

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU120041-O/U/rc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Bussmann, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. Janssen
und Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. Höfliger

Urteil vom 8. Mai 2013

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

Statthalteramt des Bezirkes Uster,

Untersuchungsbehörde und Berufungsbeklagte

betreffend **Fahren in fahrunfähigem Zustand**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Uster vom 26.
März 2012 (GC120003)**

Strafverfügung:

Die Strafverfügung Nr. ST.2010.510 des Statthalteramtes des Bezirkes Uster vom 23. Februar 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 5).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Verzeigte ist schuldig des Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 VRV.
2. Der Verzeigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 600.–.
3. Bezahlt der Verzeigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen.
4. Die Gerichtsgebühr 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 Bezirkes Uster von Fr. 290.– werden dem Verzeigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(schriftlich, Urk. 37)

- Das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 26 März 2012 (GC120003-I) sei vollumfänglich aufzuheben und der Verzeigte von Schuld und Strafe freizusprechen) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse

b) Der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich:

(schriftlich, Urk. 41)

Verzicht auf Stellung eines Antrages

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Am 23. Februar 2010 wurde der Berufungskläger und Beschuldigte (nachfolgend: der Beschuldigte) A._____ mit Strafverfügung des Statthalteramtes des Bezirkes Uster wegen Fahrens in fahruntfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 VRV und Art. 1 Abs. 1 VOBAW mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft (Urk. 5). Der Beschuldigte stellte mit Eingabe vom 8. März 2010 fristgerecht ein Begehren um gerichtliche Beurteilung (Urk. 6). Mit Eingabe vom 31. Januar 2012 überwies das Statthalteramt die Akten an das Bezirksgericht Uster mit dem Antrag, die Strafverfügung sei zu bestätigen (Urk. 16).

Im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung wurde der Beschuldigte mit Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Uster vom 26. März 2012 des Fahrens in fahruntfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 600.– bestraft (Urk. 26).

Das Urteil wurde dem Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung mündlich und dem Statthalteramt des Bezirkes Uster am 27. März 2012 schriftlich eröffnet (Urk. 20 und 21, Prot. I S. 8). Der Beschuldigte erhob mit Eingabe vom 4. April 2012 rechtzeitig Berufung (Urk. 22). Das schriftlich begründete Urteil (Urk. 26) wurde ihm und dem Statthalteramt am 11. Mai 2012 zugestellt (Urk. 25).

Der Beschuldigte reichte mit Schreiben vom 31. Mai 2012 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 27/1). Anschlussberufung wurde nicht erhoben (Urk. 30).

Mit Beschluss vom 31. Juli 2012 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 33). Die Berufungsbegründung des Beschuldigten erfolgte innert er-

streckter Frist mit Eingabe vom 15. Oktober 2012, mit dem Antrag, das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen (Urk. 37). Anschliessend wurde mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2012 dem Statthalteramt des Bezirkes Uster Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt und der Vorinstanz Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung eingeräumt (Urk. 38). Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 22. Oktober 2012 auf Vernehmlassung (Urk. 40) und das Statthalteramt mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 auf eine Berufungsantwort (Urk. 41). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Am 1. Januar 2011 trat die neue Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft. Da das angefochtene Urteil nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO).

2. Bildeten – wie vorliegend – ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, 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).

III. Sachverhalt

1. In der Strafverfügung des Statthalteramtes des Bezirkes Uster vom 23. Februar 2010 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe am 7. Januar 2010 um 18.10 Uhr in B._____, Im C._____, in fahrunfähigem Zustand wegen Alkoholeinwirkung (0.63 ‰) den Personenwagen mit dem Kontrollschild ZH ... gelenkt (Urk. 5).

2. Der Beschuldigte anerkennt, am 7. Januar 2010 in B._____, Im C._____, kontrolliert worden zu sein, wobei der tiefere Messwert der zwei durch-

geführten Atem-Alkoholproben einen Wert von 0,63 ‰ ergeben habe. Er macht aber geltend, dass das Testergebnis nicht stimmen könne und bestreitet, mit einer Blutalkoholkonzentration von 0,5 ‰ oder mehr gefahren zu sein. Zur Begründung gibt er an, dass er vor der Abfahrt, weniger als 20 Minuten vor der Durchführung der beiden Atem-Alkoholproben, einen Odol-Mundspray verwendet habe, der das Testergebnis verfälscht habe. Darüber hinaus habe er seinen Mund vor den Tests nicht spülen dürfen.

