

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170196-O/U/jv

Mitwirkend: Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, die Oberrichterinnen
lic. iur. L. Chitvanni und lic. iur. M. Bertschi sowie Gerichtsschreiberin
MLaw M. Konrad

Urteil vom 18. Dezember 2017

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Fahren in fahruntfähigem Zustand etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht,
vom 5. April 2017 (GG160090)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 8. Dezember 2016 (Urk. 12) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 40 S. 18 ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des Fahrens in fahrunfähigem Zustand (andere Gründe) im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a VRV sowie Art. 34 lit. a VSKV-ASTRA
 - der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 120.– sowie mit einer Busse von Fr. 100.–.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 900.– ; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 2'000.– Gebühr für die Strafuntersuchung
 - Fr. 1'531.30 Auslagen VorverfahrenAllfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

7. (Mitteilungen)
8. (Rechtsmittel).

Berufungsanträge:

a) Der erbetenen Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 42 S. 1)

1. Herr A. _____ sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.).

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 46 S. 1)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Prozessverlauf und Gegenstand des Berufungsverfahrens

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 5. April 2017 wurde der Beschuldigte des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a VRV sowie Art. 34 lit. a VSKV-ASTRA sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen und bestraft mit einer unbedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 120.– sowie mit einer Busse von Fr. 100.– (Urk. 37 = Urk. 40).

1.2. Der Beschuldigte hat mit Eingabe vom 7. April 2017 gegen das Urteil fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 35) und mit Eingabe vom 18. Mai 2017 ebenfalls innert Frist die Berufungserklärung eingereicht (Urk. 42). Er beantragt einen vollumfänglichen Freispruch unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge (Urk. 42). Die Staatsanwaltschaft hat weder selbständige Berufung angemeldet noch Anschlussberufung erhoben und beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 46).

1.3. Das vorinstanzliche Urteil ist somit in allen Punkten angefochten und damit in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen.

1.4. Am 18. Dezember 2017 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines erbetenen Verteidigers, RA Dr. iur. X._____, erschienen sind (Prot. II S. 4). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 6 f.).

2. Beweisanträge

Mit Eingabe vom 23. November 2017 stellte der Verteidiger des Beschuldigten die Beweisanträge auf Einholung eines verkehrsmedizinischen Gutachtens, eventuelter Zeugenbefragung von Dr. med. B.____ (Urk. 61), welche anlässlich der Berufungsverhandlung vom 18. Dezember 2017 wiederholt wurden (Prot. II S. 5). Auf diese Beweisanträge ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

3. Verwertbarkeit von Beweismitteln

Auch die Vorbringen der Verteidigung betreffend die Verwertbarkeit des Gutachtens des Instituts für Rechtsmedizin (fortan IRM) vom 4. Oktober 2016 aufgrund unzulässiger Beweiserhebung (fehlender Anfangsverdacht und Verletzung der Verteidigungsrechte [Anwalt der ersten Stunde], vgl. Urk. 31; Urk. 64) werden nachfolgend im Rahmen der Beweiswürdigung abgehandelt.

II. Anklagevorwurf und Standpunkt des Beschuldigten

1. Anklagevorwurf

Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift vom 8. Dezember 2016 vorgeworfen, er habe am 15. September 2016, ca. 19.20 Uhr, in Kloten einen Personewagen gelenkt, nachdem er relativ kurz zuvor Cannabis konsumiert habe und damit bewusst in Kauf genommen, dass er danach während mehrerer Stunden bis Tage als fahruntfähig gelten würde. Er habe mindestens 4,9 µg/L THC im Blut aufgewiesen (Urk. 12).

2. Standpunkt des Beschuldigten

2.1. Der Beschuldigte liess vor Vorinstanz geltend machen, das pharmakologisch-toxikologische Gutachten des IRM vom 4. Oktober 2016 sei unverwertbar, da es aufgrund einer anlassfreien Kontrolle auf Betäubungsmittel erstellt worden sei und solche gemäss SVG nicht zulässig seien. Im ärztlichen Bericht des SOS-Arztes sei festgehalten worden, dass keine Anzeichen einer Fahruntfähigkeit vorliegen. Die Kontrolle sei erfolgt, weil er einem der beiden Polizisten bekannt gewesen sei. Es habe eine "fishing expedition" stattgefunden, da ins Blaue hinaus ohne einen konkreten Anlass entsprechende Beweiserhebungen getätigt worden seien (Urk. 29). Der herbeigerufene Arzt habe von Anfang an gesagt, dass er keine Anzeichen von Betäubungsmiteleinfluss aufweise (Prot. I S. 46). Die Polizeikontrolle sei nicht aufgrund von Merkmalen vorgenommen worden, die auf einen Cannabiskonsum hingedeutet hätten, sondern basierend auf einer Vermutung, die die Polizeibeamten aufgrund eines früheren Vorfalls in der Wohnung des Beschuldigten gehabt hätten (Urk. 31 S. 3). Er sei auf die anlassauslösenden Faktoren (z.B. gerötete Augen) nicht aufmerksam gemacht worden und es sei ihm zu keinem Zeitpunkt erklärt worden, weshalb man ihn nur einer Kontrolle unterziehe (Urk. 31 S. 4).

