

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210409-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Ch. Prinz, Präsident, Oberrichterin lic. iur.
R. Affolter und Ersatzooberrichter lic. iur. Th. Vesely sowie die
Gerichtsschreiberin MLaw T. Künzle

Urteil vom 31. Januar 2022

in Sachen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. M. Kehrl, Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter sowie Anschlussberufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Fahren in fahruntfähigem Zustand**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, Einzelgericht,
vom 26. Mai 2021 (GG210011)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 9. März 2020 ist diesem Urteil angeheftet (Urk. 15).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 36 S. 11 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 800.–. Die Busse ist zu bezahlen.
3. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen.
4. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'800.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 1'200.00 Gebühr für das Vorverfahren.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt. Im Übrigen werden die Kosten auf die Staatskasse genommen.
6. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.– für die anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
7. (Mitteilungen)
8. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 5 f.)

a) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 54)

1. Der Beschuldigte sei des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu CHF 150.-- sowie einer Busse von CHF 600.--.
3. Es sei der bedingte Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren zu gewähren.
4. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse sei auf 4 Tage anzusetzen.
5. Die Kosten seien vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 55)

Es sei in Abweisung der Berufung das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 26. Mai 2021 zu bestätigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zulasten der Staatskasse.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte / Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 36 S. 3).

1.2. Der Beschuldigte wurde mit Urteil der Vorinstanz vom 26. Mai 2021 gemäss dem eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositiv schuldig gesprochen und bestraft (Urk. 36 S. 11 ff.). Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 2. Juni 2021 fristgerecht Berufung an (Urk. 28). Nach Zustellung des begründeten Urteils erklärte die Staatsanwaltschaft innert Frist am 3. August 2021 Berufung, liess eventualiter – soweit der Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht gefolgt werde – einen Beweisantrag (Einholung eines Gutachtens) stellen sowie die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens beantragen (Urk. 38). Mit Verfügung vom 11. August 2021 wurde dem Beschuldigten eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt, ihm Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen sowie um zum Beweisantrag und dem Antrag auf Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens der Staatsanwaltschaft Stellung zu nehmen (Urk. 42).

1.3. Mit Zuschrift vom 27. August 2021 liess der Beschuldigte innert Frist Anschlussberufung erklären (Urk. 47). Mit Verfügung vom 30. August 2021 wurde deshalb der Antrag auf Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens abgewiesen und zugleich festgehalten, dass über den eventualiter gestellten Beweisantrag anlässlich der Berufungsverhandlung entschieden werde (Urk. 49).

1.4. Am 31. Januar 2022 fand die Berufungsverhandlung statt (Prot. II S. 5).

2. Umfang der Berufung

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Beschuldigte fechten das vorinstanzliche Urteil mit Ausnahme der Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 4) vollumfänglich an (Urk. 38, Urk. 47, Urk. 54 und Urk. 55). Unter diesen Umständen ist praxisgemäss von einem Rechtskraftbeschluss abzusehen. Das vorinstanzliche Urteil steht vollumfänglich zur Disposition.

3. Beweisantrag der Staatsanwaltschaft

3.1. Die Staatsanwaltschaft beantragt eventualiter, dass ein Gutachten über die Frage der Genauigkeit des Atemmessgerätes sowie die Frage, ob vom gemessenen/angezeigten Wert tatsächlich ein Sicherheitsabzug gemacht werden soll, einzuholen sei (Urk. 38 und Urk. 55 S. 4), soweit der Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht gefolgt werde. Die Vorinstanz habe festgehalten, dass vom Messwert 0.4 mg/l des Atemalkoholgehaltes aufgrund der Ungenauigkeit der Messgeräte noch ein Toleranzabzug von 7.5 % vorgenommen werden müsse, was zu einem rechtlich relevanten Wert von 0.37 mg/l führe. Dem könne nicht gefolgt werden. Es sei richtig, dass die Fehlergrenze bei einer Messung von 0.4 mg/l maximal 0.03 mg/l betragen dürfe. Diese Fehlergrenze sei aber bei der Festlegung des Umrechnungsfaktors bereits berücksichtigt und dürfe daher nicht ein zweites Mal berücksichtigt werden. Art. 20 der Verordnung des ASTRA zur Strassenverkehrskontrolle (VSKV-ASTRA) halte klar fest, dass von den durch Atemalkoholtestgeräten und Atemalkoholmessgeräten angezeigten Messwerten keine Abzüge mehr vorgenommen werden dürften.

3.2. Wie noch im Rahmen des Schuldpunktes (nachfolgend Ziffer II) zu zeigen ist, kann vorliegend auf die Einholung eines Gutachtens verzichtet werden. Die rechtlichen Grundlagen für die Vornahme von Toleranzabzügen bei Messwerten von Atemalkoholtest- bzw. -messgeräten sind klar umschrieben. Es besteht kein Bedarf für ein Gutachten.

4. Formelles

Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Das Berufungsgericht kann sich auf die für seinen Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7; 143 III 65 E. 5.2; 141 IV 249 E. 1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1403/2019 vom 10. Juni 2020 E. 2.5 mit Hinweisen).

II. Schuldpunkt

1. Ausgangslage

1.1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, am 25. Juli 2020 um circa 2.10 Uhr den Personenwagen des Typs Renault Fluence Z.E., Kontrollschild SG 1, vom Restaurant B._____ in C._____ herkommend über die D._____ -Strasse in C._____ gelenkt zu haben, in der Absicht an seinen Wohnort in E._____ zu gelangen, obschon er zuvor alkoholische Getränke, namentlich Bier, konsumiert habe. Es habe sich für die rechtlich relevante Fahrzeit ein Atemalkoholgehalt von 0.4 mg/L ergeben, wovon der Beschuldigte bei Fahrtantritt habe ausgehen können und müssen. Der Beschuldigte habe deshalb zumindest in Kauf genommen, zum Zeitpunkt der Fahrt einen über dem gesetzlichen Grenzwert liegenden Alkoholgehalt aufzuweisen und nicht mehr in der Lage zu sein, ein Motorfahrzeug hinreichend sicher zu lenken (Urk. 15).

1.2. Der Beschuldigte räumt ein, zum inkriminierten Zeit auf der D._____ -Strasse in C._____ mit dem genannten Fahrzeug unter Alkoholeinfluss unterwegs gewesen zu sein (Urk. 2 S. 4 f.; Urk. 8 S. 3). Er bestreitet jedoch den gemessenen Atemalkoholwert von 0.4 mg/l bzw. dessen Gültigkeit (Urk. 8 S. 3 ff).

1.3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es sich um eine gültige und verwertbare Messung mit dem Atemalkoholmessgerät handle und stellte auf das Resultat der Messung ab, nahm dann aber gestützt auf Ziffer 4 Anhang 3 der Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel [AAMV] einen Toleranzabzug von 0.03 mg/l vor, weshalb bei einem Wert von 0.37 mg/l keine qualifizierte Ate-

malkoholkonzentration im Sinne von Art. 2 lit. a der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr mehr vorliege, sondern lediglich Angetrunkenheit im Sinne von Art. 1 lit. b. Der Beschuldigte wurde deshalb (nur) des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 lit. a SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV schuldig gesprochen (Urk. 36 S. 4 ff.).

2. Parteivorbringen

2.1. Die Staatsanwaltschaft stellt sich wie bereits erwähnt auf den Standpunkt, dass kein Toleranzabzug vom angezeigten Messwert von 0.4 mg/l mehr vorzunehmen sei. Die Fehlergrenze der Messung sei bereits bei der Festlegung des Umrechnungsfaktors berücksichtigt. Art. 20 VSKV-ASTRA sage ausdrücklich, dass von den durch Atemalkoholtestgeräten und Atemalkoholmessgeräten angezeigten Messwerten keine Abzüge mehr vorgenommen werden dürften. Beim angezeigten Wert von 0.4 mg/l habe der Beschuldigte den Grenzwert zum Fahren in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG erreicht und sei entsprechend schuldig zu sprechen (Urk. 38 S. 2 und Urk. 55 S. 2 f.).

2.2. Die Verteidigung des Beschuldigten macht vor Vorinstanz und auch vor Berufungsgericht geltend, dass es sich um eine nicht verwertbare Messung handle und auf den gemessenen Wert nicht abgestellt werden könne (Urk. 25 und Urk. 55 S. 2 ff.). Es liege eine Verletzung der Bestimmungen der Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV) vor, indem beim Beschuldigten um 2.12 Uhr vor Ort zunächst mit einem Atemalkoholtestgerät eine erste Messung durchgeführt worden sei, wobei diese einen Wert von 0.45 mg/l ergeben habe. Auf eine zweite Messung mit dem Atemalkoholtestgerät sei verzichtet worden. Stattdessen sei um 2.42 Uhr direkt eine Messung mit einem Atemalkoholmessgerät auf dem Verkehrsstützpunkt Hinwil durchgeführt worden, welche Messung den Wert von 0.4 mg/l ergeben habe. Dieses Vorgehen entspreche nicht den gesetzlichen Vorgaben von Art. 10 SKV ff. Eine "Mischung" von Atemalkoholtest- und Atemalkoholmessgerät sei im Gesetz nicht vorgesehen. Das gewählte Vorgehen der Polizei verletze Art. 10a und Art. 11 bzw. 11a SKV. Dabei handle es sich um Gültigkeitsvorschriften, was zur Unverwertbarkeit der Messungen führe.

Zudem fehle auf dem vorliegenden Messprotokoll die Unterschrift des Bedieners. Dabei handle es sich ebenfalls um eine Gültigkeitsvorschrift (vgl. Art. 19 VSKV-ASTRA). Zu berücksichtigen sei schliesslich die Standardabweichung gemäss der Bedienungsanleitung des Geräts auf Seite 15 von bis zu 0.007 mg/l, weshalb ohnehin keine qualifizierte Atemalkoholkonzentration mehr vorliege.

3. Würdigung

3.1. Das Verfahren zur Feststellung der Fahruntfähigkeit wird teilweise in Art. 55 SVG und zudem in weiteren Ausführungsverordnungen geregelt. Die Polizei ist nach Art. 55 Abs. 1 SVG befugt, u.a. Fahrzeugführer einer Atemalkoholprobe zu unterziehen. Die Verwendung der Messgeräte richtet sich dabei nach der Verordnung über die Kontrolle des Strassenverkehrs (SKV). Die Messung kann mit einem Atemalkoholtestgerät oder mit einem Atemalkoholmessgerät durchgeführt werden (Art. 10a SKV). Die Durchführung der Atemalkoholprobe mit einem Testgerät richtet sich nach Art. 11 SKV, der vorsieht, dass zwei Messungen erfolgen müssen, die nicht mehr als 0,05 mg/l voneinander abweichen dürfen, andernfalls zwingend eine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät durchzuführen oder eine Blutprobe anzuordnen ist (Art. 11 Abs. 2 SKV). Liegt der mit einem Testgerät ermittelte massgebliche Wert über 0,25 mg/l, aber unter 0,40 mg/l, kann er unterschriftlich anerkannt werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a SKV).

3.2. Vorliegend wurde der Beschuldigte am 25. Juli 2020 um 02.12 Uhr auf der D.____-Strasse in C.____ einer Atemalkoholprobe mit dem Testgerät unterzogen, wobei nur eine Messung durchgeführt wurde, welche einen Wert von 0.45 mg/l ergab. Danach wurde um 02.42 Uhr auf dem Verkehrsstützpunkt Hinwil eine weitere Messung mit dem Atemalkoholmessgerät durchgeführt, wobei diese Messung einen Wert von 0.4 mg/l ergab (Urk. 9). Zu diesem Wert ist im FinZ-Set zusätzlich festgehalten, dass es sich um einen gültigen Wert handle. 20 Minuten zwischen Trinkschluss und Messung seien eingehalten worden (Urk. 1 und Urk. 2 S. 4). Der Beschuldigte verzichtete zudem auf die Abnahme einer Blutprobe (Urk. 2 S. 4).

3.3. Die Vorinstanz hat sich schon sehr einlässlich und sorgfältig mit den Rügen der Verteidigung betreffend Verwertbarkeit des Messergebnisses des Atemalkoholmessgerätes von 0.4 mg/l auseinandergesetzt. Auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz kann zunächst – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 36 S. 4 f.). Ergänzend bzw. zusammenfassend das Folgende: Entgegen der Auffassung der Verteidigung führt eine unvollständige Messserie mit einem Atemalkoholtestgerät nicht zur Ungültigkeit einer nachfolgenden Messung mit einem Atemalkoholmessgerät. Vielmehr sind gesetzlich beide Varianten zur Vornahme einer Atemalkoholprobe vorgesehen. Art. 11a SKV setzt keine gültige Messung nach Art. 11 SKV voraus. Die Messung mit dem Messgerät nach Art. 11a SKV wurde vorliegend von der Polizei richtig durchgeführt. Dabei resultierte ein Wert von 0.4 mg/l, wobei 20 Minuten zwischen Trinkschluss und Messung eingehalten wurden. Dieses Messergebnis ist ohne Weiteres verwertbar, zumal der Beschuldigte ausdrücklich auf die Abnahme einer Blutprobe verzichtete. Dass das Messergebnis falsch ist, wurde von der Verteidigung nicht behauptet. Es ist im Übrigen anzunehmen, dass sich die Polizei für dieses Vorgehen entschied, da im Zeitpunkt der Vornahme der (ersten) Messung mit dem Testgerät noch keine 20 Minuten seit dem Trinkschluss vergangen waren. Der Beschuldigte selbst gab dazu an, er habe sicher noch Restalkohol im Mund gehabt und sei schon nach etwa 500 Metern angehalten worden (Urk. 2 S. 5 und Urk. 8 S. 5).

3.4. Mit der Vorinstanz führt auch die fehlende Unterschrift des Bedieners auf dem Messprotokoll nicht zur Unverwertbarkeit des Messergebnisses von 0.4 mg/l. Es ist zwar richtig, dass auf dem Messprotokoll vom 25. Juli 2020 lediglich das Kürzel des Bedieners "... " ersichtlich ist und eine Unterschrift von Letzterem fehlt (vgl. Urk. 9). Auf Beweisergänzungsantrag der Verteidigung des Beschuldigten wurde jedoch die Identität des Bedieners festgestellt und von der Kantonspolizei Zürich, Verkehrszug Hinwil, mitgeteilt, dass das Messgerät von Gfr F._____ bedient worden sei und F._____ am Alkoholmessgerät ausgebildet und berechtigt sei, solche Messungen vorzunehmen. Die Identität des Bedieners ist mithin bestimmt und damit erkennbar. Dass die Unterschrift des Bedieners eine Gültigkeitsvorschrift darstellt ist überdies nirgends vermerkt. Entsprechendes lässt

sich entgegen der Auffassung der Verteidigung auch nicht aus Art. 19 VSKV-ASTRA herleiten. Dort wird einzig festgehalten, dass Atemalkoholtestgeräte und Atemalkoholmessgeräte nach der Bedienungsanleitung des Herstellers verwendet werden, was vorliegend auch der Fall war. Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf BGE 145 IV 190 E. 1.4, wonach keine Pflicht zur Unterschrift von Polizeirapporten bestehe, soweit der Aussteller bzw. der Verfasser erkennbar bzw. bestimmbar sei (vgl. Urk. 36 S. 5 f.)

3.5. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist jedoch vom Messergebnis von 0.4 mg/l kein Toleranzabzug mehr vorzunehmen. In der von der Vorinstanz dazu zitierten Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel (AAMV) geht es u.a. um die *Anforderungen* an Atemalkoholmessgeräte, welche diese erfüllen müssen. Dort wird unter Ziffer 4 Anhang 3 festgehalten, dass bei einer Atemalkoholkonzentration von 0.40 mg/l die höchste erlaubte Abweichung eines Atemalkoholmessgerätes 0.03 mg/l betragen dürfe. Dies besagt jedoch nicht, dass bei zugelassenen Atemalkoholmessgeräten jeweils von den Messergebnissen noch ein Abzug von 0.03 mg/l bzw. 7.5% des Wertes gemacht werden muss. Vielmehr kommt die VSKV-ASTRA zur Anwendung, zumal gemäss Art. 11a Abs. 4 SKV das ASTRA die Handhabung der Messgeräte regelt. Gemäss Art. 20 VSKV-ASTRA dürfen von den durch Atemalkoholtestgeräte und Atemalkoholmessgeräte angezeigten Messwerten gerade keine Abzüge vorgenommen werden.

3.6. Entsprechend ist mit der Staatsanwaltschaft für die rechtliche Würdigung von einem Messergebnis von 0.4 mg/l Atemalkoholkonzentration auszugehen.

4. Rechtliche Würdigung

4.1. Die Staatsanwaltschaft würdigt das Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als (eventual-)vorsätzliches Fahren in qualifiziert fahruntüchtigem Zustand gemäss Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV.

4.2. Wer wegen Alkoholeinfluss nicht über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt, gilt während dieser Zeit als fahruntüchtig und

darf kein Fahrzeug führen (Art. 31 Abs. 1 SVG). Fahrunfähigkeit wegen Alkoholeinwirkung (Angetrunkenheit) gilt – unabhängig der tatsächlichen Leistungsfähigkeit, von weiteren Beweisen und individueller Alkoholverträglichkeit – als erwiesen, wenn der Fahrzeugführer eine Atemalkoholkonzentration von mindestens 0.25mg Alkohol pro Liter Atemluft aufweist (Art. 55 Abs. 6 lit. a SVG i.V.m. Art. 1 lit. b der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr vom 15. Juni 2012). Eine qualifizierte Atemalkoholkonzentration i.S.v. Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG liegt vor, wenn mindestens 0.40mg Alkohol pro Liter Atemluft gemessen wird (Art. 55 Abs. 6 lit. b SVG i.V.m. Art. 2 lit. b der vorgenannten Verordnung).

4.3. Beim Beschuldigten wurde zum Tatzeitpunkt eine Atemalkoholkonzentration von 0.40 mg/l nachgewiesen. Damit ist der Tatbestand des Fahrens in qualifiziert fahrunfähigem Zustand erfüllt.

4.4. Der Beschuldigte musste zudem aufgrund seines Alkoholkonsums kurz vor Fahrantritt zumindest mit einer unzulässig hohen Alkoholkonzentration rechnen und nahm damit seine Fahrunfähigkeit in Kauf, weshalb er sich des eventualvorsätzlichen Fahrens in qualifiziert fahrunfähigem Zustand schuldig gemacht hat.

4.5. Der Beschuldigte ist demnach des Fahrens in qualifiziert fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV schuldig zu sprechen.

IV. Sanktion und Vollzug

1. Allgemeines

1.1. Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt dabei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden

(Art. 47 Abs. 2 StGB). Der Begriff des Verschuldens hat sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat zu beziehen. Dabei ist zwischen der Tat- und Täterkomponente zu unterscheiden (STEFAN HEIMGARTNER, in: Orell Füssli Kommentar, StGB, 20. Aufl., 2018, N. 6 zu Art. 47 StGB m.w.H.; HANS WIPRÄCHTIGER/STEFAN KELLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl. 2019, N. 85 ff. zu Art. 47 StGB).

1.2. Bei der *Tatkomponente* ist als Ausgangspunkt die objektive Schwere des Delikts festzulegen und zu bewerten. Dabei ist anhand des Ausmasses des Erfolgs sowie auf Grund der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt worden ist. Ebenfalls von Bedeutung sind die kriminelle Energie, der Tatbeitrag bei Tatausführung durch mehrere Täter sowie ein allfälliger Versuch. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens sind insbesondere das Motiv, die Beweggründe, die Willensrichtung sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters zu beurteilen (HEIMGARTNER, a.a.O., N. 7 ff. zu Art. 47 StGB; WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N. 90 ff. zu Art. 47 StGB). Die *Täterkomponente* umfasst demgegenüber die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben, insbesondere frühere Strafen oder Wohlverhalten, sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht oder ein abgelegtes Geständnis (HEIMGARTNER, a.a.O., N. 14 ff. zu Art. 47 StGB; WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N. 120 ff. zu Art. 47 StGB).

1.3. Bei der Bemessung des Verschuldens beim Fahren in angetrunkenem Zustand stehen deliktstypisch einige Faktoren im Vordergrund. Entscheidende Ansatzpunkte und Beurteilungskriterien sind die Trinkumstände und damit zusammenhängend die Voraussehbarkeit der unter Alkoholeinfluss vorgenommenen Fahrt. In engem Zusammenhang mit der Voraussehbarkeit steht als schulderschwerender oder -reduzierender Faktor der Fahrzweck. Hier sind der äussere Anlass der Fahrt und die Frage von deren Entbehrlichkeit bzw. der Notwendigkeit der Benützung des Fahrzeugs zu prüfen. Damit verbunden sind die Gefährlichkeit und Länge der Fahrstrecke einerseits sowie die übrigen zu erwartenden Verkehrsverhältnisse (Sicht, Strassenverhältnisse, Verkehrsdichte) andererseits. Weitere schuldrelevante Umstände können sich aus der Beschaffenheit des Fahr-

zeuges, aus dem Fahrverhalten sowie aus dem tatsächlichen Verlauf der Fahrt ergeben.

1.4. Die Blutalkoholkonzentration ist zwar ein wichtiger, nicht aber ein entscheidender Faktor. Dass nicht der Promillegehalt den Richtwert für die Grösse der Schuld abgeben kann, zeigt sich schon darin, dass einerseits bei gleicher Blutalkoholkonzentration verschiedener Personen die Verkehrssicherheit nicht im selben Mass gefährdet ist (unterschiedliche Alkoholtoleranzen usw.) und andererseits der Betroffene selbst nicht abschätzen kann, welche Blutalkoholkonzentration er erreichen wird bzw. erreicht hat (ZR 93 [1994] Nr. 33).

1.5. Der Beschuldigte hat sich des Fahrens in qualifiziert fahruntüchtigem Zustand i.S.v. Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG schuldig gemacht, wofür die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorgesehen ist.

2. Konkrete Strafzumessung

2.1. Bei der *objektiven Tatschwere* fällt in Betracht, dass der Grad der Alkoholisierung mit 0.40 mg/l gerade bei der Grenze zur qualifizierten Tatbegehung liegt. Aufgrund des Doppelverwertungsverbots darf dieser Umstand bei der konkreten Strafzumessung zwar nicht berücksichtigt werden, da er bereits Merkmal des qualifizierten Tatbestands ist (BGE 142 IV 14 E. 5.4 m.w.H.). Das Gericht ist aber nicht gehindert zu berücksichtigen, in welchem Ausmass der qualifizierte Tatbestand gegeben ist (WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N. 102 zu Art. 47 StGB). Die Einsatzstrafe ist vorliegend am unteren Rand des Strafrahmens anzusetzen. Weiter ist festzuhalten, dass der Beschuldigte durch sein Verhalten weder einen Unfall oder Schaden verursacht hat, noch Personen gefährdet oder durch seinen Zustand oder seine Fahrweise negativ aufgefallen ist. Er wurde lediglich im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle angehalten, wobei bei ihm ein starker Alkoholgeruch wahrgenommen worden sei (Urk. 2 S. 1). Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nur eine relativ kurze Strecke von rund fünf Kilometern zurücklegen wollte, wodurch die Gefahr für die Sicherheit übriger Verkehrsteilnehmer verhältnismässig gering ist. Als leicht strafmindernder Umstand kommt grundsätzlich hinzu, dass der Tatzeitpunkt nach Mitternacht eine geringere Gefahr

hervorrufft, da zu dieser Uhrzeit verhältnismässig weniger Verkehrsteilnehmer unterwegs sind als tagsüber. Etwas relativiert wird diese Gefahrenlage dadurch, dass es sich bei der Tatnacht des 25. Juli 2020 um die Nacht von Samstag auf Sonntag gehandelt hat, in welcher regelmässig Ausgangsveranstaltungen stattfinden, weshalb sich gerade auch nach Mitternacht mehr Fussgänger und Verkehrsteilnehmer auf den Strassen befinden können, als in Nächten der Wochenarbeitsstage. Insgesamt wiegt das objektive Verschulden des Beschuldigten aufgrund des Ausgeführten als noch leicht. Es rechtfertigt sich deshalb eine Einsatzstrafe bei 30 Tagessätzen festzusetzen.

2.2. In *subjektiver Hinsicht* ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich und somit nicht direktvorsätzlich gehandelt hat. Es rechtfertigt sich deshalb, die Einsatzstrafe von 30 Tagessätzen auf 24 Tagessätze zu reduzieren.

2.3. Bezüglich der persönlichen Verhältnisse und des Vorlebens des Beschuldigten ist zunächst festzuhalten, dass er über keine Vorstrafen verfügt (Urk. 41). Vorstrafenlosigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung indessen neutral zu werten (BGE 136 IV 1 E. 2.6.4). Betreffend Nachtatverhalten zeigt sich der Beschuldigte nur minimal geständig. Er anerkennt, einen Personenwagen unter dem Einfluss von Alkohol gelenkt zu haben. Im Übrigen bestreitet er den Sachverhalt. Er behilft sich mit Schutzbehauptungen, wonach das Messresultat seines Atemalkoholwerts mittels Messgerät trotz deren nachgewiesener Funktionalität nicht richtig sei. Insgesamt zeigt der Beschuldigte im Nachtatverhalten weder Einsicht noch Reue. Alleine der Umstand, dass der Beschuldigte nicht in Abrede stellt, unter Alkoholeinfluss gefahren zu sein, wirkt sich deshalb nicht strafmindernd aus. Aus dem Gesagten ergeben sich somit keine weiteren Strafminde-
rungsgründe.

2.4. Bezüglich der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist festzuhalten, dass der Beschuldigte über ein monatliches Einkommen von rund Fr. 6'000.– zzgl. eines 13. Monatslohnes verfügt. Zudem besitzt er eine Eigentumswohnung (Prot. I S. 6; Urk. 54 S. 2). Die Tagessatzhöhe ist auf Fr. 150.– zu bemessen.

3. Vollzug

Der Beschuldigte ist Ersttäter. Die Geldstrafe ist daher bedingt unter Ansetzung einer minimalen Probezeit von 2 Jahren auszusprechen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

4. Verbindungsbusse

4.1. Wird eine bedingte Strafe ausgesprochen, kann diese mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB). Eine solche Verbindungsstrafe kommt insbesondere in Betracht, wenn man dem Täter den bedingten Vollzug einer Geld- oder Freiheitsstrafe gewähren, ihm aber dennoch in gewissen Fällen mit der Auferlegung einer zu bezahlenden Geldstrafe oder Busse einen spürbaren Denkkettel verabreichen möchte. Zu beachten ist indessen, dass das Hauptgewicht auf der bedingten Freiheits- oder Geldstrafe liegt, während der unbedingten Verbindungsgeldstrafe beziehungsweise Busse nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Die Verbindungsstrafe soll nicht etwa zu einer Straferhöhung führen oder eine zusätzliche Strafe ermöglichen. Sie erlaubt lediglich innerhalb der schuldangemessenen Strafe eine tater- und tatangemessene Sanktion, wobei die an sich verwirkte Sanktion und die damit verbundene Geldstrafe beziehungsweise Busse in ihrer Summe schuldangemessen sein müssen (BGE 134 IV 1, E. 4.5.2). Die Verbindungsbusse dient im Weiteren dazu, die Schnittstellenproblematik zwischen der unbedingten Busse (für Übertretungen) und der bedingten Geldstrafe (für Vergehen) zu entschärfen.

4.2. Vorliegend handelt es sich um einen klassischen Fall einer Schnittstellenproblematik im Strassenverkehrsrecht. Um dem Beschuldigten zudem den Ernst der Lage vor Augen zu führen, ist es insgesamt angezeigt, einen Teil der schuldangemessenen Sanktion in der Form einer Busse nach Art. 42 Abs. 4 StGB zu verhängen. Damit der Verbindungsbusse nicht lediglich symbolische Bedeutung zukommt, ist diese auf Fr. 600.– festzusetzen, deren Höhe auch mit den persönlichen bzw. finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten im Einklang steht.

4.3. Unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Strafzumessungsgründe ist es im Lichte der obigen Erwägungen angemessen, den Beschuldigten mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen (Reduktion der Anzahl Tagessätze aufgrund

der Busse) zu Fr. 150.– (entsprechend Fr. 3'000.–) sowie mit einer Busse von Fr. 600.– zu bestrafen. Für den Fall, dass der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht bezahlt, ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen (Umwandlungsfaktor nach der Tagessatzhöhe) auszusprechen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren

1.1. Wird die beschuldigte Person verurteilt, hat sie in der Regel die Kosten des Prozesses zu tragen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

1.2. Vorliegend ist der Beschuldigte vollumfänglich schuldig zu sprechen, womit ihm die Kosten der Untersuchung sowie des gerichtlichen Verfahrens vollumfänglich aufzuerlegen sind. Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 4) ist zu bestätigen.

2. Berufungsverfahren

2.1. Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich, weshalb er auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat (Art. 426 Abs. 1 StPO und Art. 428 StPO). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2.2. Ausgangsgemäss besteht kein Raum für die Zusprechung einer Prozessentschädigung für die anwaltliche Verteidigung des Beschuldigten (Art. 429 Abs. 1 StPO e contrario).

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Fahrens in qualifiziert fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG i.V.m. Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 150.– sowie mit einer Busse von Fr. 600.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberlandsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.
9. 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
I. Strafkammer

Zürich, 31. Januar 2022

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ch. Prinz

MLaw T. Künzle

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.