Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.9/2004 /kra

Urteil vom 9. September 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiber Briw.

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

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Fahren in angetrunkenem Zustand,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 28. Oktober 2003 (Nr. SB030411/U/hp).

Sachverhalt:
A.
X._____ wurde am 26. August 1993 vom Bezirksamt Höfe, am 1. Februar 1996 vom Obergericht des Kantons Aargau und am 11. November 1999 vom Obergericht des Kantons Zürich u.a. wegen Führens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand verurteilt. Der Vollzug der Freiheitsstrafen wurde jeweils entweder bedingt oder zu Gunsten einer ambulanten Therapie aufgeschoben. Bisher wurden die beiden ersten der genannten Strafen nicht vollzogen. Hingegen ordnete das Obergericht des Kantons Zürich am 4. Mai 2003 den Vollzug der im Urteil vom 11. November 1999 zu Gunsten einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB aufgeschobenen sechsmonatigen Freiheitsstrafe an, weil X._____ rückfällig geworden war (nachfolgend Bst. B). Eine gegen diesen Vollstreckungsentscheid des Obergerichts erhobene eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wies der Kassationshof am 3. März 2004 ab (BGE 6S.210/2003).
B.
X._____ lenkte am 16. März 2002 sein Fahrzeug auf der Autobahn A3 in alkoholisiertem Zustand bei einem Blutalkoholgehalt von 2,08 Promille.

Das Obergericht des Kantons Zürich (II. Strafkammer) erkannte ihn deshalb am 28. Oktober 2003, in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (mit Ausnahme einer Weisung), des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 19 Abs. 1 SVG schuldig. Es bestrafte ihn mit 10 Monaten Gefängnis und ordnete eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB an. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es nicht auf.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies am 21. Mai 2004 eine Nichtigkeitsbeschwerde von X._____ ab, soweit es darauf eintrat.
C.

X._____ erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, ihn in Aufhebung des obergerichtlichen Urteils mit nicht mehr als 6 Monaten Gefängnis zu bestrafen und diese Strafe zu Gunsten der angeordneten ambulanten Massnahme aufzuschieben, eventuell die Sache in diesen Punkten zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, ferner die kantonalen Kosten anders zu verteilen und die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtet auf Gegenbemerkungen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Kassationshof entscheidet grundsätzlich (vgl. aber Art. 277quater BStP) nicht in der Sache selbst, sondern weist sie zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurück (Art. 277ter Abs. 1 BStP). Auf die Beschwerde ist in diesem Sinne einzutreten.

Der Beschwerdeführer bringt vor, es dürfte sinnvoll sein, das frühere (BGE 6S.210/2003; oben Bst. A) und das vorliegende Beschwerdeverfahren durch den Kassationshof in gleicher Besetzung behandeln zu lassen (Beschwerde S. 3). Diesem Ansinnen kann nicht entsprochen werden. Die Beschwerden werden in der ordentlichen Besetzung behandelt. Es kann darauf hingewiesen werden, dass der Kassationshof im früheren Beschwerdeverfahren in Kenntnis des Vorfalls vom 16. März 2002 entschied und heute in Kenntnis des Entscheids vom 3. März 2004 urteilt.
2.
Beschwerdegegenstand bilden eine ungenügende Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit des Beschwerdeführers sowie das Nichtaufschieben des Strafvollzugs zu Gunsten der ambulanten Massnahme.

