

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU130069-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic. iur. Burger, die Ersatzoberrichterin lic. iur. Bertschi sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Oswald

Urteil vom 27. Februar 2014

in Sachen

Statthalteramt Bezirk Hinwil,

Untersuchungsbehörde und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Fahren in fahruntfähigem Zustand (Rückweisung des Schweizerischen Bundesgerichtes)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Hinwil (Zivil- und Strafsachen) vom 22. Mai 2012 (GC120002); Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 15. Januar 2013 (SU120052); Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 26. September 2013 (6B_186/2013)

Strafbefehl:

Der Strafbefehl des Statthalteramtes des Bezirks Hinwil vom 14. März 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 2/35).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten - bestehend in den Gebühren und Auslagen gemäss Strafbefehl und die nachträglichen Untersuchungskosten des Statthalteramtes - werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Dem Beschuldigten wird eine Entschädigung von Fr. 6'480.- (inkl. MWST) für anwaltliche Vertretung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) Des Staatthalteramt Bezirk Hinwil

(Urk. 61 S. 1)

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 22. Mai 2012 aufzuheben.
2. Es sei A._____ der Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV sowie Art. 1 Abs. 1 der VO der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehrsamt schuldig zu sprechen.
3. Es sei A._____ zu bestrafen mit einer Busse von Fr. 800.--.
4. Es seien A._____ sämtliche Kosten des Strafverfahrens aufzuerlegen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten

(Urk. 67 S. 1)

1. Vollumfängliche Abweisung der Berufung des Statthalteramts unter Übernahme sämtlicher Kosten auf die Staatskasse und Zusprechung einer Verteidigungskostenentschädigung nach richterlichem Ermessen (zuzüglich MWSt) an den Beschuldigten.
2. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Am 14. März 2012 wurde der Berufungsbeklagte und Beschuldigte (fortan der Beschuldigte) A._____ mittels Strafbefehl des Statthalteramts des Bezirks Hinwil wegen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 [recte: Abs. 2] SVG, Art. 2 Abs. 1 VRV und Art. 1 Abs. 1 der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr mit einer Busse von Fr. 800.– bestraft (Urk. 2/35). Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 26. März 2012 fristgerecht Einsprache gegen den Strafbefehl erheben (Urk. 37). Mit Eingabe vom 28. März 2012 überwies das Statthalteramt die Akten ans Bezirksgericht Hinwil mit dem Antrag, den Strafbefehl zu bestätigen (Urk. 1).

Im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung wurde der Beschuldigte mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirks Hinwil vom 22. Mai 2012 freigesprochen (Urk. 26).

Das Urteil wurde dem Beschuldigten und dem Statthalteramt des Bezirks Hinwil am 25. Mai 2012 schriftlich im Dispositiv eröffnet (Urk. 17-18). Das Statthalteramt erhob mit Eingabe vom 25. Mai 2012 rechtzeitig Berufung

(Urk. 19). Das schriftlich begründete Urteil (Urk. 26) wurde dem Statthalteramt am 31. Juli 2012 und dem Beschuldigten am 7. August 2012 zugestellt (Urk. 22).

2. Das Statthalteramt reichte mit Schreiben vom 3. August 2012 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 27). Anschlussberufung wurde nicht erhoben (Urk. 31).

Mit Beschluss vom 14. September 2012 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Statthalteramt Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 32). Die Berufungsbegründung des Statthalteramts erfolgte mit Eingabe vom 27. September 2012, mit dem Antrag, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben, der Beschuldigte der Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 800.– zu bestrafen (Urk. 34). Anschliessend wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Oktober 2012 dem Beschuldigten Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt und der Vorinstanz Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung eingeräumt (Urk. 35). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 37). Die Berufungsantwort des Beschuldigten, womit er die vollumfängliche Abweisung der Berufung des Statthalteramts beantragte, erfolgte innert erstreckter Frist (Urk. 38-39) mit Schreiben vom 4. Dezember 2012 (Urk. 40). Mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2012 wurde dem Statthalteramt Frist zu freigestellten Vernehmlassung zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 41). Das Statthalteramt verzichtete mit Eingabe vom 10. Dezember 2012 auf Vernehmlassung (Urk. 43).

