

# ZH\_OBERGERICHT SB120117 vom 12. April 2012

ZH Obergericht, 2012-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB120117](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120117)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB120117 du 12 avril 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT SB120117 del 12 aprile 2012

## Erwägungen

### E. 4

Massnahme / Aufschub des Strafvollzugs zu Gunsten der Massnahme

#### E. 4.1

Die Anordnung einer ambulanten Massnahme (Suchtbehandlung) wurde von keiner Seite angefochten und es kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 32 Ziff. III.5., S. 7 ff.; § 161 GVG/ZH).

#### E. 4.2

Die Vorinstanz erwog zur Frage des Aufschubs des Strafvollzugs zu Gunsten der Massnahme, dass ein gleichzeitiger Strafvollzug nebst der Besserung im

- 12 - sozialen Umfeld dem Angeklagten jede berufliche Perspektive wegnehme, da der Angeklagte aufgrund der mehrmonatigen Absenz und der fehlenden Stellvertretungsmöglichkeit sein Geschäft, welches er als Einmannbetrieb führe, würde aufgeben müssen. Dies bringe der derzeitigen positiven Entwicklung des Angeklagten mehr Probleme als Nutzen. Der sofortige Vollzug der Freiheitsstrafe würde somit die Aussicht auf eine weiterzuführende erfolgreiche Behandlung erheblich beeinträchtigen. Deshalb sei der Vollzug der ausgefallenen Freiheitsstrafe zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben (Urk. 32 S. 14).

#### E. 4.3

In ihrer Berufungsbegründung führt die Staatsanwaltschaft aus, die Vorinstanz stütze sich einseitig darauf ab, dass das Gutachten die Weiterführung einer ambulanten Massnahme unter Abstinenzverpflichtung empfehle. Hingegen verkenne die Vorinstanz, dass eine ambulante Massnahme im Sinne einer sucht-spezifischen Behandlung grundsätzlich auch parallel oder nach vorherigem Strafvollzug durchgeführt werden könne, wie die beauftragte Gutachterin selber ausführe. Die Vorinstanz wolle dem Angeklagten eine "allerletzte Chance gewähren", seine geordneten persönlichen Verhältnisse mit einem eigenen Geschäft beizubehalten. Demgegenüber sei festzuhalten, dass er seine letzte Chance bereits früher bekommen, aber selber nicht wahrgenommen habe. Im Wesentlichen komme die Vorinstanz zum Schluss, dass eine unbedingte Freiheitsstrafe die Grundlage des Angeklagten zerstören und ihn aus seinen geordneten Verhältnissen reißen würde. Ein gleichzeitiger Strafvollzug würde nebst der Besserung im sozialen Umfeld dem Angeklagten jegliche berufliche Perspektive wegnehmen. Dabei übersehe die Vorinstanz anscheinend, dass Freiheitsstrafen von zwölf Monaten gemäss Art. 77b StGB in der Regel in Form der Halbgefängenschaft vollzogen werden könnten. Damit könne der Angeklagte die Arbeit ausserhalb der Anstalt fortführen und müsse nur die Freizeit in der Vollzugsanstalt verbringen. Der Strafvollzug werde beim Angeklagten die

Resozialisierungschancen weder ver- hindern noch vermindern. Auch im vorliegenden Fall gelte es zu vermeiden, dass der Angeklagte unangemessen privilegiert werde. Mit der ambulanten Therapie dürfe das kriminalpolizeiliche Erfordernis, Straftaten schuldangemessen zu ahnden und Strafen grundsätzlich zu vollziehen, nicht unterlaufen werden. Es sei schlicht blauäugig bei dieser von Alkoholsucht und Rückfällen geprägten Vor-

- 13 - geschichte anzunehmen, wenn einschlägige Vorstrafen und der bisherige Therapieverlauf beim Angeklagten keine Verhaltensänderung bewirken vermoch- ten, sei nun in Zukunft auch ohne vollziehbare strafrechtliche Konsequenzen doch alles besser und der Angeklagte geläutert. Nichts, was die Strafbehörden und Therapeuten bislang erwogen und angeordnet hätten, habe den Angeklagten nachhaltig zu beeindrucken vermocht. Daraus ergebe sich ein klares Bild eines offensichtlichen Charakterfehlers des Angeklagten, der sich im Strassenverkehr einfach nicht an die geltende Rechtsordnung halte. Es könne nicht mehr erwartet werden, dass er ohne den längst fälligen Vollzug der ausgefallenen Freiheitsstrafe nur mit einer weiteren Therapie und Abstinenzkontrolle doch noch die nötigen Lehren ziehe und künftig nicht mehr straffällig sein werde. Die Freiheitsstrafe sei daher zu vollziehen und die ambulante Behandlung während und nach dem Straf- vollzug durchzuführen (Urk. 29 S. 3).

#### **E. 4.4**

Die Verteidigung verweist vorweg auf die Ausführungen der Vorinstanz. Wei- ter weist die Verteidigung auf die bisherigen Therapiebemühungen und Therapie- erfolge des Angeklagten hin. Der Angeklagte gehe seit etwa August 2009 aus ei- gener Initiative regelmässig zu den Anonymen Alkoholikern und den .... Die we- sentliche Änderung zu früheren Therapien und den früheren Ansichten des Ange- klagten sei, dass er nun der festen Überzeugung sei, dass letztlich nichts an der Alkoholabstinenz vorbei führe. Früher habe er sich noch zum Ziel gesetzt gehabt, kontrolliert zu trinken. Auf diese Änderung der Ansicht des Angeklagten sei der bisherige Therapieerfolg zurück zu führen. Der Angeklagte lebe nun seit rund zweieinhalb Jahren alkoholabstinent. Zwecks Dokumentation des positiven Therapieverlaufs verweist die Verteidigung auf die Verlaufsberichte von Dr. med. C.\_\_\_\_\_, dem behandelnden Psychiater des Angeklagten, vom 3. April 2012 und 30. Juni 2011 sowie auf das Schreiben von D.\_\_\_\_\_, Psychotherapeut SVG der IOGT Schweiz. Es sei daher beim Angeklagten von guten Erfolgsaussichten einer ambulanten Behandlung auszugehen, welche sich bereits bestätigt hätten. Aus- serdem werde von den behandelnden Fachpersonen schriftlich bestätigt, dass sich ein Strafvollzug sehr nachteilig auf die Resozialisierung des Angeklagten auswirken könne bzw. einer starken Gefährdung des Therapieerfolges gleich kä- me. Deshalb seien die rechtlichen Voraussetzungen klarerweise erfüllt, umso

- 14 - mehr als sich ein Strafvollzug, selbst in Halbgefangenschaft, mit der beruflichen Selbständigkeit nicht vereinbaren lasse und das berufliche Aus bedeuten würde. Zwar führe die Gutachterin im Massnahmegutachten vom 3. Juni 2010 aus, eine ambulante Behandlung könne auch bei gleichzeitigem oder vorherigem Strafvoll- zug erfolgen. Dies werde jedoch nicht weiter begründet. Im Übrigen müsse vorliegend auf die Fachmeinungen der derzeit behandelnden Personen abgestellt werden. Das alte Gutachten könne nicht mehr herangezogen werden. Ausserdem sei auf die Ansicht der fallführenden Verantwortlichen seitens des Bewährungs- und Vollzugsdienstes, Frau E.\_\_\_\_\_, zu verweisen, welche im Ver- laufsbericht vom 14. Oktober 2009 ausführe, dass ein nachträglicher Vollzug bzw.

