



---

Kass.-Nr. AC040090/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Titus Graf

## Zirkulationsbeschluss vom 23. Juni 2005

in Sachen

Y., ...,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer  
verteidigt durch Rechtsanwalt ...,

gegen

**Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Oberstaatsanwalt Dr. iur. Andreas Brunner, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

betreffend

**grobe Verkehrsregelverletzung etc.**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 01. Juni 2004 (SB040230/U/gk)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die II. Strafkammer des Obergerichtes sprach Y. (Beschwerdeführer) im Berufungsverfahren mit Urteil vom 1. Juni 2004 des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG sowie verschiedener weiterer Strafnormen des SVG schuldig. Der Beschwerdeführer wurde mit einer Busse von Fr. 2'500.-- bestraft, unter Gewährung der vorzeitigen Löschung der Busse im Strafregister im Falle der Bewährung innert eines Jahres (OG act. 29 bzw. KG act. 2).

2. Der Beschwerdeführer liess durch seinen Privatverteidiger gegen das obergerichtliche Urteil rechtzeitig die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden und begründen (KG act. 1). In der Beschwerdebegründung wird beantragt, der Schuldspruch wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand sei aufzuheben (KG act. 1 S. 1).

Vorinstanz und Staatsanwaltschaft haben auf Vernehmlassung bzw. Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet (KG act. 10/11).

3. Der Beschwerdeführer liess gegen das obergerichtliche Urteil auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erheben (OG act. 35).

**II.**

1. Dem Beschwerdeführer wird in der Anklage der Bezirksanwaltschaft Uster vom 26. November 2003 in tatsächlicher Hinsicht unter anderem vorgeworfen, er habe am 9. Februar 2003, ca. 02.10 Uhr, nach dem Konsum von alkoholischen Getränken, welcher zum Tatzeitpunkt zu einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 0,75 Gewichtspromillen geführt habe, und nachdem er seit ca. 20 Stunden nicht mehr geschlafen habe, seinen Personenwagen von Zürich kommend über Stettbach nach Dübendorf gelenkt; auf der Höglerstrasse bei der Kreuzung

"Wilstrasse/Untere Geerenstrasse/Fällandenstrasse" habe er aufgrund des zuvor konsumierten Alkohols in Kombination mit seiner Übermüdung die Kontrolle über das Fahrzeug verloren und sei in die Mitte der Höglerstrasse geraten, so dass der Wagen mit der rechten Front in den Mittelschutzpfosten geprallt sei (BG act. 11).

2. Die Vorinstanz führte im Rahmen der rechtlichen Würdigung aus, gemäss Art. 2 Abs. 2 VRV bestehe eine Angetrunkenheit (und damit ein Fahren in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG) in jedem Fall, wenn der Fahrzeuglenker eine Blutalkoholkonzentration von 0,8 oder mehr Gewichtspromillen aufweise. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien die 0,8 Gewichtspromille jedoch keine absolute Grenze nach unten; vielmehr könne schon ein Alkoholgehalt im Blut von etwa 0,5 Promillen an bei gleichzeitig wirksamen weiteren Umständen wie Krankheit, Übermüdung oder Beeinträchtigung durch beruhigende Medikamente Folgen zeigen, wie sie bei gesunden ausgeruhten Menschen erst bei höheren Alkoholkonzentrationen aufträten. Somit könne ein Mensch in einem solchen Zustand zufolge seines geschwächten Allgemeinbefindens schon bei einem Alkoholspiegel ab 0,5 Gewichtspromillen angetrunken im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG sein (Urteil S. 12).

