

ZH_OBERGERICHT SB200289 vom 12. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200289

FR: ZH_OBERGERICHT SB200289 du 12 octobre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB200289 del 12 ottobre 2020

Erwägungen

E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 31 S. 3 f.).

E. 1.1

Mit zutreffenden Erwägungen kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das FinZ-Set vom 5. Oktober 2018 verwertbar ist. Sie setzte sich mit den Einwendungen des Beschuldigten auseinander und verwarf die Einwände mit zutreffender Begründung, worauf vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 31 S. 4 ff., Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich einzig als Hervorhebungen:

E. 1.2

Der Beschuldigte machte in der Untersuchung und vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren geltend, das anlässlich der Verkehrskontrolle ausgefüllte Rapportformular "FinZ-Set" sei unverwertbar, weil er vor der Messung seines Atemalkoholwertes mittels Test- und Messgerät nicht auf seine Rechte hingewiesen worden sei. Er sei nicht von Anfang an darüber aufgeklärt worden, dass er die Aussage, Durchführung der Atemalkoholtests oder Unterschrift nach erfolgter Befragung verweigern könne. Die Atemalkoholmessungen und seine Angaben seien daher nicht verwertbar (Prot. I S. 7, 12 f., 16 und 21 f., Urk. 55 S. 7 ff., Urk. 56).

- 6 -

E. 1.3

Gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO sind Beweise, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, nicht verwertbar, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Demgegenüber sind Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO).

E. 1.4

Zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs haben die Strafbehörden rechtsunkundige Parteien auf ihre Rechte aufmerksam zu machen (Art. 107 Abs. 2 StPO). Mithin hat die beschuldigte Person das Recht, ihre Aussage und Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern, um sich nicht selbst zu belasten (Art. 113 Abs. 1 StPO). Hierauf ist sie von der Polizei oder Staatsanwaltschaft bereits zu Beginn der ersten Einvernahme hinzuweisen (Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO). Dies ist vorliegend geschehen (Urk. 2 S. 3). Eine erste Anhaltung durch die Polizei ist noch kein strafprozessualer Akt, weshalb diese noch nicht unter die entsprechende Vorschrift fällt.

E. 1.5

Zu Recht wies die Vorinstanz darauf hin, dass – entgegen dem Strafverfahren nach StPO – im Strassenverkehrsrecht grundsätzlich eine Mitwirkungspflicht gelte, worauf die betroffene Person durch die Polizei hinzuweisen sei. Die betroffene Person muss laut Verordnung über die Kontrolle des Strassenverkehrs (Strassenverkehrskontrollverordnung) vom 28. März 2007 (SKV; SR 741.013) darauf hingewiesen werden, dass die Weigerung, an der Durchführung eines Vor- tests (vor Ort) oder der Atemalkoholprobe (auf der Polizeiwache) mitzuwirken, die Anordnung einer Blutprobe zur Folge hat (Art. 13 Abs. 1 lit. a SKV). Gemäss neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Pflicht vom Verhalten der betroffenen Person abhängig, und es bedarf erst nach einer geäußerten Verweigerungsabsicht der betroffenen Person eine entsprechende Belehrung. Der Hinweis von Art. 13 Abs. 1 lit. a SKV bezieht sich nicht darauf, dass sich die betroffene Person weigern kann, an der Durchführung der Atemalkoholprobe mitzuwirken, sondern allein auf die Belehrung über die Konsequenzen, welche eine solche Weigerung nach sich zieht. Bei kooperativem Verhalten erübrigt sich demnach eine Belehrung (Urteil des Bundesgerichts 6B_1007/2018 vom 14. November 2019 E. 1.4.2 f.).

- 7 -

E. 1.6

Entgegen der Auffassung des Beschuldigten musste er deshalb nicht proaktiv darüber aufgeklärt werden, dass er die Atemalkoholproben verweigern könne. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, zeigte sich der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen während der Kontrolle stets anständig und freundlich (Urk. 5 S. 2; Urk. 10/3 S. 2; Prot. I S. 18 f. und 23), weshalb von einem kooperativen Verhalten ausgegangen werden konnte. Er führte in der Untersuchung selber aus, dass er über die Rechtsfolgen einer Weigerung auf entsprechende Nachfrage hin aufgeklärt worden sei (Urk. 6 S. 9). Eine Verletzung von Art. 13 Abs. 1 lit. a SKV ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zu verneinen. Im Übrigen handelt es sich bei Art. 13 SKV lediglich um eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht die Unverwertbarkeit des FinZ-Sets zur Folge hätte.

E. 1.7

Betreffend den Hinweis des Beschuldigten auf die Verweigerung der Unterschrift im Anschluss an die polizeiliche Befragung kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte rechtskundig ist (vgl. Urk. 6 S. 14; Prot. I S. 7 f. und 19). Beim FinZ-Set handelt es sich um eine Kombination aus polizeilichem Rapport und polizeilicher Einvernahme. Darin wurde er auf Art. 158 StPO und auf sein Mitwirkungsverweigerungsrecht aufmerksam gemacht (Urk. 2 S. 3). Das FinZ-Set wurde dem Beschuldigten vorgelegt und er hat auf jeder Seite, die einem Einvernahmeprotokoll entspricht, sein Visum angebracht (vgl. insbesondere Rechtsbelehrung auf dem Rapport unter Urk. 2 Ziff. 6, S. 3, 4, 6-8 und Unterschrift des Beschuldigten auf den gleichen Seiten). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass beim vorliegenden FinZ-Set sämtliche Gültigkeitsvorschriften eingehalten wurden, weshalb es samt Atemalkoholmessungen und den weiteren Angaben des Beschuldigten verwertet werden durfte und darf (Urk. 2). 2. Beweisanträge Anlässlich der Berufungsverhandlung wiederholte der Beschuldigte seine Beweisanträge, es seien die durch die rapportierende Polizistin angeblich angefertigten Bilder der vier durch das Atemluftalkoholtestgerät ermittelten Messresultate und die Kalibrierungsergebnisse zum Referenzmessgerät ähnlich des eingereichten Werkskalibrierzeugnisses einzuholen und in die Akten aufzunehmen

(Prot. I S. 13 f. und 17, Prot. II S. 7). Zudem seien die neben der Polizeibeamtin

- 8 - C._____ ebenfalls anwesenden Polizeibeamten einzuvernehmen zur Frage, ob eine dritte, offenbar betrunkene Person anwesend gewesen sei (Prot. II S. 7). Wie zu zeigen sein wird, kann darauf verzichtet werden, den Beweisanträgen des Beschuldigten auf Einholung weiterer Beweismittel stattzugeben (vgl. unter Ziff. IV). IV. Sachverhalt 1. Der eingeklagte Sachverhalt ergibt sich aus der Anklageschrift vom 30. Januar 2020 (Urk. 14 S. 3). Auf diese Darstellung kann verwiesen werden. 2. Wie bereits zuvor erwähnt, bestreitet der Beschuldigte nicht, dass er am

E. 2

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 7. Mai 2020 wurde der Beschuldigte im Sinne des eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositivs schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 36 Tagessätzen zu Fr. 30.-- sowie einer Busse von Fr. 270.-- bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte Berufung an (Urk. 27). Die Zustellung des begründeten Entscheides an den Beschuldigten erfolgte am 25. Juni 2020 (Urk. 30/2). Nachdem der Beschuldigte mit Eingabe vom 10. Juli 2020 eine Fristerstreckung für die Einreichung der Berufungsbegründung beantragt hatte, wurde ihm unter Hinweis auf Art. 399 Abs. 3 StPO und Art. 92 StPO mitgeteilt, dass es sich bei der 20-tägigen Frist um eine gesetzliche Frist handelt, welche nicht erstreckbar ist (Urk. 40). Am 15. Juli 2020 reichte der Beschuldigte innert Frist die Berufungserklärung (unter dem Titel "Beschwerde") ein (Urk. 42). Mit Präsidialverfügung vom 17. Juli 2020 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder begründet Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 45). Die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl erhob am 24. Juli 2020 Anschlussberufung (Urk. 47).

E. 3

An der Berufungsverhandlung vom 12. Oktober 2020, zu welcher der Beschuldigte sowie Staatsanwalt lic. iur. J. Burkhalter erschienen sind, waren keine Vorfragen zu entscheiden und wurden – ausser der Einvernahme des Beschuldigten – keine Beweise abgenommen (Prot. II S. 6 f.).

- 5 -

E. 4

Der Beschuldigte beantragt mit seiner Berufung sinngemäss einen Freispruch und ficht somit das Urteil als Ganzes an (Urk. 42, Urk. 56). Damit ist keine Dispositivziffer des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen. Die Staatsanwaltschaft beschränkt ihre Anschlussberufung auf die Bemessung der Strafe und verlangt, der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 48 Tagessätzen zu Fr. 30.-- sowie einer Busse von Fr. 360.-- zu bestrafen (Urk. 47, Urk. 57).

E. 4.1

Das Verfahren zur Feststellung der Fahrunfähigkeit 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 Test- gerät 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 unter- schriftlich anerkannt werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a SKV).

E. 4.2

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Beschuldigte die gemessenen Werte allenfalls gültig anerkannt hat. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob es sich beim Messwert von 0.64 mg/l im FinZ-Set – wie vom Beschuldigten behauptet – um eine Verwechslung der Messwerte handeln könnte.

E. 4.3

Gemäss FinZ-Set gab der Beschuldigte im Zuge der Polizeikontrolle vom

E. 4.4

Wie erwähnt anerkannte der Beschuldigte anlässlich der Verkehrskontrolle vor Ort, in der Nacht vom 5. Oktober 2018 mit einem Messwert der Alkoholprobe von 0.64 mg/l einen Personenwagen geführt zu haben (Urk. 2 S. 4 und 6). Erst in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 26. Februar 2019 bestritt der Be- schuldigte die bei ihm gemessenen Atemalkoholwerte und stellte sich auf den Standpunkt, dass das Messgerät nicht funktioniert haben könnte. Zutreffender- weise führte bereits die Vorinstanz aus, dass sowohl das verwendete Atemalko- holtest- als auch das Atemalkoholmessgerät (Alcotest 6820 bzw. Alcotest 9510 CH) rechtmässig per 17. Januar 2018 bzw. 26. Juli 2018 geeicht wurden und da- mit die gesetzlichen Anforderungen erfüllt haben. Die Eichungen waren bis zum 31. Januar 2019 bzw. 31. Juli 2019 und somit im Tatzeitpunkt am 5. Oktober 2018 gültig (Urk. 9/1 f.). Auch die fallprotokollierende Polizistin C._____ hielt als Zeugin fest, dass das Atemalkoholtest- und das Atemalkoholmessgerät regelmässig ge- wartet werden würden und im Zeitpunkt der vorliegenden Messungen keine Be- schädigungen an den Geräten festzustellen gewesen seien (Urk. 7 S. 7). Für wei- tere Abklärungen im Sinne des Beweisantrags des Beschuldigten besteht kein Anlass, zumal keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, dass die Geräte hätten defekt sein können. Entsprechend muss nicht erhoben werden, ob bei der Kalib- rierung eine bestimmte Abweichung zu einem allfälligen Referenzgerät bestanden hat. Die anderslautenden Behauptungen des Beschuldigten vermögen daran nichts zu ändern.

E. 4.5

In ihrer Anschlussberufung machte die Staatsanwaltschaft geltend, die Vor- instanz sei bei der objektiven Sachverhaltserstellung fälschlicherweise davon ausgegangen, dass bei der Durchführung von Messungen mit dem Atemalkohol- testgerät und mit dem Atemalkoholmessgerät zugunsten des Beschuldigten im- mer vom tiefsten Wert auszugehen sei, egal ob dieser bei der Messung mit dem

- 11 - Test- oder Messgerät resultiere. Zur Begründung führte die Staatsanwaltschaft aus, erfolge eine Messung mit dem Atemalkoholmessgerät und habe die beschul- digte Person auf eine Blutprobe verzichtet, sei immer vom Wert des Messgerätes auszugehen, weil lediglich diese Messung unter kontrollierten Probenahmebe- dingungen und in redundanter Art erfolge. Da die Messung mit dem Testgerät hier nicht massgebend sei, hätte die

Vorinstanz richtigweise von einem Atemalkoholwert von 0.64 mg/l und nicht von einem solchen von 0.49 mg/l ausgehen müssen (Urk. 47 S. 2). Weder das SVG noch die Strassenverkehrskontrollverordnung (SKV; SR 741.013) geben ausdrücklich an, auf welchen Wert abzustellen ist, wenn die Atemalkoholkonzentration anlässlich einer Verkehrskontrolle sowohl mit einem Testgerät im Sinne von Art. 11 SKV als auch mit einem Messgerät im Sinne von Art. 11a SKV vorgenommen wird und diese Werte voneinander abweichen. Art. 12 Abs. 1 lit. a SKV hält zur Blutprobe indes fest, dass eine solche zum Nachweis von Alkohol anzuordnen ist, wenn das Resultat einer Atemalkoholprobe mit einem Testgerät entweder über den Werten liegt, die unterschrittlich anerkannt werden können, und keine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät durchgeführt werden kann (Ziff. 1), oder zwar unterschrittlich anerkannt werden könnten, dies von der betroffenen Person jedoch abgelehnt wird und keine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät durchgeführt werden kann (Ziff. 2). Vom Verordnungsgeber war somit mindestens sinngemäss vorgesehen, dass entweder eine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät oder, wenn dies nicht möglich ist, eine Blutalkoholprobe für die Feststellung der Fahrunfähigkeit vorgenommen werden muss und bei fehlender oder nicht möglicher Anerkennung nicht allein auf den Testwert abgestellt werden darf. Dies steht im Einklang mit der Botschaft zur Gesetzesänderung des SVG, gemäss welcher im Zeitpunkt der damaligen Revision, in welchem der Einsatz von Messgeräten noch nicht gesetzlich vorgesehen war, «nur das Ergebnis einer Blutanalyse als gerichtsverwertbarer Nachweis für die Angetrunkenheit» genügte (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu Via sicura vom 20. Oktober 2010 [Botschaft «Via sicura»], BBl 2010 8447, 8477). Entsprechend kann für die strafrechtliche Beurteilung einer Alkoholkonzentration in der Atemluft, sofern eine Anerkennung von Testwerten ausgeschlos-

- 12 - sen ist oder abgelehnt wird, lediglich der Wert ausschlaggebend sein, welcher durch die «beweisichere Atemprobe» (Botschaft «Via sicura», 8477 f.) mittels eines Messgeräts ermittelt wurde. Vorliegend betrug die tiefere – und damit massgebliche (vgl. Art. 11 Abs. 3 Satz 1 SKV) – Atemalkoholkonzentration des Beschuldigten in der zweiten Testserie mit einem Testgerät 0.48 mg/l. Folglich konnte er diesen Wert gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a SKV nicht anerkennen und es war somit zwingend eine Atemalkoholprobe mit einem Messgerät vorzunehmen, was auch erfolgte. Hierbei wurde beim Beschuldigten eine Atemalkoholkonzentration von 0.64 mg/l gemessen. Auf diesen Wert ist im Lichte des Gesagten folglich auch für die Beurteilung der ihm vorgeworfenen Tat abzustellen, zumal der Beschuldigte auch ausdrücklich auf eine Blutalkoholprobe verzichtete (vgl. dazu Urk. 2 S. 4). Insofern ist der Staatsanwaltschaft diesbezüglich beizupflichten. Mit der Staatsanwaltschaft ist angesichts der Toleranzgrenze bei Messgeräten von 7.5 % (Ziff. 4 Anhang 3 der Verordnung des EJPD über Atemalkoholmessmittel [AAMV]) zugunsten des Beschuldigten von einem Atemalkoholwert von 0.592 mg/l auszugehen (Urk. 57 S. 2).

E. 5

Verwechslung der Messwerte Die fallrapportierende Polizistin hat sodann die Vorgänge bei der Kontrolle und der Vornahme der Messungen anschaulich und schlüssig geschildert, wie dies die Vorinstanz zutreffend dargelegt und gewürdigt hat (Urk. 31 S. 12 f.). Es bestehen keine Zweifel daran, dass die Polizistin sorgfältig und zuverlässig gearbeitet und die Messwerte des Beschuldigten korrekt aufgenommen, dokumentiert und ihm zugeordnet hat. Eine Verwechslung der Werte des Beschuldigten mit denjenigen einer anderen, gemäss den Ausführungen des Beschuldigten stark alkoholisierten Person, kann mit höchster Sicherheit

ausgeschlossen werden. Erstens war diese offenbar stark alkoholisierte Drittperson bei der schliesslich ausschlaggebenden Messung auf dem Polizeiposten nicht mehr anwesend (Urk. 55 S. 8), zweitens wären bei jener anderen, gemäss Beschuldigtem sturzbetrunkenen und nicht mehr ansprechbaren Person (Urk. 55 S. 8) höhere Werte als die beim Beschuldigten gemessenen 0,64 mg/l zu erwarten gewesen und drittens ist zu beachten, dass die beim Beschuldigten ermittelten fünf Testresultate allesamt im ähnlichen

- 13 - Bereich liegen. Weitere Beweiserhebungen, wie eine vom Beschuldigten beantragte Befragung der beiden anderen anwesenden Polizeibeamten oder die Edition der von der Polizeibeamtin C. _____ erstellten Fotos der durch das Atemluftalkoholtestgerät ermittelten Messresultate inklusive Zeitangaben, erübrigen sich damit. Vom Beschuldigten vorgebrachte, materiell nicht relevante Protokollir- respektive Schreibfehler, welche vom Beschuldigten beim Durchlesen entdeckt und korrigiert wurden, vermögen schliesslich am vorliegend relevanten Messresultat keine Zweifel wecken. Zusammenfassend ist deshalb erstellt, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt sein Fahrzeug mit einem Alkoholwert von 0.592 mg/l lenkte.

E. 6

Zum Nachtatverhalten ist festzuhalten, dass der Beschuldigte lediglich einräumt, seinen Personenwagen unter (leichtem) Einfluss von Alkohol gelenkt zu haben. Die Messresultate seines Atemalkoholwertes anerkannte er jedoch nicht. Es liegt deshalb weder ein vollumfängliches Geständnis noch aufrichtige Reue oder Einsicht vor, welche strafmindernd berücksichtigt werden könnten.

- 16 -

E. 7

Bezüglich der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist festzuhalten, dass er arbeitslos ist und weder über steuerbares Einkommen noch Vermögen verfügt (Urk. 3/4; Urk. 6 S. 12 f.; Urk. 13/3 ff.; Urk. 23, Urk. 55 S. 2 ff.). Wenn die Vorinstanz nun diesbezüglich ausführt, der Beschuldigte sei nicht mit einer mittellosen Person vergleichbar, die nach Abzug der Wohnkosten am Existenzminimum lebe, sondern vielmehr einen finanzstarken Familienhintergrund habe, der ihm Erbvorbezüge und mietfreies Wohnen ermögliche, ist ihr zumindest sinngemäss beizupflichten. Offenbar bezahlt die Mutter des Beschuldigten diesem den Lebensunterhalt. Zudem hat er keine Schulden oder sonstige Verpflichtungen. Mit der Vorinstanz rechtfertigt es sich, die Tagessatzhöhe auf das Regelminimum von Fr. 30.– festzusetzen, welches auch für schwache finanzielle Verhältnisse angebracht ist.

E. 8

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – den Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben)

- 19 - sowie in vollständiger Ausfertigung an – den Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – das Verkehrssicherheitszentrum Obwalden/Nidwalden VSZ.

E. 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, 12. Oktober 2020 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. M. Langmeier lic. iur. S. Kümin Grell

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