3. Mit Urteil vom 15. Januar 2013 sprach die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Beschuldigten frei und sprach ihm für das zweitinstanzliche Verfahren eine Entschädigung für anwaltliche Vertretung aus der Gerichtskasse zu (Urk. 46).

4. Gegen das Urteil erhob die Oberstaatsanwaltschaft am 18. Februar 2013 Beschwerde in Strafsachen (Urk. 50/2). Diese wurde vom Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, mit Urteil vom 26. September 2013 gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Januar 2013 aufgehoben und

die Sache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückgewiesen (Urk. 56 = Urk. 57).

5. Mit Präsidialverfügung vom 13. November 2013 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Statthalteramt Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 59). Die Berufungsbegründung des Statthalteramts erfolgte mit Eingabe vom 29. November 2013, mit dem Antrag, das vor-instanzliche Urteil sei aufzuheben, der Beschuldigte der Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 800.– zu bestrafen (Urk. 61). Anschliessend wurde mit Präsidialverfügung vom 4. Dezember 2013 dem Beschuldigten Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt und der Vorinstanz Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung eingeräumt (Urk. 62). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 64). Die Berufungsantwort des Beschuldigten, womit er die vollumfängliche Abweisung der Berufung des Statthalteramts und eventualiter die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Rückweisung der Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz beantragte, erfolgte innert erstreckter Frist (Urk. 65-66) mit Schreiben vom 10. Februar 2014 (Urk. 67).

II. Prozessuales

1. Hebt das Bundesgericht einen Entscheid auf und weist es die Sache zu neuer Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, so wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheides befunden hat. Die kantonale Instanz hat ihrem neuen Entscheid die rechtliche Begründung der Kassationsinstanz zu Grunde zu legen. Auch wenn Art. 107 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) die Regelung von Art. 277^{ter} Abs. 2 aBStP beziehungsweise Art. 66 aOG nicht ausdrücklich übernommen hat, gilt dieser Grundsatz ebenso unter dem seit dem 1. Januar 2007 geltenden Bundesgerichtsgesetz (Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Handkommentar, Bern 2007, Art. 107 N 9). Die Vorinstanz – mithin die erkennende Kammer – ist somit an die Auffassung des Bundesgerichtes gebunden.

2. Bildeten 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). Mit der Berufung bei Übertretungen können Fehler bei der Anwendung des anwendbaren materiellen oder formellen Rechts geltend gemacht werden, insbesondere des StGB und der StPO. Gerügt werden können sodann Überschreitungen und Missbrauch des Ermessens sowie Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, nicht aber bloss Unangemessenheit (Schmid, Handbuch StPO, 2. Aufl., N 1538). Soweit die Beweiswürdigung bzw. die Feststellung des (rechtmässig erhobenen) Sachverhalts gerügt wird, beschränkt sich die Überprüfung auf offensichtliche Unrichtigkeit, also auf Willkür (Hug in: Donatsch, Hansjakob, Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 398 N 23). Gerügt werden können damit nur klare Fehler bei der Sachverhaltsermittlung, wobei zunächst an Versehen und Irrtümer, ferner an Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Beweislage und den Feststellungen im Urteil zu denken ist. In Betracht fallen sodann Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, vorab der StPO selbst beruht. Zu denken ist weiter an Fälle, in denen die an sich zur Verfügung stehenden Beweismittel offensichtlich ungenügend ausgeschöpft wurden, also der Sachverhalt unvollständig festgestellt und damit der Grundsatz der Wahrheitsforschung vom Amtes wegen missachtet wurde (Schmid, a.a.O., N 1538).

III. Sachverhalt

1. Im Strafbefehl des Statthalteramts des Bezirks Hinwil vom 14. März 2012 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe am 6. Oktober 2011 um 02.10 Uhr in Gossau/ZH, ..., ...-/...strasse, in fahruntüchtigem Zustand wegen

Alkoholeinwirkung (0.56 ‰) den Personenwagen "BMW" mit dem Kontrollschild ... gelenkt (Urk. 2/35).

2. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Atemalkoholgehalt richtig ermittelt worden sei (Urk. 26 S. 7). Bei der Prüfung, ob rechtsgenügend nachgewiesen werden könne, dass der Beschuldigte sein Fahrzeug mit einem Blutalkoholgehalt von 0.56 ‰ gelenkt habe, hielt sie fest, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Ergebnis des Atemlufttests bis zu 20 % über oder unter der mittels Blutprobe festgestellten Alkoholkonzentration liege. Sie brachte deshalb von 0.56 ‰ die vom Bundesgericht erwähnten 20 % in Abzug und kam so zu einem Wert von 0.45 ‰, woraus sie schloss, dass die beim Beschuldigten durchgeführte Atemalkoholprobe nicht beweise, dass er tatsächlich einen Blutalkoholgehalt von 0.56 ‰ oder einen solchen von mindestens 0.50 ‰ aufgewiesen habe (Urk. 26 S. 7 ff.). Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Beschuldigte durch seine unterschriftliche Anerkennung auf dem Polizeiprotokoll und dem damit einhergehenden Verzicht auf die Durchführung einer Blutprobe den Wert von 0.56 ‰ verbindlich eingestanden habe, führte sie aus, dass gemäss Art. 160 StPO die Glaubwürdigkeit eines Geständnisses geprüft werden müsse. Die Aussagen des Beschuldigten, wonach er die auf dem Polizeiprotokoll stehenden Folgen der Anerkennung nur kurz überflogen habe und ihm nicht erklärt worden sei, dass eine Umrechnung des Atemalkoholgehalts mit einem Faktor von 2000 erfolge und die Streubreite des richtigen Faktors zwischen 700 und 3500 liege und er, wenn ihm diese Spannbreite bekannt gewesen wäre, den Wert von 0.56 ‰ nicht anerkannt hätte, erachtete die Vorinstanz als nicht widerlegbar. Sie kam deshalb zum Schluss, dass die Anerkennung bzw. das Geständnis des Beschuldigten widerrufbar sei. Als Folge sprach sie den Beschuldigten frei, weil er nicht auf die Ungenauigkeit der Umrechnung der Atemalkoholprobe in den Blutalkoholgehalt aufmerksam gemacht worden sei und ausser seiner "Anerkennung" keine weiteren tauglichen Beweismittel vorhanden seien, welche mit hinreichender Sicherheit Aufschluss über den tatsächlichen Alkoholisierungsgrad des Beschuldigten bieten würden (Urk. 26 S. 9 ff.).

3. Mit seiner Berufung beantragte das Statthalteramt des Bezirks Hinwil, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und der Beschuldigte des Fahrens in fahrunfähigem Zustand schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 800.– zu bestrafen (Urk. 61 S. 1 f.).

Das Statthalteramt machte zusammengefasst geltend, dem Ergebnis des Atemlufttests beziehungsweise dessen unterschriftliche Anerkennung durch den Beschuldigten nachträglich einzig aufgrund des möglichen Fehlens des Hinweises auf die Ungenauigkeit der Umrechnung der Atemalkoholprobe in den Blutalkoholgehalt den Beweiswert abzusprechen, widerspreche dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung und sei willkürlich. Zudem verletze der vorinstanzliche Entscheid bei gegebener Sachlage Bundesrecht (Urk. 61 S. 2 f.).