eine vollzugsbegleitende ambulante Therapie bei Menschen mit einer langjährigen Suchtproblematik und tiefer Frustrationstoleranz mehr Probleme als Nutzen bringe, da zuerst am Suchtverhalten gearbeitet werden müsse. Zu den Auswirkungen des Strafvollzugs in Halbgefangenschaft auf das Leben des Angeklagten wird ausgeführt, dass das Haftregime der Halbgefangenschaft nicht für Selbständigerwerbende, welche ihren Arbeitseinsatz der anfallenden Arbeit anpassen müssen, geschaffen sei. Reparaturen müssten oft auch spätabends und am Samstag ausgeführt werden. Weiter seien zwei Abende pro Woche für Therapien blockiert, welche Zeit bei der Halbgefangenschaft kompensiert werden müsse, da mindestens elf Stunden täglich im Gefängnis zu verbringen seien. Durch Kompensation würde dem Angeklagten aber ein Arbeitstag verloren gehen, was dieser sich wiederum finanziell nicht leisten könne. Wenn die Staatsanwaltschaft anführe, der Angeklagte könne die Freizeit in Halbgefangenschaft verbringen, verkenne diese, dass der Angeklagte praktisch seine ganze Freizeit in Therapiesitzungen der Anonymen Alkoholiker und den ... verbringe. Bisher habe er beinahe 1000 Stunden in Therapien investiert. Mehr könne man von ihm nicht verlangen. Der Strafvollzug hätte dramatische Auswirkungen auf die berufliche Situation des Angeklagten und würde ihn seine Existenz kosten, womit wiederum der Therapieerfolg des Angeklagten ernsthaft gefährdet wäre. Der Strafvollzug sei daher ohne jede Vorbehalte zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben (Urk. 45 S. 5-10).

- 15 -

#### **E. 4.5**

Das Gericht kann gemäss Art. 63 Abs. 2 StGB den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Bei der Frage des Strafaufschubes können Konflikte entstehen zwischen den Zielen der Spezial- und der Generalprävention. Gedanken der Rechtsgleichheit bzw. der Strafgerechtigkeit können damit in Widerspruch stehen. Es hat eine Abwägung der verschiedenen Anliegen stattzufinden. Das Gericht hat im Einzelfall unter Berücksichtigung der verschiedenen Grundsätze den konkreten Umständen Rechnung zu tragen und dabei insbesondere Aspekte wie Notwendigkeit und Chancen einer Behandlung, die bisherigen Therapiebemühungen, konkrete Auswirkungen des Strafvollzugs sowie das Erfordernis, Straftaten zu ahnden, einer näheren Prüfung zu unterziehen. Das Gericht hat sich dabei auf ein Gutachten abzustützen (Heer in BSK Strafrecht I, N 36 f. zu Art. 63; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, S. 184). Es gilt nach der konstanten Praxis der Grundsatz, dass die Strafe vollstreckt und die ambulante Massnahme gleichzeitig durchgeführt wird. Es ist mithin vom Ausnahmeharakter des Strafaufschubs auszugehen. Die Anordnung eines Strafaufschubes zugunsten einer Massnahme ist an zwei Voraussetzungen gebunden: das Erfordernis der Ungefährlichkeit des Täters und der Vordringlichkeit der ambulanten Behandlung (Heer, a.a.O, N 40 zu Art. 63). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Strafaufschub bei einer Beeinträchtigung des möglichen Heilungserfolges durch einen Freiheitsentzug angezeigt. Erforderlich ist, dass die Massnahme vordringlich und mit dem Strafvollzug unvereinbar ist. Vordringlich ist eine Massnahme immer dann, wenn der Vollzug "den Erfolg der Therapie ernstlich oder erheblich gefährden würde". Mit anderen Worten geht die Therapie vor, wenn bei einem Strafaufschub gute Resozialisierungschancen bestehen, welche der Vollzug der Freiheitsstrafe klar verhindern oder vermindern würde. Dabei muss die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung

wirklich vor- handen sein. Bestehen die Erfolgsaussichten einer ambulanten Behandlung nur auf lange Frist oder in eher bescheidenem Ausmass, sind die Voraussetzungen für einen Strafaufschub nicht erfüllt (Heer in BSK StPO, N 48 zu Art. 63). Die Tat- sache alleine, dass eine Behandlung in einer Strafanstalt mit gewissen organisa-

