Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.210/2003 /kra

Urteil vom 3. März 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marc-Antoine Kämpfen,

gegen

Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, Feldstrasse 42, 8090 Zürich,

Gegenstand
Vollstreckung einer aufgeschobenen Strafe,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 4. Mai 2003.

Sachverhalt:
A.
Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte X._____ am 11. November 1999 wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand zu einer Gefängnisstrafe von sechs Monaten. Der Vollzug der Strafe wurde zu Gunsten einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB aufgeschoben.

Am 24. Januar 2002 hob das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich die ambulante Behandlung als erfolgreich abgeschlossen auf und ersuchte das Obergericht, auf den Vollzug der aufgeschobenen Strafe zu verzichten.
B.
Am 16. März 2002 lenkte X._____ sein Fahrzeug in alkoholisiertem Zustand bei einem Blutalkoholgehalt von 2,08 Promille. Die Bezirksanwaltschaft Horgen leitete deswegen eine Strafuntersuchung ein.
C.
Das Obergericht ordnete am 4. Mai 2003 unter Verweis auf die erneute Straffälligkeit von X._____ den Vollzug der aufgeschobenen Strafe an.
D.
Die von X._____ erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 26. November 2003 ab.
E.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, den Beschluss des Obergerichts aufzuheben.

Das Obergericht und die Staatsanwaltschaft verzichten auf Gegenbemerkungen. Das Amt für Justizvollzug schliesst auf Abweisung der Beschwerde.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Vorliegend ist die Anwendung von Art. 44 Ziff. 5 StGB umstritten. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz hätte gemäss klarem Gesetzeswortlaut auf die Sachlage im Zeitpunkt der erfolgreichen Massnahmebeendigung am 24. Januar 2002 abstellen müssen. Indem sie seine erneute Fahrt in alkoholisiertem Zustand vom 16. März 2002 bei der Entscheidfindung herangezogen habe, verstosse sie gegen Bundesrecht.
1.1 Gemäss Art. 44 Ziff. 5 StGB entscheidet der Richter, ob und wieweit aufgeschobene Strafen im Zeitpunkt der Entlassung aus der Anstalt oder der Behandlung noch vollstreckt werden sollen. Die genannte Gesetzesbestimmung nimmt in zeitlicher Hinsicht ausschliesslich zur Frage Stellung, ob vor oder nach Aufhebung einer Massnahme bzw. schon bei einer probeweisen Entlassung über den Strafvollzug zu entscheiden ist. Der Gesetzeswortlaut stellt dabei klar, dass der Richter erst nach endgültiger Aufhebung der Behandlung bzw. nach definitiver Entlassung aus der Anstalt über die nachträgliche Vollstreckung aufgeschobener Strafen befinden soll. Dahinter steht die Überlegung, dass erst in diesem Zeitpunkt feststeht, ob bzw. in welchem Umfang die angeordnete Massnahme ihren Zweck erreicht hat (BGE 78 IV 3; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage 1997, Art. 43 N 26; Hans Schultz, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. II, 4. Auflage 1982, S. 36; Ursula Frauenfelder, Die ambulante Behandlung geistig Abnormer und Süchtiger als strafrechtliche Massnahme nach Art. 43 und 44 StGB, Diss. Zürich 1978, S. 169).