3. Die Vorinstanz stützte sich bei ihrem Entscheid auf die folgenden Beweismittel: Die Aussagen des Beschuldigten in der Einvernahme beim Statthalter vom 1. April 2011 (Urk. 9) und anlässlich der Hauptverhandlung (Prot. I S. 2 ff.), den Polizeirapport der Kantonspolizei Zürich vom 8. Januar 2010 (Urk. 1), das Polizeiprotokoll bei Verdacht auf Alkohol-, Betäubungs- oder Arzneimittelkonsum vom 7. Januar 2010 (Urk. 2) sowie die Eichberichte vom 2. September 2009 und vom 2. März 2010 (Urk. 14/2-3). Die im Polizeirapport festgehaltenen Wahrnehmungen des Polizeibeamten D._____ sind indessen nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertbar, da der Erstere im Laufe der Untersuchung nicht als Zeuge einvernommen wurde, weshalb der Beschuldigte seine Teilnahme- und Fragerechte nicht ausüben konnte (Art. 147 Abs. 1 und 4 StPO, Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK). Auf die übrigen Beweismittel kann vollumfänglich abgestellt werden.

4. Die Vorinstanz hat die Anforderungen an einen rechtsgenügenden Schuldbeweis und die Grundsätze der Beweiswürdigung zutreffend dargelegt (Urk. 26 S. 4). Ferner hat sie die Aussagen des Beschuldigten korrekt wiedergegeben (Urk. 26 S. 5 f.).

5.1. Wie der Beschuldigte in seiner Berufungsbegründung zu Recht geltend macht (Urk. 37 S. 3), ist vorliegend bei der Sachverhaltserstellung in einem ersten Schritt zu prüfen, ob davon ausgegangen werden kann, dass die beiden Atem-Alkoholproben, denen er unterzogen wurde, unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durchgeführt wurden. Ist dies zu bejahen, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob sich der in der Strafverfügung festgehaltene Messwert von 0,63 ‰ aufgrund der dem Gericht vorliegenden Beweismittel rechtsgenügend erstellen lässt.

5.2. Gemäss Art. 55 Abs. 1 SVG können Fahrzeugführer einer Atemalkoholprobe unterzogen werden. Wie diese korrekt durchzuführen ist, lässt sich Art. 11 der Strassenverkehrskontrollverordnung (nachfolgend: SKV) entnehmen. Nach dieser Bestimmung darf die Atem-Alkoholprobe entweder frühestens 20 Minuten nach dem Trinkende oder nach Vornahme einer Mundspülung durchgeführt werden, wobei letztere unter Beachtung allfälliger Vorgaben des Geräteherstellers zu erfolgen hat (Art. 11 Abs. 1 SKV). Damit die Probe verwertbar ist, sind zudem zwei aufeinanderfolgende Messungen erforderlich, die nicht mehr als 0,10 ‰ voneinander abweichen dürfen (Art. 11 Abs. 4 SKV). Darüber hinaus müssen Atem-Alkoholmessgeräte gemäss Art. 19 VSKV-ASTRA nach der Bedienungsanleitung des Herstellers verwendet werden und dürfen nach Art. 20 VSKV-ASTRA von den Messwerten bei Messungen mit Atem-Alkoholmessgeräten keine Abzüge gemacht werden.

5.3. Die beiden Messungen beim Beschuldigten wurden mit einem Alcolmeter ... der Firma E._____ vorgenommen (Urk. 1 S. 2, Urk. 2 S. 3). Gemäss Ziffer 3.1. der im Internet abrufbaren und vom Beschuldigten zitierten (Urk. 6 S. 5; Urk. 27/1 S. 3) Betriebsanleitung dieses Geräts ist sicher zu stellen, "dass der Proband seit 20 Minuten NICHTS (Hervorhebung im Originaltext) im Mund hatte und seit mindestens 2 Minuten nicht geraucht hat". Falls nötig, sei mit der Messung zu warten (Urk. 44, S. 5). Wie dargelegt ist gestützt auf Art. 19 VSKV-ASTRA auch diese Anweisung einzuhalten.

6.1. Der Beschuldigte bestreitet, dass vor den Messungen eine Mundspülung vorgenommen wurde (Urk. 37 S. 4). Da aus den Akten nichts Gegenteiliges hervorgeht, ist von dieser Darstellung auszugehen. Ob die beim Beschuldigten durchgeführten Atem-Alkoholproben verwertbar sind, ist somit davon abhängig, ob der Beschuldigte während der letzten 20 Minuten vor der Durchführung der ersten Messung nichts im Mund hatte, denn wenn dies der Fall war, lag auch zwischen dem Trinkende und der ersten Messung eine Zeitspanne von mindestens 20 Minuten.

6.2. Dass zwischen dem Trinkende und der ersten Atem-Alkoholprobe eine Zeitspanne von mindestens 20 Minuten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. a SKV lag,

bestreitet der Beschuldigte nicht (Urk. 37 S. 4). Vielmehr gab er an, zwischen 14.30 Uhr und 15.00 Uhr zwei Gläser Weisswein getrunken, nachher aber keine alkoholhaltigen Getränke mehr zu sich genommen zu haben (Urk. 6 S. 3; Prot. I S. 4). Ferner weichen die beiden Tests nur 0,02 ‰ voneinander ab, weshalb der Grenzwert gemäss Art. 11 Abs. 4 SKV nicht überschritten wurde. Somit wurden die Vorgaben gemäss Art. 11 SKV eingehalten. Was die Frage angeht, ob auch die Herstellerangaben eingehalten wurden, macht der Beschuldigte nicht geltend, in den letzten zwei Minuten vor der ersten der beiden Atem-Alkoholproben geraucht zu haben. Er gab aber an, direkt vor Fahrtantritt, ca. zwischen 17.55 und 18.00 Uhr, einen Mundspray der Marke "Odol ExtraFresh" angewendet zu haben, wobei ihm nicht bekannt gewesen sei, dass Alkohol einer der Hauptbestandteile dieses Sprays ist (Urk. 6 S. 3).

6.3. Dass der Mundspray, den der Beschuldigte unmittelbar vor Antritt seiner Fahrt verwendet haben will, Alkohol enthält, und dass dieser Spray aufgrund des Mundalkohols, der bei der Anwendung entsteht, Atem-Alkoholproben verfälschen kann, ist gerichtsnotorisch. Gerichtsnotorisch ist ferner, dass Mundalkohol sich sehr viel rascher abbaut als Blutalkohol - auch der Beschuldigte geht von rasch abnehmenden Messwerten nach einigen Minuten aus (Urk. 6 S. 5). Dies ist der Grund, weshalb der Gesetzgeber in Art. 11 Abs. 1 lit. a SKV zum Zwecke des Ausschlusses einer Verfälschung des Testresultats durch Mundalkohol die Zeitspanne, die zwischen dem Trinkende und der (ersten) Atem-Alkoholprobe liegen muss, auf (lediglich) 20 Minuten festgelegt hat und der Hersteller des Alcolmeters ... diese Zeitspanne ebenfalls als ausreichend betrachtet.

6.4.1. Es ist indessen davon auszugehen, dass es sich bei der Behauptung des Beschuldigten, er habe unmittelbar vor Antritt der Fahrt einen Mundspray verwendet, um eine Schutzbehauptung handelt.

6.4.2. Festzuhalten ist zunächst, dass es sonderbar anmutet, dass der Beschuldigte, als er mit dem Resultat der beiden Atem-Alkoholproben konfrontiert wurde, den Mundspray den Polizeibeamten gegenüber nicht erwähnte. Es wäre zu erwarten gewesen, dass er unter den gegebenen Umständen sofort über die Ursache für die Überschreitung der 0,5 ‰-Grenze nachgedacht hätte, hatte er

doch seinen Angaben zufolge selber kurz vor Antritt seiner Fahrt mit einem eigenen Alkoholtest-Gerät deutlich tiefere Werte, nämlich 0,43 und 0,41 ‰, gemessen (Urk. 6 S. 3). Hätte er tatsächlich einen Blutalkoholgehalt in diesem Bereich aufgewiesen, wären seine kognitiven Fähigkeiten nicht so markant beeinträchtigt gewesen, dass angenommen werden könnte, darin liege ein Grund für die Nichterwähnung. Da er nicht geltend macht, dass er in den letzten 20 Minuten vor der Durchführung der Atem-Alkoholproben etwas anderes im Mund gehabt habe als den Mundspray, ist schwer verständlich, weshalb der Beschuldigte nicht sofort darauf gekommen sein sollte, dass dieser Spray einen Einfluss gehabt haben könnte, sondern die entsprechende Behauptung erst zwei Monate später, im Rahmen des Begehrens um gerichtliche Beurteilung, erstmals aufstellte. Er erwähnte aber nicht nur den Mundspray gegenüber den Polizeibeamten nicht, sondern offenbar ebenso wenig, dass er vor dem Antritt der Fahrt eigene Tests vorgenommen hatte (Urk. 6 S. 7). Über ein eigenes Alkoholtest-Gerät verfügen erfahrungsgemäss nur wenige Automobilisten. Es kann davon ausgegangen werden, dass es sich dabei in aller Regel um Personen handelt, die sich mit der Thematik "Alkohol am Steuer" vertieft auseinandergesetzt haben und namentlich aufgrund der eigenen Tests auch eine gewisse Erfahrung mit Bezug auf die Testergebnisse aufweisen. Im vorliegenden Zusammenhang wäre zu erwarten gewesen, dass der Beschuldigte zumindest die eigenen, deutlich abweichenden Tests erwähnt hätte.

6.4.3. Dass der Beschuldigte aufgrund der deutlich höheren polizeilichen Messungen angenommen habe, sein eigenes Gerät habe mangels termingerechter Kalibrierung zu geringe Werte angezeigt, wie er in seiner Eingabe vom 8. März 2010 erklärte (Urk. 6 S. 4), erscheint wenig plausibel. Messgeräte, die im freien Handel erhältlich sind, weisen in aller Regel keine kleinere Toleranz auf als die von der Polizei verwendeten Geräte, deren Toleranz bei termingerechter Kalibrierung in der Regel +/- 0,05 ‰ beträgt (so auch der Beschuldigte: Urk. 6 S. 3). Wenn die Angaben des Beschuldigten zur nicht termingerechten Kalibrierung stimmen würden, wäre ihm dieser Umstand schon vor Antritt der Fahrt bekannt gewesen. Bei einem im Jahre 2008 wegen Fahrens in nicht fahrfähigem Zustand vorbestraften Automobilisten, dem in diesem Zusammenhang der Führerausweis während sieben Monaten entzogen gewesen war (Urk. 4), wäre unter diesen Um-

ständen zu erwarten gewesen, dass er angesichts der fehlenden Kalibrierung zusätzlich zur Toleranz gemäss den Herstellerangaben eine weitere Sicherheitsmarge berücksichtigt und sich bei Messungen von 0,43 und 0,41 ‰ nicht hinter das Steuer gesetzt hätte.

6.4.4. Demgegenüber bestätigte der Beschuldigte im Polizeiprotokoll, das am 7. Januar 2010 unmittelbar nach der Kontrolle verfasst wurde, mit seiner Unterschrift vorbehaltlos, den tieferen Wert der Atemalkoholmessungen zu anerkennen (Urk. 2 S. 3). Direkt über seiner Unterschrift befindet sich unter dem Titel "Aufklärung über die Folgen der Anerkennung" der folgende Text:

"Die Anerkennung des tieferen Messwertes hat beweisrechtliche Folgen. Gestützt auf die Feststellung der Blutalkoholkonzentration werden massnahmerechtliche (Führerausweisenzug, Verwarnung oder Fahrverbot) und strafrechtliche (Busse) Verfahren eingeleitet.

Hinweis:

Die unterzeichnende Person anerkennt den tieferen Wert der Atemalkoholmessungen, und zwar bei Werten von 0,50 ‰ und mehr, aber weniger als 0,80 ‰."

6.4.5. Dass dem Beschuldigten diese beweisrechtlichen Konsequenzen klar waren, wird von ihm nicht in Abrede gestellt. Dass er unter den von ihm geltend gemachten Umständen auf die Durchführung einer Blutprobe verzichtete, ist a priori schon nicht nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass darüber hinaus die – sich im Laufe des Verfahrens vermehrenden – Begründungen des Beschuldigten, aus welchen Gründen er von der Durchführung einer Blutprobe abgesehen habe, wenig glaubhaft sind. Selbst wenn der Beschuldigte davon ausgegangen wäre, dass das Ergebnis der Atem-Alkoholprobe lediglich eine Busse zur Folge haben würde, wogegen der direkt über seiner Unterschrift befindliche Text, in dem ausdrücklich auch auf massnahmerechtliche Verfahren (Führerausweisenzug, Verwarnung oder Fahrverbot) hingewiesen wird, spricht, musste er als einschlägig vorbestrafter Rechtsanwalt davon ausgehen, dass ihm diese Widerhandlung gegen das SVG zudem bei allfälligen späteren Verkehrsdelikten vorgehalten werden könnte. Dass er unter diesen Umständen die von ihm angeführte Abneigung gegen Spritzen (Urk. 6 S. 4; Urk. 37 S. 9) nicht zumindest zu überwinden versuchte und den

Zeitverlust nicht in Kauf nahm (Urk. 6 S. 4), ist nicht nachvollziehbar. Auch die anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorgebrachte Argumentation, dass er für die Entnahme der Blutprobe, noch dazu an seinem Wohnort, im Streifenwagen "abgeführt" worden wäre und ihm das peinlich gewesen wäre (Prot. I S. 6; vgl. auch Urk. 37 S. 9), ist wenig plausibel. Wäre der Beschuldigte zu Recht davon ausgegangen, dass sein Blutalkoholgehalt unter 0,5 ‰ lag, hätte er die Streifenwagenfahrt, wenn sie denn zufälligerweise von Personen, denen er bekannt ist, wahrgenommen worden wäre, später jederzeit in den richtigen Zusammenhang rücken können. Zudem muss angesichts der Testergebnisse davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte nach der Kontrolle an der Weiterfahrt gehindert wurde (Art. 30 lit. c SKV), weshalb sich die Frage stellt, ob die Umstände, unter denen er und allenfalls auch sein Fahrzeug nach Hause gelangten, nicht mindestens so viel Aufsehen verursachten, wie wenn er vom Ort, an dem die Kontrolle durchgeführt wurde, mit einem Streifenwagen ins Spital gefahren worden wäre.

6.4.6. Ferner ist nicht nachvollziehbar, wieso der Beschuldigte in wesentlichen Punkten die Aussage verweigerte, wenn seine Sachdarstellung zutreffend wäre. Mit der Furcht vor Falschprotokollierungen (Urk. 6 S. 7) lässt sich dies jedenfalls nicht plausibel begründen, denn zu verlieren hatte der Beschuldigte unter der Prämisse, dass seine Sachdarstellung zutrifft, nichts. Da der Wert von 0,63 ‰ anerkannt war und der Beschuldigte ausserdem gemäss eigenen Angaben davon ausging, dass das Ergebnis der Atem-Alkoholprobe "lediglich" eine Busse zur Folge haben würde, wäre vielmehr naheliegend gewesen, dass er versucht hätte, mit seiner Darstellung der Geschehnisse, wonach er auf die – angesichts der polizeilichen Messresultate dann für falsch gehaltenen – Ergebnisse seines eigenen Testgeräts vertraut habe, eine möglichst milde Bestrafung zu bewirken.

