommen werden muss und bei fehlender oder nicht möglicher Anerkennung nicht allein auf den Testwert abgestellt werden darf. Dies steht im Einklang mit der Botschaft zur Gesetzesänderung des SVG, gemäss welcher im Zeitpunkt der damaligen Revision, in welchem der Einsatz von Messgeräten noch nicht gesetzlich vorgesehen war, «nur das Ergebnis einer Blutanalyse als gerichtsverwertbarer Nachweis für die Angetrunkenheit» genügte (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu Via sicura vom 20. Oktober 2010 [Botschaft «Via sicura»], BBl 2010 8447, 8477). Entsprechend kann für die strafrechtliche Beurteilung einer Alkoholkonzentration in der Atemluft, sofern eine Anerkennung von Testwerten ausgeschlos-

sen ist oder abgelehnt wird, lediglich der Wert ausschlaggebend sein, welcher durch die «beweissichere Atemprobe» (Botschaft «Via sicura», 8477 f.) mittels eines Messgeräts ermittelt wurde.

Vorliegend betrug die tiefere – und damit massgebliche (vgl. Art. 11 Abs. 3 Satz 1 SKV) – Atemalkoholkonzentration des Beschuldigten in der zweiten Testserie mit einem Testgerät 0.48 mg/l. Folglich konnte er diesen Wert gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a SKV nicht anerkennen und es war somit zwingend eine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät vorzunehmen, was auch erfolgte. Hierbei wurde beim Beschuldigten eine Atemalkoholkonzentration von 0.64 mg/l gemessen. Auf diesen Wert ist im Lichte des Gesagten folglich auch für die Beurteilung der ihm vorgeworfenen Tat abzustellen, zumal der Beschuldigte auch ausdrücklich auf eine Blutalkoholprobe verzichtete (vgl. dazu Urk. 2 S. 4). Insofern ist der Staatsanwaltschaft diesbezüglich beizupflichten. Mit der Staatsanwaltschaft ist angesichts der Toleranzgrenze bei Messgeräten von 7.5 % (Ziff. 4 Anhang 3 der Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel [AAMV]) zugunsten des Beschuldigten von einem Atemalkoholwert von 0.592 mg/l auszugehen (Urk. 57 S. 2).

5. Verwechslung der Messwerte

Die fallrapportierende Polizistin hat sodann die Vorgänge bei der Kontrolle und der Vornahme der Messungen anschaulich und schlüssig geschildert, wie dies die Vorinstanz zutreffend dargelegt und gewürdigt hat (Urk. 31 S. 12 f.). Es bestehen keine Zweifel daran, dass die Polizistin sorgfältig und zuverlässig gearbeitet und die Messwerte des Beschuldigten korrekt aufgenommen, dokumentiert und ihm zugeordnet hat. Eine Verwechslung der Werte des Beschuldigten mit denjenigen einer anderen, gemäss den Ausführungen des Beschuldigten stark alkoholisierten Person, kann mit höchster Sicherheit ausgeschlossen werden. Erstens war diese offenbar stark alkoholisierte Drittperson bei der schliesslich ausschlaggebenden Messung auf dem Polizeiposten nicht mehr anwesend (Urk. 55 S. 8), zweitens wären bei jener anderen, gemäss Beschuldigtem sturzbetrunkenen und nicht mehr ansprechbaren Person (Urk. 55 S. 8) höhere Werte als die beim Beschuldigten gemessenen 0,64 mg/l zu erwarten gewesen und drittens ist zu beachten, dass die beim Beschuldigten ermittelten fünf Testresultate allesamt im ähnlichen

Bereich liegen. Weitere Beweiserhebungen, wie eine vom Beschuldigten beantragte Befragung der beiden anderen anwesenden Polizeibeamten oder die Edition der von der Polizeibeamtin C._____ erstellten Fotos der durch das Atemluftalkoholtestgerät ermittelten Messresultate inklusive Zeitangaben, erübrigen sich damit. Vom Beschuldigten vorgebrachte, materiell nicht relevante Protokollier- respektive Schreibfehler, welche vom Beschuldigten beim Durchlesen entdeckt und korrigiert wurden, vermögen schliesslich am vorliegend relevanten Messresultat keine Zweifel wecken.

Zusammenfassend ist deshalb erstellt, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt sein Fahrzeug mit einem Alkoholwert von 0.592 mg/l lenkte.

6. Subjektive Sachverhaltserstellung

Sowohl in der Untersuchung als auch vor Vorinstanz stellte sich der Beschuldigte auf den Standpunkt, trotz Alkoholeinfluss körperlich und geistig leistungsfähig und somit nicht fahruntüchtig gewesen zu sein. Damit bestritt er den subjektiven Tatbestand des Fahrens in (qualifiziert) fahruntüchtigem Zustand. Die Vorinstanz hat sich mit seinen diesbezüglichen Einwendungen auseinandergesetzt und kam mit ausführlicher Begründung zum Schluss, dass vorliegend von einem eventualvorsätzlichen Verhalten des Beschuldigten im Zusammenhang mit dem Fahren in fahruntüchtigem Zustand auszugehen sei. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, ist auf die in allen Teilen zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid zu verweisen (Urk. 31 S. 13 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Namentlich ist angesichts des gemessenen Atemalkoholwerts von 0,64 mg/l notorischerweise nicht möglich, dass der Beschuldigte lediglich die Menge Alkohol zu sich genommen hat, wie er es behauptet. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er (deutlich) mehr getrunken hat. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist auch der subjektive Sachverhalt in Bezug auf einen Eventualvorsatz erstellt.

V. Rechtliche Würdigung

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten des qualifizierten Fahrens in fahruntüchtigem Zustand unter Alkoholeinwirkung im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in

Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG sowie Art. 2 Abs. 1 VRV und Art. 2 lit. a der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr schuldig. Ihre diesbezüglichen Erwägungen sind in allen Teilen zutreffend und bedürfen keiner Ergänzungen, zumal die rechtliche Würdigung anlässlich der Berufungsverhandlung wie schon vor Vorinstanz nicht in Frage gestellt wurde (Urk. 31 S. 16). Der Beschuldigte ist daher auch zweitinstanzlich des Lenkens eines Motorfahrzeugs in qualifiziert fahruntfähigem Zustand unter Alkoholeinwirkung im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG sowie Art. 2 Abs. 1 VRV und Art. 2 lit. a der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr schuldig zu sprechen.

VI. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer bedingten Geldstrafe von 36 Tagessätzen zu Fr. 30.-- sowie mit einer Busse von Fr. 270.--. Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Anschlussberufung, der Beschuldigte sei mit einer bedingten Geldstrafe von 48 Tagessätzen zu Fr. 30.-- sowie einer Busse von Fr. 360.-- zu bestrafen (Urk. 47, Urk. 57 S. 1).

2. Die Vorinstanz hat die theoretischen Strafzumessungsregeln korrekt dargetan und den Strafraumen richtig abgesteckt. Auf diese Erwägungen kann vorab zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen verwiesen werden (Urk. 31 S. 17 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3. In objektiver Hinsicht fällt zunächst die beim Beschuldigten festgestellte Atemalkoholkonzentration von mindestens 0.592 mg/l ins Gewicht, welche den Grenzwert für ein Vergehen nach Art. 91 Abs. 2 SVG um knapp die Hälfte übersteigt (vgl. Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung für Alkoholgrenzwerte [SR 741.213]: 0.4 mg/l). Zu konstatieren ist aber, dass keine konkrete Gefährdung weiterer Verkehrsteilnehmer aktenkundig ist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte lediglich eine kurze Strecke von der Rotwandstrasse zur Ottikerstrasse in Zürich zurücklegen wollte. Ebenso ist davon auszugehen, dass zum Tatzeitpunkt keine hohe Verkehrsdichte herrschte. Freilich ist zu beachten, dass im zur Diskussion stehenden Langstrassenquartier bekanntermassen ein

reges Nachtleben stattfindet und die Gegend deshalb – wie vorliegend – an einem Freitag kurz nach Mitternacht noch durchaus bevölkert ist. Auch bei nicht hohem Verkehrsaufkommen wurde durch die Teilnahme des Beschuldigten am Straßenverkehr angesichts seiner Atemalkoholkonzentration von mindestens 0.592 mg/l deshalb eine nicht zu bagatellisierende (abstrakte) Gefahr für die anderen Verkehrsteilnehmenden geschaffen.

Insgesamt wiegt die objektive Tatschwerde innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens indessen noch leicht. Die Einsatzstrafe ist deshalb bei 60 Tagessätzen festzusetzen.

4. In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte in Übereinstimmung mit der Vorinstanz eventualvorsätzlich und somit nicht direktvorsätzlich. Dies vermag die objektive Tatschwere leicht zu relativieren. Es rechtfertigt sich deshalb, die Einsatzstrafe auf 55 Tagessätze zu reduzieren.

5. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (vgl. Urk. 31 S. 19 f.). An der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, im Haus seiner Mutter zu wohnen, wobei diese zwei Drittel der Zeit in ihrem Haus in der Toskana verbringe. Er erhalte von seiner Mutter ca. Fr. 800.-- pro Monat, die Rechnungen für Strom und das Auto bezahle ebenfalls seine Mutter. Er schaue zum Haus und seine Mutter gebe ihm jeweils "einfach Fr. 5'000.– oder so". Ein Erwerbseinkommen habe er letztmals im Ausland erhalten, momentan gehe er keiner geregelten Beschäftigung nach (Urk. 55 S. 2 ff.).

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wirken sich bei der Strafzumessung neutral aus.

6. Zum Nachtatverhalten ist festzuhalten, dass der Beschuldigte lediglich einräumt, seinen Personenwagen unter (leichtem) Einfluss von Alkohol gelenkt zu haben. Die Messresultate seines Atemalkoholwertes anerkannte er jedoch nicht. Es liegt deshalb weder ein vollumfängliches Geständnis noch aufrichtige Reue oder Einsicht vor, welche strafmindernd berücksichtigt werden könnten.

7. Bezüglich der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist festzuhalten, dass er arbeitslos ist und weder über steuerbares Einkommen noch Vermögen verfügt (Urk. 3/4; Urk. 6 S. 12 f.; Urk. 13/3 ff.; Urk. 23, Urk. 55 S. 2 ff.). Wenn die Vorinstanz nun diesbezüglich ausführt, der Beschuldigte sei nicht mit einer mittellosen Person vergleichbar, die nach Abzug der Wohnkosten am Existenzminimum lebe, sondern vielmehr einen finanzstarken Familienhintergrund habe, der ihm Erbvorbezüge und mietfreies Wohnen ermögliche, ist ihr zumindest sinngemäss beizupflichten. Offenbar bezahlt die Mutter des Beschuldigten diesem den Lebensunterhalt. Zudem hat er keine Schulden oder sonstige Verpflichtungen. Mit der Vorinstanz rechtfertigt es sich, die Tagessatzhöhe auf das Regelmindestmass von Fr. 30.– festzusetzen, welches auch für schwache finanzielle Verhältnisse angebracht ist.

8. In Würdigung aller Strafzumessungsgründe ist es dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen, ihn mit einer Geldstrafe von 55 Tagessätzen zu je Fr. 30.– zu bestrafen.

VII. Vollzug

1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs der Geldstrafe zutreffend dargelegt und zu Recht erwogen, dass dem Beschuldigten der bedingte Vollzug der Geldstrafe gewährt werden kann (Urk. 31 S. 21). Der Beschuldigte ist vorstrafenlos und weist einen einwandfreien Leumund auf. In Bestätigung der Vorinstanz ist die Probezeit auf 2 Jahren festzusetzen.

2. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Ausfällung einer Verbindungsbusse ebenfalls korrekt dargelegt, worauf verwiesen werden kann (Urk. 31 S. 21 f.).

3. Da im vorliegenden Fall eine bedingte Geldstrafe von 55 Tagessätzen zu Fr. 30.– (total Fr. 1'650.–) auszusprechen ist und eine Schnittstellenthematik Vergehen/Übertretung vorliegt, ist dem Beschuldigten eine Verbindungsbusse zu auferlegen. Angesichts der vorliegenden finanziellen Verhältnisse rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten eine Busse im Umfang von knapp 20% der Geldstrafe in

der Höhe von Fr. 300.– aufzuerlegen. Aufgrund der auszufällenden Verbindungsbusse in der Höhe von Fr. 300.– ist das bedingte Strafmass somit von 55 auf 45 Tagessätze Geldstrafe à Fr. 30.– zu reduzieren.

4. Gesamthaft ist der Beschuldigte damit mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie einer Busse von Fr. 300.– zu bestrafen.

5. Für den Fall der Nichtbezahlung der Busse ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen festzusetzen. Praxisgemäss ist von einem Umwandlungssatz von einem Tag pro Fr. 100.– auszugehen (ZR 115/2016 Nr. 14).

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens in Bestätigung des vorinstanzlichen Kostendispositivs (Ziff. 5 und 6) dem Beschuldigten vollumfänglich aufzuerlegen, nachdem er schuldig zu sprechen ist (Art. 426 Abs. 1 StPO).

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– anzusetzen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich. Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrer Anschlussberufung nur zu einem kleinen Teil. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Beschuldigten deshalb zu 9/10 aufzuerlegen und zu 1/10 auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4. Soweit der Beschuldigte beantragt, es seien die ihm auferlegten Kosten zulasten der Gerichtskasse abzuschreiben, weil er ohnehin nicht bezahlen könne (Urk. 56, letzte Seite), kommt dies unter Verweis auf seine Lebensumstände nicht in Frage: Wie gesehen, lässt er sich seinen Lebensunterhalt von seiner 83-jährigen Mutter bezahlen, wohnt in deren Haus in D. _____ [Ort] und fährt unter anderem ein auf diese eingelöstes Auto (vgl. Urk. 1 S. 2). Es bestehen sodann Anwartschaften, zumal die Mutter Eigentümerin eines weiteren Hauses in der Toscana ist und der Beschuldigte beim Tod seines Vaters im Oktober 2019 (Urk. 55 S. 4)

auf seinen Erbanteil verzichtet bzw. diesen jedenfalls nicht geltend gemacht oder erhalten hat (Urk. 55 S. 4/5). Ein Erlass auferlegter Verfahrenskosten im Sinne von Art. 425 StPO bereits im Urteil ist aufgrund der definitiven, weitreichenden Wirkung eines solchen Entscheids nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen möglich (vgl. schon zum alten Recht ZR 103 Nr. 46 und aktuell z.B. SB200133, Urteil vom 22. Juni 2020 E. V.2). Von einem solchen Ausnahmefall kann vorliegend keine Rede sein.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Fahrens in fahrunfähigem Zustand i.S.v. Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 VRV und Art. 2 lit. a Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 5 und 6) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu 9/10 auferlegt und zu 1/10 auf die Gerichtskasse genommen.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- den Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

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

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- das Verkehrssicherheitszentrum Obwalden/Nidwalden VSZ.

9. 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
I. Strafkammer

Zürich, 12. Oktober 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Langmeier

lic. iur. S. Kümin Grell