Zu beiden Punkten führt der Beschwerdeführer aus, das angefochtene Urteil gründe auf den gleichen zwei unzutreffenden und aktenwidrigen Annahmen. Die Vorinstanz habe nämlich zum einen die Angabe des Therapeuten übergangen, dass eine zu verbüssende Gefängnisstrafe die Existenz seiner Familie gefährden würde, und entgegen ihrer Annahme sei der Gutachter sichtlich davon ausgegangen, dass er die Freiheitsstrafe in Halbgefangenschaft werde verbüssen können. Zum anderen habe sie aktenwidrig bzw. fälschlich angenommen, er hätte in eine Vertretung investieren sollen und hätte so die heute durch den Strafvollzug auftretenden beruflichen Schwierigkeiten vermeiden können (Beschwerde S. 4 und 5 sowie S. 6).
Das Kassationsgericht hat diese Vorbringen als unbegründet abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung richtet, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP).
3.
Die Strafe ist nach dem Verschulden des Täters zuzumessen; dabei sind Beweggründe, Vorleben und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen (Art. 63 StGB). Bei den persönlichen Verhältnissen können unter dem Gesichtspunkt der Strafempfindlichkeit auch die beruflichen und familiären Verhältnisse Berücksichtigung finden. Weil die Auswirkungen des Strafvollzugs auf Familie und Beruf zunächst eine unmittelbare gesetzliche Folge der Freiheitsstrafe sind, ist jedoch Zurückhaltung geboten. Die Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit werden als strafmindernde Strafzumessungsfaktoren nur in Betracht kommen, wenn Abweichungen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten sind. Es geht darum, Gleichheit in dem Sinne herzustellen, dass gleiches Verschulden mit einem gleichen Mass an Übelszufügung geahndet wird (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, § 7 N. 55; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Art. 63 N. 22; Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 63 N. 95 f. mit Hinweis auf BGE 6S.703/1995 vom 26. März 1996).

Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer sei auf Grund seiner Tätigkeit als selbständiger, spezialisierter Software-Unternehmer erhöht strafempfindlich. Eine Strafe, die nicht in Halbgefangenschaft verbüsst werden könne, könnte die Existenz seiner Firma gefährden. Auch treffe es zu, dass er bei seinem Alter (Jahrgang 1950) grundsätzlich nicht mehr leicht eine neue unselbständige Anstellung finden könnte. Einschränkend sei aller-

dings als Erstes festzuhalten, dass er sich nunmehr zum vierten Mal vor Gericht verantworten müsse und sich einer allfälligen Bedrohung seiner Existenz längst bewusst sein müsse. Er hätte Massnahmen zur Überbrückung für den Notfall treffen können und müssen. Es könne nicht sein, dass ein Unternehmer bei der gleichen Straftat wesentlich milder angefasst werde, als derjenige, der Vorkehren getroffen habe bzw. als derjenige, der nicht über ein eigenes Kleinunternehmen verfüge. Sodann sei seine Existenz keineswegs zwangsläufig gefährdet. Als Spezialist hätte er trotz seines Alters noch weitgehend intakte Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Dass er in eine Existenz bedrohende Situation im Sinne eines Fürsorgefalls geriete, wenn die Strafe nicht auf ein im Kanton Schwyz noch die Halbgefangenschaft ermöglichendes
Mass herabgesetzt würde, sei nicht anzunehmen. Es sei nur eine leichte Strafreduktion infolge erhöhter, beruflich bedingter, Strafempfindlichkeit angezeigt (angefochtenes Urteil S. 8 und 9).

Der Beschwerdeführer wendet ein, die Verbüssung der Strafe würde bei ihm zu einem persönlichen und wirtschaftlichen Desaster führen. Er könne seine Stellung als selbständiger Informatiker nur dank persönlicher Beziehungen erhalten, die er während der Strafverbüssung nicht pflegen könne. Eine längere Strafverbüssung würde ihn "aus dem System nehmen", und es sei nicht anzunehmen, dass er als 53-Jähriger nach der Strafverbüssung wieder zu den Mandaten gelange, die ihm ein Auskommen garantierten. Vielmehr würde er zum Sozialfall werden. Seine Strafempfindlichkeit sei als sehr hoch einzustufen (Beschwerde S. 4, 5 f.).

Das Bundesgericht greift auf Nichtigkeitsbeschwerde hin in die Strafzumessung nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 129 IV 6 E. 6.1). Mit den Einwendungen des Beschwerdeführers gegen die vorinstanzlichen Ausführungen lässt sich keine bundesrechtswidrige Strafzumessung dartun. Das Kassationsgericht hat zwar angenommen, die Vorinstanz beurteile die beruflichen Chancen allenfalls zu optimistisch (S. 6, E. 3.2.1.). Wie die Vorinstanz aber festhält, musste sich der Beschwerdeführer bereits seit Jahren der Konsequenzen weiterer Trunkenheitsfahrten bewusst sein, insbesondere auch eines Vollzugs der Freiheitsstrafen. Hinsichtlich der familiären Situation stellt die Vorinstanz keine aussergewöhnlichen Umstände fest. Die Auswirkungen, die den Beschwerdeführer treffen, sind zunächst die allgemeine und gesetzliche Folge des Vollzugs von längeren Freiheitsstrafen und können insoweit nicht bereits zu einer Strafminderung führen. Im Einzelfall ist aber die persönliche Situation zu prüfen,
damit nicht der Einzelne wegen einer besonderen Strafempfindlichkeit durch die gleiche Sanktion ungleich schwerer getroffen wird. Die Vorinstanz prüft diese Strafempfindlichkeit des Beschwerdeführers und berücksichtigt sie strafmindernd. Es liegen aber keine Umstände vor, die eine weitere Herabsetzung der Strafe oder eine Herabsetzung im beantragten Ausmass gebieten würden.
4.
Zwecks ambulanter Behandlung kann der Richter den Vollzug der Strafe aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen (Art. 44 Ziff. 1 i.V.m. Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Der Strafaufschub ist anzuordnen, wenn eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde. Die Therapie geht vor, falls eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, welche der Strafvollzug klarerweise verhindern oder vermindern würde. Dabei sind einerseits die Auswirkungen des Strafvollzugs, die Erfolgsaussichten der ambulanten Behandlung und die bisherigen Therapiebemühungen zu berücksichtigen, andererseits aber auch das kriminalpolitische Erfordernis, Straftaten schuldangemessen zu ahnden bzw. rechtskräftige Strafen grundsätzlich zu vollziehen (ausführlich BGE 129 IV 161 E. 4.1). In das weite Beurteilungsermessen des Sachrichters kann das Bundesgericht nur bei Ermessensüberschreitung oder Ermessensmissbrauch eingreifen (BGE a.a.O., E. 4.4).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Voraussetzungen für einen Strafaufschub zu Gunsten der ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 StGB seien angesichts seiner Ungefährlichkeit und der Tatsache, dass ein möglicher Heilungserfolg durch einen Freiheitsentzug zunichte gemacht würden, zweifellos gegeben (Beschwerde S. 7).

Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Beweiswürdigung richtet, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Wie die Vorinstanz ausführt, kann die vorgeschlagene Therapie nach dem Gutachten durchaus

während des Strafvollzugs durchgeführt werden (angefochtenes Urteil S. 12; Gutachten vom 17. Dez. 2002, S. 20; act. 4/4). Die gegen diese Würdigung vorgebrachten Einwände des Beschwerdeführers wies das Kassationsgericht als unbegründet ab (S. 8 f., E. 4.2.1.). Weiter führt die Vorinstanz aus, dass die im Jahre 1999 angeordnete und mit einem Strafaufschub verbundene Massnahme im Ergebnis scheiterte. Auch die Einwendungen gegen diese Würdigung wies das Kassationsgericht ab, soweit es darauf eintrat (S. 10 f., E. 5.2). Nicht einzutreten ist ferner auf den Beweisantrag auf Einholung einer Auskunft des Therapeuten (Beschwerde S. 7). Für die Vorinstanz bestand dazu infolge des Vorliegens eines Gutachtens kein Anlass (angefochtenes Urteil S. 12). Die Ablehnung dieses Beweisantrags kann nicht Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sein (vgl. BGE 106 IV 97 E. 2b). Der behandelnde Arzt oder Therapeut kommt grundsätzlich nicht als Gutachter in Betracht (vgl. BGE 128 IV 241 E. 3.2; 128 III 12 E. 4).

Die Vorinstanz kommt zum Ergebnis, angesichts der Erfahrungen, dass unlängst die in Freiheit absolvierte Therapie im Ergebnis scheiterte, liege der Schlüssel für den Erfolg der Behandlung wohl kaum im Aufschub des Strafvollzugs. Die Erfolgsaussichten seien nach dem Gutachter zwar vorhanden, aber eher bescheiden, weshalb dem Gebot der Gleichbehandlung mit anderen, nicht massnahmebedürftigen Straftätern verstärkte Bedeutung zukomme. Der Gutachter sehe aus medizinischer Sicht keine ernsthaften Hindernisse für die Durchführung der Behandlung während der Verbüssung der Strafe. Und schliesslich seien die möglichen beruflichen Folgen des Strafvollzugs teils grob selbstverschuldet und teils weniger gravierend, als vom Beschwerdeführer dargestellt (angefochtenes Urteil S. 13).

Es lässt sich auf Grund der massgeblichen vorinstanzlichen Ausführungen und des Gutachtens ein Vorrang der Heilbehandlung vor dem Strafvollzug nicht begründen. Wie der Kassationshof im erwähnten Urteil vom 3. März 2004 (E. 2.3) ausgeführt hat, lassen die gutachterlichen Ausführungen ohne weiteres den Schluss zu, dass die bisherige ambulante Therapie keine nachhaltige Wirkung erzielt hat und dass von einem im Ergebnis bloss geringen Behandlungserfolg ausgegangen werden kann. Der Gutachter kommt denn auch zum Ergebnis, es sei mit einer erhöhten Gefahr weiterer Fahrten in angetrunkenem Zustand zu rechnen und die vierjährige Therapie habe die Legalprognose nicht nachhaltig günstig beeinflussen können (S. 19 und 21). Es ist dem Beschwerdeführer einzuräumen, dass eine soziale und berufliche Integration während der ambulanten Massnahme zum Erfolg beitragen kann. Dieser Weg war bisher beschritten worden. Die Zielsetzung der Massnahme wurde dennoch verfehlt. Angesichts des Gutachtens ist von einer unvermindert fortbestehenden Grundproblematik auszugehen. Dem Einwand des Beschwerdeführers, der Schluss "Rückfall also Misserfolg der durchgeführten Behandlung" sei nicht richtig (Beschwerde S. 7), muss entgegnet werden, dass die durchgeführte
Behandlung nicht soviel gefruchtet hat, dass er auch nur minimale Vorkehren dafür getroffen hätte, sich nach einem allfälligen Absturz nicht mehr ans Steuer setzen zu können (Gutachten S. 17). Strafrechtlich ist daher tatsächlich von einem Misserfolg auszugehen. Damit wird nicht jegliche günstige Wirkung der Psychotherapie auf den Beschwerdeführer in Abrede gestellt. Vielmehr hat die Vorinstanz erneut eine Behandlung angeordnet und insoweit auch das Erfordernis der Erfolgsaussicht der Massnahme bejaht. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Erfolg beim Vollzug der Massnahme klar und erheblich gefährdeter wäre, als bei einem Aufschub der Freiheitsstrafe (angefochtenes Urteil S. 12). Der Strafaufschub ist nicht schon deshalb angezeigt, weil sich dadurch die Erfolgsaussichten verbessern können (BGE 129 IV 161 E. 4.2), und er darf nicht bloss dazu dienen, den Vollzug der Freiheitsstrafe zu umgehen. Die vorinstanzliche Beurteilung verletzt kein Bundesrecht.
5.
Das angefochtene Urteil hat somit Bestand. Auf den Antrag im Kostenpunkt (auch Beschwerde S. 8) ist daher nicht einzutreten.
6.
Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten vor Bundesgericht (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 9. September 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: