

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210155-O/U/gs-as

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichter lic. iur. Stiefel
und Obergerichterin lic. iur. Bertschi sowie Gerichtsschreiber MLaw
Huter

Urteil vom 8. Juli 2021

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **fahrlässiges Fahren in fahrunfähigem Zustand etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom
22. Oktober 2020 (GB200002)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 8. Juni 2020 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil und Beschluss der Vorinstanz:

(Urk. 35 S. 22 ff.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des fahrlässigen Fahrens in fahruntfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 SVG, Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV sowie
 - der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 30.00 sowie mit einer Busse von Fr. 300.00.
3. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Die am 1. Oktober 2019 durch die Kantonspolizei Zürich beim Beschuldigten sichergestellten Gegenstände, 1 Minigrip mit 3,1 Gramm Marihuana (Asservat-Nr. A013'078'256) sowie das Fläschchen Haschischöl (Asservat-Nr. A013'078'267), werden eingezogen und vernichtet.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 900.00 ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 800.00 Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 2'642.55 Auslagen (Gutachten)

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidegebühr um einen Drittel.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

8. [Mitteilungen]

9. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 46/1 S. 2 f.)

"1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass das vorinstanzliche Urteilsdispositiv bezüglich folgender Punkte in Rechtskraft erwachsen ist:

- Ziff. 1 betr. Schuldspruch wegen Übertretung des BetmG i. S. v. Art. 19a BetmG.
- Ziff. 2 betreffend Busse von Fr. 300.00
- Ziff. 3 betr. Ersatzfreiheitsstrafe
- Ziff. 5 betr. Einziehung
- Ziff. 6 betr. Kostenfestsetzung

2. A._____ sei vom Vorwurf des fahrlässigen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 SVG, Art. 31 Abs. 2 SVG und Art 2 Abs. 1 VRV freizusprechen.

3. Es sei Herr A._____ für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 6'082.80 (inkl. MwSt) und für das zweitinstanzliche Verfahren eine solche von Fr. 2'3019.85 (inkl. MwSt.) aus der Staatskasse zuzusprechen.

4. Die Kosten der Untersuchung wie auch des erstinstanzlichen Verfahrens seien, mit Ausnahme eines Betrages von Fr. 250.00, der A. _____ aufzuerlegen sei, auf die Staatskasse zu nehmen. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens seien vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen."
- b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:
(Urk. 40)

Das angefochtene Urteil sei zu bestätigen.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht in Strafsachen, vom 22. Oktober 2020 wurde der Beschuldigte wegen fahrlässigen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 SVG, Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV sowie wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG mit einer bedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 300.– bestraft. Ferner wurden mit vorgenanntem Urteil eine Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse von 3 Tagen festgelegt, Betäubungsmittel eingezogen und die Kosten- und Entschädigungsfolgen festgesetzt (Urk. 35 S. 22 f.). Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 26. Oktober 2020 Berufung anmelden (Urk. 31) und am 12. März 2021 fristgerecht seine Berufungserklärung einreichen (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 37).

1.2. Mit Präsidialverfügung vom 15. März 2021 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und ihr Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Weiter wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um das ausgefüllte Formular "Datenerfassungsblatt" samt erforderlicher Unterlagen einzureichen (Urk. 38). Mit Eingabe vom 23. März 2021 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Anschlussberufung (Urk. 40). Der Beschuldigte kam der Aufforderung zur Einreichung des ausgefüllten Formulars samt Unterlagen mit Eingabe vom 7. April 2021 nach (Urk. 41/1 bis 42/5).

1.3. Der Beschuldigte beantragte mit seiner Berufungserklärung vom 12. März 2021 die Durchführung des schriftlichen Verfahrens (Urk. 37 S. 2 f.), und die Staatsanwaltschaft erklärte sich mit E-Mail vom 8. April 2021 damit einverstanden (Urk. 43). Nachdem mit Präsidialverfügung vom 9. April 2021 das schriftliche Verfahren angeordnet wurde (Urk. 44), liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 3. Mai 2021 fristgerecht die Berufungsbegründung samt Honorarnote einreichen (Urk. 46/1-2). Mit Präsidialverfügung vom 6. März 2021 (recte: 6. Mai 2021) wur-

den die Doppel der Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft zur Erstattung der Berufungsantwort und der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt (Urk. 47). Mit Eingabe vom 10. Mai 2021 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Berufungsantwort (Urk. 49), und mit gleichentags ergangener Stempelverfügung verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmlassung (Urk. 50).