- 16 - torischen Schwierigkeiten oder anderen Unzukömmlichkeiten für die Beteiligten verbunden ist, vermag zur rechtsgenügelichen Begründung der Vordringlichkeit einer ambulanten Massnahme nicht zu genügen. Die Kombination von ambulan- ter Massnahme und Strafvollzug müssen deutlich über das Ausmass hinausge- hen, das grundsätzlich mit jedem Entzug der Freiheit verbunden ist. Bloss bekenntnishafte Aussagen zugunsten eines Strafaufschubs oder allgemeine Überlegungen zur Problematik der psychiatrischen Behandlung im Rahmen des Strafvollzuges vermögen hier nicht zu genügen (Heer, a.a.O., N 54 zu Art. 63). Das Bundesgericht betonte mehrfach, dass ein Missbrauch des Instruments des Strafaufschubs zu Gunsten der Massnahme und damit eine Umgehung des Straf- vollzugs nicht zuzulassen sei. Die ambulante Massnahme darf nicht als Mittel eingesetzt werden, um dem Strafvollzug zu entgehen, wo die Voraussetzungen eines Strafvollzugs nicht gegeben sind. Der Strafaufschub muss sich aus Grün- den der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen (Heer, a.a.O., N 57 zu Art. 64; BGE 120 IV 1, E. 2b).

#### **E. 4.6**

Dem Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich, Dr. med. F.\_\_\_\_\_, vom tt. Juni 2010 ist zu entnehmen, dass der Angeklagte seit Jahren alkoholkrank ist und deswegen schon in verschiedenen ambulanten Mas- snahmen war (Urk. 6/6 S. 4; vgl. auch beigezogene Akten des Bezirksgerichts Dielsdorf, Gesch.-Nr. DG070011, Urk. 7.2). Gelöschte Vorstrafen dürfen zwar vom Gericht bei der Strafzumessung und bei der Prognosebeurteilung nicht zu- lasten des Angeklagten berücksichtigt werden, doch können sie vom Gutachter aufgrund des Interesses einer umfassenden Begutachtung für die Prognose- beurteilung herangezogen werden (BGE 135 IV 87 E. 2.4. und 2.5.). Die mit Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 31. Mai 2007 angeordnete ambulante Mass- nahme konnte noch nicht erfolgreich abgeschlossen werden, bis es am 7. August 2009 zu dem heute zu beurteilenden Vorfall und somit auch zu einem Rückfall in Bezug auf den Alkoholkonsum kam. Dem Gutachten ist zu entnehmen, dass beim Angeklagten seit Anfang der 90er Jahre eine Alkohol-Abhängigkeitserkrankung besteht und sich der Angeklagte immer wieder in suchtspezifischen ambulanten Behandlungen befand. Gemäss den Schilderungen des Angeklagten könne nun offensichtlich erstmals erkannt werden, dass der Angeklagte in den letzten Mona-

- 17 - ten in der Lage gewesen sei, über seine Gesamtsituation zu reflektieren. Dies- bezüglich habe er auch selbständige Massnahmen getroffen, gehe nun zu den Anonymen Alkoholikern und den .... Verändert zeige sich nun auch das persönli- che Eingeständnis des Angeklagten, an einer Abhängigkeitserkrankung zu leiden. Diesbezüglich müsse jedoch erwähnt werden, dass bereits im Rahmen der Be- gutachtung im Jahr 2006 vom Angeklagten ein Leidensdruck beschrieben worden sei, aufgrund dessen vom Angeklagten entsprechende therapeutische Massnah- men eingeleitet worden seien. Bei der psychologischen Abklärung sei damals festgehalten worden, dass sich der Angeklagte sehr motiviert zeige, sich für eine Änderung einzusetzen, wobei der Hauptmotor, sich dafür einzusetzen, darin zu liegen scheine, dass er vermeiden wolle, eine stationäre Massnahme auferlegt zu erhalten. Im Rahmen der aktuellen psychologischen Testung hätten nun aber

Hinweise auf einen gewissen Stabilisierungsprozess erkannt werden können, da sich der Angeklagte als klares Ziel gesetzt habe, den Alkoholkonsum komplett einzustellen. Er zeige sich gegenüber der Voruntersuchung im Jahr 2006 einsichtiger und problembewusster. Aus medizinischen Überlegungen müsse festgehalten werden, dass bei einer Abhängigkeitserkrankung wie derjenigen des Angeklagten, grundsätzlich eine suchtspezifische, abstinenzorientierte Behandlung als notwendig erachtet werde. Aufgrund der Vorgeschichte mit den seit Jahren bestehenden ambulanten Therapieverfahren, die langfristig jedoch keine entsprechende Besserung der Gesamtproblematik ergeben habe, sei nur eine sehr engmaschige Therapie zu empfehlen, wobei diese grundsätzlich im Sinne einer stationären Behandlungsform durchzuführen wäre. Aufgrund dieser Hinweise auf eine nun bestehende Krankheitseinsicht sowie unter Berücksichtigung der psychosozialen Schwierigkeiten, welche eine stationäre Behandlung mit sich bringe, könne dem Angeklagten im Sinne einer allerletzten Chance nochmals eine ambulante Therapieform mit hoch frequenten Terminen empfohlen werden. Zur Frage der Rückfallgefahr lässt sich dem Gutachten entnehmen, dass aufgrund der Vorgeschichte mit jahrelanger Alkoholabhängigkeitsproblematik und wiederholten FiaZ-Vorfällen die Rückfallgefahr als deutlich erhöht betrachtet werden müsse, solange der Angeklagte nicht über einen längeren Zeitraum eine Alkoholabstinenz nachweisen könne (Urk. 6/6 S. 22 f.). Eine ambulante suchtspezifische

- 18 - Behandlung könne grundsätzlich auch parallel oder bei vorherigem Strafvollzug durchgeführt werden (Urk. 6/6 S. 27). Vorweg ist festzuhalten, dass es aufgrund der bestehenden Vorstrafen und der weiteren früheren Verurteilungen wegen Autofahrten mit hohen Promillewerten für das hiesige Gericht absolut nicht nachvollziehbar ist, dass der Angeklagte noch nie eine Strafe verbüssen musste. Die Strafen wurden entweder bedingt ausgesprochen oder der Strafvollzug zu Gunsten einer Massnahme aufgeschoben. Gemäss Gutachten wäre eine ambulante Massnahme auch während oder nach einem Strafvollzug durchführbar. Der Verteidigung ist jedoch zuzustimmen, dass dem Gutachten dazu keine Begründung zu entnehmen ist und auch nicht dazu, ob ein Strafvollzug den Erfolg einer ambulanten Massnahme ernstlich oder erheblich gefährden würde. Die Verteidigung und der Angeklagte selbst brachten mehrfach vor, dass ein Strafvollzug – auch in Halbgefangenschaft – die Existenz des Angeklagten zerstören würde, da er seinen Einmannbetrieb nicht mehr weiter führen könnte. Die Strafvollzugsform der Halbgefangenschaft ist ohne Zweifel nicht einfach – insbesondere auch nicht für einen selbständig Erwerbenden wie der Angeklagten – doch ist klar festzuhalten, dass ein allfällig auszustehender Strafvollzug und dessen nachteiligen Folgen für den Angeklagten nicht die Schuld der Justizbehörden ist. Dies hätte einzig der Angeklagten durch sein wiederholtes straffällige Verhalten zu vertreten, weshalb auch er die Konsequenzen zu tragen und zu verantworten hätte. Im Weiteren rechtfertigen rein organisatorische Schwierigkeiten und damit einher gehende wirtschaftliche Einbussen keinen Aufschub des Strafvollzugs zu Gunsten einer Massnahme. Die langjährige bestehende Alkoholkrankung und die früheren und die aktuelle, seit 2006 laufende ambulante Massnahme erwecken den Eindruck, dass die Therapien bisher keine oder nur geringe – und insbesondere keine dauerhaften – Erfolge bewirkten und Rückfälle nicht zu verhindern vermochten. Heute zeigte der Angeklagte jedoch, dass eine Veränderung stattgefunden hat und dass er einen Schritt vorwärts in Richtung Alkoholabstinenz gemacht hat. Der Angeklagte scheint – im Gegensatz zu früher – eine Krankheitseinsicht entwickelt und eingesehen zu

- 19 - haben, dass kontrolliertes Trinken nicht möglich ist, sondern Totalabstinenz die einzige Lösung ist. Auch bezeichnet er sich nun selber als Alkoholiker. Aufgrund der Verzögerung des Verfahrens bei der Vorinstanz hatte der Angeklagte nun die Möglichkeit, sich während rund zwei Jahren als alkoholabstinent zu beweisen. Dieses veränderte Verhalten, die nun offenbar vorliegende Krankheitseinsicht, die vom Angeklagten zuverlässig und motiviert besuchten Therapie-sitzungen sowie die freiwillige Teilnahme an Sitzungen der Anonymen Alkoholiker und ... geben schliesslich den Ausschlag, dass heute der Strafvollzug zu Gunsten der Massnahme gerade noch einmal aufgeschoben werden kann. Hätte sich das Verfahren aufgrund der Verzögerung bei der Vorinstanz jedoch nicht um rund ein Jahr verzögert und wäre die Beurteilung durch die hiesige Instanz deshalb früher erfolgt, wäre die Strafe vermutlich nicht zu Gunsten der Massnahme aufgeschoben worden. Heute konnte der Angeklagte jedoch mit seinen Aussagen und Berichten von Haaranalysen (Urk. 46/3 und 46/4) glaubhaft darlegen, dass er nun seit rund zwei Jahren alkoholabstinent lebt. Weiter liegen Berichte der behandelnden Therapeuten des Angeklagten im Recht, welche diesem einen durchwegs positiven Verhandlungsverlauf attestieren und von einem Strafvollzug abraten, da dieser voraussichtlich die Therapieerfolge beeinträchtigen würde. Die Aussagekraft solcher Berichte ist jedoch erfahrungsgemäss zu relativieren. Im vorliegenden Fall auch deshalb, als der Therapeut Dr. med. C. \_\_\_\_\_ lange Zeit nicht bemerkte, dass der Angeklagte noch Alkohol trank und gar ein Spiegel-trinker war (vgl. Urk. 44 S. 5 f.). Insgesamt können dem Angeklagten heute die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung und damit einhergehend gute Resozialisierungschancen gestellt werden, welche den Aufschub des Strafvollzugs zu Gunsten der Massnahme gerechtfertigt erscheinen lassen. Aufgrund der bisherigen Therapien und der langjährig bestehenden Alkohol-erkrankung des Angeklagten steht fest, dass dieser einer engmaschigen ambulanten Betreuung bedarf. Die jetzigen alle drei Wochen statt findenden Therapiesitzungen erfüllen die Anforderungen an eine engmaschige Therapie nicht. Das Amt für Justizvollzug wird die Umsetzung einer suchtspezifischen engmaschigen ambulanten Behandlung festlegen und aufgleisen müssen. Im

- 20 - Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die freiwilligen Sitzungen bei den Anonymen Alkoholikern und den ... nicht Teil der ambulanten Behandlung sind.

#### **E. 4.7**

Die Voraussetzungen für die Gewährung des Aufschubs des Strafvollzugs zu Gunsten der ambulanten Massnahme sind daher gerade noch einmal erfüllt. Es ist daher eine ambulante Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung) anzuordnen und der Vollzug der Freiheitsstrafe ist zu diesem Zwecke aufzuschieben.

#### **E. 5**

Kosten Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihren Anträgen vollumfänglich. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a StPO/ZH). Das Gericht beschliesst:

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