4. Der Beschuldigte liess in seiner Berufungsantwort zusammengefasst ausführen, nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 26. September 2013 sei davon auszugehen, dass die von der Vorinstanz gewährte "Toleranzmarge" von 20 % vom Bundesgericht als bundesrechtswidrig eingestuft worden sei. Die Verteidigung habe sich aber nicht auf eine mögliche Abweichung von bloss 20 % berufen, sondern vielmehr geltend gemacht, dass der durch Verordnung stipulierte Umrechnungsfaktor von 2000 tatsächlich in Tat und Wahrheit zwischen 700 und 3500 liege, mithin fast das Dreifache des effektiven Wertes betragen könne. Auch wenn das Bundesgericht befunden habe, dass sich die Befugnis des Bundesrats zum Erlass der Bestimmung von Art. 11 Abs. 5 SKV zwanglos aus Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG ergebe, so möge dies für eine Abweichung in einem vernünftigen Toleranzbereich durchaus zutreffen. Ergebe sich aber bei der nun nachzuholenden Beweiserhebung über die extreme Streubreite einer Atemalkoholprobe, dass in casu nicht eine Streubreite um (umgerechnete) 0,1 Gewichtspromille herum bestehe, sondern vielmehr eine Abweichung nach unten um $>0,31$ Gewichtspromille möglich sei, so dass der Blutalkoholgehalt gar bei $<0,19$ Gewichtspromille gelegen haben könne, so erweise sich die vom Bundesrat mit Art. 11 Abs. 2 SKV stipulierte Regelung als willkürlich und die Behaftung eines Verkehrsteilnehmers auf die in Unkenntnis der effektiven Streubreite, mithin in Unkenntnis der technischen Grundlage seiner Anerkennung, abgegebene

Anerkennung sei unbeachtlich. In diesem Sinne müsse festgestellt werden, dass Art. 11 Abs. 2 SKV, die bei einem wissenschaftlich möglichen Streubereich des Umrechnungsfaktors zwischen 700 und 3500 einen solchen von 2000 stipuliere, einer akzessorischen Überprüfung wegen Verstosses gegen das Willkürverbot nicht standhalte. Zumindest wäre zu fordern, dass der Anerkennende seine Erklärung in Kenntnis der enormen Streubreite erfolgten Umrechnung des Atem- in Blutalkohol abgebe, was zumindest und zwingend eine - in casu nicht erfolgte - diesbezügliche Aufklärung des Betroffenen voraussetzen würde. Das Verfahren sei beweismässig auf die vom Einzelgericht quantitativ offen gelassene Frage auszudehnen, ob tatsächlich die vom Beschuldigten geltend gemachte Streubreite bestehe. Im Fall der Bejahung führe dies zum Schluss, dass die Bestimmung von Art. 11 Abs. 2 SKV willkürbehaftet sei und somit unter den Aspekt von Art. 9 BV die Anwendung zu versagen sei. Aufgrund der vorstehend dargelegten gravierenden Mängel erweise sich die angefochtene Ordnung als Ganzes verfassungswidrig und es sei ihr deshalb die Anwendung im konkreten Einzelfall zu versagen. Dies müsse erst recht deshalb gelten, weil weder Art. 55 SVG noch Art. 160 StPO den Bundesrat zu willkürlichen Verordnungen ermächtigten, sondern die letztgenannte Bestimmung vielmehr die Überprüfung jeglichen Geständnisses, d.h. einer jeden Anerkennung gebiete (Urk. 67 S. 2 ff.).

5. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Atemalkoholgehalt richtig, d.h. unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben, ermittelt worden sei, wurde nicht gerügt. Thema des Berufungsverfahrens ist hingegen, ob sich der im Strafbefehl festgehaltene Messwert von 0.56 ‰ gestützt auf die dem Gericht vorliegenden Beweismittel rechtsgenügend erstellen lässt. Dies wurde von der Vorinstanz verneint, was vom Statthalter gerügt wird.

5.1. Nach Art. 91 Abs. 1 SVG wird bestraft, wer in angetrunkenem Zustand ein Motorfahrzeug führt. Gemäss Art. 55 Abs. 6 SVG definiert die Bundesversammlung in einer Verordnung, bei welcher Blutalkoholkonzentration unabhängig von weiteren Beweisen und individueller Alkoholverträglichkeit Fahruntfähigkeit im Sinne des Strassenverkehrsgesetzes angenommen wird und welche Blutalkoholkonzentration als qualifiziert gilt. Die Bundesversammlung hat

die Grenzwerte bei 0.50 und 0.80 ‰ festgelegt (vgl. Art. 1 der Verordnung der Bundesversammlung vom 21. März 2003 über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr). Dadurch wird die freie Beweiswürdigung in dem Sinne eingeschränkt, dass bei einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 0.50 ‰ die Fahruntfähigkeit als erwiesen gilt (vgl. BGer 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012 E. 1.4.1; BGer 6B_186/2013 vom 26. September 2013 E. 2.6.1 = Urk. 57).

Gemäss Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG erlässt der Bundesrat Vorschriften über die Voruntersuchungen, das Vorgehen bei der Atemalkohol- und der Blutprobe, die Auswertung dieser Proben und die zusätzliche ärztliche Untersuchung der Fahruntfähigkeit der verdächtigten Person. Diese Bestimmung hat der Bundesrat in Art. 10 ff. der Verordnung vom 28. März 2007 über die Kontrolle des Strassenverkehrs (SKV) konkretisiert. Der Atemlufttest ist eine gebräuchliche Methode zur Feststellung des Alkoholisierungsgrads eines Fahrzeugführers. Gemäss Art. 10 Abs. 1 und Abs. 5 SKV sowie Art. 11 Abs. 4 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 Atemalkoholprobe durchgeführt, wobei zwei Messungen erforderlich sind. Die Atemalkoholproben sind mit Geräten durchzuführen, welche die gemessene Atemalkoholkonzentration mit einem Faktor von 2000 l/kg in den Blutalkoholgehalt umrechnen (Art. 11 Abs. 2 SKV). Entspricht der tiefere Wert der beiden Messungen 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 Fahruntfähigkeit als festgestellt (Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV). Eine Blutuntersuchung wird nach Messergebnissen von 0.50 Promille und mehr aber weniger als 0.80 Promille 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 einem Atemlufttest sein Bewenden hat, wenn die betroffene Person das Testresultat unterschriftlich bestätigt. Die Polizei muss die betroffene Person insbesondere darauf hinweisen, dass die Weigerung, an der Durchführung der Atemalkoholprobe mitzuwirken, die Anordnung der Blutprobe zur Folge hat (Art. 13 Abs. 1 lit. a SKV) und die

Anerkennung des Ergebnisses der Atemalkoholprobe die Einleitung massnahme- und strafrechtlicher Verfahren nach sich zieht (Art. 13 Abs. 1 lit. b SKV).

Das Bundesgericht wies in seinem Entscheid 6B_186/2013 vom 26. September 2013 in Erwägung 2.6.3 darauf hin, dass BGE 127 IV 172, in welchem festgehalten worden sei, dass vom tieferen Wert des Atemlufttests noch ein Abzug von 20 % erfolgen müsse, noch unter aArt. 138 VZV ergangen sei. Diese Bestimmung sei aber durch Art. 11 ff. SKV ersetzt worden. Weiter hielt das Bundesgericht Folgendes fest (BGer 6B_186/2013 vom 26. September 2013 E. 2.6.4 = Urk. 57):

"2.6.4. Das Vorgehen der Vorinstanz (und des Einzelrichters, auf dessen Begründung weitgehend abgestellt wird) widerspricht der mit der Neufassung von Art. 91 Abs. 1 SVG (in Kraft seit 1. Januar 2005) geänderten Ausgangslage. Wegen Fahrens in fahrunfähigem Zustand wird nunmehr auch derjenige Lenker bestraft, der eine Blutalkoholkonzentration zwischen 0,50 und 0,79 ‰ aufweist. Der Gesetzgeber hat das entsprechende Verhalten als Übertretung ausgestaltet. Gleichzeitig hat er ein vereinfachtes System geschaffen, um die Fahrunfähigkeit bei nicht qualifizierter Blutalkoholkonzentration festzustellen. Durch die einfache Anwendung ohne intensiven Eingriff wirkt es sich nicht zuletzt zu Gunsten der kontrollierten Person aus. Dieser steht offen, den mittels Atemalkoholprobe eruierten Wert nicht anzuerkennen und damit eine möglicherweise entlastende Blutuntersuchung zu verlangen. Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV regelt, in Anlehnung an die gestützt auf Art. 55 Abs. 6 SVG von der Bundesversammlung erlassene BAGV, die Würdigung respektive Auswertung der Atemalkoholprobe. Sie fügt sich zwangslos in den von Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG umrissenen Rahmen und beschränkt sich darauf, die gesetzliche Regelung auszuführen beziehungsweise zu ergänzen und zu präzisieren, ohne Sinn und Zweck des Gesetzes zu widersprechen (Urteil 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012, E. 1.4.1).

