

ZH_OBERGERICHT SB120378 vom 19. Dezember 2012

ZH Obergericht, 2012-12-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120378

FR: ZH_OBERGERICHT SB120378 du 19 décembre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB120378 del 19 dicembre 2012

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil vom 31. Januar 2012 sprach das Einzelgericht in Strafsachen am Bezirksgericht Uster den Beschuldigten des vorsätzlichen Fahrens in fahrun- fähigem Zustand, der vorsätzlichen Vereitelung von Massnahmen zur Feststel- lung der Fahrnfähigkeit, der vorsätzlichen Verletzung der Verkehrsregeln sowie des vorsätzlichen pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie einer Busse von Fr. 400.--. Zudem ordnete es eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB an. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 6 Monaten aufge- schoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Der Vollzug des unbedingten Teils der Freiheitsstrafe von 6 Monaten wurde für die Dauer der angeordneten ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB aufgeschoben. Die Kosten des Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 33 S. 28 f.).

E. 2

Gegen diesen Entscheid meldete die Staatsanwaltschaft See/Oberland mit Eingabe vom 6. Februar 2012 (Poststempel: 7. Februar 2012) fristgerecht Be- rufung an (Urk. 29). Am 8. August 2012 nahm die Staatsanwaltschaft das begrün- dete Urteil entgegen (Urk. 32). Mit Eingabe vom 27. August 2012 liess sie dem Obergericht des Kantons Zürich sodann rechtzeitig die Berufungserklärung zu- kommen, worin sie sich gegen den teilbedingten Vollzug der Freiheitsstrafe und

- 5 - - zumindest im Hauptantrag - gegen den Aufschub des unbedingten Teils der Strafe zugunsten der ambulanten Massnahme wandte (Urk. 34). Mit Präsidialver- fügung vom 13. September 2012 wurde dem Beschuldigten die Berufungserklä- rung zugestellt und ihm eine Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 35). Der Beschuldig- te erhob keine Anschlussberufung (vgl. Urk. 36/1). In Abänderung ihrer Berufungserklärung und unter Beilage eines Schreibens der Verteidigung sowie eines Kurzberichtes der Privatklinik B._____ stellte die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 16. Oktober 2012 den Antrag, es sei der Vollzug der Freiheitsstrafe von 12 Monaten zugunsten der ambulanten Massnah- me (vollständig) aufzuschieben, und beschränkte die Berufung damit auf den von der Vorinstanz gewährten teilbedingten Strafvollzug (Urk. 37, Urk. 38/1-2). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2012 stellte die Staatsanwaltschaft den weiteren An- trag, das Berufungsverfahren sei schriftlich durchzuführen (Urk. 39). Da sich die Verteidigung mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 ebenfalls mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden erklärte (Urk. 43), wurde mit Präsidial- verfügung vom 25. Oktober 2012 das schriftliche Verfahren angeordnet und der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um ihre Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 44). Mit Eingabe vom 30. Oktober 2012 stellte die Staatsanwalt- schaft den eingangs erwähnten Antrag (Urk. 46). Der Beschuldigte erstattete in- nert der

ihm mit Präsidialverfügung vom 31. Oktober 2012 angesetzten Frist die Berufungsantwort, in welcher er sich mit dem Berufungsantrag der Staatsanwaltschaft einverstanden erklärte und darüber hinaus beantragte, die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen (Urk. 50). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 49). Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs wurde der Staatsanwaltschaft die Berufungsantwort des Beschuldigten zugestellt (Urk. 52).

E. 3

Wenn die Vorinstanz die von ihr angeordnete ambulante Massnahme bei der Beurteilung des bedingten Vollzuges als günstiges Prognosekriterium wertet, verkennt sie, dass die Anordnung einer Massnahme gemäss Art. 56 Abs. lit. a StGB die "Gefahr weiterer Straftaten" voraussetzt. Mithin bedeutet die Anordnung einer Massnahme zugleich zwingend eine ungünstige Prognose, so dass eine gleichzeitig ausgefallte Strafe nicht bedingt gemäss Art. 42 StGB oder teilbedingt

- 8 - gemäss Art. 43 StGB aufgeschoben werden kann. Vielmehr ist die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 12 Monaten unbedingt auszusprechen, wobei die Möglichkeit besteht, diese zugunsten der Massnahme aufzuschieben. Die Voraussetzungen für den Aufschub der Strafe richten sich dabei nach Art. 63 Abs. 2 StGB

(Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. A., Zürich 2007, S. 132; Urteile des Bundesgerichts 6B_342/2010 vom 9. Juli 2010, 6B_141/2009 vom 24. September 2009, 6B_724/2008 vom 19. März 2009, 6B_268/2008 vom 2. März 2009 E. 6). In der Lehre wird - unter Hinweis auf Trechsel, Kommentar, N 22 zu Art. 41 aStGB - die Auffassung vertreten, der bedingte Strafvollzug lasse sich mit einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB kombinieren (Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, N 78 zu Art. 42 StGB). Näher begründet wird diese Lehrmeinung dort allerdings nicht. Auch bei Trechsel findet sich an der angeführten Stelle nur eine apodiktische Behauptung. Dies wird dort zudem mit Verweis auf N 11 zu Art. 41 aStGB relativiert. Dort wird zwar ausgeführt, beim Entscheid über den Vollzug einer aufgeschobenen Strafe nach einer Massnahme im Sinne von Art. 43/44 aStGB sei auch die Frage des bedingten Strafvollzuges zu prüfen und dabei sei "auch die Kombination mit ambulanter Behandlung (...) denkbar". Es wird aber sogleich angefügt, dass Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 aStGB für diesen Fall die Möglichkeit des Strafaufschubes vorsehe, "weshalb die Praxis eine Kombination mit bedingtem Strafvollzug nicht zulässt" (Trechsel, Schweiz. Strafgesetzbuch, 2. A., Zürich 1997, N 11 zu Art. 41 (a)StGB mit Verweisen). Trechsel schliesst, der Praxis sei zuzustimmen, "denn die ambulante Behandlung soll beim bedingten Strafvollzug durch eine Weisung angeordnet werden" (a.a.O.). Somit ist an der bewährten Praxis festzuhalten, wonach kein bedingter oder teilbedingter Strafvollzug zu gewähren ist, wenn sich gleichzeitig die Anordnung einer Massnahme aufdrängt.

E. 4

Die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung stellen übereinstimmend den Antrag, die Strafe sei zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben (Urk. 46 S. 3 und Urk. 50 S. 1).

- 9 -

E. 4.1

Das Gericht kann den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Behandlung aufschieben (Art. 63 Abs. 2 StGB), wenn der Täter nicht gefährlich ist (Basler Kommentar, a.a.O., N 39 ff. zu Art. 63 StGB). Der Strafaufschub soll jedoch nur ausnahmsweise gewährt werden, wenn die Art der ambulanten Behandlung es erfordert (Basler Kommentar, a.a.O., N 39 zu Art. 63 StGB, BGE 129 IV 161 m.w.H.). Dies ist dann der Fall, wenn die Massnahme vordringlich und mit dem Strafvollzug nicht vereinbar ist. Die Therapie hat dann den Vorrang, wenn bei einem Strafaufschub gute Aussichten auf einen Behandlungserfolg bestehen, welche der Strafvollzug verhindern oder erheblich gefährden würde. Die ambulante Massnahme darf nicht dazu missbraucht werden, den Strafvollzug zu umgehen, wo die Voraussetzungen für den bedingten Vollzug nicht mehr gegeben sind (Basler Kommentar, a.a.O., N 47 ff. und N 57 zu Art. 63 StGB). Bei Freiheitsstrafen bis zu 2 Jahren, die noch bedingt vollziehbar sein könnten, muss aber schon die ernstzunehmende Möglichkeit der Bewährung genügen, um das Strafbedürfnis (vorerst) zurücktreten zu lassen (Basler Kommentar, a.a.O., N 59 zu Art. 63 StGB). Hat sich der Täter noch vor der Verurteilung in eine freiwillige ambulante Behandlung begeben und verläuft diese bis zur Urteilsfällung erfolgsversprechend, ist ein Strafaufschub angezeigt (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 184; Basler Kommentar, a.a.O., N 53 zu Art. 63 StGB).

E. 4.2

Dr. C._____ hielt in seinem Massnahmegutachten vom 11. August 2011 fest, dass der Alkoholabhängigkeit des Beschuldigten bei der Beurteilung der Legalprognose die zentrale Bedeutung zukomme. Abgesehen davon hätten beim Beschuldigten keine weiteren deliktsfördernden Persönlichkeitsmerkmale festgestellt werden können. Dies zeige sich unter anderem auch am ansonsten ungetriebenen Leumund. Positiv zu werten sei überdies die gute wirtschaftliche und soziale Integration des Beschuldigten, welche sich unterstützend und deliktspräventiv auswirke. Ein weiterer, die Legalprognose günstig beeinflussender Faktor sei die Tatsache, dass der Beschuldigte bereits freiwillig eine Fachtherapie aufgenommen habe und diese nachgewiesenermassen zu einer erfolgreichen Alkoholtotalabstinenz geführt habe. Unterstützt werde dies auch durch die vom Beschuldigten erlebten und feststellbaren positiven Auswirkungen auf seine Gemütslage und es

- 10 - sei somit anzunehmen, dass die eingeleitete Verhaltensänderung mit Alkoholtotalabstinenz langfristig emotional gefestigt sei. Diese legalprognostischen Einschätzungen hätten auch mittels des Prognoseinstruments FOTRES abgebildet werden können. Dabei habe sich gezeigt, dass eine langfristige Rückfallsfreiheit wahrscheinlicher sei, als eine Rückfälligkeit, bei gleichzeitig guten Erfolgsaussichten in der Therapie (Urk. 9/9 S. 25). Insgesamt beurteilte der Gutachter die Rückfallgefahr des Beschuldigten als moderat, wenn auch im Bereich des Strassenverkehrsgesetzes im Vergleich zur Normalbevölkerung deutlich erhöht (Urk. 9/9 S. 28). In der der Beurteilung des Beschuldigten folgenden Beantwortung des Fragekatalogs hielt der Gutachter sodann fest, dass die ambulante Behandlung auch bei gleichzeitigem oder vorherigem Strafvollzug durchgeführt werden könne, ohne dies jedoch näher zu begründen (Urk. 9/9 S. 29).

E. 4.3

Gestützt auf dieses Gutachten ging die Vorinstanz zu Recht von der Ungefährlichkeit des Täters aus (Urk. 33 S. 24), fordert der Ausschluss des Strafausschubes doch eine

besondere Rückfallgefahr, für welche sich vorliegend keine Anhaltspunkte finden (Basler Kommentar, a.a.O., N 44 zu Art. 63 StGB). Darüber hinaus bejahte die Vorinstanz entgegen dem Gutachten auch das Erfordernis der Vordringlichkeit der Behandlung und schob den unbedingten Teil der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Behandlung auf (Urk. 33 S. 24 ff.). Zur Begründung führte sie an, dass der Beschuldigte seit Monaten alkoholabstinent lebe und sich dabei den Lebenssituationen, in welchen er bis zum Tatzeitpunkt regelmässig Alkohol konsumiert habe, stelle und diese meistere. Darauf gelte es aufzubauen. Im Strafvollzug könne diesem Punkt zufolge der Isolation von alltäglichen Situationen nur beschränkt Rechnung getragen werden (Urk. 33 S. 35 f.). Zu beachten sei des Weiteren, dass der Beschuldigte bereits vor Fällung des vorinstanzlichen Entscheides aus eigenem Antrieb eine Therapie aufgenommen habe, was sich ebenfalls zugunsten des Strafaufschubes auswirke (Urk. 33 S. 26). Ausserdem verfüge der Beschuldigte über ein gesundes soziales Umfeld, welches ihn unterstütze, und habe sich die berufliche Situation, welche für den Alkoholkonsum mitursächlich gewesen sei, durch die vom Beschuldigten zu erwartende IV-Rente entspannt (Urk. 33 S. 25 f.). Unter Berücksichtigung all dieser

- 11 - Umstände habe der Beschuldigte nicht nur gute Resozialisierungschancen, sondern bereits erhebliche, erfolgreiche Resozialisierungsarbeit geleistet. Diese Resozialisierungschancen würden bei Durchführung des Strafvollzuges nicht nur verhindert oder vermindert, sondern es würden insbesondere bereits erzielte Resozialisierungserfolge vereitelt, weshalb der Strafaufschub dringend angezeigt sei (Urk. 33 S. 26 f.).

E. 4.4

Diesen Erwägungen der Vorinstanz kann gefolgt werden, zumal die gegenteilige Einschätzung des Gutachters nicht begründet wurde (vgl. Urk. 9/9 S. 29). Darüber hinaus lässt sich dem aktuellen psychiatrischen Bericht der Privatklinik B._____ vom 12. August 2012, der verkehrspsychologischen Abklärung der Fahreignung des Instituts für Rechtsmedizin vom 29. Oktober 2012 sowie der verkehrsmedizinischen Begutachtung des Instituts für Rechtsmedizin vom 6. November 2012 entnehmen, dass der Resozialisierungserfolg noch immer anhält. Der Beschuldigte befindet sich nach wie vor in regelmässiger ambulanter psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung, lebt nachweislich abstinent (Haaranalyse) und in einem stabilen sozialen Umfeld, welches seinen Änderungsprozess unterstützt (Urk. 51/1-3). Dem Beschuldigten wurde denn auch eine gute Prognose gestellt (Urk. 51/1 S. 1) und seine charakterliche Fahreignung wurde aus verkehrsmedizinischer und -psychologischer Sicht wieder befürwortet (Urk. 51/2 S. 9 und Urk. 51/3 S. 6). Damit hat der Beschuldigte die Voraussetzungen geschaffen, um von einer ernstzunehmenden Möglichkeit der Bewährung auszugehen, welche das Strafbedürfnis in Bezug auf die 12-monatige Freiheitsstrafe zurücktreten lässt.

E. 4.5

Vor diesem Hintergrund ist der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben. V. Kosten Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Staatsanwaltschaft mit ihren Anträgen vollumfänglich und unterliegt der Beschuldigte, selbst wenn er sich

- 12 - den Anträgen der Staatsanwaltschaft angeschlossen hat. Da es vorliegend jedoch in Bezug auf die Gewährung des teilbedingten Vollzuges einen Fehlentscheid der Vorinstanz zu korrigieren gilt, den der Beschuldigte nicht zu vertreten hat, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Ein Anspruch auf

Prozessentschädigung für die anwaltliche Vertretung des Beschuldigten im
Berufungsverfahren besteht allerdings nicht (Art. 436 Abs. 2 StPO). Es wird beschlossen:

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