

# **ZH\_OBERGERICHT SB170196 vom 18. Dezember 2017**

ZH Obergericht, 2017-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB170196](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170196)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB170196 du 18 décembre 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT SB170196 del 18 dicembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Prozessverlauf und Gegenstand des Berufungsverfahrens

#### **E. 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).

#### **E. 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 auszufällen. 2. Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens

#### **E. 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 vor- instanzlichen wie auch im Berufungsverfahren geltend, das Gutachten sei nicht verwertbar, da keine Hinweise auf eine Fahruntfähigkeit bestanden hätten und ihm kein Anwalt der ersten Stunde zur Seite gestellt worden sei. 2. Rechtliche Grundlagen betreffend Feststellung der Fahruntfähigkeit

#### **E. 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.).

### **E. 2**

Beweisanträge Mit Eingabe vom 23. November 2017 stellte der Verteidiger des Beschuldigten die Beweisanträge auf Einholung eines verkehrsmedizinischen Gutachtens, eventua- liter 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 einzu- gehen.

#### **E. 2.1**

Fahren in fahruntfähigem Zustand

### **E. 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.

### **E. 2.1.2**

Hinsichtlich der Täterkomponente fällt die einschlägige Vorstrafe des Beschuldigten aus dem Jahre 2010 strafferhöhend 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 Straf-erhöhungs- oder Strafminderungsgründe liegen nicht vor.

- 18 -

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 2.1.5**

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

### **E. 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.).

- 19 - 2. Zu berücksichtigen ist, dass die einschlägige Vorstrafe (Strafmandat des Bezirksamtes Baden vom 29. Oktober 2010) im Zeitpunkt der Tatbegehung bei- nahe 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.

- 20 - 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.

- 21 - 4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.

### **E. 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

### **E. 3**

Indizien für das Vorliegen von Fahruntüchtigkeit des Beschuldigten

### **E. 3.1**

#### Zeugenaussagen

##### **E. 3.1.1**

C.\_\_\_\_\_ hat als Zeuge am 26. Oktober 2016 ausgesagt, bei der Verkehrs- kontrolle habe D.\_\_\_\_\_ den Beschuldigten angehalten, weil das von ihm gelenkte Fahrzeug relativ laut getönt habe. D.\_\_\_\_\_ sei zu ihm gekommen und habe ge- sagt, er habe den Beschuldigten in der Kontrolle, er habe mit ihm schon in der

- 9 - 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 ver- füge, habe dieser ihn gebeten, die Kontrolle zu übernehmen. Er sei mit dem Be- schuldigten 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 rea- giert. Ausserdem habe der Beschuldigte gerötete wässrige Augen aufgewiesen, auch sei ein starkes Augenliderflackern aufgefallen, wenn er die Augen geschlos- sen habe. Als er dem Beschuldigten die wahrgenommenen Symptome erläutert habe, die auf Fahrunfähigkeit hindeuteten, sei es zu einer extremen Stimmung- schwankung gekommen. Zu Beginn des Gesprächs habe der Beschuldigte in Ab- rede gestellt, jemals mit Betäubungsmitteln zu tun gehabt zu haben, dann habe er eingeräumt, vor Monaten einmal konsumiert zu haben und gelegentlich am Wo- chenende konsumiert zu haben. Hinsichtlich der vorgehaltenen Körpersymptome habe der Beschuldigte erklärt, er habe einen langen Tag gehabt und wenig ge- schlafen. Er habe zum Kontrollzeitpunkt Kenntnis davon gehabt, dass die Mobil- telefonnummer des Beschuldigten mehrfach auf dem sichergestellten Mobiltelefon eines mutmasslichen Betäubungsmittelhändlers aufgetaucht sei und der Beschul- digte sich per SMS erkundigt habe, ob er etwas beziehen könne, von der Vorstra- fe des Beschuldigten habe er zum Kontrollzeitpunkt keine Kenntnis gehabt (Urk. 4 S. 9). Er habe den SOS-Arzt mehrfach aufgefordert, den Romberg-Test durch- zuführen, der Arzt habe ihm entgegnet, dass der Beschuldigte problemlos habe aufstehen können, weshalb er auf die Durchführung dieses Tests verzichte (Urk. 4 S. 12).

##### **E. 3.1.2**

D.\_\_\_\_\_ sagte in der Zeugenbefragung vor Vorinstanz aus, er habe den Beschuldigten bei der Verkehrskontrolle angehalten und habe nach etwa

### **E. 3.2**

#### Aussagen des Beschuldigten

##### **E. 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 Betäubungsmittel- konsum 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.

##### **E. 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.).

### **E. 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-

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

### **E. 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.).

### **E. 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).

### **E. 3.4**

Beweiswürdigung

#### **E. 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

- 12 - 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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 Berichterstattung 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

- 13 - 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.

#### **E. 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, die- sen 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 Zeu- geneinvernahme 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 Fahrunfähigkeit hindeutenden Symptome erläutert habe (Urk. 4 S. 3). Die im FinZ-Set angekreuzten Auffälligkeiten wie Zit- tern 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 Abklä- rungen interpretiert werden und stellen unter den gegebenen Umständen für sich betrachtet keine Hinweise auf eine Fahrunfähigkeit dar. Die Aussagen des Zeu- gen 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 Zeugenbefra- gung 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

- 14 - leicht süßlicher Geruch wie Cannabis aufgefallen, der aus seinem Mund gekom- men 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 Glaubhaf- tigkeit der Aussagen des Zeugen zweifeln, vielmehr deutet dies darauf hin, dass der Zeuge eben gerade nicht unbesehen alle möglichen Belastungen im FinZ-Set ankreuzte.

### **E. 3.4.5**

Der Beschuldigte liess beantragen, es sei ein unabhängiges Aktengutach- ten 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 glaub- haft seien. Entgegen den Vorbringen der Verteidigung erscheinen die Aussagen von C.\_\_\_\_\_ aus den bereits dargelegten Gründen als glaubhaft und es sind kei- nerlei Anhaltspunkte für eine Falschbelastung des Beschuldigten ersichtlich. Hin- zu 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 Ar- beitsweg 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, wel- che Symptome die Polizei bei ihm beobachtet habe. Seine diesbezüglichen Be- streitungen an der Berufungsverhandlung (Urk. 63 S. 5 ff.) sind klar als Schutz- behauptungen 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 Ergeb- nis 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.

- 15 -

#### **E. 3.4.6**

Überdies ist festzuhalten, dass – auch wenn man wie von der Verteidigung vorgebracht (Urk. 64 S. 8) keinen Rückschafehler 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.).

#### **E. 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).

#### **E. 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-

- 16 - 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 bei- spielsweise 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 Be- schuldigten, welche im "FinZ-Set" protokolliert wurde (vgl. Urk. 2), noch kein An- walt zugegen, wobei wie bereits erwähnt (vgl. oben Ziffer 3.2.1) auf diese Anga- ben im Rahmen der Beweiswürdigung auch nicht abgestellt wird. Die erste for- melle 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 Aus- sagen verwertbar sind und er nach dem Gesagten auf diesen zu behaften ist. IV. Rechtliche Würdigung 1. Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung kann vollumfänglich auf die zu- treffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 40 S. 12 f.). 2. Der Beschuldigte ist des Fahrens in fahruntfähigem 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-

- 17 - täubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu spre- chen. V. Sanktion 1. Allgemeine Grundlagen

#### **E. 5**

Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.

#### **E. 6**

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.

#### **E. 7**

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

#### **E. 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/Unterland und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativ- massnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

#### **E. 9**

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Straf- sachen 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 Bundes- gerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 22 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichts- gesetzes. 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 vor- erst 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.

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