Anschliessend erwog die Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe im fraglichen Zeitpunkt unbestrittenermassen eine Blutalkoholkonzentration von mindestens 0,75 Gewichtspromillen aufgewiesen. Er sei am Vortag des Unfalls nach ungefähr achtstündigem Schlaf um sechs Uhr am Morgen aufgestanden. Um sieben Uhr habe er seine Arbeit (als Taxifahrer) aufgenommen und danach den ganzen Tag, d.h. ca. acht bis neun Stunden, Taxifahrten ausgeführt. Nach der Arbeit habe er mit einem Kollegen zusammen in einem Restaurant in Zürich das Nachtessen eingenommen und sich mit diesem anschliessend in dessen Wohnung begeben, von wo aus er sich später auf den Heimweg nach Benglen gemacht habe. Aus diesem Tagesablauf ergebe sich, dass der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitpunkt während rund 20 Stunden nicht mehr geschlafen habe. Angesichts dieser langen Zeit ohne Schlaf, der ganztägigen Berufstätigkeit als Taxichauffeur und der anschliessend auswärts in einem Restaurant bzw. bei seinem Besuch verbrachten Zeit nehme die Anklage zu Recht an, dass sich der Beschwerdeführer

auf der Fahrt von Zürich nach Dübendorf in einem übermüdeten Zustand befunden habe. Daran vermöge nichts zu ändern, dass weder die Polizeibeamten noch der untersuchende Arzt eine Müdigkeit des Beschwerdeführers vermerkt hätten, denn erfahrungsgemäss sei ein solcher Zustand nicht in jedem Fall für andere Personen sofort erkennbar. Angesichts dieser Übermüdung und des erwähnten Alkoholgehalts von 0,75 Gewichtspromillen, der nur leicht unter der in jedem Fall eine Angetrunkenheit indizierende Grenze von 0,8 Promillen liege, sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bei der fraglichen Fahrt angetrunken im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG gewesen sei. Dies gehe überdies auch aus seiner unkontrollierten Fahrweise hervor, die zur Folge gehabt habe, dass er mitten in der Strasse einen Inselfschuttpfosten gerammt habe (Urteil S. 12/13).

3. Der Beschwerdeführer lässt geltend machen, die vorinstanzliche Annahme, er sei auf der Fahrt übermüdet gewesen, sei willkürlich und verletze den Grundsatz "in dubio pro reo" (Beschwerde Ziff. II/4). Zur Begründung wird Folgendes ausgeführt (Beschwerde Ziff. II/1-3):

Die Vorinstanz schliesse deshalb auf seine Übermüdung, weil er im Zeitpunkt der fraglichen Fahrt seit 20 Stunden nicht mehr geschlafen habe; einen allgemeinen Erfahrungsgrundsatz, dass ein gesunder Erwachsener nach 20 Stunden Schlaf übermüdet sein müsse, gebe es jedoch nicht. Hinzu komme, dass sich aus den Akten auch keinerlei Anzeichen für eine Übermüdung entnehmen liessen. Weder die Polizisten, welchen den Beschwerdeführer damals kontrolliert hätten, noch der Arzt, welcher die Blutprobe entnommen habe, hätten Anzeichen einer Übermüdung festgestellt. Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang einem Einwand der Verteidigung entgegen festhalte, der Zustand der Übermüdung sei nicht in jedem Fall für andere Personen sofort erkennbar, sei dies unhaltbar. Der Arzt habe nämlich den Beschwerdeführer (auch) der in Art. 140 VZV vorgesehenen Untersuchung unterzogen. Dabei habe er auf dem entsprechenden Protokoll unter der Rubrik "Verhalten" nicht etwa das Kästchen "wirkt müde" angekreuzt, sondern vielmehr das Kästchen "euphorisch" und damit beim Beschwerdeführer gerade das Gegenteil von Müdigkeit festgestellt; zudem habe der Arzt die Sprache des Beschwerdeführers als "unauffällig" bezeichnet und festge-