2.2. Auch im Rahmen der Berufungsverhandlung beanstandete der Beschuldigte bzw. seine Verteidigung erneut, es hätte eine unzulässige Beweisausforschung ohne notwendigen Anfangsverdacht stattgefunden, da der Beschuldigte keine

Kiffersymptome aufgewiesen habe (Urk. 63 S. 5 ff.; Urk. 64 S. 3 ff.). Ausserdem rügte der Beschuldigte im Berufungsverfahren wie bereits vor Vorinstanz, dass kein Anwalt bei seiner ersten Befragung durch die Polizei anwesend gewesen sei. Er habe mehrfach nach einem Rechtsanwalt verlangt, doch sei ihm dieser verweigert worden. Es sei ihm nicht die Möglichkeit eingeräumt worden, die Pikettstrafverteidigung anzurufen, weshalb das darauf erhobene Beweismittel für unverwertbar erklärt werden müsse (Prot. I S. 49 und S. 51; Urk. 31 S. 5; Urk. 63 S. 9; Urk. 64 S. 9 ff.).

2.3. Zusammenfassend stellt sich der Beschuldigte also auf den Standpunkt, die asservierten Blut- und Urinproben und das Ergebnis aus deren Auswertungen seien klarerweise nicht verwertbar, da sie durch eine verbotene Beweiserhebung generiert bzw. nicht im Beisein eines Anwalts der ersten Stunde erhoben worden seien.

III. Sachverhaltserstellung

1. Ausgangslage

1.1. Unbestritten ist, dass der Beschuldigte anlässlich einer Verkehrskontrolle der Polizei am 15. September 2016 ca. 19.20 Uhr als Lenker eines Personewagens angehalten und kontrolliert wurde. Der Polizeibeamte C._____ (fortan C._____) füllte ein Protokoll bei Verdacht auf Fahruntfähigkeit aus. Darin hielt er fest, dass der Beschuldigte gerötete Augenbindehäute aufweise, seine Augen wässrig/glänzend seien und die Pupillen eine verzögerte Lichtreaktion aufwiesen. Ferner kreuzte er Unruhe, Zittern sowie provokatives und aggressives Verhalten an (Urk. 2). Aus Sicht des Polizeibeamten bestanden Anzeichen für Fahruntfähigkeit des Beschuldigten. Da der Beschuldigte nicht bereit war, sich freiwillig einer Blut- und Urinkontrolle zu unterziehen, wurde im Sinne einer Zwangsmassnahme die Blut-/Urinasservierung durch den zuständigen Staatsanwalt mündlich angeordnet. Der Beschuldigte setzte sich gegen eine Blut-/Urinasservierung im Spital zur Wehr, weshalb er auf die Polizeiwache Kloten verbracht und der SOS-Notarzt Dr. B._____ aufgeboten wurde. Die Urinasservierung erfolgte auf der Polizeiwache

che vor Eintreffen des Arztes überwacht durch den Polizeibeamten D._____ (fortan D._____), die Blutentnahme durch den aufgebotenen Arzt um 22.09 Uhr (Urk. 2 S. 5; Urk. 6/3). Das Vorgehen entspricht den gesetzlichen Vorgaben gemäss Art. 14 Abs. 1 SKV. Im Gegensatz zu den von C._____ protokollierten Feststellungen wurde im ärztlichen Bericht von Dr. B._____ festgehalten, dass die Augenbindehäute unauffällig seien und die Fahrfähigkeit des Beschuldigten nach Einschätzung des Arztes nicht beeinträchtigt sei. Die Rubrik betreffend Lichtreaktion der Pupillen wurde vom Arzt nicht ausgefüllt (Urk. 6/3).

1.2. Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur vom 19. September 2016 wurde die Blutentnahme durch den Arzt und die Sicherstellung einer Urinprobe angeordnet und dem IRM ein Auftrag zur Auswertung der Proben und Erstattung eines Gutachtens erteilt (Urk. 6/2). Die Anordnungen der Staatsanwaltschaft erfolgten korrekt gestützt auf Art. 241 Abs. 1 StPO zuerst mündlich und wurden daraufhin schriftlich bestätigt. Zu Recht wird das Vorgehen der Staatsanwaltschaft vom Beschuldigten nicht beanstandet, ausser dass er geltend macht, die schriftliche Bestätigung der mündlichen Anordnung der Zwangsmassnahme sei mit einer grösseren zeitlichen Verzögerung eingetroffen, was jedoch offensichtlich keinen Einfluss auf die Verwertbarkeit des Gutachtens hat.

1.3. Das pharmakologisch-toxikologische Gutachten des IRM vom 4. Oktober 2016 hält fest, dass die immunochemischen Vorteste im Urin positiv auf Cannabis ausfielen und die Blutanalyse einen THC-Gehalt von 3,3 bis 6,3 µg/L ergab (Urk. 6/4). Dass das Gutachten korrekt abgefasst wurde, wird vom Beschuldigten ebenfalls nicht in Frage gestellt, vielmehr macht er wie dargetan sowohl im vorinstanzlichen wie auch im Berufungsverfahren geltend, das Gutachten sei nicht verwertbar, da keine Hinweise auf eine Fahrunfähigkeit bestanden hätten und ihm kein Anwalt der ersten Stunde zur Seite gestellt worden sei.