Ergeben die beiden Atemalkoholproben eine Blutalkoholkonzentration zwischen 0,50 und 0,79 ‰, weichen diese höchstens 0,10 ‰ voneinander ab und anerkennt die kontrollierte Person diesen Wert unterschriftlich, so darf der tiefere der beiden Messwerte grundsätzlich als erwiesen angesehen werden. Zu diesem Ergebnis gelangt man aufgrund freier Beweiswürdigung, weshalb nicht gesagt werden kann, die entsprechende Regelung in der bundesrätlichen Verordnung schränke die richterliche Freiheit ein oder

schaffe sogar eine unumstössliche Beweisvorgabe. Es besteht kein Anlass, vom massgeblichen Wert nochmals 20% wegen der möglichen Ungenauigkeit der Atemluftmessung abzuziehen, wie dies unter der Geltung des früheren Rechts erforderlich war. Indem der Betroffene das Testergebnis ausdrücklich anerkennt, nimmt er eine mögliche Abweichung in Kauf. Er tut dies regelmässig im Wissen um den vorher konsumierten Alkohol und seine körperliche Verfassung. Gleichzeitig vermeidet er das Risiko, dass die Blutprobe allenfalls zu einer qualifizierten Alkoholkonzentration und damit zu einer Verurteilung wegen eines Vergehens führen kann. Auf die Bedeutung einer Anerkennung des Atemlufttestes wurde im Übrigen bereits in der Rechtsprechung zur früheren VZV hingewiesen (BGE 127 IV 172 E. 3d). Am Beweisergebnis ändert in aller Regel nichts, wenn die kontrollierte Person zu einem späteren Zeitpunkt auf ihre Erklärung zurückkommt. Anderenfalls wäre es ein Leichtes, Beweisschwierigkeiten zu schaffen. Gleichwohl steht es dem Richter offen, das Resultat der Atemalkoholprobe nach seiner aus dem Verfahren gewonnenen Überzeugung frei zu würdigen. Der Verordnungsgeber seinerseits misst dem Atemlufttest als Beweismittel für die Feststellung der Fahrunfähigkeit eine weniger grosse Bedeutung bei als der zuverlässigeren Blutprobe. Nicht ausgeschlossen ist somit, dass der Richter zur Auffassung gelangt, das Messresultat sei nicht korrekt ermittelt worden (Urteil 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012, E. 1.4.3 mit Hinweisen).

Indem die Vorinstanz und der Einzelrichter der Atemalkoholmessung trotz Anerkennung durch den Beschwerdegegner den Beweiswert absprechen, bleibt ein wesentliches Beweismittel zu Unrecht unberücksichtigt. Da die Vorinstanz die erstinstanzliche Sachverhaltsfeststellung als fehlerfrei bezeichnet, leidet ihr Entscheid an einem qualifizierten Mangel und verletzt Bundesrecht."

5.2. Das Vorgehen der Vorinstanz, vom gemessenen Wert von 0.56 ‰ gestützt auf die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung 20 ‰ in Abzug zu bringen, entspricht gemäss den vorstehenden Ausführungen nicht mehr dem geltenden Recht. Vielmehr besteht kein Anlass, vom massgeblichen Wert nochmals 20% wegen der möglichen Ungenauigkeit der Atemluftmessung abzuziehen. Dadurch, dass die Vorinstanz der Atemalkoholmessung trotz Anerkennung durch den Beschuldigten den Beweiswert absprach, hat sie die Beweiswürdigung bzw. die Feststellung des Sachverhalts offensichtlich unrichtig vorgenommen und Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV verletzt. Entgegen ihrer Auffassung ist

die Anerkennung nicht widerrufbar, weil der Beschuldigte nicht auf die Ungenauigkeit der Umrechnung der Atemalkoholprobe in den Blutalkoholgehalt aufmerksam gemacht worden ist. Darauf musste die Polizei nicht noch ausdrücklich hinweisen (vgl. Art. 13 Abs. 1 SKV). Gemäss Bundesgericht ändert am Beweisergebnis nichts, wenn die kontrollierte Person in einem späteren Zeitpunkt auf ihre Erklärung zurückkommt. Der Beschuldigte hat das Polizeiprotokoll vom 6. Oktober 2011 - auch in Bezug auf die Höhe des Messwertes - unterschrieben. 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 dem angerkreuzten Feld, wonach die Messung anerkannt werde. Sodann wurde bei der Frage, ob eine Blutprobe verlangt werde, das verneinende Feld angekreuzt (Urk. 2/3). Auf dieser unterschriftlichen Anerkennung des tieferen Messwertes der Atemlufttests von 0.56 ‰ ist der Beschuldigte zu behaften. Dies umso mehr, als es nicht das erste Mal war, dass der Beschuldigte einer Alkoholkontrolle unterzogen wurde (Urk. 10/2) und damit den Ablauf der Kontrolle und die Folgen der Anerkennung des tieferen Messwertes der Atemalkoholprobe bereits kannte. Dadurch, dass der Beschuldigte die Messwerte ausdrücklich anerkannt hat, hat er eine mögliche Abweichung in Kauf genommen. Der Beschuldigte hätte die Möglichkeit gehabt, eine Blutprobe zu verlangen, die Alkoholkonzentration also durch ein anderes Beweismittel ermitteln zu lassen. Hat er den durch die Atemluftprobe ermittelten Wert unterschriftlich anerkannt, kann er später nicht darauf zurück kommen und diesen Wert in Frage stellen.

Der Auffassung der Verteidigung, wonach die vom Bundesrat mit Art. 11 Abs. 2 SKV stipulierte Regelung willkürlich sei, kann nicht gefolgt werden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung beruht Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV (vgl. Urteil 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012 E. 1.4.1). Soweit der Beschwerdegegner vorbringt, die Bestimmung sei gesetzlich nicht abgestützt, geht seine Rüge fehl (BGer 6B_186/2013 vom 26. September 2013 E. 2.6.2 = Urk. 57). Dies gilt auch

für Art. 11 Abs. 2 SKV, welcher gestützt auf Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG vom Bundesrat festgelegt werden durfte. Diese Bestimmung ist nicht willkürlich im Sinne von Art. 9 BV, denn es ist nicht ersichtlich, dass sie sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lassen würde oder sinn- und zwecklos wäre. Die Bestimmung hält fest, was - auch in anderen Ländern - üblich ist, nämlich dass die Konzentration des Alkohols in der Atemluft um den Faktor 2 multipliziert wird, um den Promillewert im Blut zu erhalten. Auch im erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf "Umsetzung des Handlungsprogramms des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr (Via sicura)" vom 5. November 2008 vom UVEK wird der Umrechnungsfaktor 2000 l/kg (d.h. eine Atemalkoholkonzentration von 0,25 Milligramm Alkohol pro Liter Atemluft entspricht einer Blutalkoholkonzentration von 0,5 Promille [Gramm Alkohol pro Kilogramm Blut]) für gerechtfertigt erachtet (vgl. <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1563/erlBericht.pdf>).

Nicht unerwähnt zu lassen ist, dass das Bundesamt für Strassen (ASTRA) in den "Weisungen betreffend die Feststellung der Fahruntfähigkeit im Strassenverkehr" vom 22. Mai 2008 die Anforderungen an die Geräte zur Durchführung von Atemalkoholkontrollen und ihre Handhabung geregelt hat (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). Sodann muss gemäss Messmittelverordnung das Bundesamt für Metrologie (METAS) für Messmittel, die für die amtliche Feststellung von Sachverhalten verwendet werden, eine messmittelspezifische Verordnung erlassen werden. Diese regelt die grundlegenden metrologischen Anforderungen, die diese Messmittel erfüllen müssen, deren Zulassung sowie die Sicherstellung der Messbeständigkeit (z.B. Eichung) dieser Messmittel. Eine solche Verordnung wurde mit der Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel erlassen. Angesichts der hohen Anforderungen, welche an Messgeräte gestellt werden, ist

davon auszugehen, dass die heutzutage verwendeten Geräte zuverlässig und genau sind.