halten, dass der Beschwerdeführer sämtliche Gleichgewichtstests sicher bzw. präzise bewältigt habe. Diese Untersuchung habe angesichts des Umfangs der vom Arzt zu erhebenden Angaben und Befunde längere Zeit in Anspruch genommen, weshalb von der Vorinstanz nicht argumentiert werden könne, die Übermüdung des Beschwerdeführers sei für den Arzt nicht zwingend erkennbar gewesen. Die beiden Polizisten seien über mehrere Stunden hinweg mit dem Beschwerdeführer zusammen gewesen; sie hätten den Beschwerdeführer nämlich zuerst angehalten und kontrolliert, danach einen Atemlufttest durchgeführt, ihn hernach in das Spital Uster zur Blutprobe gefahren, ihn anschliessend auf dem Polizeiposten mehr als zwei Stunden befragt und ihn schliesslich nach Hause gefahren. Wenn der Beschwerdeführer übermüdet gewesen wäre, hätten die Polizisten dies zweifellos bemerkt, weshalb sich die erwähnte vorinstanzliche Erwägung auch vor diesem Hintergrund nicht aufrecht erhalten lasse. Ferner schliesse die Vorinstanz aufgrund der "unkontrollierten Fahrweise" auf eine Übermüdung des Beschwerdeführers. Dieser Schluss sei ebenfalls unhaltbar; es sei nicht aktenkundig, weshalb der Beschwerdeführer den Inselschutzpfosten gerammt habe, und hierfür sei eine Reihe anderer Ursachen als eine Übermüdung denkbar.

4.1 Die Vorinstanz schliesst primär aufgrund der 20-stündigen Dauer ohne Schlaf und (entgegen der Beschwerde zusätzlich) der ganztägigen Taxichauffertätigkeit des Beschwerdeführers darauf, dass dieser auf seiner Fahrt übermüdet gewesen sei (dem Hinweis der Vorinstanz auf die im Restaurant und einem Besuch verbrachte Zeit kommt keine eigenständige Bedeutung zu, da diese Zeit bereits in der Feststellung der Zeitdauer ohne Schlaf enthalten ist). Dass (auch) der den Beschwerdeführer untersuchende Arzt bei jenem keine Müdigkeit festgestellt hat, ist für die Vorinstanz ohne Relevanz, weil ihrer Ansicht nach ein solcher Zustand nicht in jedem Fall für andere Personen sofort erkennbar sei. Der Beschwerdeführer erachtet - wie erwähnt - beide Feststellungen als willkürlich.

4.2 Vorab ist zu bemerken, dass die Vorinstanz die erstgenannte Feststellung offensichtlich auf die Lebenserfahrung stützt. Es handelt sich dabei jedoch nicht um einen allgemeingültigen Erfahrungsgrundsatz, der über den konkreten Fall hinaus allgemeingültige Bedeutung im Sinne eines normativen Charakters

bzw. einer Regelfunktion hätte und demzufolge vom Bundesgericht im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde überprüft werden könnte (vgl. RB 2003 Nr. 139); vielmehr basiert die Feststellung auf einer ("einfachen") allgemeinen Lebenserfahrung, unter Einbezug der konkreten Umstände (ganztägige Berufstätigkeit etc.), weshalb sie vom Kassationsgericht auf Willkür geprüft werden kann.

Vorliegend stellt sich einzig die Frage, ob willkürfrei angenommen werden kann, der Beschwerdeführer sei im Zeitpunkt seiner Fahrt von Zürich nach Dübendorf (nicht nur müde, sondern) übermüdet gewesen. Es spricht einiges für die Annahme, dass eine Person nach 20 Stunden ohne Schlaf und ganztägiger Tätigkeit als Taxichauffeur beim anschliessenden Lenken seines Fahrzeuges übermüdet ist. Zwingend ist diese Annahme jedoch keineswegs, da der Eintritt einer Übermüdung erstens von verschiedenen Parametern - wie z.B. der Dauer und der Qualität des letzten Schlafes sowie der gesundheitlichen und der psychischen Verfassung - abhängt und zweitens individuell verschieden ist. Zudem ist zu erwähnen, dass eine Person zu einem Zeitpunkt übermüdet sein kann, sich danach erholt und sich für eine gewisse Zeit nicht mehr müde fühlt.