2. Teilrechtskraft

2.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es jedoch anzugeben hat, welche Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (BGer 6B_482/2012 vom 3. April 2013, E. 5.3. und 6B_99/2012 vom 14. November 2012, E. 5.3.; BSK StPO-EUGSTER, Art. 402 N 2; ZH StPO-HUG, Art. 401 N 2).

2.2. Entsprechend den Anträgen des Beschuldigten (Urk. 46/1) ist vorab festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 22. Oktober 2020 bezüglich der Dispositivziffern 1, 2 und 4, soweit es den Schuldspruch wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG und die Busse betrifft, sowie bezüglich der Dispositivziffern 3 (Ersatzfreiheitsstrafe), 5 (Einziehung) und 6 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist, was mittels Beschluss festzuhalten ist.

3. Sachverhalt

3.1. Anklagegrundsatz

3.1.1. Anklageschrift ist vorliegend der Strafbefehl vom 8. Juni 2020 (vgl. Art. 356 Abs. 1 StPO).

3.1.2. Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion; Art. 9 und Art. 325 StPO; Art. 29

Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (Art. 350 StPO). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Der Anklagegrundsatz bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 141 IV 132 E. 3.4.1; 140 IV 188 E. 1.3; je mit Hinweisen). Unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion muss die beschuldigte Person aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Dies bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass die beschuldigte Person genau weiss, welcher konkreten Handlungen sie beschuldigt und wie ihr Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit sie sich in ihrer Verteidigung richtig vorbereiten kann. Sie darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (vgl. BGE 103 Ia 6 E. 1b; Urteile 6B_492/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.2, nicht publiziert in: BGE 141 IV 437; 6B_1151/2015 vom 21. Dezember 2016 E. 2.2; je mit Hinweisen).

3.2. Ausgangslage

3.2.1. Dem Beschuldigten wird im Strafbefehl vom 8. Juni 2020 vorgeworfen, am 1. Oktober 2019 um ca. 20:04 Uhr, den Personenwagen Volvo, Kontrollschilder ..., durch die B.____-strasse in C.____ gelenkt zu haben, obwohl er nach dem Konsum von Cannabis zum Zeitpunkt der Fahrt gemäss pharmakologisch-toxikologischem Gutachten des Institutes für Rechtsmedizin vom 24. Oktober 2019 durch dessen Wirkung nicht fahrfähig gewesen sei. Der Beschuldigte habe aber nicht mit Absicht gehandelt, da er das Cannabis Tage zuvor im Ausland konsumiert habe und ihm nicht bewusst gewesen sei, dass der Wert noch im relevanten Bereich sein könnte. Wäre ihm dies bewusst gewesen, hätte er sich an jenem Tag nicht ans Steuer gesetzt (Urk. 14 S. 3).

3.2.2. Wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 35 S. 6) ist unstrittig, dass der Beschuldigte am 1. Oktober 2019 um ca. 20.04 Uhr wie in der Anklage umschrieben den

Personenwagen Volvo, Kontrollschilder ..., auf der B. _____-strasse in C. _____ führte, als er im Rahmen einer Polizeikontrolle angehalten wurde. Ebenso unstrittig ist, dass der Beschuldigte an beiden Tagen des Wochenendes davor in Amsterdam Cannabis konsumiert hatte (Urk. 46/1 S. 6 f.).

3.2.3. Umstritten ist, ob der Beschuldigte im Ereigniszeitpunkt aufgrund des Konsums von Cannabis fahruntfähig gewesen ist. Der Beschuldigte selber bezeichnete sich im Rahmen der Untersuchung wiederholt als im Ereigniszeitpunkt fahrfähig (Prot. I S. 10; act. 11 S. 3). Der Verteidiger stellt sich insbesondere auf den Standpunkt, dass das pharmakologisch-toxikologische Gutachten des Institutes für Rechtsmedizin vom 24. Oktober 2019 und das Ergänzungsgutachten desselben Instituts vom 3. März 2020, welche die Fahruntfähigkeit des Beschuldigten als eindeutig erachten, nicht genügend begründet und im Ergebnis nicht *lege artis* erstellt worden seien (Urk. 46/1 S. 3 bis 12). Darauf wird nachstehend im Einzelnen einzugehen sein.

3.3. Beweiswürdigung

3.3.1. Gemäss Art. 10 Abs. 1 StPO gilt jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Angesichts der Unschuldsvermutung besteht Beweisbedürftigkeit, d.h. der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (SCHMID, Handbuch StPO, 3. Aufl., Zürich 2017, N 216) und nicht der Beschuldigte seine Unschuld (BGE 127 I 38 E. 2a). Die in Art. 10 Abs. 3 StPO statuierte *Maxime "in dubio pro reo"* besagt, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (BGE 138 V 74 E. 7; BGE 128 I 81 E. 2, mit Hinweisen; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2014, § 2 11.2, S. 60 f.). Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandesmässig einleuchtenden Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter nachvollziehbar sein (BGer 1P.474/2004 vom 3. Dezember 2004, E. 2.2; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2006,

§ 54 Rz 11 ff.). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann. Daher muss es genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist. Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (BGE 138 V 74 E. 7, mit Hinweisen). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können. Hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen (SCHMID, Handbuch, a.a.O., N 227-228; BGer 1P.474/2004 vom 3. Dezember 2004, E. 2.2.).

3.3.2. Die Fahrunfähigkeit wird bei 1,5 µg/L THC im Blut gesetzlich vermutet (Art. 2 Abs. 2 lit. a VRV i.V.m. Art. 34 lit. a VSKV-ASTRA; vgl. auch OGer ZH SB140447 vom 19. Dezember 2014, E. III.4 und BGer 6B_244/2011 vom 20. Juni 2011, E. 4.1). In der Praxis gilt der sichere Nachweis von 1,5 µg/L THC infolge der Berücksichtigung des sogenannten Vertrauensbereichs erst ab tatsächlich gemessenen Werten von 2,2 µg/L THC als erbracht (NIGGLI/FIOLKA, Fahren in fahr-unfähigem Zustand: Voraussetzungen, Konsequenzen, Erfahrungen, in: Probst/Werro [Hrsg.], Strassenverkehrsrechtstagung 10. - 11. Juni 2010, Bern 2010, S. 100). Wird im Blut des Fahrzeugführenden eine Substanz nach Art. 2 Abs. 2 VRV nachgewiesen, deren Konzentration unterhalb der Grenzwerte nach Art. 34 VSKV-ASTRA liegt, so hat in einzelnen zu begründenden Fällen eine Begutachtung nach dem 3-Säulen-Prinzip zu erfolgen (Weisungen betreffend die Feststellung der Fahrunfähigkeit im Strassenverkehr vom 2. August 2016 des Bundesamts für Strassen ASTRA, Anhang 8, Ziff. 1 lit. c, nachfolgend "Weisungen des ASTRA"). Dabei sind neben der forensisch-toxikologischen Analyse, sofern vorhanden, die Feststellungen der Polizei und die Ergebnisse der ärztlichen Untersuchung zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 2 SKV [Verordnung vom 28. Mai 2007 über die Kontrolle des Strassenverkehrs, SR 741.013]; Weisungen des ASTRA, Anhang 8 Ziff. 2).

3.3.3. Da beim vorliegenden Bluttest der ermittelte Vertrauensbereich (1.4–2.8 µg/L) den Grenzwert von 1.5 µg/L knapp unterschreitet (Urk. 4/3 S. 2), ist die gesetzliche Vermutung der Fahrunfähigkeit alleine infolge des ermittelten Mess-

wertes nicht gegeben. Entsprechend ist zu prüfen, ob eine Fahruntfähigkeit des Beschuldigten auf anderem Wege, anhand der Gesamtumstände, erstellt werden kann. Als Hauptbeweismittel dienen hierfür das pharmakologisch-toxikologische Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 24. Oktober 2019 (Urk. 4/3, nachfolgend "Erstgutachten") und das Ergänzungsgutachten desselben Instituts vom 3. März 2020 (Urk. 10/4, nachfolgend "Ergänzungsgutachten"). Die Erstellung dieser Gutachten nach dem 3-Säulen-Prinzip war, wie vorerwähnt, zur Prüfung der Fahruntfähigkeit des Beschuldigten indiziert. Weiter liegen die staatsanwaltschaftliche und die vorinstanzliche Einvernahme des Beschuldigten vom 8. Juni 2020 und vom 22. Oktober 2020 (Urk. 11 und Prot. I S. 5 ff.), eine FinZ-Set-Beurteilung des zum Tatzeitpunkt kontrollierenden Polizisten (Urk. 2) sowie ein Protokoll der ca. 40 Minuten nach Tatzeitpunkt erfolgten ärztlichen Untersuchung vor (Urk. 4/2).

3.3.4. Im Erstgutachten kamen die Gutachter gestützt auf die "nachgewiesene THC-Konzentration im Blut" des Beschuldigten "zusammen mit den vorliegenden Auffall- und Ausfallerscheinungen" zum Ergebnis, der Beschuldigte sei aufgrund des Konsums von Cannabis zum Ereigniszeitpunkt in fahruntfähigem Zustand gewesen (Urk. 4/3 S. 1, nachfolgend "Erstgutachten"). Bezogen auf die Auffall- und Ausfallerscheinungen führt das Gutachten die einzelnen polizeilich festgehaltenen Symptome auf ("Cannabisgeruch: ja, vor allem während Konversation; körperliche Auffälligkeiten: Unruhe; Reaktion: verzögert; Ansprechbarkeit: schläfrig; Stimmung/Verhalten: stumpf; Augen: Bindehäute gerötet, wässrig/glänzend; Pupillen: träge Lichtreaktion; Sonstige Beobachtungen: Der Beschuldigte roch massiv nach Marihuana. Sein Mund war sehr trocken", vgl. Urk. 2 S. 2 und Urk. 4/3 S. 5) und subsumiert, diese Feststellungen liessen sich mit einer Cannabis-Wirkung vereinbaren (Urk. 4/3 S. 5).

3.3.5. Im Ergänzungsgutachten halten die Gutachter fest, dass das Erstgutachten nach dem 3-Säulen-Prinzip erstellt worden sei. Sie kommen zum Schluss, dass erstens der Konsum von Cannabis bewiesen sei, zweitens die Analyseergebnisse an THC und seinen Metaboliten für einen aktuellen Konsum innerhalb einiger Stunden vor dem Ereignis sprächen und im Ereigniszeitpunkt deshalb eine Can-

nabis-Wirkung vorgelegen habe, und dass drittens die Symptome durch Cannabis-Wirkungen erklärt werden könnten (Urk. 10/4 S. 2 f.).

3.3.6. Während die Polizei wie vorgenannt verschiedene Symptome feststellte, welche mit einer Cannabis-Wirkung erklärt werden können (Urk. 2 S. 2 und Urk. 10/4 S. 2 f.), hat die ärztliche Untersuchung ca. 40 Minuten nach Anhaltung des Beschuldigten keinerlei auffällige Symptomatik ergeben. Der untersuchende Arzt nahm im Widerspruch zum Polizisten keine Beeinträchtigung des Beschuldigten wahr, insbesondere keinen Cannabisfoetor (Foetor = Geruch), keine auffälligen Augensymptome, kein auffälliges Verhalten und auch sonst keine Unregelmässigkeiten (Urk. 4/2). Den Gutachtern lag dieses Protokoll der ärztlichen Untersuchung, wie von der Vorinstanz richtig festgehalten (Urk. 35 S. 9), zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung vor (Urk. 4/3 S. 1 [Untersuchungsmaterial] und S. 6 [Anlagen]).

