

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B_186/2013

Urteil vom 26. September 2013

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys, Oberholzer,
Gerichtsschreiberin Kratz-Ulmer.

Verfahrensbeteiligte
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Beat Hauri,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Fahren in fahruntüchtigem Zustand; willkürliche Beweiswürdigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 15. Januar 2013.

Sachverhalt:

A.
X._____ wurde am 6. Oktober 2011 um 2.10 Uhr in Grüt-Gossau/ZH als Lenker eines Personenwagens polizeilich kontrolliert. Die Atemalkoholprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration von 0.56o/oo.

B.

B.a. Das Statthalteramt des Bezirks Hinwil sprach X._____ am 14. März 2012 mittels Strafbefehls wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 800.--. X._____ erhob Einsprache.

B.b. Das Einzelgericht in Strafsachen des Bezirks Hinwil sprach X._____ am 22. Mai 2012 frei.

B.c. In Abweisung der Berufung des Statthalteramtes bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 15. Januar 2013 das erstinstanzliche Urteil.

C.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich aufzuheben, X._____ wegen Lenkens eines Personenwagens in fahruntüchtigem Zustand unter Alkoholeinwirkung schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 800.-- zu bestrafen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.

X. _____ beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdegegner beanstandet, die Beschwerdeschrift richte sich abgesehen von den Ausführungen unter Ziff. 3.2 und 6.1 Abs. 2 gegen das erstinstanzliche Urteil. Insoweit sei auf die Beschwerde nicht einzutreten.

1.2. Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen und des Bundesstrafgerichts (Art. 80 Abs. 1 BGG). Bilden ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, prüft die Vorinstanz den von der ersten Instanz festgestellten Sachverhalt nur auf Willkür (Art. 398 Abs. 4 StPO). In diesem Fall prüft das Bundesgericht frei, ob die Vorinstanz auf eine gegen das erstinstanzliche Urteil vorgebrachte Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung hin zu Unrecht Willkür verneint und diese Verfassungsverletzung nicht behoben hat. Die Beschwerdeführerin musste sich daher bei der Begründung ihrer Rüge, die Vorinstanz habe Willkür zu Unrecht verneint, auch mit den Erwägungen des Bezirksgerichts Hinwil auseinandersetzen (vgl. BGE 125 I 492; Urteil 6B_696/2011 vom 6. März 2012 E. 2.1). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen den Freispruch vom Vorwurf des Fahrens in fahrunfähigem Zustand.

2.2. Das Bezirksgericht (Einzelgericht) kam zum Schluss, der Atemalkoholgehalt des Beschwerdegegners sei richtig ermittelt worden (erstinstanzliches Urteil S. 7). Bei der Prüfung, ob nachgewiesen werden könne, dass der Beschwerdegegner sein Fahrzeug mit einem Blutalkoholgehalt von 0.56o/oo gelenkt habe, bezog es sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Nach dieser kann das Ergebnis des Atemlufttests bis zu 20% über oder unter der mittels Blutprobe festgestellten Alkoholkonzentration liegen. Das Bezirksgericht zog deshalb von 0.56o/oo 20% ab und kam zu einem Wert von unter 0.50o/oo. Daraus schloss es, die beim Beschwerdegegner durchgeführte Atemalkoholprobe beweise nicht, dass er tatsächlich einen Blutalkoholgehalt von 0.56o/oo oder einen solchen von mindestens 0.50o/oo aufwies (Urteil S. 5; erstinstanzliches Urteil S. 8 f.). Anschliessend untersuchte es, ob in der schriftlichen Anerkennung des Messergebnisses ein Geständnis gemäss Art. 160 StPO gesehen werden könne. Dies verneinte es, weil nicht widerlegbar sei, dass der Beschwerdegegner das Protokoll nur kurz überflogen habe. Letzterem sei die Streubreite des Umrechnungsfaktors nicht bewusst gewesen. Bei Kenntnis davon hätte er das Polizeiprotokoll nicht unterschrieben

(Urteil S. 6; erstinstanzliches Urteil S. 9 ff.).

2.3. Die Vorinstanz ihrerseits verneint eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung (Urteil S. 7) und eine Rechtsverletzung durch das Bezirksgericht (Urteil S. 8). Von der Polizei könne nicht generell verlangt werden, einen Fahrer bei der Kontrolle auf den Umrechnungswert der Atemalkoholprobe in den Blutalkoholgehalt aufmerksam zu machen. Vorliegend handle es sich um einen Ausnahmefall. Grundsätzlich könne eine Atemalkoholprobe zusammen mit einer unterschriftlichen Anerkennung zu einer Verurteilung führen. Das Bezirksgericht zeige einzig auf, dass gestützt auf den Grundsatz in dubio pro reo davon auszugehen sei, dem Beschwerdegegner sei die Streubreite des Umrechnungsfaktors nicht bewusst gewesen und er hätte bei entsprechendem Wissen nicht unterschrieben (Urteil S. 8).

2.4. Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung und eine Verletzung von Art. 11 und 13 SKV. Das vorinstanzliche Urteil auferlege den Polizisten bei Messwerten von 0.50o/oo oder leicht darüber faktisch zusätzlich die Pflicht, die kontrollierten Fahrer auf die Streubreite des Umrechnungsfaktors der Atemalkoholprobe in den Blutalkoholgehalt aufmerksam zu machen, bevor der tiefere Messwert der Atemalkoholprobe zur unterschriftlichen Anerkennung unterbreitet werde. Eine solche Pflicht sei überspitzt formalistisch und lasse sich weder aus Art. 13 noch aus Art. 11 SKV ableiten. Zudem verkenne die Vorinstanz, dass die schriftliche Anerkennung nach Art. 11 SKV nicht einem Geständnis gleichgesetzt werden könne. Sie lasse ausser Acht, dass in der polizeilichen

Belehrung betreffend die im Falle der Nichtanerkennung der Atemalkoholprobe zwingend durchzuführende Blutuntersuchung ein Hinweis auf die Ungenauigkeit des Atemalkoholtests implizit mitenthalten sei.

2.5. Der Beschwerdegegner schliesst sich in seiner Vernehmlassung der Vorinstanz an. Die Bundesversammlung habe sich in Art. 55 Abs. 6 SVG vorbehalten, selbst die Blutalkoholwerte zu bestimmen, bei denen die Fahrunfähigkeit beziehungsweise ein qualifizierter Fall angenommen werde. Durch Art. 55 Abs. 7 SVG habe das Parlament dem Bundesrat keine Kompetenz zur Bestimmung eines analogen Atemalkoholgehaltes gegeben, bei welchem gleichermassen unwiderlegbar Fahrunfähigkeit zu bejahen sei. Bei dieser gesetzlichen Regelung müsse immer Atemalkohol zu Blutalkohol umgerechnet werden. Die kantonalen Instanzen hätten richtig erkannt, dass dabei eine enorme Unsicherheit bestünde (richtiger Umrechnungsfaktor zwischen 700 und 3500). Solange der Gesetzgeber die Atemalkoholkonzentration nicht ex legem der Blutalkoholkonzentration gleichsetze, sei der Richter bei der Beweiswürdigung gefordert, festzustellen, ob mit einer jeden vernünftigen Zweifel ausschliessenden Gewissheit gesagt werden könne, dass die gemessene Atemalkoholkonzentration auch tatsächlich dem von der Bundesversammlung bestimmten Blutalkoholwert entspricht. Die von ihm anerkannte Alkoholprobe beziehungsweise deren Umrechnung in Blutalkohol sei in völliger Unkenntnis über den Umrechnungsfaktor und insbesondere die enorme Streubreite erfolgt.

2.6.

2.6.1. Nach Art. 91 Abs. 1 SVG wird bestraft, wer in angetrunkenem Zustand ein Motorfahrzeug führt. Gemäss Art. 55 Abs. 6 SVG definiert die Bundesversammlung in einer Verordnung, bei welcher Blutalkoholkonzentration unabhängig von weiteren Beweisen und individueller Alkoholverträglichkeit Fahrunfähigkeit im Sinne des Strassenverkehrsgesetzes angenommen wird und welche Blutalkoholkonzentration als qualifiziert gilt. Die Bundesversammlung hat die Grenzwerte bei 0.50 und 0.80o/oo festgelegt (vgl. Art. 1 der Verordnung der Bundesversammlung vom 21. März 2003 über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr; SR 741.13). Dadurch wird die freie Beweiswürdigung in dem Sinne eingeschränkt, dass bei einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 0.50o/oo die Fahrunfähigkeit als erwiesen gilt (vgl. Urteil 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012 E. 1.4.1).

2.6.2. Gemäss Art. 55 Abs. 7 lit. b SVG erlässt der Bundesrat Vorschriften über die Voruntersuchungen, das Vorgehen bei der Atemalkohol- und der Blutprobe, die Auswertung dieser Proben und die zusätzliche ärztliche Untersuchung der Fahrunfähigkeit der verdächtigten Person. Diese Bestimmung hat der Bundesrat in Art. 10 ff. der Verordnung vom 28. März 2007 über die Kontrolle des Strassenverkehrs (SKV; SR 741.013) konkretisiert. Art. 11 SKV regelt die Durchführung der Atemalkoholprobe und bestimmt, welche Geräte hierzu verwendet werden. Abs. 2 normiert, dass die Geräte einen Umrechnungsfaktor von 2000 l/kg anwenden müssen. Nach Art. 11 Abs. 4 SKV ist zudem erforderlich, dass die Differenz zwischen den zwei Messungen nicht mehr als 0.10o/oo beträgt. Gemäss Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV gilt die Fahrunfähigkeit bei Führern von Motorfahrzeugen als festgestellt, wenn der tiefere Wert der beiden Messungen einer Blutalkoholkonzentration von 0.50o/oo und mehr, aber weniger als 0.80o/oo entspricht und die betroffene Person diesen Wert unterschriftlich anerkennt. Eine Blutuntersuchung ist anzuordnen, wenn die Atemalkoholmessung auf eine qualifizierte Blutalkoholkonzentration hinweist (Art. 12 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 SKV) oder wenn die betroffene