1.2 Im Lichte dieser Erwägung erweist sich die Interpretation des Beschwerdeführers, wonach der Richter nach der Sachlage im Zeitpunkt der Massnahmebeendigung entscheiden muss, als nicht richtig. Sein Vorbringen betrifft - bei genauer Betrachtung - denn auch nicht den Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung, sondern beschlägt vielmehr die Frage, welche Sachgrundlagen dem Urteil nach Art. 44 Ziff. 5 StGB zugrunde zu legen sind. In diesem Zusammenhang ist insbesondere streitig, ob der Richter neue Entwicklungen bis zur Urteilsfällung berücksichtigen darf und muss. Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht mit dieser Frage bis anhin noch nie eingehend auseinander gesetzt.
1.3 Dass der Richter auf die Sachlage im Zeitpunkt des Urteils abstellt und folglich veränderten Lebensumständen eines Täters Rechnung trägt, ist im Sanktionenrecht die Regel. So sind bei der Entscheidung über den bedingten Strafvollzug gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB die persönlichen Verhältnisse des Täters bis zum Urteilsdatum zu würdigen (BGE 128 IV 193 E. 3a; 114 IV 85 E. 5; Roland M. Schneider, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 41 N 73). Ebenso ist bei der Bemessung der Strafe nach Art. 63 StGB der Zeitpunkt der Urteilsfällung massgebend; es gilt mithin auch hier, die aktuellen Lebensumstände eines Täters in die richterliche Entscheidfindung mit einzubeziehen (vgl. dazu Urteil des Kassationshofs vom 14. April 2002, 6S.39/2002; Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 63 N 72; Günther Stratenwerth, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, Bern 1989, § 7 N 31 ff.). Schliesslich hat der Richter auch bei der Anordnung von Massnahmen gemäss Art. 42 ff. StGB sowie Art. 100bis StGB auf den Gesamtzustand des Täters zur Zeit des Urteils abzustellen (Hans Schultz, a.a.O., S. 136; vgl. dazu auch BGE 101 IV 270 E. 4). Die persönlichen Verhältnisse eines Täters bzw. deren Veränderung bis zum Zeitpunkt
des Entscheides mit zu berücksichtigen, entspricht dem Grundsatz der Spezialprävention. Dadurch soll eine im Einzelfall möglichst sach- und tätergerechte Beurteilung durch den Richter sichergestellt werden. Der Sache nach muss eine solche Beurteilung auch bei der Entscheidung über die nachträgliche Vollstreckung von Strafen gemäss Art. 44 Ziff. 5 StGB Anwendung finden. Folglich hat der Richter bei der Frage, ob und wieweit eine aufgeschobene Strafe noch zu vollstrecken ist, auf den Sachstand im Urteilszeitpunkt abzustellen (vgl. auch BGE 128 IV 241 E. 4.3.3).
1.4 Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz das erneute Fahren des Beschwerdeführers in alkoholisiertem Zustand zu Recht in ihre Erwägungen mit einbezogen. Da insoweit kein Verstoss gegen Bundesrecht vorliegt, erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Punkt als unbegründet.
2.
Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz verletze ihr Ermessen, wenn sie entgegen der Darlegung des behandelnden Therapeuten gestützt auf die erneute Delinquenz des Beschwerdeführers einen Heilerfolg der Massnahme (weitestgehend) verneine. Denn auch ein Rückfall schliesse nicht aus, dass eine vorangegangene Behandlung Erfolge aufweise. Selbst die Vorinstanz anerkenne gewisse Teilerfolge der Therapie, die durch einen nachträglichen Strafvollzug beeinträchtigt werden könnten. Unter diesen Umständen erweise sich ihre Argumentation, mangels Heilung des Beschwerdeführers könne der Strafvollzug auch einen Massnahmenerfolg nicht gefährden, als in sich widersprüchlich.