Zusammenfassend liess die Vorinstanz somit ein wesentliches Beweismittel zu Unrecht unberücksichtigt. Im Übrigen liegt eine Rechtsverletzung bzw. ein Fehler bei der Anwendung der Strassenverkehrskontrollverordnung vor. Aufgrund der obigen Erwägungen können keine vernünftigen Zweifel mehr daran bestehen, dass der Beschuldigte mit 0.56 ‰ Blutalkoholgehalt gefahren ist. Damit ist der Sachverhalt, wie er sich aus dem Strafbefehl ergibt, erstellt.

IV. Rechtliche Würdigung

Die rechtliche Würdigung durch das Statthalteramt ist korrekt und wurde vom Beschuldigten auch 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. Strafzumessung

1. Wer in angetrunkenem Zustand ein Motorfahrzeug führt, wird mit Busse bestraft (Art. 91 Abs. 1 Satz 1 SVG). Das Gericht bemisst die Busse und Ersatzfreiheitsstrafe je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB). Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so ist der Höchstbetrag der Busse Fr. 10'000.– (Art. 106 Abs. 1 StGB).

2. Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt innerhalb des Tatbestandes der Übertretung noch leicht. Er hat mit 0.56 ‰ 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 der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr), liegt aber noch im unteren Bereich zwischen 0.5 und 0.8 ‰. Straferhöhend ist der getrübte automobilistische Leumund des Beschuldigten zu

berücksichtigen. So wurde ihm wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand im Jahr 2011 bereits für einen Monat der Führerausweis entzogen (Urk. 2/6). Strafminderungsgründe sind nicht ersichtlich.

Was die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten anbelangt, kann auf die Aussage des Beschuldigten verwiesen werden, wonach er 100 % arbeite und ca. Fr. 4'400.– netto pro Monat verdiene, keine Unterhaltspflichten habe, über kein Vermögen verfüge und keine Schulden habe (Urk. 2/21 S. 5).

3. Angesichts dieser finanziellen Verhältnisse sowie unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschuldigten erweist sich die vom Statthalteramt ausgesprochene Busse von Fr. 800.– als angemessen. Der Beschuldigte ist folglich mit einer Busse von Fr. 800.– 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 8 Tage zu bestätigen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschuldigte auch für das vorinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 426 Abs. 1 StPO). Demgemäss wird ihm - entgegen Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils - auch keine Entschädigung zugesprochen (vgl. Art. 429 StPO). Somit sind einerseits die Gebühren und Auslagen des Strafbefehls von Fr. 495.– sowie die nachträglichen Untersuchungskosten des Statthalteramts des Bezirks Hinwil von Fr. 240.– zu bestätigen (vgl. Urk. 1) und andererseits die erstinstanzliche Gerichtsgebühr festzusetzen. Diese Kosten sind allesamt dem Beschuldigten aufzuerlegen.

2. In Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Das Statthalteramt

obsiegt mit seiner Berufung vollständig. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind deshalb dem Beschuldigten aufzuerlegen. Eine Entschädigung ist ihm nicht zuzusprechen, da er verurteilt wird (vgl. Art. 429 StPO).

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. 800.– bestraft.
Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen.
3. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.–.
5. Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens, die Gebühren und Auslagen des Strafbefehls von Fr. 495.– sowie die nachträglichen Untersuchungskosten des Statthalteramts des Bezirks Hinwil von Fr. 240.– werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. Dem Beschuldigten wird keine Entschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - den Verteidiger im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - das Statthalteramt des Bezirks Hinwil, unter Beilage eines Doppels von Urk. 67
 - die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürichsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz

- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, 8090 Zürich (PIN-Nr. ...).

8. 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, 27. Februar 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Oswald