Person das Ergebnis der Messung von 0.50o/oo und mehr aber weniger als 0.80o/oo nicht anerkennt (Art. 12 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 SKV). Die Polizei muss die betroffene Person insbesondere darauf hinweisen, dass die Weigerung, an der Durchführung der Atemalkoholprobe mitzuwirken, die Anordnung der Blutprobe zur Folge hat (Art. 13 Abs. 1 lit. a SKV) und die Anerkennung des Ergebnisses der Atemalkoholprobe die Einleitung massnahme- und strafrechtlicher Verfahren nach sich zieht (Art. 13 Abs. 1 lit. b SKV). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung beruht Art. 11 Abs. 5 lit. a SKV auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV (vgl. Urteil 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012 E. 1.4.1). Soweit der Beschwerdegegner vorbringt, die Bestimmung sei gesetzlich nicht abgestützt, geht seine Rüge fehl.

2.6.3. Die Vorinstanz beruft sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Nach BGE 127 IV 172 E. 3d kann der Beweis der Angetrunkenheit, obschon in aArt. 138 der Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV; SR 741.51) nicht ausdrücklich vorgesehen, auch mit Atemlufttests erbracht werden. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die "gängigen" Atemalkoholmessgeräte für die Umrechnung der Atemalkoholkonzentration in die Blutalkoholkonzentration von Durchschnittsfaktoren ausgehen und

die effektive Blutalkoholkonzentration bis zu etwa 20% über oder unter dem mittels Atemalkoholtest ermittelten Wert liegen kann. Es hielt daher fest, dass vom tieferen Wert des Atemlufttests noch ein Abzug von 20% erfolgen muss (vgl. BGE 127 IV 172 E. 3d mit Hinweis). Diese Rechtsprechung erging unter aArt. 138 VZV. Die entsprechende Bestimmung sah als geeignete Untersuchungsmassnahme zur Feststellung der Angetrunkenheit die Blutprobe vor (aArt. 138 Abs. 1 VZV). Die betroffene Person konnte die Blutprobe auch zu ihrer Entlastung verlangen (aArt. 138 Abs. 2 VZV). Gemäss aArt. 138 Abs. 3 VZV konnten zur Vorprobe auch Atemprüfgeräte verwendet werden. Abs. 6 behielt die Feststellung der Angetrunkenheit auf andere Weise vor, wenn die Blutprobe nicht vorgenommen werden konnte. aArt. 138 VZV wurde durch die Art. 11 ff. SKV ersetzt.

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

Ergeben die beiden Atemalkoholproben eine Blutalkoholkonzentration zwischen 0,50 und 0,79o/oo, weichen diese höchstens 0,10o/oo voneinander ab und anerkennt die kontrollierte Person diesen Wert unterschriftlich, so darf der tiefere der beiden Messwerte grundsätzlich als erwiesen angesehen werden. Zu diesem Ergebnis gelangt man aufgrund freier Beweiswürdigung, weshalb nicht gesagt werden kann, die entsprechende Regelung in der bundesrätlichen Verordnung schränke die richterliche Freiheit ein oder schaffe sogar eine unumstössliche Beweisvorgabe. Es besteht kein Anlass, vom massgeblichen Wert nochmals 20% wegen der möglichen Ungenauigkeit der Atemluftmessung abzuziehen, wie dies unter der Geltung des früheren Rechts erforderlich war. Indem der Betroffene das Testergebnis ausdrücklich anerkennt, nimmt er eine mögliche Abweichung in Kauf. Er tut dies regelmässig im Wissen um den vorher konsumierten Alkohol und seine körperliche Verfassung. Gleichzeitig vermeidet er das Risiko, dass die Blutprobe allenfalls zu einer qualifizierten Alkoholkonzentration und damit zu einer Verurteilung wegen eines Vergehens führen kann. Auf die Bedeutung einer Anerkennung des Atemlufttestes wurde im Übrigen bereits in der Rechtsprechung zur früheren VZV

hingewiesen (BGE 127 IV 172 E. 3d). Am Beweisergebnis ändert in aller Regel nichts, wenn die kontrollierte Person zu einem späteren Zeitpunkt auf ihre Erklärung zurückkommt. Anderenfalls wäre es ein Leichtes, Beweisschwierigkeiten zu schaffen. Gleichwohl steht es dem Richter offen, das Resultat der Atemalkoholprobe nach seiner aus dem Verfahren gewonnenen Überzeugung frei zu würdigen. Der Ordnungsgeber seinerseits misst dem Atemlufttest als Beweismittel für die Feststellung der Fahruntüchtigkeit eine weniger grosse Bedeutung bei als der zuverlässigeren Blutprobe. Nicht ausgeschlossen ist somit, dass der Richter zur Auffassung gelangt, das Messresultat sei nicht korrekt ermittelt worden (Urteil 6B_776/2011 vom 24. Mai 2012, E. 1.4.3 mit Hinweisen).

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

3.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Januar 2013 ist aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Januar 2013 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. September 2013
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Die Gerichtsschreiberin: Kratz-Ulmer