3.3.7. Das Protokoll der ärztlichen Untersuchung steht der Einschätzung des IRM, wonach eindeutig eine Cannabis-Wirkung vorgelegen habe, diametral entgegen. Und obwohl dieses Protokoll dem IRM vorgelegen hat, äussert sich dieses, wie die Verteidigung richtig ausführt (Urk. 46/1 S. 7), in beiden Gutachten mit keinem Wort dazu. Insbesondere würdigt das Gutachten einzig die vom Polizisten wahrgenommenen Symptome, ohne die unterschiedliche Einschätzung des untersuchenden Arztes derjenigen des Polizisten und dem Messergebnis gegenüber zu stellen.

3.3.8. Gutachten würdigt das Sachgericht grundsätzlich frei (vgl. Art. 10 Abs. 2 StPO). Ob es die in einem Gutachten oder Fachbericht enthaltenen Erörterungen für überzeugend hält oder nicht und ob es dementsprechend den Schlussfolgerungen der Experten folgen soll, ist eine Frage der Beweiswürdigung (vgl. BGE 141 IV 305 E. 6.6.1 S. 315 mit Hinweisen). Ein Abweichen vom Gutachten ist nur aus triftigen, sachlich vertretbaren Gründen bzw. nur dann zulässig, «wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft der Feststellungen des Sachverständigen ernstlich zu erschüttern vermögen». Von einem triftigen Grund ist beispielsweise auszugehen, wenn das Gutachten Lücken aufweist oder der Sachverständige Widersprüche im Sachverhalt wegdis-

kutiert und sich damit mit Bezug auf das Ergebnis nicht als offen erweist. Ist das Gutachten entsprechend mangelhaft, so muss die zuständige Strafbehörde entscheiden, ob dieses ergänzt oder ob ein weiteres Gutachten eingeholt werden soll. Bei der Beantwortung dieser Fragen lässt sich der Richter vom pflichtgemässen Ermessen leiten. Erscheint es trotz der Mängel möglich, bezüglich der gestellten Frage in vertretbarer Weise eine abschliessende Schlussfolgerung zu ziehen, so kann auf die Ergänzung oder Einholung eines zusätzlichen Gutachtens verzichtet werden (SK StPO-DONATSCH, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2020, Art. 189 N 17 f. und 24 f.; BGE 129 I 49 E. 6.3 ff.).

3.3.9. Das „Drei-Säulen-Modell“ strebt eine möglichst umfassende Erfassung der Fahrfähigkeit des Betroffenen an. Die Redeweise von „Säulen“ ist indes insofern missverständlich, als der Befund der Fahrunfähigkeit nicht zwingend auf all diesen Säulen ruhen muss, sondern dass es sich letztlich um eine typologische Betrachtung handelt, bei der sehr starke Befunde aus einer Säule Defizite einer anderen Säule ausgleichen können: So ist der Nachweis der Fahrunfähigkeit selbst innerhalb dieses Modells nicht zwingend von chemisch-toxikologischen Substanznachweisen abhängig, wenn sich aus den Wahrnehmungen der Polizei und der medizinischen Untersuchung eine eindeutige Fahrunfähigkeit ergibt. Der Richter muss i.d.R. auf die Folgerungen des Gutachtens abstellen und kann nicht ohne Angabe triftiger Gründe bloss einzelne Befunde (z.B. nur den medizinischen Befund oder nur die chemisch-toxikologische Analyse) selektiv berücksichtigen und andere ausser Acht lassen. Gutachten, die den Anforderungen des „Drei-Säulen-Modells“ genüge tun, setzen also eine systematische und tatzeitnahe Erfassung der relevanten Angaben und eine sachkundige Interpretation der Befunde voraus (NIGGLI / FIOLKA, a.a.O., S. 92).

3.4. Vorliegend hat das Gutachten nicht auf die ärztliche Untersuchung abgestellt, obwohl diese gemäss Art. 16 Abs. 2 SKV und gemäss Weisung der ASTRA grundsätzlich einen wesentlichen Bestandteil der Begutachtung nach dem 3-Säulen-Prinzip bildet. Dies könnte allenfalls nachvollziehbar sein, wenn das Gutachten erklären würde, weshalb die ärztliche Untersuchung defizitär bzw. nicht ausschlaggebend für die Beurteilung war und weshalb die Gutachter gleichwohl

ohne Zweifel von einer Fahrnfähigkeit ausgingen. Wenn das Gutachten aber mit keinem Wort auf eine derart divergierende, den Beschuldigten als nicht beeinträchtigt bezeichnende und zudem nach 3-Säulen-Prinzip wesentliche Komponente eingeht, muss entgegen der Würdigung der Vorinstanz (Urk. 35 S. 9 f.) davon ausgegangen werden, dass das Gutachten diese versehentlich nicht berücksichtigt oder absichtlich nicht dazu Stellung genommen hat. Damit erweisen sich das Erst- und das Ergänzungsgutachten mit Bezug auf das Ergebnis nicht als offen, und es sind mithin triftige Gründe gegeben, um von einem erheblich reduzierten Beweiswert dieser Gutachten auszugehen.

3.5. Die Wahrnehmungen des kontrollierenden Polizisten gemäss FinZ-Formular, der nur knapp den Grenzwert nicht erreichende Messwert und die Einschätzung der Gutachter sind zwar Indizien, die grundsätzlich für eine Fahrnfähigkeit des Beschuldigten sprechen. Das Protokoll der ärztlichen Untersuchung hingegen spricht derart deutlich gegen eine Fahrnfähigkeit, dass es als eindeutig entlastendes Indiz daran zweifeln lässt, dass der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt fahrnfähig war.

3.6. Dazu kommt, dass im Ergänzungsgutachten klar von einem aktuell stattgefundenen Konsum ausgegangen wird, nämlich "innerhalb einiger Stunden vor dem Ereignis" (Urk. 10/4 S. 3). Auch die polizeilich festgestellten Symptome sind erfahrungsgemäss eher einem aktuellen Konsum zuzuordnen. Ein aktueller Konsum ist allerdings vom angeklagten Sachverhalt nicht mitumfasst. Der Strafbefehl hält deutlich fest, dass die vorgeworfene Fahrnfähigkeit infolge des Cannabiskonsums in Amsterdam am Wochenende davor verursacht worden sei (Urk. 14 S. 3). Ein kurzfristiger Konsum, welcher zudem wohl auch keine fahrlässige Tathandlung wäre, wird nicht vorgeworfen.

3.7. Unter diesen Umständen lässt sich der angeklagte Sachverhalt, wonach der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt am 1. Oktober 2019, ca. 20.04 Uhr, infolge Cannabiskonsums in Amsterdam am vorangehenden Wochenende fahrlässig in fahrnfähigem Zustand sein Fahrzeug geführt haben soll, nicht erstellen. Eine erneute Begutachtung erscheint unter den gegebenen Umständen nicht angezeigt. Welcher Beweiswert schliesslich den Aussagen des Beschuldigten, er habe sich

fahrfähig gefühlt (vgl. Prot. I S. 10; act. 11 S. 3), beizumessen ist, kann bei diesem Ergebnis ebenso offen bleiben wie die vom Verteidiger aufgeworfene Frage, ob die Wirkung des Cannabis-Konsums im Vergleich zur Nachweisbarkeit zeitlich divergiert (Urk. 46/1 S. 12 f.). Der Beschuldigte ist vom Vorwurf des Fahrens in fahruntfähigem Zustand freizusprechen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Vorverfahren und erstinstanzliches Gerichtsverfahren

4.1.1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Wird der Beschuldigte freigesprochen, so können ihm die Verfahrenskosten ganz oder teilweise nur dann auferlegt werden, wenn er rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Dies wäre der Fall, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung ergeben kann, klar verstossen und dadurch die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat. In tatsächlicher Hinsicht darf sich die Kostenaufgabe nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen (BGer 6B_1211/2013 vom 2. Oktober 2014, E. 2.2 f., mit Hinweisen).

4.1.2. Der Beschuldigte beantragt eine nur teilweise Kostenaufgabe infolge der Verurteilung wegen der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes in der Höhe von nicht mehr als rund Fr. 250.–, welche von einer Übertretungsstrafbehörde erhoben worden wären (Urk. 46/1 S. 14). Zudem beantragt er eine Prozessentschädigung für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 6'082.80 (Urk. 46/1 S. 2).

4.1.3. Die Voraussetzungen sind nicht gegeben, um dem Beschuldigten sämtliche Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens aufzuerlegen. Der Beschuldigte wurde aber wie vorerwähnt von der Vorinstanz rechtskräftig infolge Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG verurteilt, weshalb ihm die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens erheblich reduziert aufzuerlegen sind. Es rechtfertigt sich konkret, die Kosten des Vorverfahrens und die erstinstanzliche Gerichtsgebühr im Umfang von zwei Fünfteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen zuzüglich den gesamten Gutachtenskosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Reduktion im Ausmass, wie sie der Beschuldigte beantragt, ist jedoch schon deshalb nicht gerechtfertigt, da er vor Vorinstanz auch die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes bestritt (vgl. Anträge vor Vorinstanz: Urk. 27 S. 2) und somit auch deshalb gegen den Strafbefehl Einsprache erhoben hat.

4.1.4. Die Entschädigungsfrage folgt den gleichen Regeln wie der Kostent-scheid (BGer 6B_802/2015 vom 9. Dezember 2015, E. 5.3). Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen, so hat sie Anspruch auf Entschädi-gung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte und der wirtschaftlichen Einbussen, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind (Art. 429 Abs. 1 lit. a und b StPO).

4.1.5. Dem Beschuldigten ist somit – ebenfalls zulasten der Gerichtskasse – eine reduzierte Entschädigung für seine anwaltliche Vertretung für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Verfahren auszurichten. Der Verteidiger bezifferte die Kosten des Aufwandes für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 6'082.80, inklusive Hauptverhandlung, Nachbesprechung, Weg sowie inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer (Urk. 28). Dies erweist sich vor dem Hintergrund der Ansätze gemäss Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) im Rahmen und erscheint in concreto angemessen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist dem Be-schuldigten eine auf drei Fünftel reduzierte Entschädigung für anwaltliche Vertei-digung im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Verfahren von Fr. 3'650.– aus der Gerichtskasse zu bezahlen.

4.2. Berufungsverfahren

4.2.1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO).

4.2.2. Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung vollumfänglich. Deshalb fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ausser Ansatz und die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4.2.3. Infolge seines Obsiegens ist dem Beschuldigten ferner für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung zuzusprechen. Der Verteidiger des Beschuldigten bezifferte die Kosten des Aufwandes für das Berufungsverfahren auf Fr. 2'319.85 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) und beantragte Prozessentschädigung in dieser Höhe (Urk. 46/1 S. 2 und Urk. 46/2). Dies erscheint angemessen, weshalb dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung im beantragten Umfang zu bezahlen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 22. Oktober 2020 bezüglich der Dispositivziffern 1, 2 und 4, soweit es den Schuldspruch wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG und die Busse betrifft, sowie bezüglich der Dispositivziffern 3 (Ersatzfreiheitsstrafe), 5 (Einziehung) und 6 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird ferner vom Vorwurf des fahrlässigen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 SVG, Art. 31 Abs. 2 SVG und Art. 2 Abs. 1 VRV freigesprochen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.

3. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 22. Oktober 2020 (Dispositiv-Ziffer 6) rechtskräftig festgesetzte Gerichtsgebühr und Gebühr für das Vorverfahren werden zu zwei Fünfteln dem Beschuldigten auferlegt und zu drei Fünfteln auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten des Gutachtens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Dem Beschuldigten wird für das Vorverfahren und das vorinstanzliche Gerichtsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 3'650.– sowie für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'319.85 aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmatund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Administrativmassnahmen, Lessingstr. 33, 8090 Zürich (PIN: ...)
 - die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA-Verordnung mittels Kopie von Urk. 36.
6. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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
II. Strafkammer

Zürich, 8. Juli 2021

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Huter