2. Rechtliche Grundlagen betreffend Feststellung der Fahrunfähigkeit

2.1. Weist ein Fahrzeugführer Anzeichen von Fahrunfähigkeit auf und sind diese nicht oder nicht allein auf Alkoholeinfluss zurückzuführen, so kann er Urin- oder Speichelproben unterzogen werden (Art. 55 Abs. 2 SVG). Liegen Anzeichen

von Fahrurfähigkeit vor, die nicht auf Alkoholeinfluss zurückzuführen sind, muss eine Blutprobe angeordnet werden (Art. 55 Abs. 3 lit. a SVG) und es kann zusätzlich die Sicherstellung von Urin angeordnet werden (Art. 12a SKV).

2.2. Anders als ein Atemalkoholprobe, welche anlassfrei gestützt auf Art. 55 Abs. 1 SVG erlaubt ist, sind Untersuchungen bezüglich Drogen oder Arzneimittel gestützt auf Art. 55 Abs. 2 SVG nur zulässig, wenn der Fahrzeugführer Anzeichen aufweist, welche auf eine Fahrurfähigkeit hinweisen, die nicht allein auf Alkohol zurückzuführen sind (BGE 139 II 95 E. 2.1). Erfolgte eine Blutentnahme oder Urinprobe ohne auf eine Fahrurfähigkeit hinweisende Anzeichen, wurden die Proben rechtswidrig erlangt und sind gestützt auf Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertbar (BGE 139 II 95 E. 2.2). Die Frage nach dem Vorliegen von Anzeichen der Fahrurfähigkeit beurteilt sich nach den konkreten Umständen. Solche Indizien können sich aus äusseren Umständen wie einem verursachten Unfall oder aus dem Zustand des Fahrzeuglenkers (müde, euphorisch, apathisch oder sonst wie auffällig) ergeben. Es bedarf keines Fehlverhaltens oder der Verursachung eines Unfalles, es ist ausreichend, wenn die Polizisten aufgrund auffälliger körperlicher Symptome einen entsprechenden Anfangsverdacht haben durften (BGer Urteil 6B_244/2011 vom 20. Juni 2011 E. 3). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellen körperliche Auffälligkeiten wie (leichen)blasse Gesichtsfarbe und glänzende Augen Hinweise dar, welche einen hinreichenden Anfangsverdacht begründen (BGer Urteil 6B_244/2011 vom 20. Juni 2011 E. 3.3). Der blosse Umstand, dass der Kontrollierte wiederholt als Betäubungsmittelkonsument aufgefallen war, stellt dagegen keinen Hinweis auf Fahrurfähigkeit dar (BGE 139 II 95 E. 2.2).

3. Indizien für das Vorliegen von Fahrurfähigkeit des Beschuldigten

3.1. Zeugenaussagen

3.1.1. C._____ hat als Zeuge am 26. Oktober 2016 ausgesagt, bei der Verkehrskontrolle habe D._____ den Beschuldigten angehalten, weil das von ihm gelenkte Fahrzeug relativ laut getönt habe. D._____ sei zu ihm gekommen und habe gesagt, er habe den Beschuldigten in der Kontrolle, er habe mit ihm schon in der

Vergangenheit zu tun gehabt und habe das Gefühl, dessen Pupillen würden nicht normal reagieren. Da er darauf geschult sei, die Fahrfähigkeit anhand von Verify-Kriterien abzuklären, D._____ dagegen nicht über diese spezielle Ausbildung verfüge, habe dieser ihn gebeten, die Kontrolle zu übernehmen. Er sei mit dem Beschuldigten ins Gespräch gekommen, als erstes sei ihm ein süsslicher Geruch ähnlich wie Cannabis aufgefallen, der aus seinem Mund gekommen sei, ebenfalls hätten seine Pupillen nicht bzw. nur sehr verzögert auf direkten Lichteinfall reagiert. Ausserdem habe der Beschuldigte gerötete wässrige Augen aufgewiesen, auch sei ein starkes Augenliderflackern aufgefallen, wenn er die Augen geschlossen habe. Als er dem Beschuldigten die wahrgenommenen Symptome erläutert habe, die auf Fahrnfähigkeit hindeuteten, sei es zu einer extremen Stimmungsschwankung gekommen. Zu Beginn des Gesprächs habe der Beschuldigte in Abrede gestellt, jemals mit Betäubungsmitteln zu tun gehabt zu haben, dann habe er eingeräumt, vor Monaten einmal konsumiert zu haben und gelegentlich am Wochenende konsumiert zu haben. Hinsichtlich der vorgehaltenen Körpersymptome habe der Beschuldigte erklärt, er habe einen langen Tag gehabt und wenig geschlafen. Er habe zum Kontrollzeitpunkt Kenntnis davon gehabt, dass die Mobiltelefonnummer des Beschuldigten mehrfach auf dem sichergestellten Mobiltelefon eines mutmasslichen Betäubungsmittelhändlers aufgetaucht sei und der Beschuldigte sich per SMS erkundigt habe, ob er etwas beziehen könne, von der Vorstrafe des Beschuldigten habe er zum Kontrollzeitpunkt keine Kenntnis gehabt (Urk. 4 S. 9). Er habe den SOS-Arzt mehrfach aufgefordert, den Romberg-Test durchzuführen, der Arzt habe ihm entgegnet, dass der Beschuldigte problemlos habe aufstehen können, weshalb er auf die Durchführung dieses Tests verzichte (Urk. 4 S. 12).

3.1.2. D._____ sagte in der Zeugenbefragung vor Vorinstanz aus, er habe den Beschuldigten bei der Verkehrskontrolle angehalten und habe nach etwa 5 Minuten gemerkt, dass er den Beschuldigten von einem Einsatz her kenne. Er habe im Gespräch bei der Verkehrskontrolle das Gefühl gehabt, dass irgend etwas mit dem Beschuldigten nicht stimme, deshalb habe er C._____ beigezogen, da dieser eine Verify-Ausbildung habe (Prot. I S. 7 f.). Auf die Frage, was denn nicht gestimmt habe, antwortete der Zeuge, es sei nur ein Gefühl gewesen, wie

sich der Beschuldigte gegeben habe (Prot. I S. 8). D._____ bestätigte, dass er beim Einsatz in der Wohnung des Beschuldigten einen starken Cannabis-Geruch wahrgenommen habe, er könne nicht sagen, ob der Beschuldigte oder seine Freundin geraucht habe. Auch D._____ erklärte, er habe im Kontrollzeitpunkt nichts von der Vorstrafe des Beschuldigten gewusst, jedoch Kenntnis davon gehabt, dass die Handynummer des Beschuldigten als potentieller Abnehmer bei einem Drogenhändler aufgetaucht sei (Prot. I S. 18 f.).

3.2. Aussagen des Beschuldigten

3.2.1. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist die polizeiliche Befragung des Beschuldigten, welche im "FinZ-Set" protokolliert wurde, für die Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen von Indizien für eine Fahrunfähigkeit des Beschuldigten ohne Bedeutung, lassen sich daraus doch weder Indizien für eine Fahrunfähigkeit des Beschuldigten entnehmen noch ein Geständnis betreffend Betäubungsmittelkonsum in den Stunden oder Tagen vor der Fahrt. Es braucht daher nicht weiter auf die Frage der Verwertbarkeit dieser Aussagen des Beschuldigten unter dem Aspekt des Beizuges eines Anwaltes eingegangen zu werden.

3.2.2. In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 8. Dezember 2016 sagte der Beschuldigte aus, der Anklagevorwurf sei nicht zutreffend, er sei fahrfähig gewesen (Urk. 3 S. 2). Bezüglich des Zeitpunktes des letzten Cannabiskonsumes vor der Polizeikontrolle vom 15. September 2016 verweigerte er die Aussage. Er bestritt, wässrige Augen und gerötete Augenbindehäute gehabt zu haben, er habe diese Symptome bei sich nicht festgestellt, habe jedoch auf entsprechenden Vorhalt der Polizei zu erklären versucht, dass er einen langen Arbeitstag gehabt habe, seinen Grossvater besucht habe, welcher im Sterben liege und geweint habe (Urk. 3 S. 5 f.).

3.2.3. Vor Vorinstanz machte der Beschuldigte geltend, er sei fahrfähig gewesen und habe keine Drogen konsumiert bevor er ins Auto gestiegen sei (Prot. I S. 39). Er bestätigte, dass ihm bei der Kontrolle in die Augen geleuchtet worden sei und er gegenüber den Polizisten gesagt habe, er habe einen langen Arbeitstag gehabt und habe wegen des Grossvaters weinen müssen (Prot. I S. 48). Er bestritt so-

dann vor Vorinstanz, in den Stunden bzw. Tagen vor dem 15. September 2016 Marihuana konsumiert zu haben (Prot. I S. 49).

3.2.4. An der Befragung im Rahmen der Berufungsverhandlung stellte der Beschuldigte in Abrede, dass der Polizist C._____ bei ihm wässrige Augen und gerötete Bindehäute festgestellt habe. C._____ lüge – so der Beschuldigte auf Nachfrage der Verfahrensleitung – da dieser sich gekränkt gefühlt und ein persönliches Problem mit ihm habe und ihn bereits von früheren Vorfällen mit seiner Ex-Freundin kenne (Urk. 63 S. 5 ff.). Auf Vorhalt seiner Aussagen bei der Staatsanwaltschaft, wonach gestützt auf seine bei der Polizei deponierten Aussagen jedoch geschlossen werden müsse, dass der Polizist C._____ ihm die Symptome (u.a. gerötete Bindehäute, wässrige Augen) vorgehalten hätte (Urk. 3 S. 5), verneinte der Beschuldigte mehrmals, dass ihm der Polizist diese Symptome je vorgehalten habe. Er habe die ihm vorgehaltenen Depositionen nicht bei der Polizei, sondern erst später gegenüber seinem Anwalt geäussert. Die Aussagen seien falsch protokolliert worden. Er sei komplett überfordert gewesen mit der Situation, weshalb er das Protokoll dennoch unterzeichnet habe (Urk. 63 S. 7 ff.).

3.3. Protokoll der ärztlichen Untersuchung

Gemäss dem Protokoll der ärztlichen Untersuchung durch den SOS-Arzt B._____ vom 15. September 2016 wurden beim Beschuldigten keine Auffälligkeiten festgestellt, insbesondere wurden die Augenbindehäute als unauffällig bezeichnet vom untersuchenden Arzt nicht als gerötet oder wässrig beurteilt. Die Rubrik der Lichtreaktion der Augen wurde nicht ausgefüllt. Insgesamt kam der Arzt zum Schluss, der Beschuldigte wirke nicht beeinträchtigt (Urk. 6/3).

3.4. Beweiswürdigung

3.4.1. Während der beigezogene SOS-Arzt wie erwähnt keine Auffälligkeiten betreffend die Augen des Beschuldigten feststellte und der Beschuldigte selber aus sagte, er habe keine geröteten oder wässrigen Augen bei sich festgestellt, sagte der Polizist C._____ aus, der Beschuldigte habe bei der Kontrolle gerötete Augenbindehäute und wässrige Augen aufgewiesen, zudem sei die Lichtreaktion der

Pupillen verzögert gewesen. Der Zeuge D._____ sagte lediglich sehr pauschal aus, er habe bei der Kontrolle das Gefühl gehabt, mit dem Beschuldigten stimme etwas nicht. Er konnte jedoch nicht angeben, worauf dieses Gefühl basierte, vielmehr erklärte er, es sei einfach ein Gefühl gewesen (Port. I S. 8). Insbesondere machte er keine Wahrnehmungen betreffend gerötete Augenbindehäute, wässrige Augen oder verzögerte Lichtreaktion.

3.4.2. Es ist daher festzuhalten, dass die Feststellungen von C._____ und diejenigen des beigezogenen Arztes betreffend den Zustand der Augen des Beschuldigten auseinandergehen. Die Lichtreaktion der Pupillen wurde durch den Arzt nicht getestet oder zumindest wurde dies nicht dokumentiert, da die entsprechende Rubrik im Protokoll der ärztlichen Untersuchung nicht ausgefüllt wurde (Urk. 6/3 S. 2). Die Polizeikontrolle begann um ca. 19.20 Uhr und die Untersuchung durch den Arzt wurde gemäss Protokoll um 22.15 Uhr abgeschlossen, die Blutentnahme erfolgte um 22.09 Uhr (Urk. 6/3). Zwischen der Kontrolle durch die Polizei und der Untersuchung durch den Arzt liegen somit gegen drei Stunden. Angesichts dieser langen dazwischenliegenden Zeitspanne erscheint es möglich, dass die Symptome geröteter Augenbindehaut und wässriger Augen abgeklungen sind.

3.4.3. Der Vorinstanz kann nicht darin gefolgt werden, dass die Feststellungen des Arztes nicht geeignet seien, diejenigen von C._____ zu entkräften, da die Abklärungen des Arztes offensichtlich unsorgfältig erfolgt seien, zumal im Protokoll Angaben zur Lichtreaktion der Augen wie zur inneren Uhr fehlten (Urk. 40 S. 8 f.). Dass diese Angaben im Protokoll fehlen, lässt nicht per se den Schluss zu, dass der Arzt falsche Feststellungen betreffend Augenbindehäute und Zustand der Augen getroffen hätte. Auch ist ohne entsprechende Befragung des Arztes bezüglich fehlender Angaben zur Lichtreaktion und zur inneren Uhr nicht ohne weiteres auf unsorgfältige Abklärungen zu schliessen, immerhin erfolgte die ärztliche Berichtserstattung unter Hinweis auf Art. 307 StGB (Urk. 6/3 S.2). Es ist daher darauf abzustellen, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der ärztlichen Einschätzung (rund drei Stunden nach der Anhaltung durch die Polizei) keine geröteten Augenbindehäute oder wässrige Augen mehr beim Beschuldigten feststellbar waren. Eine

Zeugenbefragung von Dr. med. B._____ ist unter dieser Prämisse nicht erforderlich, weshalb dem entsprechenden Beweisantrag des Beschuldigten nicht stattzugeben ist. Lediglich am Rande sei hier noch bemerkt, dass nicht zu erwarten ist, dass der SOS-Arzt über ein Jahr nach dem Vorfall über die Feststellungen im ärztlichen Protokoll hinaus, verlässliche Angaben über den Zustand des Beschuldigten bei der Untersuchung, insbesondere seine Pupillenreaktion zu geben.