Der Arzt Dr.med. R. B., welcher dem Beschwerdeführer ca. eine halbe Stunde nach dem eingeklagten Vorfall Blut entnahm, unterzog den Beschwerdeführer in verschiedener Hinsicht auch einer Untersuchung (BG act. 7/1). Dabei hatte er unter anderem das Verhalten des Beschwerdeführers auf zehn verschiedene Kriterien zu untersuchen und seine Feststellungen anschliessend auf einem Formular zu vermerken. Der Arzt kreuzte bei der Beurteilung des Verhaltens des Beschwerdeführers - wie in der Beschwerde zutreffend ausgeführt wird - die Rubrik "wirkt müde" nicht an (hingegen die Rubrik "euphorisch"). Damit ist ohne Weiteres anzunehmen - wovon auch die Vorinstanz ausgeht -, dass der Arzt keine Müdigkeit des Beschwerdeführers festgestellt hat (ergänzend sei erwähnt, dass auch die übrigen Feststellungen des Arztes nicht auf eine Übermüdung des Beschwerdeführers hindeuten). Die Vorinstanz misst diesem Aspekt - wie erwähnt - keine (wesentliche) Bedeutung zu, weil ihrer Auffassung nach der Zustand der Müdigkeit erfahrungsgemäss nicht in jedem Fall für andere Personen sofort er-

kennbar sei. Diese Feststellung mag für Einzelfälle ihre Gültigkeit haben, aus den nachstehenden Gründen nicht jedoch für den vorliegenden Fall. Nebst der Blutentnahme hatte der Arzt den Beschwerdeführer - wie erwähnt - in verschiedener Hinsicht zu untersuchen. Dabei hatte er unter anderem sein Augenmerk nebst dem Verhalten des Beschwerdeführers auch auf dessen Sprache, Gesicht, örtliche und zeitliche Orientierung sowie Anzeichen von Angetrunkenheit zu richten. Zudem führte der Arzt drei "Gleichgewichts-Tests" durch und hatte das Vorliegen allfälliger Verletzungen abzuklären. Überdies hatte sich der Arzt auch mit dem Beschwerdeführer unterhalten, was sich schlüssig bereits daraus ergibt, dass er bezüglich der Rubrik "Sprache" zu prüfen hatte, ob die Sprache unauffällig, verwaschen oder lallend war. Es ist zudem davon auszugehen, dass die Blutentnahme sowie die Untersuchungen insgesamt mehrere Minuten dauerten. Ferner sei wiederholt, dass der Arzt insbesondere auch zu prüfen hatte, ob der Beschwerdeführer müde wirkte. Unter Würdigung all dieser Umstände muss davon ausgegangen werden, dass dem Arzt aufgefallen wäre, wenn der Beschwerdeführer übermüdet gewesen wäre.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorinstanzliche Erwägung, die Müdigkeit einer Person sei erfahrungsgemäss für andere Personen nicht in jedem Fall sofort erkennbar, weshalb das Nichtfeststellen von Anzeichen einer Übermüdung (auch) durch den Arzt unerheblich sei, nicht haltbar ist und deshalb eine willkürliche Beweiswürdigung darstellt. Bereits deshalb erweist sich die (allein auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützte) Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer sei auf der genannten Fahrt übermüdet gewesen, als willkürlich. Hierzu sei ergänzend erwähnt, dass der Beschwerdeführer gegenüber der Polizei auf eine entsprechende Frage ausgeführt hatte, er habe sich in seiner Fahrtauglichkeit in keiner Weise eingeschränkt gefühlt und sich wohl gefühlt (BG act. 4/1 S. 4 unten). Gegenüber dem Bezirksanwalt verneinte der Beschwerdeführer ausdrücklich, im Zeitpunkt des Unfalls übermüdet gewesen zu sein (BG act. 4/2 S. 4).

4.3 Abschliessend ergibt sich, dass der vorinstanzliche Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO leidet. Das Urteil ist da-

her aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Bei diesem Ausgang des Kassationsverfahrens sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dem erbeten anwaltlich verteidigten Beschwerdeführer ist daraus eine angemessene Prozessentschädigung auszurichten.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichtes vom 1. Juni 2004 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 205.-- Schreibgebühren,  
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse entrichtet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichtes, den Einzelrichter in Strafsachen des Bezirksgerichtes Uster, die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich (Strassenverkehrsamt, Abteilung Administrativmassnahmen) und den Kassationshof des Schweizerischen Bundesgerichtes (ad 6S.314/2004), je gegen Empfangsschein.

Der juristische Sekretär: