

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU110029-O/U/eh

Mitwirkend: Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, Oberrichterin lic. iur.
L. Chitvanni und Ersatzoberrichterin lic. iur. M. Bertschi sowie
die Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Grieder

Urteil vom 16. November 2011

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Fahren in fahrunfähigem Zustand etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht,
vom 7. Februar 2011 (GG100054)**

Anklageschrift:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft vom 2. August 2010 (Urk. 13) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz vom 7. Februar 2011

(Urk. 39)

"Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Angeklagte ist schuldig
 - des fahrlässigen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV,
 - der fahrlässigen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 68 Abs. 1^{bis} SSV.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 700.–. Die Busse ist zu bezahlen.
3. Bezahlt der Angeklagte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 1'800.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.– Untersuchungskosten
5. Die Kosten, inklusive diejenigen der Untersuchung, werden dem Angeklagten auferlegt."

Berufungsanträge

a) Des Verteidigers des Beschuldigten (Urk. 48, schriftlich):

1. Es sei das Urteil des Einzelrichters in Strafsachen am Bezirksgericht Uster vom 7. Februar 2011, Geschäfts-Nr. GG100054, vollumfänglich aufzuheben und in der Folge

2.1. sei der Angeklagte A._____ von den Vorwürfen des fahrlässigen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand i.S.v. Art. 91 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 31 Abs. 2 SVG sowie Art. 2 Abs. 1 VRV und der fahrlässigen Verletzung der Verkehrsregeln i.S.v. Art. 90 Ziff. 1 SVG i.V.m. Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 68 Abs. 1 bis SSV von Schuld und Strafe frei zu sprechen;

2.2. seien die Kosten der Strafuntersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen und sei A._____ eine angemessene Entschädigung für seine Aufwendungen unter Einschluss seiner Anwaltskosten gemäss zu den Akten gereichter Honorarnote auszurichten;

eventualiter

3. sei die Sache zwecks Abnahme nachfolgend erwähnter bereits vor Vorinstanz beantragter Beweise und nachfolgendem Neuentscheid an die Untersuchungsbehörden, eventualiter die Vorinstanz zurückzuweisen:
-Auswertung sämtlicher Messungen des beim Beschuldigten verwendeten Atemlufttest-Geräts für die Zeit vom 02.11.2009 bis 06.11.2009 in Bezug auf Anzahl und Zeitpunkt sowie Einholung eines Fachgutachtens über die Messgenauigkeit bzw. -ungenauigkeit solcher Atemluftmessungen;
-Durchführung eines Augenscheins an der Kreuzung C._____strasse / D._____strasse, evt. E._____strasse / C._____strasse, evt. E._____str. / C._____strasse, je in F._____;

prozessuales

4.1. es seien die Kosten des vorliegenden Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen und es sei der Beschuldigte für seine Anwaltskosten im vorliegenden Verfahren gemäss nachzureichender Kostennote angemessen zu entschädigen."

b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft I (Urk. 55, schriftlich):

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, unter Kostenaufgabe zulasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Anklageschrift vom 2. August 2010 wurde beim Bezirksgericht Uster, Einzelrichter in Strafsachen, gegen den Beschuldigten das Hauptverfahren eingeleitet. Am 4. Oktober 2010 wurde der Beschuldigte zur Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2010 vorgeladen (Urk. 17). Mit Schreiben vom 20. Oktober 2010 stellte er wegen Ferienplänen ein Gesuch um Verschiebung der Hauptverhandlung (Urk. 20; Urk. 21/1-4), welches mit Verfügung vom 27. Oktober 2010 abgewiesen wurde (Urk. 22). In der Folge stellte sein Verteidiger mit Datum vom 8. November 2010 ein Wiedererwägungsgesuch (Urk. 23, Urk. 24), welches ebenso von der Vorinstanz mit Verfügung vom 17. November 2010 abgewiesen wurde (Urk. 28). Die Hauptverhandlung fand am 14. Dezember 2010, jedoch ohne den unentschuldig abwesenden Beschuldigten (Prot. I S. 5), statt, weshalb die Hauptverhandlung am 7. Februar 2011 mit der Befragung des Beschuldigten fortgesetzt wurde (Prot. I S. 8 ff.). Der zuständige Einzelrichter sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 7. Februar 2011 des fahrlässigen Fahrens in fahrun-

fähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV sowie der fahrlässigen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 68 Abs. 1bis SSV schuldig (Urk. 37 = Urk. 39).

II. Formelles

1. Anwendbares Recht

1.1. Der erste Teil der Hauptverhandlung in vorliegendem Verfahren fand am 14. Dezember 2010 statt und wurde am 7. Februar 2011 fortgesetzt (Prot. I S. 5 ff., Prot. I S. 8 ff.). Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 454 der Schweizerischen Strafprozessordnung werden Rechtsmittel gegen Entscheide, welche nach Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt werden, nach neuem Recht beurteilt. Die vorliegende Berufung ist daher nach der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) zu beurteilen.

2. Kognition

2.1. Gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Im Rahmen einer Berufung überprüft das Obergericht den vorinstanzlichen Entscheid üblicherweise frei bezüglich sämtlicher Tat-, Rechts- und Ermessensfragen (Art. 398 Abs. 3 StPO). Bildeten jedoch ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so schränkt Art. 398 Abs. 4 Satz 1 StPO die Kognition der Berufungsinstanz ein. In diesen Fällen darf das angefochtene Urteil lediglich dahingehend überprüft werden, ob es rechtsfehlerhaft ist, d.h. ob eine Rechtsverletzung durch die Vorinstanz vorliegt, oder ob eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz gegeben ist. Relevant sind dabei klare Versehen bei der Sachverhaltsermittlung, wie namentlich Versehen, Irrtümer oder offensichtliche Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Akten- sowie Beweislage und der Urteilsbegründung. Weiter in Betracht kommen insbesonde-

re Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, in erster Linie von Verfahrensvorschriften der StPO selbst, beruht. Gesamthaft gesehen dürften regelmässig Konstellationen relevant sein, die als willkürliche Sachverhaltserstellung zu qualifizieren sind (vgl. Schmid, StPO - Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 398 N 12 f.; Eugster in Basler Kommentar, StPO, Basel 2011, Art. 398 N 3). Willkür bei der Beweiswürdigung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Gemäss Bundesgericht ist dies erst dann der Fall, wenn nicht nur die Begründung, sondern auch das Resultat unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt nicht (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.4 mit Hinweisen). Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Berufungsinstanz anstelle des Vorderrichters allenfalls anders entschieden hätte.

2.2. Zu erwähnen ist schliesslich, dass – im Gegensatz zur bisherigen zürcherischen Regelung – nach der seit 1. Januar 2011 geltenden eidgenössischen Strafprozessordnung neue Behauptungen und Beweise im Berufungsverfahren nicht mehr vorgebracht werden können, wenn – wie hier – ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens bildeten (Art. 398 Abs. 4 Satz 2 StPO).

2.3. Das Obergericht hat somit zu überprüfen, ob die vom Einsprecher vorgebrachten Beanstandungen von der Überprüfungsbefugnis gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO gedeckt sind. In einem allfälligen nicht von der genannten Befugnis umfassten Umfang kann auf die Einwendungen nicht eingegangen werden. Es ist somit festzustellen, ob das vorinstanzliche Urteil im Bereich der zulässigen Kognition Fehler aufweist.

2.4. 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 (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes vom 9. September 2002, 1P.378/2002, Erw. 5.1 sowie Entscheid des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 2. Februar 2004, AC030110,

Erw. III. 1 b aa). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

III. Materielles

1. Vorwurf

1.1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, am 6. November 2009, um ca. 19.30 Uhr seinen Personenwagen ... mit dem Kennzeichen ... mit einer Blutalkoholkonzentration von deutlich über 0.5 ‰ durch die Gemeinde F._____ in Fahrtrichtung ..., d.h. über die C._____ - und anschliessend über die E._____strasse bis zur Adresse G._____ ... in F._____ gelenkt zu haben, wobei er zu wenig bedacht habe, dass er zuvor einigen Alkohol getrunken habe und somit die akute Gefahr bestanden habe, dass er nicht mehr fahrfähig sein würde und somit nicht mehr hätte Auto fahren dürfen.

1.2. Weiter wird dem Beschuldigten vorgeworfen, bei besagter Fahrt beim Abbiegen von der C._____strasse auf die E._____strasse infolge pflichtwidriger Unaufmerksamkeit das dort befindliche und seit rund einer Sekunde auf Rotlicht stehende Lichtsignal überfahren zu haben (Urk. 13 S. 2).

2. Passieren der Lichtsignalanlage bei Rot

2.1. Rügen betreffend willkürliche Beweiswürdigung/ Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo

2.1.1. Der Beschuldigte lässt ausführen, die Vorinstanz habe das Passieren der seit rund einer Sekunde auf rot stehenden Lichtsignalanlage einzig gestützt auf die Aussagen des Polizeibeamten H._____ als erstellt erachtet. Da die Vorinstanz dabei sowohl dessen Aussagen wie auch die Aussagen des Beschuldigten als konstant und glaubhaft beurteilt und den eingeklagten Sachverhalt trotzdem als erstellt erachtet habe, habe sie eine willkürliche Beweiswürdigung unter Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo vorgenommen.

2.1.2. Weiter macht der Beschuldigte geltend, die Vorinstanz sei in willkürlicher Weise nicht auf sein Argument eingegangen, der Zeuge H._____ habe die Lichtsignalanlage wegen des mehr als 90 Grad Winkels gar nicht einsehen können und habe stattdessen willkürlich auf eine vor dem Vorfall aufgenommene Foto verwiesen. Ausserdem stimme die Aufnahme nicht mit dem Blickwinkel des Zeugen überein. Dann sei die Vorinstanz in willkürlicher Weise nicht auf das Argument eingegangen, dass sich ein Überfahren des Rotlichts um eine Sekunde von Auge gar nicht mit genügender Sicherheit habe feststellen lassen, weil sich das Fahrzeug des Beschuldigten mit 50 km/h in einer Sekunde rund 15 Meter bewegt habe und nicht gleichzeitig das Umschalten des Lichtsignals in drei bis vier Metern Höhe und das Überfahren des am Boden angebrachten Haltebalkens beobachten lässt (Urk. 48 S. 8 f.).

2.2. Würdigung

2.2.1. Gemäss dem in Art. 32 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Grundsatz "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (vgl. Art. 10 Abs. 1 StPO). Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss. Als Beweismäßigkeitsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (statt vieler: BGE 127 I 38 E. 2a).

2.2.2. Bezüglich der Glaubwürdigkeit der Beteiligten kann grundsätzlich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 39 S. 9).

2.2.3. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist jedoch nicht primär die allgemeine Glaubwürdigkeit einer Person massgebend, sondern vielmehr ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussagen relevant. Die Vorinstanz fasste die Aussagen der beteiligten Personen korrekt zusammen, weshalb zur Vermeidung von

Wiederholungen darauf verwiesen werden kann (Urk. 39 S. 4 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist auf die staatsanwaltschaftliche Einvernahme vom 4. Juni 2010 zu verweisen, anlässlich welcher der Beschuldigte erneut betonte, das Lichtsignal sei beim Passieren orange und nicht rot gewesen (Urk. 3/1 S. 2).

2.2.4. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass sowohl der Beschuldigte konstant erklärte, das Lichtsignal sei orange gewesen, als er es passiert habe, wie auch der Polizeibeamte und Zeuge H._____ stets daran festhielt, der Beschuldigte sei bei der Lichtsignalanlage vorbeigefahren, als diese schon seit rund einer Sekunde auf Rot gewesen sei. Es liegen folglich zwei sich widersprechende Aussagen vor, wobei die Vorinstanz offenbar diejenigen des Zeugen H._____ als glaubhafter eingestuft hat und gestützt darauf den Sachverhalt als erstellt erachtet hat, ohne dies jedoch zu begründen (Urk. 39 S. 9 f.), was die Verteidigung zu Recht moniert hat. Wenn ein Polizeibeamter aussagt, die Lichtsignalanlage habe seit einer Sekunde rot angezeigt, ist zu beachten, dass er aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit und seiner Routine bei der Beobachtung des Verkehrsgeschehens die seit dem Wechsel auf rot vergangene Zeit besser einschätzen kann als ein Laie. Es gibt keinen Grund, an seiner Aussage zu zweifeln. Wenn das Rotlicht seit einer Sekunde auf rot gestanden hat, ist der Beschuldigte in dieser Zeitspanne mit der vom Verteidiger geltend gemachten Geschwindigkeit von 50 km/h (Urk. 48 S. 9) 13.89 m weit gefahren. Da der für die Messung relevante Haltebalken jedoch ca. eineinhalb Wagenlängen (vgl. Urk. 49)- und damit niemals 13.89 m - vor der Lichtsignalanlage liegt, ist es nicht möglich, dass der Beschuldigte unter diesen Vorzeichen den Haltebalken überfahren hat, als die Ampel noch auf orange stand. Es ist kein Anlass erkennbar, wieso der Polizeibeamte den Beschuldigten nach der Überquerung der Kreuzung hätte verfolgen sollen, wenn dieser nicht den Haltebalken bei rot überfahren hätte, was aus Sicht des Polizeibeamten erkennbar gewesen ist (vgl. Urk. 6). Die Aussage des Beschuldigten, die Lichtsignalanlage habe orange angezeigt, als er sie passiert habe, muss vor diesem Hintergrund als Schutzbehauptung abgetan werden. Folglich ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach der Beschuldigte das Lichtsignal bei Rot überfahren habe (Urk. 39 S. 10), vertretbar und nicht willkürlich. Demnach bleibt kein Raum für eine weitergehende Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils (vgl. Ziff. 2).

2.2.5. Es ist demnach festzuhalten, dass keine erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der Tatsachenfeststellung der Vorinstanz bestehen. Die rechtliche Würdigung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, wurde von der Verteidigung nicht angefochten und ist deshalb zu bestätigen. Ob aufgrund des erstellten Sachverhalts nicht vielmehr eine vorsätzliche Begehung in Frage käme, muss aufgrund des Verbots der reformatio in peius, welches auch vor einer Abänderung der ursprünglichen in eine schärfere rechtliche Qualifikation schützt, offen bleiben (Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur schweizerischen StPO, N 12 zu Art. 391). Der Sachverhalt, der dem Beschuldigten vorgeworfen wird (Missachten eines Rotlichtes), ist somit erstellt und der vorinstanzliche Schuldspruch zu bestätigen. Der Beschuldigte ist der fahrlässigen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 68 Abs. 1bis SSV schuldig zu sprechen.

3. Fahren in fahruntüchtigem Zustand

3.1. Rügen betreffend (vorweggenommene) willkürliche Beweiswürdigung/ Verletzung des rechtlichen Gehörs

3.1.1. Der Beschuldigte machte geltend, es habe eine vorsätzliche Vereitelung der gesetzlich vorgesehenen und auch nach dem Verlust der ersten Blutprobe noch möglichen Durchführung einer exakten und sicheren Bestimmung der Ange-trunkenheit seines Mandanten mittels Messung des Blutalkoholwerts stattgefunden. Dies sei eine gravierende und als eine bei der Beurteilung des vorliegend festzustellenden Sachverhalts relevante Verletzung des rechtlichen Gehörs und eine vorweggenommene willkürliche Beweiswürdigung (Urk. 48 S. 7 unten). Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs fliessen das Akteneinsichtsrecht, das Teilnahmerecht an Verfahrenshandlungen, das Recht auf Beizug eines Rechtsbeistands, das Recht sich zur Sache und zum Verfahren zu äussern und das Recht Beweisanträge zu stellen (Art. 107 Abs. 1 lit. a bis e StPO). Das Unterlassen der Wiederholung einer Blutprobe ist demnach keine Frage des rechtlichen Gehörs sondern vielmehr eine solche der (willkürlich) unterlassenen Beweis-erhebung, mithin der (willkürlichen) Beweiswürdigung, wie dies vom Verteidiger nebenbei auch geltend gemacht wurde.

3.1.2. Weiter habe die Vorinstanz eine willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen, weil sie eine Wiederholung der Blutabnahme zu Ungunsten des Beschuldigten nicht für nötig gehalten habe, obschon eine solche geeignet gewesen wäre, die Unschuld des Beschuldigten klar und eindeutig zu beweisen. Die Vorinstanz habe den Nachweis des zu hohen Blutalkoholwertes dagegen allein auf die im Kerngehalt inkongruenten Aussagen des Zeugen H._____ und die von diesem beschafften und nicht zuzuordnenden Fotos von Atemluftmessungen abgestellt. Die im relevanten Kerngehalt überzeugenden Aussagen des Beschuldigten habe die Vorinstanz dagegen als unglaubhaft bzw. weniger glaubhaft erachtet (Urk. 48 S. 5, S. 8).

3.2. Würdigung

3.2.1. Die Vorinstanz hat richtig festgestellt, dass gemäss Art. 17 SKV die Fahruntfähigkeit nicht zwingend mittels Blutprobe festgestellt werden muss, was sich auch schon mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung begründen lässt (vgl. dazu auch BGE 127 IV 172 E 3d). Mit der zugegebenermassen nicht ganz verständlichen Unterlassung einer Wiederholung der Blutabnahme hat der Polizeibeamte demnach nicht die Erhebung eines unverzichtbares Beweismittel vereitelt. Ob sich die Fahruntfähigkeit des Beschuldigten aus den übrigen Beweismitteln ergibt, ist im Folgenden zu prüfen:

3.2.2. Es ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Beschuldigte hinsichtlich der Höhe der mit dem Atemluftgerät gemessenen Werte verschiedene Angaben machte. Dies lässt sich zwar teilweise noch mit den mehrfach durchgeführten Blasversuchen erklären (vgl. dazu Urk. 1 S. 4, Urk. 3/6 S. 2, Prot. I S. 12 unten). Dagegen widerspricht sich der Beschuldigte, indem er bei der Staatsanwaltschaft erklärt hat, dass der Atemlufttest einen Wert von 0.9‰ ergeben habe, um dann jedoch anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung zu Protokoll zu geben, nie einen Wert über 0.5‰ gesehen zu haben (Prot. I S. 12). Das vom Beschuldigten im Zusammenhang mit ersterer Aussage geäusserte Erstaunen über die Höhe des gemessenen Blutalkoholwertes deutet darauf hin, dass das Atemluftgerät tatsächlich diesen Wert anzeigte, der Beschuldigte ihn jedoch nicht glauben wollte. Die Aussage anlässlich der Hauptverhandlung ist dagegen als reine Schutzbe-

hauptung im Wissen um die Strafbarkeit eines Blutalkoholwertes über 0.5‰ zu deuten.

Weiter gab der Beschuldigte dann auch anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 8. Juli 2010 auf Vorhalt der Fotos der Atemluftmessung zu Protokoll, er könne sich diesen Wert nicht erklären. Er habe sicher vier- bis fünfmal blasen müssen und ein Wert sei 0.3‰ gewesen (Urk. 3/6 S. 2). Dies mag ja zutreffen und lässt sich mit den vom Polizeibeamten H._____ im Polizeirapport erwähnten Problemen beim Durchführen des Atemlufttests erklären: Der Beschuldigte habe dabei immer wieder am Röhrchen vorbeigeblasen, so dass viermal keine korrekte Messung erfolgt sei. Es sei dann erst nach weiteren drei Versuchen gelungen, eine Messung vorzunehmen, welche 0.95‰ ergeben habe (Urk. 1 S. 3 f.).

3.2.3. Der Zeuge H._____ ging stets von einem Blutalkoholwert von 0.95 und 0.98 ‰ aus (Urk. 1 S. 4, Urk. 4/1 S. 3, Urk. 3/4 S. 2). Es ist in diesem Zusammenhang jedoch darauf hinzuweisen, dass die vom Zeugen eingereichten Fotos und die darauf ersichtlichen Promille-Werte für sich allein mangels ersichtlicher Verbindung zum Beschuldigten mit der Verteidigung nicht als Beweis zu werten sind, jedoch als Indizien die Aussagen des Zeugen zumindest zu stützen vermögen. Es ist nicht ersichtlich, wieso der Zeuge den Beschuldigten fälschlicherweise belasten sollte, zumal der Beschuldigte selber den Wert von 0.95‰ bzw. 0.98‰ Blutalkohol nicht als falsch, sondern als sehr hoch bezeichnet hat. Es kann deshalb im Zusammenhang mit der Höhe der gemessenen Blutalkoholkonzentration auf die Aussagen des Zeugen H._____, welche zudem durch die eingereichten Fotos (Urk. 4/3) und teilweise sogar durch die Aussagen des Beschuldigten gestützt werden, abgestellt werden.

3.2.4. Es bestehen im Übrigen keine Anzeichen, dass das Gerät nicht ordnungsgemäss funktioniert hat. Die innert Monatsfrist vor der fraglichen Atemluftmessung vorgenommene Kalibrierung wurde von Seiten des Beschuldigten anerkannt (Urk. 30 S. 6). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Atemalkoholanalytik ein in sich geschlossenes Verfahren, wobei es jedoch bei der Alkoholkonzentration Abweichungen zur Messung aufgrund einer Blutprobe geben kann.

Dies hat mit Unregelmässigkeiten der Lungendurchblutung, des Gasaustauschs wie auch mit dem Zeitpunkt des Atemtests, der Körpertemperatur, des Alters, des Geschlechts und der Konstitution des Probanden zu tun. Die erwähnten Faktoren können dazu führen, dass das Ergebnis aufgrund des Atemlufttests bis zu 20% über oder unter der mittels Blutprobe festgestellten Alkoholkonzentration liegt (vgl. dazu BGE 127 IV 172 Erw. 3d, BGE 119 IV 255 E. 2a). Es ist demnach zugunsten des Beschuldigten von einem um 20% tieferen Wert als aus dem Atemlufttest resultierten auszugehen, was auch so in die Anklageschrift einfluss (Urk. 13 S. 2).

3.2.4.1. Eine Mundspülung vor einem Atemlufttest ist weiter nur dann erforderlich, wenn dieser früher als 20 Minuten nach dem Trinkende stattfindet (Art. 11 Abs. 1 SKV [Strassenverkehrskontrollverordnung]). Gemäss den Aussagen des Beschuldigten lag zwischen dem Trinkende und den Atemlufttests (19.15 Uhr u. 19.20 Uhr; vgl. Urk. 4/1 S. 3) im Minimum eine halbe Stunde (Urk. 4/1 S. 2 [Alkoholkonsum bis 18 Uhr], Urk. 3/1 S. 2 [Alkoholkonsum ab 18.30 Uhr, Prot. I S. 13 [plus minus Alkoholkonsum bis 18 Uhr]), weshalb also entgegen der Ansicht der Verteidigung und des Beschuldigten und mit der Vorinstanz gestützt auf Art. 11 Abs. 1 lit. a SKV eine Mundspülung nicht erforderlich war, um durch den Atemlufttest ein verlässliches Resultat zu erhalten.

3.2.4.2. Es ist zwar richtig, wenn die Verteidigung geltend macht, der Beschuldigte habe in der im Anschluss an die Atemlufttests vorgenommenen ärztlichen Untersuchung keinen eindeutigen Eindruck einer Angetrunkenheit gemacht. Dies allein gibt jedoch keinen Hinweis auf einen tieferen Wert als der vom Zeugen angegebene, zumal der Beschuldigte wie bereits erwähnt zumindest einmal einräumt, ebendiesen Wert auf dem Atemluftmessgerät gesehen zu haben. Die Resultate im eingeklagten Bereich lassen sich zudem ohne Weiteres mit der festgehaltenen Einschätzung des Arztes in Einklang bringen, sind doch bei einem Wert von 0.76 ‰ bis 0.78 ‰ allgemein keine eindeutigen Signale einer Angetrunkenheit zu erwarten.

3.2.5. Gestützt auf diese Ausführungen ist folglich davon auszugehen, dass der Sachverhalt auch im Bezug auf das Fahren in fahruntüchtigem Zustand erstellt ist. Die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung war demnach vertretbar und nicht als willkürlich zu qualifizieren.

Folglich erübrigt es sich, den vom Beschuldigten eventualiter gestellten Beweis-antrag auf Einholung eines Gutachtens oder Fachberichts über die Frage von dessen Messgenauigkeit (Urk. 48 S. 4) abzunehmen, insbesondere, da eine relative Ungenauigkeit der Promille-Messung im Umfang von 20% zugunsten des Beschuldigten bereits in der Anklageschrift berücksichtigt wurde. Ebenso erübrigt sich gestützt auf die Aussagen der Beteiligten der Beweis-antrag auf Auswertung des verwendeten Atemluftmessgeräts mit dem Ziel, herauszufinden, ob die fraglichen Messungen im massgeblichen Zeitpunkt gemacht wurden.

3.3. Rechtliche Würdigung

3.3.1. Die rechtliche Würdigung, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, wurde von der Verteidigung nicht angefochten und ist deshalb zu bestätigen. Es ist jedoch schlicht nicht nachvollziehbar, wieso die Anklagebehörde nicht zumindest eventualvorsätzliche Begehung eingeklagt hat. Aufgrund des Verbots der reformatio in peius, welches auch vor einer Abänderung der ursprünglichen in eine schärfere rechtliche Qualifikation schützt, muss dies jedoch - wie bereits unter Ziff. 2.2.5. erwähnt - offen bleiben (Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur schweizerischen StPO, N 12 zu Art. 391).

V. Strafzumessung

1. Die durch die Vorinstanz ausgesprochene Busse von Fr. 700.-- erscheint den Verhältnissen des Beschuldigten angemessen und ist unter Hinweis auf die vorinstanzlichen Ausführungen (Urk. 39 S. 14 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO) zu bestätigen. Im Übrigen wurde die Strafzumessung durch die Verteidigung nicht – auch nicht eventualiter – beanstandet.

2. Ebenfalls zu bestätigen ist die Anordnung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen im Falle der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse.

IV. Kosten

1. Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziffer 4 und 5) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Da der Beschuldigte im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'000.-- zu veranschlagen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des fahrlässigen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand gemäss Art. 91 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV,
 - der fahrlässigen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG i.V.m. Art. 100 Ziff. 1 Satz 1 SVG, Art. 27 Abs. 1 SVG u. Art. 68 Abs. 1 bis SSV
2. Der Beschuldigte wird mit Fr. 700.-- Busse bestraft.
Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen.
3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten,
- die Staatsanwaltschaft I, Büro A-4

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen (Pin-Nr.: ...)

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 16. November 2011

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. F. Bollinger

lic. iur. C. Grieder