6.4.7. Dafür, dass die Testergebnisse auf Alkoholkonsum und nicht auf den vom Beschuldigten angeführten Mundspray zurückzuführen waren, spricht ferner, dass gemäss dem Polizeiprotokoll beim Beschuldigten Alkoholmundgeruch und wässrige Augen festgestellt wurden (Urk. 2 S. 2); der Beschuldigte erklärte, dass die Atem-Alkoholprobe vom ausführenden Polizeibeamten mit Alkoholmunde-

ruch begründet worden sei (Urk. 6 S. 3). Aufgrund der in diesem Protokoll festgehaltenen Sachverhaltsbeschreibung, die mit der Darstellung des Beschuldigten nicht in Widerspruch steht, war es offensichtlich der Alkoholmundgeruch, der beim kontrollierenden Polizeibeamten einen entsprechenden Verdacht auslöste. Der festgestellte Alkoholmundgeruch spricht zudem eher gegen die kurz zuvor erfolgte Anwendung eines Mundsprays.

6.4.8. Gegen die Ausführungen des Beschuldigten spricht ferner, dass das Resultat der zweiten, vier Minuten nach der ersten durchgeführten Atem-Alkoholprobe höher lag als dasjenige der ersten Messung. Wäre das Testergebnis durch einen alkoholhaltigen Mundspray verfälscht worden, wäre angesichts des raschen Abbaus von Mundalkohol naheliegend gewesen, dass das Resultat des ersten Tests höher gewesen wäre als dasjenige des zweiten Tests, zumal gemäss den Angaben zum Trinkverhalten am fraglichen Tag der getrunkene Alkohol längst vollständig resorbiert gewesen wäre und ein höheres Testergebnis bei der zweiten Messung somit nicht auf eine noch nicht abgeschlossene Resorption hätte zurückgeführt werden können. Hinzu kommt, dass der zweite Test, selbst wenn man auf die Zeitangaben des Beschuldigten abstellt, nur kurz vor Ablauf von 20 Minuten vorgenommen wurde, nämlich um 18.14 Uhr (Urk. 2 S. 3), und somit zwischen ca. 14 und 19 Minuten (und nicht, wie vom Beschuldigten angegeben, 9 bis 14 Minuten: Urk. 6 S. 6) nach dem Zeitpunkt, in dem der Beschuldigte gemäss seinen eigenen Angaben den Mundspray angewendet hatte (Urk. 6 S. 3).

6.4.9. Überdies sind keinerlei Umstände ersichtlich, die für die Version des Beschuldigten sprechen würden. Unter den gegebenen Umständen verdichten sich die diversen Indizien, die gegen die Verwendung eines Mundsprays innerhalb der letzten 20 Minuten vor der ersten der beiden Atem-Alkoholproben sprechen, zu einem derart geschlossen Bild, dass keine vernünftigen Zweifel daran bestehen können, dass es sich bei der Angabe des Beschuldigten, er habe kurz vor Antritt der Fahrt einen Mundspray verwendet, der die Testergebnisse verfälscht habe, um eine Schutzbehauptung handelt. Abgesehen davon findet der Grundsatz "*in dubio pro reo*" als Beweislastregel ohnehin keine Anwendung,

wenn der Beschuldigte eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese in einem Mindestmass glaubhaft machen kann. Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zumindest als zweifelhaft erscheinen lassen, oder wenn der Beschuldigte sie sonstwie glaubhaft macht (vgl. Kassationsgerichtsentscheid vom 2. November 2004, Nr. AC040082, E. 3.5, Stefan Trechsel, SJZ 1981 S. 320).

6.5. Damit ist auch die Anweisung des Geräteherstellers, dass der Proband vor der Durchführung der Atem-Alkoholprobe mit dem Alcolmeter ... seit 20 Minuten nichts im Mund hatte, erfüllt. Dass davon auszugehen ist, dass dem Beschuldigten keine Mundspülung angeboten wurde, hat daher keine Auswirkungen.