2.1 Der Richter ist an den Entscheid der Vollzugsbehörde oder deren Empfehlungen nicht gebunden. So ist selbst bei erfolgreicher Behandlung eines Betroffenen und entsprechendem Antrag der Behörde auf Verzicht des Strafvollzugs die nachträgliche Vollstreckung der aufgeschobenen Strafe möglich. Regelmässig wird davon allerdings abgesehen, wenn dadurch der Erfolg einer Massnahme gefährdet oder gar vereitelt werden könnte (Art. 43 Ziff. 5 Abs. 1 Satz 2 StGB; Matthias Brunner, Straf- und Massnahmenvollzug, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VII, Strafverteidigung, § 6 N 140).
2.2 Dass die Vorinstanz der neuen Straftat des Beschwerdeführers bei der Beurteilung der Frage, inwieweit beim Beschwerdeführer eine Besserung eingetreten ist, massgebliches Gewicht beimisst, ist nicht zu beanstanden. Ebenso hat sie die ärztlichen Angaben zum Heilerfolg des Beschwerdeführers angesichts seines Rückfalls relativieren dürfen. Wenn sie dennoch an gewissen Erfolgen der ambulanten Behandlung festhält, liegt darin kein Widerspruch. Vielmehr bringt sie damit zum Ausdruck, dass sie den erneuten Rückschlag des Beschwerdeführers nicht unbesehen als Indikator für die vollständige Erfolglosigkeit der Massnahme wertet (vgl. dazu Urteil des Kassationshofs vom 7. Mai 2002, 6S.69/2002; Marianne Heer, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 44 N 74). Von einer Ermessensverletzung durch die Vorinstanz kann insoweit nicht gesprochen werden.
2.3 Wie bereits bemerkt, ist vom nachträglichen Vollzug der Strafe grundsätzlich abzusehen, wenn dadurch der (Heil)-Erfolg einer Behandlung wieder in Frage gestellt würde (BGE 114 IV 85 E. 3a; 107 IV 20 E. 5c). Insofern stehen die Anliegen der Resozialisierung eines Täters im Vordergrund. Ein Verzicht auf den Strafvollzug lässt sich hingegen nicht rechtfertigen, falls ein Heilerfolg nicht erreicht wird oder die zu verzeichnenden Therapieerfolge - angesichts der unvermindert fortbestehenden Grundproblematik eines Betroffenen - im Ergebnis nur unbedeutend erscheinen.
Dem Gutachten des Instituts für medizinische Begutachtung (IMB) vom 17. Dezember 2002 (kantonale Akten, S. 23) ist zu entnehmen, dass sich beim Beschwerdeführer nach wie vor deutliche Anzeichen für eine Alkoholabhängigkeit finden (Gutachten, S. 13 und S. 17). Es scheine bei ihm eine eigentliche Toleranz für Alkohol vorzuliegen, habe seine minimale Blutalkoholkonzentration doch bei allen vier Trunkenheitsfahrten aus den Jahren 1993, 1995, 1998 und 2002 stets über 2,0 Promille betragen (Gutachten, S. 14). Bei seiner jüngsten Fahrt in alkoholisiertem Zustand habe der Beschwerdeführer lediglich leichte bis deutliche Symptome von Trunkenheit gezeigt. Dem Promillegehalt entsprechend wären aber deutlichere Trunkenheitszeichen zu erwarten gewesen. Deshalb müssten die Angaben des Beschwerdeführers, nach über dreijähriger Abstinenz nur einige Male rückfällig geworden und nur einmal "abgestürzt" zu sein, in Zweifel gezogen werden (Gutachten, S. 14). Hinsichtlich seines Alkoholkonsums stelle sich der Beschwerdeführer wenig offen dar: Er anerkenne zwar verbal das Störende seines Verhaltens, bejahe dieses aber grundsätzlich gleichzeitig in der Tatsituation. Dass die vier Jahre dauernde regelmässige Psychotherapie nicht viel gefruchtet habe,
zeige sich schliesslich im Umstand, dass der erheblich rückfallgefährdete Beschwerdeführer am 16. März 2002 keinerlei Vorkehren getroffen habe, sich nicht alkoholisiert in sein Fahrzeug zu setzen. Dies, obschon er um die Gefahr eines Absturzes gewusst habe, mehrfach einschlägig vorbestraft sei und immer wieder beteuert habe, Fahren und Trinken voneinander zu trennen (Gutachten, S. 17 und 19).
Die gutachterlichen Erkenntnisse lassen ohne weiteres den Schluss zu, dass die ambulante Therapie des Beschwerdeführers unter den Aspekten sowohl der Deliktsprävention als auch der Heilung bzw. Besserung keine nachhaltige Wirkung erzielt hat. Offenbar hat die Kernproblematik des Beschwerdeführers nicht massgeblich verringert werden können. Vor diesem Hintergrund kann - auch im Wissen darum, dass die Massnahme ursprünglich zufolge Zweckerreichung aufgehoben worden ist - von einem im Ergebnis bloss geringen Behandlungserfolg ausgegangen werden. Unter diesen Umständen ist die Auffassung der Vorinstanz, ein wesentlicher Heilerfolg würde mangels Heilung des Beschwerdeführers durch einen Strafvollzug nicht zunichte gemacht, nicht zu beanstanden. Die diesbezügliche Kritik des Beschwerdeführers ist insofern nicht stichhaltig.
2.4 Es stellt sich die Frage, ob dem Beschwerdeführer der bedingte Strafvollzug hätte gewährt werden müssen. Der Richter kann gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen und Vergehen abgehalten (BGE 128 IV 193 E. 3a).
Gemäss IMB-Gutachten sprechen diverse Anhaltspunkte zu Gunsten des Beschwerdeführers. So zeige er in allen Bereichen eine gute bis sehr gute soziale Leistungsfähigkeit, weise stabile Arbeitsverhältnisse auf und plane die Zukunft realistisch. Ferner sei er in zahlreiche Aktivitäten eingebunden und verfüge über intakte familiäre und partnerschaftliche Beziehungen. Schliesslich sei der Beschwerdeführer auch bereit, sich mit seiner Tat auseinander zu setzen. Er zeige erkennbar Reue und Bedauern. Im Übrigen habe er belegt, dass er sich in

ähnlichen (Trink)-Situationen anders habe verhalten können. Seit der inkriminierten Fahrt in angetrunkenem Zustand lebe er abstinent (Gutachten, S. 16). Ebenso hätten sich die Intervalle zwischen den einzelnen Fahrten in angetrunkenem Zustand verlängert (Gutachten, S. 17). Prognostisch ungünstig falle hingegen ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer mehrfach einschlägig vorbestraft sei und die vier Jahre dauernde ambulante Massnahme nicht viel gefruchtet habe. Der Beschwerdeführer sei nach wie vor alkoholabhängig und müsse als erheblich rückfallgefährdet bezeichnet werden. Insgesamt sei von einer ungünstigen Legalprognose auszugehen (vgl. dazu E. 2.3; Gutachten, S. 16 ff.). Im Übrigen bleibt an dieser
Stelle anzumerken, dass der Beschwerdeführer eine dreimonatige Gefängnisstrafe bereits in Halbgefangenschaft verbüsst hat.

Im Lichte dieser Ausführungen ist davon auszugehen, dass die mehrfache einschlägige Straffälligkeit des Beschwerdeführers, die Geringfügigkeit des erzielten Therapieerfolgs sowie das beträchtliche Rückfallrisiko die begründete Erwartung ausschliessen, der Beschwerdeführer vermöchte sich künftig wohl verhalten. Dies gilt umso mehr, als ihn bis anhin weder seine tragfähige Einbindung in Familie und Partnerschaft noch seine Bewährung im Erwerbsleben von der Verübung weiterer Delikte abgehalten haben. Offensichtlich vertritt auch der Beschwerdeführer diese Auffassung, da er eine Verletzung von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht ausdrücklich geltend macht.
2.5 Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den Vollzug der aufgeschobenen Strafe gemäss Art. 44 Ziff. 5 StGB anordnen dürfen, ohne Bundesrecht zu verletzen. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist insoweit unbegründet.
3.
Soweit sich der Beschwerdeführer auf eine Verletzung des Anspruchs auf Gesamtbeurteilung analog der Regelung gemäss Art. 41 Ziff. 3 Abs. 4 StGB sowie Art. 68 Ziff. 2 StGB beruft, geht seine Rüge an der Sache vorbei. Beim Entscheid über die nachträgliche Vollstreckung aufgeschobener Strafen geht es nicht um eine neuerliche strafrechtliche Beurteilung und Sanktionierung, sondern um den blossen Vollzug einer früher ausgesprochenen Strafe. Auf das Vorbringen des Beschwerdeführers ist somit nicht weiter einzugehen.
4.
Der Beschwerdeführer kritisiert, dass eine Anrechnung der durchgeführten Therapie auf die aufgeschobene Gefängnisstrafe unterblieben sei. Immerhin habe er während zwei Jahren Antabus einnehmen und sich während dieser Zeitspanne praktisch jeden Monat einer Blutentnahme unterziehen müssen. Ausserdem habe er für die Dauer von rund vier Jahren eine Gesprächstherapie auf sich genommen. Als selbständig erwerbender Geschäftsmann habe er dadurch einen beträchtlichen Verdienstausfall erlitten.
4.1 Beim nachträglichen Vollzug der ursprünglich aufgeschobenen Freiheitsstrafe ist zu prüfen, ob und inwiefern der Verurteilte durch die ambulante Massnahme in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt wurde. In dem Masse, wie eine tatsächliche Beschränkung der persönlichen Freiheit vorliegt, ist die Behandlung auf die Freiheitsstrafe anzurechnen. Von Bedeutung ist hierfür im Wesentlichen, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand die Massnahme für den Betroffenen verbunden war. Wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit von ambulanter Massnahme und Strafvollzug kommt in der Regel nur eine beschränkte Anrechnung der ambulanten Behandlung in Frage. Dem Richter steht beim Entscheid, ob und in welchem Umfang die Behandlung anzurechnen ist, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 122 IV 51 E. 3a; 121 IV 303 E. 4b).
4.2 Die Vorinstanz stellt für den Kassationshof verbindlich fest, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seiner gerichtlich angeordneten ambulanten Behandlung ab 7. Januar 2000 gesamthaft etwa 13 Gesprächstherapiesitzungen besucht, zeitweise Antabus eingenommen und sich regelmässigen Blutkontrollen unterzogen habe. Wenn die Vorinstanz den mit der Massnahme verbundenen Zeit- und Kostenaufwand für den Beschwerdeführer unter diesen Umständen als relativ gering beurteilt und deshalb von einer Anrechnung absieht, kann ihr eine Überschreitung des Ermessens nicht vorgeworfen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich der Beschwerdeführer bereits im September 1998 freiwillig in die therapeutische Behandlung begeben hat. Auch wenn ihm dadurch fraglos ein gewisser - zeitlicher und finanzieller - Mehraufwand erwachsen ist, kann angesichts der relativ niedrigen Kadenz der Sitzungen nicht von einer erheblichen Beschränkung seiner persönlichen Freiheit ausgegangen werden.
5.
Nach dem Gesagten ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. März 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: