

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SU110030-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Schätzle, Vorsitzender, lic. iur. Th. Meyer und
lic. iur. Ruggli sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Schlegel

Urteil vom 2. November 2011

in Sachen

A. _____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Statthalteramt des Bezirkes Uster,

Untersuchungsbehörde und Berufungsbeklagte

betreffend **Fahren in fahruntfähigem Zustand**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht
in Strafsachen, vom 18. Mai 2011 (GC110004)**

Strafverfügung:

Die Strafverfügung des Statthalteramts des Bezirks Uster vom 4. Februar 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 1).

Urteil der Vorinstanz:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 400.–.
3. Beahlt die Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
5. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens, die Kosten der Strafverfügung von Fr. 390.– sowie die nachträglichen Gebühren des Statthalteramtes des Bezirks Uster von Fr. 100.– werden der Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Des Verteidigers der Angeklagten:

(Urk. 27, schriftlich)

1. Das Urteil des Einzelgerichtes in Strafsachen des Bezirksgerichts Uster vom 18. Mai 2011 sei aufzuheben.
2. Die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Die Kosten der gerichtlichen Verfahren seien auf die Staatskasse zu nehmen, und es sei der Beschuldigten für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren und das Berufungsverfahren eine Entschädigung in Höhe von CHF 2'850.00 auszurichten.

b) Des Statthalteramts des Bezirks Uster:

(Urk. 29, schriftlich)

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1. Mit Strafbefehl des Statthalteramts des Bezirks Uster vom 4. Februar 2011 wurde die Verzeigte wegen Verletzung von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV sowie Art. 1 Abs. 1 VOBAW mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft (Urk. 1). Im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung wurde diese Strafverfügung mit Urteil des Einzelrichters in Strafsachen des Bezirks Uster vom 18. Mai 2011 bestätigt (Urk. 17 S. 11).

2. Gegen diesen Entscheid meldete die Verzeigte im Anschluss an die vorinstanzliche Verhandlung mündlich zu Protokoll Berufung an (Prot. I S. 9). In der Folge liess sie mit Eingabe vom 8. August 2011 fristgerecht beim Obergericht ihre Berufungserklärung einreichen (Urk. 18). Anschlussberufung wurde keine erhoben (Urk. 21). Mit Beschluss vom 18. August 2011 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und der Verzeigten Frist angesetzt, um ihre Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 22). Die Berufungsbegründung ging innert erstreckter Frist am 2. September 2011 beim Obergericht ein (Urk. 27). Mit Präsidialverfügung vom 7. September 2011 wurde der Untersuchungsbehörde Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Sie hat auf eine Stellungnahme verzichtet und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils verlangt (Urk. 29).

II. Schuldpunkt

1. Der Verzeigten wird zur Last gelegt, am 3. Oktober 2010, um 01.45 Uhr, unter Alkoholeinwirkung (Blutalkoholkonzentration von 0,50 Gewichtspermille) den Personenwagen mit dem Kennzeichen ZH ... auf der ...strasse in B. _____ gelenkt zu haben (Urk. 1).

2. War ausschliesslich eine Übertretung Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO).

3. Die vorliegende Berufung wurde nicht eingeschränkt (Urk. 18 S. 2), weshalb - im Rahmen der Kognition des Berufungsgerichts - das gesamte Urteil zu überprüfen ist.

4. Die Verteidigung hat in ihrer Berufungserklärung auf die vor Vorinstanz eingereichten Plädoyernotizen verwiesen, in welchen der der Strafverfügung zugrunde liegende Sachverhalt bestritten wurde (Urk. 12 S. 1; Urk. 18 S. 2). Überdies hat sie wiederholt, dass die Kompetenzdelegation gemäss Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG dem Bundesrat nicht die Möglichkeit eingeräumt habe, eine Regelung, wie sie in Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV vorgesehen sei, zu erlassen, weshalb es dieser Regelung an einer genügenden gesetzlichen Grundlage fehle (Urk. 18 S. 2 ff. und Urk. 27 S. 2).

5. a) Die Verzeigte anerkennt, am 3. Oktober 2010 im vorgeworfenen Zeitpunkt auf der ...strasse in B. _____ unterwegs gewesen und kontrolliert worden zu sein, wobei der anlässlich der Kontrolle durchgeführte Atemlufttest einen Blutalkoholkonzentrationsminimalwert von 0,5 Gewichtspermille ergeben habe. Sie bestreitet jedoch, diese Fahrt im Zustand der Fahrunfähigkeit durchgeführt zu haben. Sie habe bloss einen gespritzten Weisswein getrunken, weshalb das Testergebnis nicht stimmen könne. Im vorliegenden Fall habe das Messgerät entweder

nicht richtig angezeigt oder die zwingend zu beachtenden Vorgaben für eine korrekte Messung seien nicht berücksichtigt worden. Zudem könne mit dem Blastest wegen der ihm notorisch anhaftenden Ungenauigkeit der Nachweis der Fahrnfähigkeit nicht erbracht werden (Urk. 2/2 S. 1 f.; Urk. 2/12 S. 1 f.; Urk. 11 S. 3 f.; Urk. 12 S. 1 ff.).

b) In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass die Verzeigte am 3. Oktober 2010 das "Polizeiprotokoll bei Verdacht auf Alkohol-, Betäubungs- oder Arzneimittelkonsum" unterschrieb. Die Unterschrift befindet sich unmittelbar nach der Rechtsbelehrung mit folgendem Inhalt: "Die Anerkennung des tieferen Messwertes hat beweisrechtliche Folgen. Gestützt auf die Feststellung der Blutalkoholkonzentration werden massnahmerechtliche (Führerausweisentzug, Verwarnung oder Fahrverbot) und strafrechtliche Verfahren eingeleitet" sowie unter den angekreuzten Feldern, wonach die Messung anerkannt sei und ausdrücklich keine Blutprobe verlangt werde (Urk. 5 S. 3).

c) Die Verzeigte stellt den Atemlufttest als Beweismittel grundsätzlich in Frage.

Der Atemlufttest ist eine gebräuchliche Methode zur Feststellung des Alkoholisierungsgrads eines Fahrzeugführers. Gemäss Art. 10 SKV kann die Polizei Vortestgeräte benutzen, welche Auskunft über die Alkoholisierung geben. Ergibt der Vortest hinsichtlich des Alkoholkonsums ein positives Resultat oder wurde auf den Einsatz eines solchen Geräts verzichtet, so wird eine Atem-Alkoholprobe durchgeführt, wobei zwei Messungen erforderlich sind. Liegt der tiefere Wert bei einer Blutalkoholkonzentration von 0,50 Promille und mehr, aber weniger als 0,80 Promille und wird dieser Wert von der betroffenen Person unterschriftlich anerkannt, so gilt die Fahrnfähigkeit als festgestellt (Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV). Eine Blutuntersuchung wird nach Messergebnissen von weniger als 0,8 Promille bei Motorfahrzeugführern nur durchgeführt, wenn die Person den Testwert nicht anerkennt (Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2 SKV). Der Gesetzgeber hat also gewollt, dass es bei einem Atemlufttest sein Bewenden hat, wenn die betroffene Person das Testresultat unterschriftlich bestätigt.

Wie die Atem-Alkoholprobe korrekt durchzuführen ist, hat das Bundesamt für Strassen ASTRA in den "Weisungen betreffend die Feststellung der Fahrunfähigkeit im Strassenverkehr" vom 22. Mai 2008 festgehalten (Art. 11 Abs. 3 SKV). Die Weisungen äussern sich sehr detailliert zum korrekten Vorgehen der Kontrollbehörde bei Atemalkoholkontrollen (vgl. Weisungen S. 2, Vorgehen der Kontrollbehörde). Die Anforderungen an die Kontrollgeräte sind im Anhang 1 der Weisungen ausführlich dargelegt. Bevor die Geräte zum Einsatz kommen, müssen sie kalibriert werden (Anhang 1, Ziffer 3) und es ist eine Versuchsreihe bezüglich Messgenauigkeit durchzuführen (Anhang 1, Ziffer 5). Art. 11 Abs. 2 lit. b SKV statuiert überdies, dass die Geräte in einem Bereich, der einer Blutalkoholkonzentration von 0,02 - 1,00 Promille entspricht, eine Messungsgenauigkeit von höchstens 0,05 Promille aufweisen dürfen. Angesichts der hohen Anforderungen, welche an die Messgeräte gestellt werden, lässt sich nicht sagen, die Atem-Alkoholprobe liefere notorisch ungenaue Resultate. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die heutzutage verwendeten Geräte zuverlässig und genau sind. Im Übrigen hat die Verteidigung nicht dargelegt, worin die Ungenauigkeit bestehen soll oder welche Vorgaben bei Durchführung der Messung missachtet worden sein sollen.

Was die mittels Atem-Alkoholprobe konkret ermittelte Blutkonzentration von 0,55 (1. Messung) respektive 0,50 (2. Messung) Promille anbelangt, so hat die Beschuldigte diese Werte unterschriftlich anerkannt (Urk. 2/5 S. 3). Weder hat sie eine Blutprobe gefordert (Art. 12 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 SKV) - obwohl sie ausdrücklich auf dieses Recht hingewiesen worden war (Urk. 2/5 S. 3; Urk. 2/12 S. 2) - noch machte sie in jenem Zeitpunkt geltend, das Testgerät habe nicht korrekt gemessen respektive die Messung sei nicht korrekt vorgenommen worden. Über die beweisrechtlichen Folgen der Anerkennung dieser Blutwerte wurde sie aufgeklärt (Urk. 2/5 S. 3).

Im heutigen Zeitpunkt lässt sich nicht mehr feststellen, ob das Gerät, mit welchem die Atem-Alkoholprobe vorgenommen wurde, tatsächlich defekt war. Diese Rüge hätte die Verzeigte unmittelbar nach Durchführung des Tests vorbringen müssen. Dann hätte nochmals eine Atem-Alkoholprobe mit einem anderen Testgerät durchgeführt oder es hätte eine Blutprobe vorgenommen werden kön-

nen. Die Rüge der Verzeigten betreffend das Testresultat erstaunt um so mehr, als sie auf die Frage, weshalb sie keine Blutprobe habe vornehmen lassen wollen, antwortete, sie habe keine Lust gehabt, die halbe Nacht im Spital zu verbringen. Schliesslich sei sie am nächsten Tag zu einer Geburtstagsfeier eingeladen gewesen (Urk. 2/12 S. 2; Urk. 11 S. 3). Die Verzeigte hätte also die Möglichkeit gehabt, die Alkoholkonzentration durch ein anderes Beweismittel ermitteln zu lassen. Hat sie den durch die Atemluftprobe ermittelten Wert unterschriftlich anerkannt, kann sie später nicht darauf zurück kommen und diesen Wert in Frage stellen. Dasselbe gilt für ihr erstmals vor Vorinstanz vorgebrachtes Vorbringen, sie habe das von ihr unterzeichnete Polizeiprotokoll betreffend Verdacht auf Alkohol-, Betäubungsmittel- oder Arzneimittelkonsum (Urk. 2/5) nicht verstanden (Prot. I S. 6 f.). Dies hätte sie vor dessen Unterzeichnung kund tun müssen. Abgesehen davon, legte sie nicht dar, inwiefern sie das Protokoll nicht verstanden hatte. Klar war ihr jedenfalls, dass sie eine Blutprobe hätte verlangen können. Dies führte sie anlässlich der vom Statthalteramt des Bezirks Uster durchgeführten Einvernahme aus (Urk. 2/12 S. 2). Dem eindeutigen Ergebnis eines Atemlufttests den Beweiswert abzusprechen, widerspräche im übrigen auch dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (BGE 116 IV 75 E. 4.b).

Aufgrund obiger Erwägungen, besteht kein Anlass, die Resultate der zwei bei der Verzeigten durchgeführten Atem-Alkoholproben in Zweifel zu ziehen.

d) Die Verzeigte rügt weiter, die Kompetenzdelegation gemäss Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG habe dem Bundesrat nicht die Möglichkeit eingeräumt, eine Regelung, wie sie in Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV vorgesehen sei, zu erlassen, weshalb es dieser Regelung an einer genügenden gesetzlichen Grundlage fehle. Der Bundesrat habe den Atemlufttest, sofern dessen Resultat von der betroffenen Person unterschriftlich anerkannt werde, einer nachgewiesenen Blutalkoholkonzentration von 0,5 Promille gleichgesetzt. Damit habe der Bundesrat unverrückbare Beweisvorgaben geschaffen (Urk. 18 S. 2 ff. und Urk. 27 S. 2).

Art. 55 Abs. 6 SVG ermächtigt die Bundesversammlung, in einer Verordnung festzulegen, bei welcher Blutalkoholkonzentration Fahruntfähigkeit anzunehmen ist. Die Bundesversammlung hat legiferiert, Fahruntfähigkeit wegen Alko-

holeinwirkung gelte in jedem Fall als erwiesen, wenn der Fahrzeugführer eine Blutalkoholkonzentration von 0,5 oder mehr Gewichtspromille aufweise oder eine Alkoholmenge im Körper habe, die zu einer solchen Blutalkoholkonzentration führe. Als qualifiziert gelte eine Blutalkoholkonzentration von 0,8 Promille oder mehr (Art. 1 der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr).

Gestützt auf Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG hat der Bundesrat die Bestimmung von Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV erlassen, welche festhält wie die Atem-Alkoholprobe durchzuführen ist. Dort wird bestimmt, die Fahrunfähigkeit gelte als festgestellt, wenn die betroffene Person ein Motorfahrzeug geführt hat, der tiefere Wert der beiden Messungen (gemäss Art. 11 Abs. 4 SKV) einer Blutalkoholkonzentration von 0,50 Promille und mehr, aber weniger als 0,80 entspricht und dieses Resultat von der betroffenen Person unterschriftlich anerkannt wird. Damit werden vom Bundesrat lediglich die in der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr festgehaltenen Grenzwerte wiederholt und das Vorgehen bei Feststellung der Fahrunfähigkeit geregelt. Dies stützt sich auf die Delegationsnorm. Beim Erfordernis, dass die betroffene Person den tieferen der gemessenen Werte unterschriftlich anerkennt, handelt es sich lediglich um eine Formvorschrift zu Gunsten dieser Person. Lässt sich die Blutalkoholkonzentration auch mittels einer anderen, die körperliche Integrität weniger tangierende Methode als der Blutentnahme sicher ermitteln, ist nicht ersichtlich, was dem entgegen stehen soll. Wer dem Testresultat der Atem-Alkoholprobe kein Vertrauen schenken will, dem steht es überdies frei, eine Blutprobe durchführen zu lassen. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern der Bundesrat die ihm in Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG eingeräumte Kompetenz überschritten haben soll.

e) Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Rügen der Verzeigten allesamt unbegründet sind. Die Verzeigte ist folglich des Fahrens in fahr-unfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV schuldig zu sprechen.

III. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat den Strafraumen und die Grundsätze der Strafzumessung korrekt dargelegt, worauf verwiesen werden kann (Urk. 17 S. 10; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Das Tatverschulden ist mit dem Vorderrichter als noch leicht einzustufen, entsprach doch der niedrigere der zwei bei der Verzeigten gemessenen Blutalkoholkonzentrationswerte dem unteren Grenzwert von 0,5 Gewichtspromille (vgl. Urk. 2/5 S. 3; Art. 1 der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr).

Was die Berechnung der Bussenhöhe anbelangt, kann ebenfalls auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 17 S. 10; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die finanziellen Verhältnisse der Verzeigten haben sich zwischenzeitlich nur marginal geändert (vgl. Urk. 25 und Urk. 26/1-4).

3. Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse von Fr. 400.– als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen der Verzeigten angemessen, weshalb sie zu bestätigen ist.

Der Umwandlungssatz für die Ersatzfreiheitsstrafe ist praxismässig auf Fr. 100.– festzulegen, womit die Verzeigte, falls sie die Busse schuldhaft nicht bezahlt, 4 Tage Freiheitsstrafe zu verbüssen haben wird.

IV. Kostenfolgen

1. Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 4 und 5) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

2. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Verzeigte unterliegt mit ihren Berufungsanträgen vollständig. Es sind ihr daher die Kosten des Beru-

fungsverfahrens aufzuerlegen. Demgemäss hat sie auch keinen Anspruch auf eine Prozessentschädigung.

Das Gericht erkennt:

1. Die Verzeigte ist schuldig des Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV.

2. Die Verzeigte wird mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft.

Bezahlt die Verzeigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.

3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.

5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Verzeigten auferlegt.

6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- den erbetenen Verteidiger der Verzeigten im Doppel für sich und zuhanden der Verzeigten
- das Statthalteramt des Bezirks Uster
- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, 8090 Zürich
- die Vorinstanz.

7. Rechtsmittel:

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 Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Schätzle

lic. iur. Schlegel