

SO_GERICHTE STBER.2018.92 vom 28. Juni 2019

SO Obergericht, 2019-06-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STBER.2018.92

FR: SO_GERICHTE STBER.2018.92 du 28 juin 2019

IT: SO_GERICHTE STBER.2018.92 del 28 giugno 2019

Erwägungen

E. 1

Gegenstand sowohl des erstinstanzlichen Verfahrens als auch des Berufungsverfahrens war und ist ausschliesslich eine Übertretung. Bildeten ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, beschränkt Art. 398 Abs. 4 StPO die Überprüfung des Sachverhalts auf offensichtlich unrichtige Feststellungen (willkürliche Feststellung des Sachverhalts) und Rechtsverletzungen. Die Rüge der offensichtlich unrichtigen oder auf Rechtsverletzung beruhenden Feststellung des Sachverhalts entspricht Art. 97 BGG. Offensichtlich unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist. Relevant sind hier zunächst klare Fehler bei der Sachverhaltsermittlung, liegend etwa in Versehen und Irrtümern, offensichtlichen Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Akten- sowie Beweislage und der Urteilsbegründung. In Betracht fallen sodann Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, in erster Linie von Verfahrensvorschriften der StPO selbst, beruht. Unter diesen Rügegrund fallen weiter Konstellationen, in denen die an sich zur Verfügung stehenden Beweismittel offensichtlich ungenügend ausgeschöpft wurden, also der Sachverhalt unvollständig festgestellt und damit der Grundsatz der Wahrheitserforschung von Amtes wegen missachtet wurde (Niklaus Schmid / Daniel Jositsch, Praxiskommentar StPO, 3. Auflage, Zürich / St.Gallen 2018, Rz 13 zu Art. 398). Letzteres entspricht auch der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 95 und 97 BGG, wonach eine innerhalb der Untersuchungsmaxime nicht in allen Punkten umfassende und sorgfältige Beweiserhebung rechtsfehlerhaft und frei überprüfbar ist (s. hierzu die Entscheide des Bundesgerichtes 9C_524/2008, 9C_53/2008, 8C_475/2014, 9C_63/2012 E. 1.1).

Neue Behauptungen und Beweise können in diesem Verfahren nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO, letzter Satz). Neu im Sinne dieser Bestimmung sind Tatsachen und Beweise, die im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht wurden. Nicht darunter fallen demgegenüber Beweise, die beantragt, erstinstanzlich jedoch abgewiesen oder gar nicht geprüft wurden. Der Berufungskläger kann im Berufungsverfahren namentlich rügen, die erstinstanzlich angebotenen Beweise seien in antizipierter Beweiswürdigung willkürlich nicht abgenommen oder abgewiesen worden. Desgleichen kann auch der Berufungsgegner seine erstinstanzlichen Beweisanträge im Berufungsverfahren erneuern. Die Berufungsinstanz entscheidet also aufgrund der bereits vor erster Instanz vorgebrachten Behauptungen und der bestehenden Beweisgrundlage. Hat die erste Instanz Beweise willkürlich nicht abgenommen, kann die Berufungsinstanz den Entscheid nur aufheben und muss den Fall zur Beweisabnahme und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen. Die inhaltliche Beschränkung des Berufungsthemas beschlägt die volle Kognition der Berufungsinstanz zur Überprüfung von Rechtsfragen nicht. Ebenso überprüft

das Berufungsgericht mit voller Kognition den Kostenspruch (Luzius Eugster in: Niggli / Heer / Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 398 StPO N 3a).

E. 2

Die Polizei kann zur Feststellung des Alkoholkonsums Vortestgeräte verwenden, die Auskunft über die Alkoholisierung geben (Art. 10 Abs. 1 SKV). Die Vortests sind nach den Vorschriften des Geräteherstellers durchzuführen (Art. 10 Abs. 3 SKV). Ergibt der Vortest hinsichtlich Alkoholkonsums ein positives Resultat oder hat die Polizei auf den Einsatz eines Vortestgerätes verzichtet, so führt sie eine Atemalkoholprobe durch (Art. 10 Abs. 5 SKV). Gemäss dem auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzten Art. 10a SKV kann die Atemalkoholprobe durchgeführt werden mit: a. einem Atemalkoholtestgerät (Testgerät) nach Artikel 11 SKV; b. einem Atemalkoholmessgerät (Messgerät) nach Artikel 11a SKV. Wird eine Messung mit einem Testgerät durchgeführt, so können bestimmte Werte unterschriftlich anerkannt werden (Art. 10a Abs. 2 SKV mit Verweis auf Art. 11 Abs. 3 SKV). Art. 11 SKV, welcher die Durchführung der Atemalkoholprobe mit einem Testgerät regelt, lautet wie folgt: Die Atemalkoholprobe mit einem Testgerät darf durchgeführt werden: a. frühestens nach einer Wartezeit von 20 Minuten; oder b. nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers (Abs. 1). Für die Probe sind zwei Messungen erforderlich. Weichen diese um mehr als 0,05 mg/l voneinander ab, so sind zwei neue Messungen vorzunehmen. Ergeben auch diese Messungen eine Differenz von mehr als 0,05 mg/l und bestehen Hinweise auf eine Alkoholisierung, so ist eine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät durchzuführen oder eine Blutprobe anzuordnen (Abs. 2). Massgebend ist der tiefere Wert der beiden Messungen. Dieser kann von der betroffenen Person unterschriftlich anerkannt werden, wenn er folgenden Atemalkoholkonzentrationen entspricht: a. bei Personen, die ein Motorfahrzeug geführt haben: 0,25 oder mehr, aber weniger als 0,40 mg/l; b. bei Personen, die dem Verbot des Fahrens unter Alkoholeinfluss nach Artikel 2a Absatz 1 VRV unterstehen: 0,05 oder mehr, aber weniger als 0,40 mg/l; c. bei Personen, die ein motorloses Fahrzeug oder ein Motorfahrrad geführt haben: 0,25 oder mehr, aber weniger als 0,55 mg/l (Abs. 3). Die Testgeräte müssen die Anforderungen der Messmittelverordnung vom 15. Februar 2006 und der entsprechenden Ausführungsvorschriften des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements erfüllen (Abs. 4). Das ASTRA regelt die Handhabung der Testgeräte (Abs. 5). Gemäss Art. 19 der Verordnung des Astra zur Strassenverkehrskontrollverordnung (VSKV-ASTRA) müssen Atemalkoholtestgeräte und Atemalkoholmessgeräte nach der Bedienungsanleitung des Herstellers verwendet werden.

E. 3

Im Strafprozess gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Demnach würdigt das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO). Durch die in der BAGV festgelegten Grenzwerte von 0.5 Gewichtspro mille Blutalkohol resp. 0.25 mg Alkohol pro Liter Atemluft Atemalkoholkonzentration wird dieser Grundsatz indessen eingeschränkt (Urteil 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012 E. 1.4.1). Im Rahmen des Handlungsprogrammes «Via sicura» wurde u.a. die so genannte «beweissichere» Atemalkoholprobe eingeführt. Daraus resultierte der in der Neufassung der BAGV per 1. Oktober 2016 eingeführte gesonderte Grenzwert für die Atemalkoholkonzentration sowie die Anpassung der Art. 10 ff. der SKV. Demnach kann der Atemalkohol seit 1. Oktober 2016 entweder mit einem Testgerät oder

mit einem besonders messgenauen Messgerät festgestellt werden. Mit einem Testgerät festgestellte Werte zwischen 0.25 und 0.40 mg/l Atemalkohol können von der kontrollierten Person anerkannt werden, wobei in diesem Fall der tiefere Wert der beiden Messungen massgebend ist (s. den bereits vorstehend unter Ziff. 2 zitierten Art. 11 Abs. 3 lit. a SKV). Eine solche Möglichkeit der Anerkennung der Atemalkoholprobe sah bereits das vor dem 1. Oktober 2016 geltende Recht vor. Bereits unter altem Recht hatte die Anerkennung des gemessenen Wertes grundsätzlich volle Beweiskraft (unter Vorbehalt einer im Rahmen freier richterlicher Beweiswürdigung zu überprüfenden Rüge der unrichtigen Sachverhaltsermittlung). Dies galt ■ und gilt auch nach dem 1. Oktober 2016 ■ ebenso für den Fall, dass der Beschuldigte später auf seine Anerkennung zurückkommt (Bundesgerichtsurteil vom 26.9.2013, 6B_186/2013), jedoch nur unter der Bedingung, dass die einschlägigen Verfahrensbestimmungen, welche die Verlässlichkeit garantieren, eingehalten werden. Ist dies nicht der Fall, führt dies zur Unverwertbarkeit der anerkannten Atemalkoholprobe (s. dazu Philippe Weissenberger, in *forum* poenale 2/2014, S. 87 ff., insb. S. 92; derselbe in *Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz*, 2. Auflage, 2015, Rz 27 zu Art. 55 SVG; Silvan Fahrni / Stefan Heimgartner, in *Basler Kommentar zum SVG*, 1. Auflage, 2014, Rz 15 zu Art. 55 SVG).

Zu den einschlägigen Verfahrensbestimmungen, welche die Verlässlichkeit von Atemalkoholproben mit Testgeräten garantieren sollen, gehört insbesondere der vorstehend unter Ziff. 2 ebenfalls bereits zitierte Art. 11 Abs. 1 SKV, wonach eine Atemalkoholprobe mit einem Testgerät entweder frühestens nach einer Wartezeit von 20 Minuten (lit. a) oder nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers (lit. b) durchgeführt werden darf. Es handelt sich hierbei um Gültigkeitsvorschriften. Der Grund der 20-minütigen Wartezeit liegt darin, dass zuvor die Werte des gemessenen Atemalkohols nicht mit der tatsächlichen Blutalkoholkonzentration korrespondieren und tendenziell ■ aufgrund der noch im Mund vorhandenen Alkoholdämpfe der alkoholischen Flüssigkeit ■ einen zu hohen Wert ergeben, wobei gewisse Geräte Messungen bereits vor Ablauf dieser Zeitdauer nach Mundspülungen erlauben (Philippe Weissenberger, a.a.O., Rz 3; Silvan Fahrni/Stefan Heimgartner, a.a.O. Rz 14).

E. 4

Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen (Auslegung nach dem Wortlaut). Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss der Richter unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Dabei hat er insbesondere den Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung). Weiter hat der Richter nach dem Zweck, dem Sinn und den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (teleologische Auslegung). Wichtig ist auch der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt, und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematische Auslegung). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzesnormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 144 III 29 E. 4.4.1 S. 34 f.; 131 III 314 E. 2.2 S. 315 f.; 121 III 460 E. 4a/bb S. 465; je mit Hinweisen; Urteil 5A_841/2017 vom 18. Dezember 2018 E. 5.1). Im Strafrecht gilt der Grundsatz «nulla poena sine lege». Demnach darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung

verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nicht strafbar war. Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein. Indessen bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung. Es ist auch im Strafrecht gerade Aufgabe der Gerichte, verbleibende Auslegungszweifel zu beheben (Bundesgerichtsurteil vom 29. Juni 2012, 2C_484/2010, E 8.2.1).

Vorliegend fragt sich, wie Art. 11 Abs. 1 SKV auszulegen ist. Ausgangspunkt ist hierbei wie erwähnt zunächst der Wortlaut. Dieser lautet: «Die Atemalkoholprobe mit einem Testgerät darf durchgeführt werden: a. frühestens nach einer Wartezeit von 20 Minuten; oder b. nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers». Dieser Wortlaut kann auf zwei Arten ausgelegt werden, je nachdem wie das Wort «allfälliger» in lit. b zu interpretieren ist. Die erste Auslegung kann dahingehend vorgenommen werden, dass die Wartezeit von 20 Minuten lediglich dann unterschritten werden darf, wenn der Gerätehersteller ein solches Szenario der Verkürzung der Wartezeit durch eine Mundspülung vorsieht (welches einzuhalten ist). Ebenso zulässig und mit dem Wortlaut ohne weiteres vereinbar, wäre jedoch eine Auslegung dahingehend, dass im Falle der Vornahme einer Mundspülung die 20-minütige Wartezeit in jedem Fall unterschritten werden darf, auch wenn der Gerätehersteller kein solches Szenario vorsieht, lediglich für den Fall allfälliger Angaben des Geräteherstellers zur Vornahme der Mundspülung wären diese zu beachten.

Im Rahmen des Revisionspakets «via sicura» hat Art. 11 Abs. 1 SKV lediglich eine marginale Änderung erfahren. Vor dem 1. Oktober 2016 lautete besagte Bestimmung wie folgt: «Die Atemalkoholprobe darf durchgeführt werden: a. frühestens 20 Minuten nach dem Trinkende; oder b. nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers». Der Grund für diese redaktionelle Anpassung geht aus den Gesetzesmaterialien nicht hervor. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Anpassung der 20-minütigen Wartezeit besonders diskutiert worden wäre. Der Kern der Neuerungen hinsichtlich der Atemalkoholprobe war ja die Einführung von beweissicheren Messverfahren. Zu diesem Zweck wurde die Verwendung von Alkoholmessgeräten vorgesehen, welche zuverlässigere Werte als die Alkoholtestgeräte ergeben, da die primäre Fehlerquelle des Mundalkohols minimiert wird. Gemäss dem neu geschaffenen Art. 11a SKV beträgt die Wartezeit bei Alkoholmessgeräten lediglich 10 Minuten (Abs. 1). Weist das Messgerät Mundalkohol nach, so muss mit der Durchführung der Atemalkoholprobe mindestens weitere 5 Minuten gewartet werden (Abs. 2). Die Möglichkeit einer Mundspülung ist bei der Verwendung von Alkoholmessgeräten nicht vorgesehen. Die Resultate der Messgeräte sind auch ohne Anerkennung durch den Betroffenen beweiskräftig. Aus der Systematik der Art. 10a ff. SKV ergibt sich somit hinsichtlich des Beweiswertes folgende «Hierarchiestufenfolge»: Das Resultat des Testgerätes ist beweiskräftig, wenn der Betroffene das Resultat im Sinne von Art. 10a Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 3 SKV anerkennt und die übrigen Voraussetzungen von Art. 11 SKV (insb. Abs. 1) eingehalten werden. Anerkennt der Betroffene das Resultat nicht, so kann mittels eines Messgerätes eine beweissichere Atemalkoholprobe durchgeführt werden. Der Betroffene kann in jedem Fall anstelle einer Atemalkoholprobe eine Blutprobe verlangen. Eine solche ist unter gewissen Voraussetzungen auch sonst anzuordnen (bspw. wenn keine Atemalkoholprobe mittels eines Messgerätes durchgeführt werden kann).

In der entsprechenden Verordnung des Astra (VSKV-Astra) sind zu den Alkoholmessungen lediglich drei Artikel enthalten. Art. 19 hält fest, dass Atemalkoholtestgeräte und Atemalkoholmessgeräte nach der Bedienungsanleitung des Herstellers verwendet werden

müssen. In Art. 20 ist festgehalten, dass bei beiden Geräten keine Abzüge von den Messwerten vorgenommen werden dürfen. Art. 21 widmet sich den Gerätestörungen. Weder die Weisungen des Astra betreffend die Feststellung der Fahrunfähigkeit im Strassenverkehr vom 2. August 2016 noch die Messmittelverordnung (MessMV) oder die Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel (AAMV) enthalten weiterführende Bestimmungen über die genaue Durchführung einer Mundspülung gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b SKV.

Aus dem systematischen Zusammenspiel der vorstehend erwähnten Bestimmungen und der Entstehungsgeschichte der im Rahmen von «via sicura» eingeführten beweissicheren Atemalkoholproben erschliesst sich folgender gesetzgeberischer Wille: Der Gesetzgeber wollte eine möglichst einfache, eingriffsarme und kostengünstige Möglichkeit zur Feststellung der alkoholbedingt fehlenden Fahreignung schaffen, der jedoch auch ohne Anerkennung des Resultates durch den Betroffenen voller Beweiswert zukommt. Dabei war er sich der primären Fehlerquelle der Verfälschung des Messergebnisses bei Atemalkoholproben durch Mundalkohol bewusst. Gleichzeitig hat er aber das bisherige einfache Verfahren des Einsatzes von Alkoholtestgeräten mit Anerkennung der Resultate durch den Betroffenen beibehalten, ohne an den Modalitäten irgendetwas zu ändern. So hat er insbesondere die Wartezeit von 20 Minuten beibehalten, währenddessen für die beweissicheren Messgeräte die Wartezeit auf die Hälfte verkürzt wurde (resp. bei festgestelltem Mundalkohol auf 15 Minuten). Damit hat er klargemacht, dass er die Wartezeit von 20 Minuten bei den Testgeräten nach wie vor für gerechtfertigt hält und diese nicht ohne weiteres verkürzt werden soll. Indem das Astra im Rahmen der Anpassung der VSKV-ASTRA an das Verfahren der beweissicheren Atemalkoholprobe keine Notwendigkeit zur Präzisierung hinsichtlich des Vorgehens bei Mundspülungen sah, stattdessen in Art. 19 lapidar festhielt, die Bedienungsanleitungen des Herstellers seien einzuhalten, wird klar, dass es diesen ein hohes Gewicht beimass. Vor diesem Hintergrund kann Art. 11 Abs. 1 SKV offensichtlich nicht so verstanden werden, die Wartezeit von 20 Minuten beim Einsatz von Testgeräten könne durch eine auf irgendeine Art durchgeführte Mundspülung in jedem Fall verkürzt werden, auch wenn die Bedienungsanleitung des Herstellers hierzu gar keine Vorgaben macht.

E. 5

Die Bedienungsanleitung des im vorliegenden Fall eingesetzten Testgerätes hält in Ziff. 3.1 Punkt 3 folgendes fest «Wartezeit mindestens 15 Minuten nach der letzten Alkoholaufnahme in den Mund! Restalkohol im Mund kann die Messung verfälschen. Auch bei aromatischen Getränken (z.B. Fruchtsaft), alkoholischen Mundsprays, medizinischen Säften und Tropfen und nach Aufstossen und Erbrechen können Verfälschungen auftreten. Auch in diesen Fällen eine Wartezeit von mindestens 15 Minuten einhalten. Eine Mundspülung mit Wasser oder nichtalkoholischen Getränken verkürzt die Wartezeit nicht» (AS 38). Die Bedienungsanleitung sieht somit das Verfahren der Mundspülung zur Verkürzung der Wartezeit nicht vor, weshalb Art. 11 Abs. 1 lit. b SKV nicht erfüllt ist. Im Gegenteil: Die Bedienungsanleitung erwähnt explizit, dass die Wartezeit durch eine Mundspülung nicht verkürzt werden kann. Dass sich die Bedienungsanleitung diesbezüglich auf die 15-minütige Wartezeit bezieht, ändert an der Sachlage nichts. Wenn eine Mundspülung eine 15-minütige Wartezeit nicht verkürzt, so ist davon auszugehen, dass die Mundspülung beim betreffenden Gerät ganz generell ohne Einfluss auf die Wartezeit ist, mithin auch die vom Gesetzgeber geforderte 20-minütige Wartezeit nicht zu verkürzen

vermag.

Dass die Bedienungsanleitung unabhängig von einer Mundspülung die gesetzlich normierte Wartezeit von 20 Minuten verkürzen könnte, ist klar zu verneinen. Dies wollte der Gesetzgeber offensichtlich nicht, sonst hätte er auch bei Art. 11 Abs. 1 lit. a SKV einen Vorbehalt der Bedienungsanleitung des Herstellers angebracht. Daraus folgt, dass betreffend den Beschuldigten der Beweis der Angetrunkenheit durch die ■ nicht gemäss den gesetzlichen Vorschriften durchgeführte ■ Atemalkoholprobe nicht erbracht wurde. Dass dieser Beweis im vorliegenden Fall allenfalls durch die im Polizeiprotokoll bei Verdacht auf Fahruntfähigkeit enthaltenen Angaben unter der Rubrik «Beobachtung der Person» (AS 9) erbracht worden wäre, wird von der Staatsanwaltschaft zurecht nicht behauptet und kann daher im vorliegenden Verfahren mit beschränkter Sachverhaltskognition kein Thema sein. Bei dieser Sachlage erübrigen sich auch weitere ■ ebenfalls den Sachverhalt betreffende ■ Erwägungen, ob die Wartezeit allenfalls auch die vom Gerätehersteller verlangten 15 Minuten unterschritten hat. Der Beschuldigte ist daher freizusprechen.

IV. Kosten und Entschädigung

Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrer Berufung vollständig. Der Staat hat daher die Kosten des Verfahrens vor erster Instanz mit einer Urteilsgebühr von CHF 600.00, total CHF 730.00, sowie die Kosten des Berufungsverfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 1'000.00, total CHF 1'050.00, zu tragen.

Ebenso hat der Staat den Beschuldigten für seinen Verteidigungsaufwand im Berufungsverfahren zu entschädigen. Die Kostennote von Rechtsanwalt Gressly erscheint angemessen. Die Entschädigung ist daher auf CHF 2'925.15 festzusetzen. Vor erster Instanz hat der Beschuldigte auf eine Entschädigung für die Ausübung seiner Verfahrensrechte ausdrücklich verzichtet (AS 87, 121).

Demnach wird in Anwendung von Art. 379 ff., 398 ff. und 416 ff. erkannt:

1.A. ___ wird vom Vorhalt des Fahrens in fahruntfähigem Zustand (mit Motorfahrzeug) freigesprochen.

2.A. ___, privat vertreten durch Rechtsanwalt Philipp Gressly, Solothurn, wird für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'925.15 (inkl. Auslagen und MWST), zahlbar durch die Zentrale Gerichtskasse Solothurn, zugesprochen.

3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 600.00, insgesamt CHF 730.00, trägt der Staat.

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 1'000.00, insgesamt CHF 1'050.00, trägt der Staat.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innerhalb 30 Tagenseit Erhalt des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Strafsache eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des begründeten Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Art. 78 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Strafkammer des Obergerichts

Der Präsident

Kiefer

Die Gerichtsschreiberin

Lupi De Bruycker

E. 6

Am 8. April 2018 gab der Beschuldigte bekannt, dass er nicht mehr anwaltlich vertreten werde und er sich fortan selbst verteidige. Überdies nahm er Stellung zum Sachverhalt bzw. zu den erhobenen Beweisen. Insbesondere führte er aus, dass ihm von den Polizeibeamten – entgegen den Angaben im polizeilichen Ermittlungsbericht – nicht die Möglichkeiten einer Mundspülung oder einer Wartezeit von weiteren zehn Minuten erläutert worden seien. Er sei vielmehr nach dem ersten Atemalkoholtest gefragt worden, ob er Wasser dabei habe, und als er die Frage bejaht habe, sei er geradezu in militärischem Befehlston aufgefordert worden, dieses zu trinken bzw. eine Mundspülung vorzunehmen. Er habe sich zunächst geweigert, ohne entsprechende Wartezeit ein weiteres Mal in das Testgerät zu blasen; auf Befehl hin habe er dies aber getan. Ferner machte der Beschuldigte unter Bezugnahme auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen im Wesentlichen sinngemäss geltend, die rechtlichen Vorgaben nach Art. 11 SKV seien von der Polizei vorliegend nicht eingehalten worden; weder sei eine Wartezeit von 20 Minuten nach seinem letzten Alkoholkonsum eingehalten noch sei eine Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers vorgenommen worden. Demgemäss könne er die gemessenen Werte und das Vorgehen der Polizei nicht akzeptieren (AS 63 ff.).

E. 7

Mit Verfügung vom 16. April 2018 hielt die Staatsanwaltschaft am angefochtenen Strafbefehl fest und überwies das Verfahren samt den Akten dem Gerichtspräsidium von Bucheggberg-Wasseramt zum Entscheid. Gleichzeitig wurde beantragt, es sei Polizist B.____ als Zeuge zu befragen (AS 81).

E. 8

Mit Verfügung vom 25. Juni 2018 lud der Amtsgerichtspräsident von Bucheggberg-Wasseramt den Beschuldigten sowie B.____ als Zeugen zur Hauptverhandlung auf den 14. September 2018 vor (AS 83).

E. 9

Nach durchgeführter Hauptverhandlung erliess der Amtsgerichtspräsident am 14. September 2018 folgendes Urteil (AS 104 ff.): « 1. A.____ wird vom Vorhalt des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (mit Motorfahrzeug), angeblich begangen am 9. September 2017, ohne Ausrichtung einer Entschädigung freigesprochen. 2. Die Kosten des Verfahrens, mit einer Urteilsgebühr von CHF 600.00, total CHF 730.00, gehen zulasten des Staates.»

E. 10

Am 28. September 2018 meldete der Oberstaatsanwalt die Berufung gegen das Urteil vom 14. September 2018 an. Nachdem der Staatsanwaltschaft am 5. Dezember 2018 das begründete Urteil zugestellt worden war, reichte der Oberstaatsanwalt am 19. Dezember 2018 die Berufungserklärung ein. Demnach werde das Urteil vollumfänglich angefochten. Es werde ein Schuldspruch wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand, eine Verurteilung zu einer Busse von CHF 800.00 und die Auferlegung der Kosten auf den Beschuldigten

verlangt. Beweisanträge wurden keine gestellt. Die Staatsanwaltschaft erklärte sich zudem vorsorglich mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden.

E. 11

Am 8. Februar 2019 teilte Rechtsanwalt Philipp Gressly für den Beschuldigten mit, dass weder ein Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung der Staatsanwaltschaft gestellt, noch die Anschlussberufung erklärt werde. Hingegen werde der Beweisantrag gestellt, den Beschuldigten ergänzend zur Sache zu befragen. Die Verteidigung begründete diesen Beweisantrag damit, dass das Trinkende nicht zweifelsfrei festgestellt worden sei. Für den Fall, dass im Berufungsverfahren nicht lediglich Rechtsfragen zur Debatte stünden und nicht ohnehin davon auszugehen sei, dass auch ein kürzeres Intervall zwischen Trinkende und erster Testung als 15 Minuten denkbar sei, sei der Beschuldigte zum Trinkende zu befragen.

E. 12

Am 20. Februar 2019 beantragte die Staatsanwaltschaft die Abweisung des Beweisantrages der Verteidigung. Mit Verfügung vom 28. Februar 2019 ordnete der Instruktionsrichter unter Hinweis auf Art. 398 Abs. 4 StPO und 406 Abs. 1 lit. c StPO das schriftliche Verfahren an und setzte der Staatsanwaltschaft Frist zur schriftlichen Berufungsbegründung.

E. 13

Nachdem sich die Verteidigung mit Eingabe vom 28. Februar 2019 erneut hatte vernehmen lassen, begründete die Staatsanwaltschaft am 11. April 2019 die Berufung wie folgt: Angesichts der im Berufungsverfahren wegen Übertretungen geltenden eingeschränkten Kognition und da der Beschuldigte seinerseits keine Anschlussberufung erklärt habe, sei von dem Sachverhalt auszugehen, den die Vorinstanz ihrem Urteil zugrunde gelegt habe. Es gehe deshalb einzig um die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 SKV. Diese Bestimmung erlaube die Durchführung der Atemalkoholprobe mit einem Testgerät frühestens nach einer Wartezeit von 20 Minuten oder nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers. Mit den in Art. 11 Abs. 1 SKV geschilderten Rahmenbedingungen solle eine korrekte Messung unter Ausschluss der möglichen Fehlerquelle «Mundrestalkohol» gewährleistet werden. Bei dem in besagter Bestimmung enthaltenen «oder» handle es sich um ein echtes «oder» im Sinne einer Alternative. Es müsse mit anderen Worten nur eine von mehreren Bedingungen erfüllt sein, damit das Prozedere weitergeführt werden kann, also entweder nach einer Wartezeit von 20 Minuten, oder aber nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers. Im vorliegenden Fall sei eine Mundspülung vorgenommen worden. Die zeitlichen Verhältnisse würden sich wie folgt präsentieren: Trinkende: 03:40 Uhr; Kontrolle: 03:50 Uhr; 1. Atemtest: 03:51 Uhr (über 0.4 mg/l); Mundspülung: 03:51 -03:56 Uhr; 1. Messung: 03:56 Uhr (0.39 mg/l); 2. Messung: 03:57 Uhr (0.42 mg/l). Nach Angaben des Geräteherstellers (s. dazu die Gebrauchsanweisung [AS 32 ff.]) müsse eine Mindestwartezeit von 15 Minuten nach dem letzten Alkoholkonsum eingehalten werden, wobei eine Mundspülung die Wartezeit nicht verkürze. Damit sei offensichtlich die vom Gerätehersteller angegebene Mindestwartezeit gemeint und nicht diejenige nach Art. 11 Abs. 1 lit. a SKV. Mit der vom Gerätehersteller definierten Mindestwartezeit von 15 Minuten wolle dieser seinerseits ebenfalls sicherstellen, dass die Messung mit seinen Geräten in jedem Fall ein korrektes Resultat ermittle. Durch die Vornahme der

Mundspülung sei im konkreten Fall möglicher Mundrestalkohol als Hauptfehlerquelle bei einer Atemluft-Messung eliminiert worden. Es gebe also keinen Grund, hier quasi im Sinne eines sog. fallback levels (Rückfall-Ebene) wieder auf die Kautelen von lit. a zurückzugreifen, zumal die vom Gerätehersteller vorgeschriebene Mindestwartezeit eingehalten, also die «allfälligen Angaben des Geräteherstellers» im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. b SKV beachtet worden seien.

E. 14

Mit Eingabe vom 7. Mai 2019 beantragte die Verteidigung in Abweisung der Berufung einen Freispruch des Beschuldigten unter Ausrichtung einer Parteientschädigung gemäss beigelegter Kostennote und Auferlegung der Kosten auf die Staatskasse. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, das vom Gesetzgeber verlangte Zeitintervall von 20 Minuten zwischen Trinkende und Atemluft-Testung basiere auf im Ausland gemachten Erfahrungen sowie forensischen Erkenntnissen und könne nicht durch irgendwelche Angaben des Geräteherstellers unterlaufen werden. Auf die Angaben des Geräteherstellers könne nur insofern abgestellt werden, als dass eine durch diesen vorgesehene Mundspülung unter Einhaltung der entsprechenden gerätebedingten Modalitäten die Einhaltung der gesetzlichen Wartefrist von 20 Minuten ersetzen könne. Im vorliegenden Fall habe der Gerätehersteller jedoch nicht nur keine solche – die Wartefrist verkürzende – Mundspülung vorgesehen, sondern im Gegenteil sogar darauf hingewiesen, dass eine Mundspülung die Wartefrist nicht verkürze. Dass der Gerätehersteller in Abweichung von Art. 11 SKV eine Wartefrist von 15 Minuten vorsehe, sei dabei belanglos, da bezüglich der Wartefrist der Gesetzgeber abschliessend legiferiert habe. Die gesetzliche Wartefrist von 20 Minuten könne der Gerätehersteller nicht verkürzen. Falls man dieser rechtlichen Sicht nicht folgen wolle, so gelte es zu beachten, dass die Vorinstanz ohne Vornahme einer eigentlichen Beweiswürdigung geschlossen habe, die beiden Testungen seien 16 bzw. 17 Minuten nach Trinkende erfolgt. Da die Vorinstanz keine Beweiswürdigung vorgenommen habe und auch nicht begründe, wie sie auf den diesbezüglichen Schluss eines Zeitablaufs von 16 bzw. 17 Minuten zwischen Trinkende und Testung kommt, verletze sie das rechtliche Gehör des Beschuldigten. Das erstinstanzliche Beweisergebnis sei daher verfahrensfehlerhaft zustande gekommen und könne einer Verurteilung des Beschuldigten nicht zugrunde gelegt werden. Es sei daher nicht einmal der Beweis erbracht, dass die vom Hersteller erwähnten 15 Minuten zwischen Trinkende und Testung eingehalten worden seien, weshalb auch aus diesem Grund «in dubio pro reo» ein Freispruch zu erfolgen habe. Wolle man nicht von einer Wartefrist unter 15 Minuten ausgehen, müsse der Beschuldigte zum Trinkende erneut befragt werden. II. Gegenstand des Berufungsverfahrens und massgebender Sachverhalt 1. Gegenstand sowohl des erstinstanzlichen Verfahrens als auch des Berufungsverfahrens war und ist ausschliesslich eine Übertretung. Bildeten ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, beschränkt Art. 398 Abs. 4 StPO die Überprüfung des Sachverhalts auf offensichtlich unrichtige Feststellungen (willkürliche Feststellung des Sachverhalts) und Rechtsverletzungen. Die Rüge der offensichtlich unrichtigen oder auf Rechtsverletzung beruhenden Feststellung des Sachverhalts entspricht Art. 97 BGG. Offensichtlich unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist. Relevant sind hier zunächst klare Fehler bei der Sachverhaltsermittlung, liegend etwa in Versehen und Irrtümern, offensichtlichen Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Akten- sowie Beweislage und der Urteilsbegründung. In Betracht fallen sodann Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, in erster Linie von

Verfahrensvorschriften der StPO selbst, beruht. Unter diesen Rügegrund fallen weiter Konstellationen, in denen die an sich zur Verfügung stehenden Beweismittel offensichtlich ungenügend ausgeschöpft wurden, also der Sachverhalt unvollständig festgestellt und damit der Grundsatz der Wahrheitserforschung von Amtes wegen missachtet wurde (Niklaus Schmid / Daniel Jositsch, Praxiskommentar StPO, 3. Auflage, Zürich / St.Gallen 2018, Rz 13 zu Art. 398). Letzteres entspricht auch der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 95 und 97 BGG, wonach eine innerhalb der Untersuchungsmaxime nicht in allen Punkten umfassende und sorgfältige Beweiserhebung rechtsfehlerhaft und frei überprüfbar ist (s. hierzu die Entscheide des Bundesgerichtes 9C_524/2008, 9C_53/2008, 8C_475/2014, 9C_63/2012 E. 1.1). Neue Behauptungen und Beweise können in diesem Verfahren nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO, letzter Satz). Neu im Sinne dieser Bestimmung sind Tatsachen und Beweise, die im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht wurden. Nicht darunter fallen demgegenüber Beweise, die beantragt, erstinstanzlich jedoch abgewiesen oder gar nicht geprüft wurden. Der Berufungskläger kann im Berufungsverfahren namentlich rügen, die erstinstanzlich angebotenen Beweise seien in antizipierter Beweiswürdigung willkürlich nicht abgenommen oder abgewiesen worden. Desgleichen kann auch der Berufungsgegner seine erstinstanzlichen Beweisanträge im Berufungsverfahren erneuern. Die Berufungsinstanz entscheidet also aufgrund der bereits vor erster Instanz vorgebrachten Behauptungen und der bestehenden Beweisgrundlage. Hat die erste Instanz Beweise willkürlich nicht abgenommen, kann die Berufungsinstanz den Entscheid nur aufheben und muss den Fall zur Beweisabnahme und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen. Die inhaltliche Beschränkung des Berufungsthemas beschlägt die volle Kognition der Berufungsinstanz zur Überprüfung von Rechtsfragen nicht. Ebenso überprüft das Berufungsgericht mit voller Kognition den Kostenspruch (Luzius Eugster in: Niggli / Heer / Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 398 StPO N 3a). 2. Vorliegend stellt sich primär eine Rechtsfrage. Strittig ist, ob auf die beim Beschuldigten durchgeführten Atemalkoholtestungen abgestellt werden kann, obschon zwischen Trinkende und Vornahme der Testungen keine 20 Minuten vergangen sind, wie dies Art. 11 Abs. 1 lit. a der Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV) verlangt. Die Staatsanwaltschaft als Berufungsklägerin rügt die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht und geht dieser folgend davon aus, dass die beiden vorliegend massgebenden Messungen des Atemalkohols 16 resp. 17 Minuten nach Trinkende vorgenommen wurden. Sind ausgehend von dieser Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz die Anforderungen gemäss Art. 11 SKV an die Durchführung der Atemalkoholprobe mit einem Testgerät und Anerkennung der dementsprechenden Werte nicht eingehalten und ist aus diesem Grund der Beweis der Angetrunkenheit im Sinne von Art. 91 Abs. 1 lit. a SVG gescheitert, so erübrigt sich eine weitere Sachverhaltsabklärung – hinsichtlich der Frage, ob zwischen Trinkende und Testungen allenfalls weniger als 15 Minuten vergangen sind – resp. die Klärung der Frage, ob diesbezügliche Sachverhaltsrügen im Berufungsverfahren unter Berücksichtigung von Art. 398 Abs. 4 StPO überhaupt zu hören sind. In einem ersten Schritt ist daher die geschilderte strittige Rechtsfrage zu klären. In einem zweiten Schritt wäre dann, soweit noch erforderlich, auf die Sachverhaltsabklärung einzugehen. III. Die Anforderungen an den Beweis der Angetrunkenheit in rechtlicher Hinsicht 1. Wer wegen Alkohol-, Betäubungsmittel- oder Arzneimitteleinfluss oder aus anderen Gründen nicht über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt, gilt während dieser Zeit als fahruntüchtig und darf kein Fahrzeug führen (Art. 31 Abs. 2 SVG). Gemäss Art. 91 Abs. 1 lit. a SVG wird mit Busse bestraft, wer in angetrunkenem Zustand ein

Motorfahrzeug führt. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft, wer in angetrunkenem Zustand mit qualifizierter Atemalkohol- oder Blutalkoholkonzentration ein Motorfahrzeug führt (Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG). Die Bundesversammlung legt in einer Verordnung fest: a. bei welcher Atemalkohol- und bei welcher Blutalkoholkonzentration unabhängig von weiteren Beweisen und individueller Alkoholverträglichkeit Fahruntfähigkeit im Sinne dieses Gesetzes angenommen wird (Angetrunkenheit); und b. welche Atemalkohol- und welche Blutalkoholkonzentration als qualifiziert gelten (Art. 55 Abs. 6 SVG). Gemäss Art. 1 der seit dem 1. Oktober 2016 in Kraft stehenden Neufassung der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr vom

E. 15

Juni 2012 (BAGV) gilt Fahruntfähigkeit wegen Alkoholeinwirkung (Angetrunkenheit) als erwiesen, wenn der Fahrzeugführer eine Blutalkoholkonzentration von 0,5 Gewichtspro mille oder mehr aufweist (lit. a), eine Atemalkoholkonzentration von 0,25 mg Alkohol oder mehr pro Liter Atemluft aufweist (lit. b) oder eine Alkoholmenge im Körper hat, die zu einer Blutalkoholkonzentration nach Buchstabe a führt (lit. c). Als qualifizierte Alkoholkonzentrationen gelten eine Blutalkoholkonzentration von 0,8 Gewichtspro mille oder mehr (Art. 2 lit. a BAGV) oder eine Atemalkoholkonzentration von 0,4 mg Alkohol oder mehr pro Liter Atemluft (Art. 2 lit. b BAGV). 2. Die Polizei kann zur Feststellung des Alkoholkonsums Vortestgeräte verwenden, die Auskunft über die Alkoholisierung geben (Art. 10 Abs. 1 SKV). Die Vortests sind nach den Vorschriften des Geräteherstellers durchzuführen (Art. 10 Abs. 3 SKV). Ergibt der Vortest hinsichtlich Alkoholkonsums ein positives Resultat oder hat die Polizei auf den Einsatz eines Vortestgerätes verzichtet, so führt sie eine Atemalkoholprobe durch (Art. 10 Abs. 5 SKV). Gemäss dem auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzten Art. 10a SKV kann die Atemalkoholprobe durchgeführt werden mit: a. einem Atemalkoholtestgerät (Testgerät) nach Artikel 11 SKV; b. einem Atemalkoholmessgerät (Messgerät) nach Artikel 11a SKV. Wird eine Messung mit einem Testgerät durchgeführt, so können bestimmte Werte unterschriftlich anerkannt werden (Art. 10a Abs. 2 SKV mit Verweis auf Art. 11 Abs. 3 SKV). Art. 11 SKV, welcher die Durchführung der Atemalkoholprobe mit einem Testgerät regelt, lautet wie folgt: Die Atemalkoholprobe mit einem Testgerät darf durchgeführt werden: a. frühestens nach einer Wartezeit von 20 Minuten; oder b. nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers (Abs. 1). Für die Probe sind zwei Messungen erforderlich. Weichen diese um mehr als 0,05 mg/l voneinander ab, so sind zwei neue Messungen vorzunehmen. Ergeben auch diese Messungen eine Differenz von mehr als 0,05 mg/l und bestehen Hinweise auf eine Alkoholisierung, so ist eine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät durchzuführen oder eine Blutprobe anzuordnen (Abs. 2). Massgebend ist der tiefere Wert der beiden Messungen. Dieser kann von der betroffenen Person unterschriftlich anerkannt werden, wenn er folgenden Atemalkoholkonzentrationen entspricht: a. bei Personen, die ein Motorfahrzeug geführt haben: 0,25 oder mehr, aber weniger als 0,40 mg/l; b. bei Personen, die dem Verbot des Fahrens unter Alkoholeinfluss nach Artikel 2a Absatz 1 VRV unterstehen: 0,05 oder mehr, aber weniger als 0,40 mg/l; c. bei Personen, die ein motorloses Fahrzeug oder ein Motorfahrrad geführt haben: 0,25 oder mehr, aber weniger als 0,55 mg/l (Abs. 3). Die Testgeräte müssen die Anforderungen der Messmittelverordnung vom 15. Februar 2006 und der entsprechenden Ausführungsvorschriften des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements erfüllen (Abs. 4). Das ASTRA regelt die Handhabung der Testgeräte (Abs. 5). Gemäss Art. 19 der Verordnung des Astra zur Strassenverkehrskontrollverordnung (VSKV-ASTRA) müssen

Atemalkoholtestgeräte und Atemalkoholmessgeräte nach der Bedienungsanleitung des Herstellers verwendet werden. 3. Im Strafprozess gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Demnach würdigt das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO). Durch die in der BAGV festgelegten Grenzwerte von 0.5 Gewichtspro mille Blutalkohol resp. 0.25 mg Alkohol pro Liter Atemluft Atemalkoholkonzentration wird dieser Grundsatz indessen eingeschränkt (Urteil 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012 E. 1.4.1). Im Rahmen des Handlungsprogrammes «Via sicura» wurde u.a. die so genannte «beweissichere» Atemalkoholprobe eingeführt. Daraus resultierte der in der Neufassung der BAGV per 1. Oktober 2016 eingeführte gesonderte Grenzwert für die Atemalkoholkonzentration sowie die Anpassung der Art. 10 ff. der SKV. Demnach kann der Atemalkohol seit 1. Oktober 2016 entweder mit einem Testgerät oder mit einem besonders messgenauen Messgerät festgestellt werden. Mit einem Testgerät festgestellte Werte zwischen 0.25 und 0.40 mg/l Atemalkohol können von der kontrollierten Person anerkannt werden, wobei in diesem Fall der tiefere Wert der beiden Messungen massgebend ist (s. den bereits vorstehend unter Ziff. 2 zitierten Art. 11 Abs. 3 lit. a SKV). Eine solche Möglichkeit der Anerkennung der Atemalkoholprobe sah bereits das vor dem 1. Oktober 2016 geltende Recht vor. Bereits unter altem Recht hatte die Anerkennung des gemessenen Wertes grundsätzlich volle Beweiskraft (unter Vorbehalt einer im Rahmen freier richterlicher Beweiswürdigung zu überprüfenden Rüge der unrichtigen Sachverhaltsermittlung). Dies galt – und gilt auch nach dem 1. Oktober 2016 – ebenso für den Fall, dass der Beschuldigte später auf seine Anerkennung zurückkommt (Bundesgerichtsurteil vom 26.9.2013, 6B_186/2013), jedoch nur unter der Bedingung, dass die einschlägigen Verfahrensbestimmungen, welche die Verlässlichkeit garantieren, eingehalten werden. Ist dies nicht der Fall, führt dies zur Unverwertbarkeit der anerkannten Atemalkoholprobe (s. dazu Philippe Weissenberger, in forum poenale 2/2014, S. 87 ff., insb. S. 92; derselbe in Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, 2. Auflage, 2015, Rz 27 zu Art. 55 SVG; Silvan Fahrni / Stefan Heimgartner, in Basler Kommentar zum SVG, 1. Auflage, 2014, Rz 15 zu Art. 55 SVG). Zu den einschlägigen Verfahrensbestimmungen, welche die Verlässlichkeit von Atemalkoholproben mit Testgeräten garantieren sollen, gehört insbesondere der vorstehend unter Ziff. 2 ebenfalls bereits zitierte Art. 11 Abs. 1 SKV, wonach eine Atemalkoholprobe mit einem Testgerät entweder frühestens nach einer Wartezeit von 20 Minuten (lit. a) oder nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers (lit. b) durchgeführt werden darf. Es handelt sich hierbei um Gültigkeitsvorschriften. Der Grund der 20-minütigen Wartezeit liegt darin, dass zuvor die Werte des gemessenen Atemalkohols nicht mit der tatsächlichen Blutalkoholkonzentration korrespondieren und tendenziell – aufgrund der noch im Mund vorhandenen Alkoholdämpfe der alkoholischen Flüssigkeit – einen zu hohen Wert ergeben, wobei gewisse Geräte Messungen bereits vor Ablauf dieser Zeitdauer nach Mundspülungen erlauben (Philippe Weissenberger, a.a.O., Rz 3; Silvan Fahrni/Stefan Heimgartner, a.a.O. Rz 14). 4. Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen (Auslegung nach dem Wortlaut). Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss der Richter unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Dabei hat er insbesondere den Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historische Auslegung). Weiter hat der Richter nach dem Zweck, dem Sinn und den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm

geschützten Interesse (teleologische Auslegung). Wichtig ist auch der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt, und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematische Auslegung). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzesnormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 144 III 29 E. 4.4.1 S. 34 f.; 131 III 314 E. 2.2 S. 315 f.; 121 III 460 E. 4a/bb S. 465; je mit Hinweisen; Urteil 5A_841/2017 vom 18. Dezember 2018 E. 5.1). Im Strafrecht gilt der Grundsatz «nulla poena sine lege». Demnach darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nicht strafbar war. Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein. Indessen bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung. Es ist auch im Strafrecht gerade Aufgabe der Gerichte, verbleibende Auslegungszweifel zu beheben (Bundesgerichtsurteil vom 29. Juni 2012, 2C_484/2010, E 8.2.1). Vorliegend fragt sich, wie Art. 11 Abs. 1 SKV auszulegen ist. Ausgangspunkt ist hierbei wie erwähnt zunächst der Wortlaut. Dieser lautet: «Die Atemalkoholprobe mit einem Testgerät darf durchgeführt werden: a. frühestens nach einer Wartezeit von 20 Minuten; oder b. nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers». Dieser Wortlaut kann auf zwei Arten ausgelegt werden, je nachdem wie das Wort «allfälliger» in lit. b zu interpretieren ist. Die erste Auslegung kann dahingehend vorgenommen werden, dass die Wartezeit von 20 Minuten lediglich dann unterschritten werden darf, wenn der Gerätehersteller ein solches Szenario der Verkürzung der Wartezeit durch eine Mundspülung vorsieht (welches einzuhalten ist). Ebenso zulässig und mit dem Wortlaut ohne weiteres vereinbar, wäre jedoch eine Auslegung dahingehend, dass im Falle der Vornahme einer Mundspülung die 20-minütige Wartezeit in jedem Fall unterschritten werden darf, auch wenn der Gerätehersteller kein solches Szenario vorsieht, lediglich für den Fall allfälliger Angaben des Geräteherstellers zur Vornahme der Mundspülung wären diese zu beachten. Im Rahmen des Revisionspakets «via sicura» hat Art. 11 Abs. 1 SKV lediglich eine marginale Änderung erfahren. Vor dem 1. Oktober 2016 lautete besagte Bestimmung wie folgt: «Die Atemalkoholprobe darf durchgeführt werden: a. frühestens 20 Minuten nach dem Trinkende; oder b. nach der Vornahme einer Mundspülung unter Beachtung allfälliger Angaben des Geräteherstellers». Der Grund für diese redaktionelle Anpassung geht aus den Gesetzesmaterialien nicht hervor. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Anpassung der 20-minütigen Wartezeit besonders diskutiert worden wäre. Der Kern der Neuerungen hinsichtlich der Atemalkoholprobe war ja die Einführung von beweissicheren Messverfahren. Zu diesem Zweck wurde die Verwendung von Alkoholmessgeräten vorgesehen, welche zuverlässigere Werte als die Alkoholtestgeräte ergeben, da die primäre Fehlerquelle des Mundalkohols minimiert wird. Gemäss dem neu geschaffenen Art. 11a SKV beträgt die Wartezeit bei Alkoholmessgeräten lediglich 10 Minuten (Abs. 1). Weist das Messgerät Mundalkohol nach, so muss mit der Durchführung der Atemalkoholprobe mindestens weitere 5 Minuten gewartet werden (Abs. 2). Die Möglichkeit einer Mundspülung ist bei der Verwendung von Alkoholmessgeräten nicht vorgesehen. Die Resultate der Messgeräte sind auch ohne Anerkennung durch den Betroffenen beweiskräftig. Aus der Systematik der Art. 10a ff. SKV ergibt sich somit hinsichtlich des Beweiswertes folgende «Hierarchiestufenfolge»: Das Resultat des Testgerätes ist beweiskräftig, wenn der Betroffene das Resultat im Sinne von Art. 10a Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 3 SKV anerkennt und die übrigen Voraussetzungen von Art. 11 SKV (insb. Abs. 1) eingehalten werden. Anerkennt der Betroffene das Resultat nicht, so kann mittels eines Messgerätes eine beweissichere Atemalkoholprobe durchgeführt werden. Der

Betroffene kann in jedem Fall anstelle einer Atemalkoholprobe eine Blutprobe verlangen. Eine solche ist unter gewissen Voraussetzungen auch sonst anzuordnen (bspw. wenn keine Atemalkoholprobe mittels eines Messgerätes durchgeführt werden kann). In der entsprechenden Verordnung des Astra (VSKV-Astra) sind zu den Alkoholmessungen lediglich drei Artikel enthalten. Art. 19 hält fest, dass Atemalkoholtestgeräte und Atemalkoholmessgeräte nach der Bedienungsanleitung des Herstellers verwendet werden müssen. In Art. 20 ist festgehalten, dass bei beiden Geräten keine Abzüge von den Messwerten vorgenommen werden dürfen. Art. 21 widmet sich den Gerätestörungen. Weder die Weisungen des Astra betreffend die Feststellung der Fahruntfähigkeit im Strassenverkehr vom 2. August 2016 noch die Messmittelverordnung (MessMV) oder die Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel (AAMV) enthalten weiterführende Bestimmungen über die genaue Durchführung einer Mundspülung gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. b SKV. Aus dem systematischen Zusammenspiel der vorstehend erwähnten Bestimmungen und der Entstehungsgeschichte der im Rahmen von «via sicura» eingeführten beweissicheren Atemalkoholproben erschliesst sich folgender gesetzgeberischer Wille: Der Gesetzgeber wollte eine möglichst einfache, eingriffsarme und kostengünstige Möglichkeit zur Feststellung der alkoholbedingt fehlenden Fahreignung schaffen, der jedoch auch ohne Anerkennung des Resultates durch den Betroffenen voller Beweiswert zukommt. Dabei war er sich der primären Fehlerquelle der Verfälschung des Messergebnisses bei Atemalkoholproben durch Mundalkohol bewusst. Gleichzeitig hat er aber das bisherige einfache Verfahren des Einsatzes von Alkoholtestgeräten mit Anerkennung der Resultate durch den Betroffenen beibehalten, ohne an den Modalitäten irgendetwas zu ändern. So hat er insbesondere die Wartezeit von 20 Minuten beibehalten, währenddessen für die beweissicheren Messgeräte die Wartezeit auf die Hälfte verkürzt wurde (resp. bei festgestelltem Mundalkohol auf 15 Minuten). Damit hat er klargemacht, dass er die Wartezeit von 20 Minuten bei den Testgeräten nach wie vor für gerechtfertigt hält und diese nicht ohne weiteres verkürzt werden soll. Indem das Astra im Rahmen der Anpassung der VSKV-ASTRA an das Verfahren der beweissicheren Atemalkoholprobe keine Notwendigkeit zur Präzisierung hinsichtlich des Vorgehens bei Mundspülungen sah, stattdessen in Art. 19 lapidar festhielt, die Bedienungsanleitungen des Herstellers seien einzuhalten, wird klar, dass es diesen ein hohes Gewicht beimass. Vor diesem Hintergrund kann Art. 11 Abs. 1 SKV offensichtlich nicht so verstanden werden, die Wartezeit von 20 Minuten beim Einsatz von Testgeräten könne durch eine auf irgendeine Art durchgeführte Mundspülung in jedem Fall verkürzt werden, auch wenn die Bedienungsanleitung des Herstellers hierzu gar keine Vorgaben macht. 5. Die Bedienungsanleitung des im vorliegenden Fall eingesetzten Testgerätes hält in Ziff. 3.1 Punkt 3 folgendes fest «Wartezeit mindestens 15 Minuten nach der letzten Alkoholaufnahme in den Mund! Restalkohol im Mund kann die Messung verfälschen. Auch bei aromatischen Getränken (z.B. Fruchtsaft), alkoholischen Mundsprays, medizinischen Säften und Tropfen und nach Aufstossen und Erbrechen können Verfälschungen auftreten. Auch in diesen Fällen eine Wartezeit von mindestens 15 Minuten einhalten. Eine Mundspülung mit Wasser oder nichtalkoholischen Getränken verkürzt die Wartezeit nicht» (AS 38). Die Bedienungsanleitung sieht somit das Verfahren der Mundspülung zur Verkürzung der Wartezeit nicht vor, weshalb Art. 11 Abs. 1 lit. b SKV nicht erfüllt ist. Im Gegenteil: Die Bedienungsanleitung erwähnt explizit, dass die Wartezeit durch eine Mundspülung nicht verkürzt werden kann. Dass sich die Bedienungsanleitung diesbezüglich auf die 15-minütige Wartezeit bezieht, ändert an der Sachlage nichts. Wenn

eine Mundspülung eine 15-minütige Wartezeit nicht verkürzt, so ist davon auszugehen, dass die Mundspülung beim betreffenden Gerät ganz generell ohne Einfluss auf die Wartezeit ist, mithin auch die vom Gesetzgeber geforderte 20-minütige Wartezeit nicht zu verkürzen vermag. Dass die Bedienungsanleitung unabhängig von einer Mundspülung die gesetzlich normierte Wartezeit von 20 Minuten verkürzen könnte, ist klar zu verneinen. Dies wollte der Gesetzgeber offensichtlich nicht, sonst hätte er auch bei Art. 11 Abs. 1 lit. a SKV einen Vorbehalt der Bedienungsanleitung des Herstellers angebracht. Daraus folgt, dass betreffend den Beschuldigten der Beweis der Angetrunkenheit durch die – nicht gemäss den gesetzlichen Vorschriften durchgeführte – Atemalkoholprobe nicht erbracht wurde. Dass dieser Beweis im vorliegenden Fall allenfalls durch die im Polizeiprotokoll bei Verdacht auf Fahruntfähigkeit enthaltenen Angaben unter der Rubrik «Beobachtung der Person» (AS 9) erbracht worden wäre, wird von der Staatsanwaltschaft zurecht nicht behauptet und kann daher im vorliegenden Verfahren mit beschränkter Sachverhaltskognition kein Thema sein. Bei dieser Sachlage erübrigen sich auch weitere – ebenfalls den Sachverhalt betreffende – Erwägungen, ob die Wartezeit allenfalls auch die vom Gerätehersteller verlangten 15 Minuten unterschritten hat. Der Beschuldigte ist daher freizusprechen. IV. Kosten und Entschädigung Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrer Berufung vollständig. Der Staat hat daher die Kosten des Verfahrens vor erster Instanz mit einer Urteilsgebühr von CHF 600.00, total CHF 730.00, sowie die Kosten des Berufungsverfahrens mit einer Urteilsgebühr von CHF 1'000.00, total CHF 1'050.00, zu tragen. Ebenso hat der Staat den Beschuldigten für seinen Verteidigungsaufwand im Berufungsverfahren zu entschädigen. Die Kostennote von Rechtsanwalt Gressly erscheint angemessen. Die Entschädigung ist daher auf CHF 2'925.15 festzusetzen. Vor erster Instanz hat der Beschuldigte auf eine Entschädigung für die Ausübung seiner Verfahrensrechte ausdrücklich verzichtet (AS 87, 121). Demnach wird in Anwendung von Art. 379 ff., 398 ff. und 416 ff. erkannt :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.