3.4.4. Der Polizeibeamte C._____ hat im Jahre 2012 eine 5-tägige Spezialausbildung für die Erkennung von Drogen (NEED bzw. Verify) abgeschlossen und wendet das erlernte Verfahren gemäss Auskunft des Chefs der Verkehrsabteilung Zürich der Kantonspolizei sehr erfolgreich an (Urk. 7/2). Es besteht keine Veranlassung, an seiner beruflichen Qualifikation zu zweifeln. Ferner ist kein Motiv für eine Falschbelastung des Beschuldigten und ein wahrheitswidriges Ausfüllen des FinZ-Sets erkennbar. Wie schon die Vorinstanz zutreffend feststellte (Urk. 40 S. 8), ist nicht einzusehen, weshalb C._____, der einen guten Ruf geniesst, diesen durch eine wahrheitswidrige Belastung des Beschuldigten gefährden sollte und sich einem unangenehmen mehrstündigen Prozedere mit dem nicht kooperationswilligen Beschuldigten aussetzen sollte. C._____ schilderte in seiner Zeugeneinvernahme einen plausiblen Ablauf der Kontrolle. Es ist keine Tendenz zu erkennen, dass er den Beschuldigten übermässig belasten würde. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass er ausführte, die Stimmung des Beschuldigten habe sich geändert, als er ihm die auf eine Fahruntfähigkeit hindeutenden Symptome erläuterte (Urk. 4 S. 3). Die im FinZ-Set angekreuzten Auffälligkeiten wie Zittern und Unruhe sowie provokatives und aggressives Verhalten können aufgrund dieser Aussage des Zeugen auch als Reaktion auf eine aus Sicht des Betroffenen zu Unrecht erfolgte Beschuldigung oder Nervosität im Hinblick auf weitere Abklärungen interpretiert werden und stellen unter den gegebenen Umständen für sich betrachtet keine Hinweise auf eine Fahruntfähigkeit dar. Die Aussagen des Zeugen C._____ sind in sich stimmig und detailliert. Nachvollziehbar schildert er das Vorgehen betreffend Überprüfung der Lichtreaktion der Pupillen (Urk. 4 S. 7). In einem nicht unerheblichen Punkt weichen seine Aussagen in der Zeugenbefragung jedoch von den Feststellungen im FinZ-Set ab. Während C._____ aussagte, als er mit dem Beschuldigten ins Gespräch gekommen sei, sei ihm als Erstes ein

leicht süsslicher Geruch wie Cannabis aufgefallen, der aus seinem Mund gekommen sei (Urk. 4 S. 3), kreuzte er im FinZ-Set an, er habe keinen Cannabisgeruch festgestellt (Urk. 2 S. 2). Dieser Widerspruch lässt jedoch nicht an der Glaubhaftigkeit der Aussagen des Zeugen zweifeln, vielmehr deutet dies darauf hin, dass der Zeuge eben gerade nicht unbesehen alle möglichen Belastungen im FinZ-Set ankreuzte.

3.4.5. Der Beschuldigte liess beantragen, es sei ein unabhängiges Aktengutachten zur Frage einzuholen, ob gerötete Augen und eine verzögerte Pupillenreaktion tatsächlich noch bestehen, wenn der im Blut nachgewiesene THC-Gehalt 4,8 µg/L betrage (Urk. 61 S. 2; Urk. 64 S. 8). Mit der Begutachtung will der Beschuldigte den Beweis dafür erbringen, dass die Zeugenaussagen von C._____ nicht glaubhaft seien. Entgegen den Vorbringen der Verteidigung erscheinen die Aussagen von C._____ aus den bereits dargelegten Gründen als glaubhaft und es sind keinerlei Anhaltspunkte für eine Falschbelastung des Beschuldigten ersichtlich. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte indirekt eingestanden hat, dass er im Zeitpunkt der Kontrolle gerötete Augen aufwies, indem er gemäss seinen Angaben bei der Staatsanwaltschaft bei der Polizei ausgeführt habe, er habe einen langen Arbeitsweg gehabt und seinen Grossvater besucht, welcher im Sterben liege und dass er deshalb geweint hätte (Urk. 3 S. 5). Aufgrund dieser Erklärungen ist der Einwand des Beschuldigten widerlegt, wonach ihm nicht gesagt worden sei, welche Symptome die Polizei bei ihm beobachtet habe. Seine diesbezüglichen Bestreitungen an der Berufungsverhandlung (Urk. 63 S. 5 ff.) sind klar als Schutzbehauptungen zu qualifizieren. Sodann ist auch nicht entscheidend, aus welchem Grund der Beschuldigte gerötete Augen und damit körperliche Auffälligkeiten für einen Anfangsverdacht aufwies; das beantragte Gutachten könnte deshalb auch dann an der richterlichen Überzeugung nichts mehr ändern, wenn dessen Ergebnis die vom Beschuldigten aufgestellte Behauptung stützen würde, wonach bei dem in seinem Blut nachgewiesenen THC-Gehalt keine Symptome wie gerötete Augen und eine verzögerte Pupillenreaktion bestehen würden. Demnach ist von der Einholung eines Gutachtens abzusehen und der entsprechende Beweisantrag abzuweisen.