6.6. Geht man davon aus, dass der Beschuldigte während der letzten 20 Minuten vor der Durchführung der Atem-Alkoholproben nichts im Mund hatte, ist nicht ersichtlich, welche Faktoren das Ergebnis dieser Tests verfälscht haben könnten. Insbesondere ergibt sich aus den beigezogenen Eichberichten für das bei der Messung verwendete Alkohol-Analysegerät E._____ Alcolmeter ... mit der ID-Nr. ..., dass dieses am 29. September 2009 die Prüfung bestanden hatte, weshalb das Gerät angesichts des vorgeschriebenen Kalibrierungsintervalls von 26 Wochen am Tag der inkriminierten Fahrt vorschriftsgemäss geeicht war (Urk. 14/1-3), was vom Beschuldigten nicht bestritten wird (Prot. I S. 5). Abgesehen davon hat der Beschuldigte den niedrigeren Wert auch unterschriftlich anerkannt und gilt die Fahruntfähigkeit damit als festgestellt (Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV). Eine Blutuntersuchung wird nach Messergebnissen von weniger als 0,8 ‰ bei Motorfahrzeugführern nur durchgeführt, wenn die Person den Testwert nicht anerkennt (Art. 12 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 SKV). Der Gesetzgeber hat also gewollt, dass es bei zwei Atem-Alkoholproben sein Bewenden hat, wenn die betroffene Person das niedrigere Testresultat unterschriftlich anerkennt. Damit geht die vom Beschuldig-

ten in der Berufungserklärung und -begründung vorgebrachte Kritik an der Genauigkeit derartiger Messungen (Urk. 27/1 S. 5 f.; Urk. 37 S. 5 ff.) ins Leere.

6.7. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Zweifel daran bestehen, dass die beiden beim Beschuldigten durchgeführten Atem-Alkoholproben unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben vorgenommen wurden. Da die zwei Messungen zudem weniger als 0.10 ‰ voneinander abweichen, ist erstellt, dass die Messwerte gesetzeskonform zustande gekommen und damit verwertbar sind. Aufgrund der obigen Erwägungen muss davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte mit 0.63 ‰ gefahren ist. Die Beweiswürdigung bzw. die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, die zum Ergebnis kam, der eingeklagte Sachverhalt sei erstellt (Urk. 26 S. 9) ist mithin weder offensichtlich unrichtig (bzw. willkürlich) noch beruht sie auf einer Rechtsverletzung, weshalb er diesem Urteil zugrunde zu legen ist.

IV. Rechtliche Würdigung

Die rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz ist korrekt und wurde vom Beschuldigten nicht bemängelt. Demnach ist der Beschuldigte 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 schuldig zu sprechen.

V. Strafe

1. Die Vorinstanz hat den Strafraum und die Grundsätze der Strafzumessung korrekt dargelegt, worauf verwiesen werden kann (Urk. 26 S. 9 f.).

2. Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt innerhalb des Tatbestandes der Übertretung noch leicht. Er hat mit 0.63 ‰ den von der Bundesversammlung für eine Strafbarkeit gemäss Art. 91 Abs. 1 Satz 1 SVG festgesetzten Grenzwert von 0.5 ‰ klar überschritten (vgl. Art. 1 Abs. 1 VOBAW), liegt aber noch im mittleren Bereich zwischen 0.5 und 0.8 ‰. Straferhöhend ist der getrübe automobilistische Leumund des Beschuldigten zu berücksichtigen. So wurde ihm

wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand im Jahr 2008 bereits für 7 Monate der Führerausweis entzogen (Urk. 4). Strafminderungsgründe sind nicht ersichtlich.

Was die Grundlagen der Bemessung der Busse anbelangt, kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 26 S. 10) sowie auf die eingereichten Steuererklärungen (Urk. 32/3-4) verwiesen werden.

3. Angesichts dieser finanziellen Verhältnisse sowie unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschuldigten erweist sich die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse von Fr. 600.– als angemessen. Der Beschuldigte ist folglich mit einer Busse von Fr. 600.– zu bestrafen.

Gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB spricht das Gericht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus. In ständiger Praxis erscheint ein Umwandlungssatz von 1 Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse als angemessen. Im vorliegenden Fall ist deshalb die Festlegung der Ersatzfreiheitsstrafe auf 6 Tage zu bestätigen.

VI. Kosten

1. Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) zu bestätigen.

2. In Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollständig. Es sind ihm daher die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Der 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. Der Beschuldigte wird mit einer Busse von Fr. 600.– bestraft.

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 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

- den Beschuldigten
- das Statthalteramt des Bezirkes Uster
- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

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

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 8. Mai 2013

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Höfliger