3.4.6. Überdies ist festzuhalten, dass – auch wenn man wie von der Verteidigung vorgebracht (Urk. 64 S. 8) keinen Rückschaufehler machen darf – das Ergebnis der Auswertung die Darstellung von C._____ stützt und seine Beobachtungen als plausibel erscheinen lässt. So ergab die Auswertung der Blutprobe einen THC-Blutgehalt von mindestens 3,3 µg/L (Urk. 6/4), womit der Grenzwert von 1,5 µg/L gemäss Art. 34 VSKV-ASTRA deutlich überschritten wurde. Nicht gefolgt werden kann der von der Verteidigung in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumentation, wonach dieser Grenzwert gar nichts darüber aussage, wie der Zustand einer Person sei bzw. der Beschuldigte mit dem bei ihm gemessenen höheren Gehalt überhaupt nicht beeinträchtigt gewesen sei, weshalb auch äusserst unwahrscheinlich sei, dass er die behaupteten Symptome aufgewiesen habe (Urk. 64 S. 6 f.).

3.4.7. Zusammenfassend ist aufgrund der Zeugenaussagen von C._____ erstellt, dass der Beschuldigte zu Beginn der polizeilichen Kontrolle gerötete Augenbindehäute und wässrige Augen hatte und seine Pupillen verzögert auf Lichteinfall reagierten. Aufgrund des ärztlichen Berichtes von Dr. B._____ ist ferner erstellt, dass die Symptome betreffend Rötung der Augenbindehaut und wässrige Augen knapp drei Stunden später nicht mehr bestanden. Von zentraler Bedeutung ist, dass die fraglichen Symptome im Zeitpunkt der Kontrolle durch C._____ bestanden und dass diese gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinreichende Anhaltspunkte für fehlende Fahrfähigkeit darstellen, welche einen Anfangsverdacht begründeten. Deshalb erfolgte die Abnahme einer Blut- und Urinprobe rechtmässig und stellen die Ergebnisse der Auswertung verwertbare Beweismittel dar. Gestützt auf das pharmakologisch-toxikologische Gutachten vom 4. Oktober 2016 wies der Beschuldigte einen THC- Blutgehalt von 3,3-6,3 µg/L auf (Urk. 6/4).

3.4.8. An diesem Ergebnis ändert auch das Vorbringen der Verteidigung, wonach dem Beschuldigten ein Anwalt der ersten Stunde verweigert worden sei (Urk. 64 S. 9 ff.) nichts und es lässt sich auch daraus keine Unverwertbarkeit des genannten Gutachtens ableiten. Wie bereits aus dem Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Oktober 2016 hervorgeht, hat die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall zunächst telefonisch und danach mit Ver-

fügung vom 19. September 2016 eine Blut- und Urinprobe angeordnet und das IRM mit deren Auswertung beauftragt. Gegen die Anordnung dieser Zwangsmassnahme hätte auch ein allfällig aufgebotener Anwalt der ersten Stunde nichts ausrichten können, sondern es war dem Beschuldigten einzig möglich, nachträglich ein Rechtsmittel gegen die entsprechende Verfügung der Staatsanwaltschaft zu ergreifen, was vorliegend auch geschehen ist (vgl. Urk. 6/2; Urk. 6/10). Folglich ist nicht ersichtlich, weshalb die Auswertung der Blut- und Urinasservierung bzw. das Gutachten des IRM vom 4. Oktober 2016 mangels Anwesenheit eines Anwalt der ersten Stunde nicht verwertbar sein soll. Das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde gilt sodann zwar bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren, jedoch nur bei formalisierten, protokollarisch festgehaltenen Einvernahmen und beispielsweise nicht bei einer blossen polizeilichen Anhaltung (nach Art. 215 StPO; RUCKSTUHL, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StPO I, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 159 N 1 ff.). Vorliegend war bei der polizeilichen Befragung des Beschuldigten, welche im "FinZ-Set" protokolliert wurde (vgl. Urk. 2), noch kein Anwalt zugegen, wobei wie bereits erwähnt (vgl. oben Ziffer 3.2.1) auf diese Angaben im Rahmen der Beweiswürdigung auch nicht abgestellt wird. Die erste formelle Einvernahme des Beschuldigten fand daraufhin am 8. Dezember 2016 bei der Staatsanwaltschaft im Beisein seiner vormaligen Verteidigung statt (Urk. 3), weshalb die vom Beschuldigten anlässlich dieser Einvernahme deponierten Aussagen verwertbar sind und er nach dem Gesagten auf diesen zu behaften ist.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 40 S. 12 f.).
2. Der Beschuldigte ist des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a VRV sowie Art. 34 lit. a VSKV-ASTRA sowie der Übertretung des Be-

täubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen.

V. Sanktion

1. Allgemeine Grundlagen

1.1. Bezüglich der Festlegung des Strafrahmens und der allgemeinen bei der Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens anwendbaren Grundsätze hat sich die Vorinstanz zutreffend geäußert. Es kann auf ihre Ausführungen verwiesen werden (Urk. 40 S. 13 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.2. Der Strafrahmen für das Strassenverkehrsdelikt erstreckt sich von einem Tagessatz Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes ist eine Busse auszufallen.

2. Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens

2.1. Fahren in fahruntüchtigem Zustand

2.1.1. Das Verschulden wiegt mit der Vorinstanz sehr leicht, zumal der THC-Blutgehalt von 3,3 µg/L eher tief liegt, keine Beeinträchtigung der Fahrweise festgestellt wurde, es bei einer geringen abstrakten Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer blieb und in subjektiver Hinsicht von eventualvorsätzlicher Tatbegehung auszugehen ist. Die von der Vorinstanz auf 30 Tage festgelegte Einsatzstrafe erscheint der Tatschwere angemessen.

2.1.2. Hinsichtlich der Täterkomponente fällt die einschlägige Vorstrafe des Beschuldigten aus dem Jahre 2010 strafehöhend ins Gewicht. Aus den persönlichen Verhältnissen, welche von der Vorinstanz zutreffend dargelegt wurden und unter Vorbehalt der Erwägungen in Ziffer 2.1.4 keine Veränderungen erfahren haben, ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren. Weitere Straferhöhungs- oder Strafminderungsgründe liegen nicht vor.

2.1.3. Die Vorinstanz hat die Einsatzstrafe von 30 Tagen unter Berücksichtigung der Vorstrafe auf 45 Tage erhöht, was nicht zu beanstanden ist. Der Beschuldigte ist daher mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu bestrafen.

2.1.4. Der Beschuldigte bezieht als Geschäftsführer der von ihm geführten GmbH ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 4'785.– (Urk. 10/6 S. 2; Urk. 63 S. 3). An der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte zu Protokoll, nicht mehr mit E._____ zusammen zu leben, weshalb er die Kosten seines Lebensunterhaltes nun im Unterschied zur Situation zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils (Prot. I S. 35) alleine zu tragen hat. Die von der Vorinstanz festgelegte Tagessatzhöhe von Fr. 120.– trägt jedoch auch den aktualisierten finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten in angemessener Weise Rechnung, weshalb diese zu bestätigen ist.

2.1.5. Der Beschuldigte ist daher mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 120.– zu bestrafen.

2.2. Betäubungsmittelkonsum

Für den einmaligen Konsum einer weichen Droge erweist sich die von der Vorinstanz ausgefallte Busse von Fr. 100.– als angemessene Sanktion.

VI. Strafvollzug

1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges zutreffend dargelegt und festgehalten, dass die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges erfüllt sind. In subjektiver Hinsicht wird die günstige Prognose vermutet, doch kann dies Vermutung widerlegt werden. Die Vorinstanz hat erwogen, dass die Vermutung einer günstigen Prognose aufgrund der einschlägigen Vorstrafe des Beschuldigten widerlegt werde, zumal der Beschuldigte keine Reue und Einsicht zeige und eingeräumt habe, dass er ab und zu Marihuana konsumiere und nicht auf das Autofahren verzichten wolle (Urk. 40 S. 17 ff.).

2. Zu berücksichtigen ist, dass die einschlägige Vorstrafe (Strafmandat des Bezirksamtes Baden vom 29. Oktober 2010) im Zeitpunkt der Tatbegehung beinahe 6 Jahre zurücklag und sich der Beschuldigte bis zur heute zu beurteilenden Delinquenz wohlverhalten hat. Der Beschuldigte ist aus beruflichen Gründen darauf angewiesen, ein Fahrzeug zu lenken angewiesen und das Auto ist eines seiner Hobbies (Prot. I S. 38). Der vorsorgliche Entzug des Führerausweises, der vom Strassenverkehrsamt mit Verfügung vom 7. November 2016 ab 5. September 2016 für unbestimmte Zeit verfügt wurde, dürfte für den Beschuldigten unter diesen Umständen einschneidende Folgen gezeitigt haben. Die Wirkung des Ausweisentzuges ist in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen, dabei ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass dem Beschuldigten bereits im Jahre 2010 der Führerausweis für drei Monate entzogen wurde (Prot. I S. 36) und ihn dies nicht von erneuter einschlägiger Delinquenz abzuhalten vermochte. Angesichts des Umstandes, dass die Vorstrafe und der Führerausweisentzug knapp 6 Jahre zurückliegen, vermag die erneute Delinquenz die Vermutung der günstigen Prognose nicht zu widerlegen und kann den verbleibenden Bedenken mit einer längeren Probezeit von 4 Jahren Rechnung getragen werden.

3. Bezüglich der Geldstrafe von 45 Tagessätzen ist dem Beschuldigten daher der bedingte Strafvollzug zu gewähren unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren.

4. Nach Art. 106 Abs. 2 StGB spricht das Gericht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus. In ständiger Praxis erscheint ein Umwandlungssatz von einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse als angemessen. Im vorliegenden Fall ist deshalb eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag Freiheitsstrafe auszufallen.

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 5 und 6) zu bestätigen (Art. 426 StPO).
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.
3. Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Im Berufungsverfahren unterliegt der appellierende Beschuldigte mit seinen Anträgen praktisch vollumfänglich, wobei die Gewährung des bedingten Strafvollzuges betreffend die Geldstrafe keine Abweichung von der vollständigen Kostenaufgabe rechtfertigt. Somit sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens zur Gänze aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 SVG, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a VRV sowie Art. 34 lit. a VSKV-ASTRA und
 - der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 120.– sowie mit einer Busse von Fr. 100.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.

4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (versandt)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund 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 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, 18. Dezember 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

MLaw M. Konrad

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.