{T 0/2}
6S.24/2002/kra

K A S S A T I O N S H O F
****

Sitzung vom 25. Juni 2002

Es wirken mit: Bundesrichter Schubarth, Präsident des Kassationshofes, Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger, Kolly, Karlen und Gerichtsschreiberin Schild Trappe.

In Sachen

Staatsanwaltschaft des Kantons Z ü r i c h,

gegen

X._____ Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Kurt Zollinger, Bahnhofstrasse 61, Zürich,

betreffend
bedingter Strafvollzug
(Fahren in angetrunkenem Zustand),
hat sich ergeben:

A.- X._____ lenkte am 17. November 2000 um 16.45 Uhr mit einer Blutalkoholkonzentration von 2,32 bis 3,13 Gewichtspromille seinen Personenwagen "Daimler" in Zürich von der Talstrasse in Richtung Bürkliplatz, um an seinen Wohnort in Herrliberg zurückzukehren. Bei der Verzweigung Talstrasse/Bürkliplatz missachtete er das Rotlicht und verursachte dadurch eine Kollision mit einem korrekt von rechts kommenden Lieferwagen, was je geringe Sachschäden an beiden Fahrzeugen zur Folge hatte. Ohne am Unfallort anzuhalten, fuhr X._____ über die Quaibrücke weiter. Er wurde von dem ihn daraufhin verfolgenden Lieferwagenlenker beim Rotlicht am Bellevue eingeholt und aufgefordert, bei der wenige Meter davon entfernten Bushaltestelle am Bellevue anzuhalten. Zwar bog X._____ dort ein und hielt kurz an. Er setzte seine Fahrt dann aber gleich wieder fort und lenkte seinen Wagen - immer noch vom Lenker des Lieferwagens verfolgt - weiter durch den Utoquai. Dann bog er links ab und beendete seine Fahrt erst im Hinterhof an der Dufourstrasse 73, d.h. mehr als 500 Meter vom Unfallort entfernt.

Bereits am 9. Juni 1995 war X._____ wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG sowie wegen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG zu einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten Gefängnis, dies unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer

Probezeit von zwei Jahren, und zu einer Busse von Fr. 10'000.– verurteilt worden. X._____ hatte beim damals zu beurteilenden Vorfall vom 3. Februar 1995 kurz nach Mitternacht eine Blutalkoholkonzentration von mindestens 2,71 Gewichtspromille aufgewiesen.

B.- Am 11. Mai 2001 sprach der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich X._____ schuldig des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG sowie der groben Verletzung einer Verkehrsregel im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 68 Abs. 1 SSV und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von fünf Monaten Gefängnis, dies unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von vier Jahren.

C.- Gegen dieses Urteil legten sowohl X._____ wie auch die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich Berufung ein.

Am 2. November 2001 sprach das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, X._____ schuldig des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG, der groben Verletzung einer Verkehrsregel im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 SVG und Art. 68 Abs. 1 SSV, der versuchten Vereitelung einer Blutprobe im Sinne von Art. 91 Abs. 3 SVG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und des pflichtwidrigen Verhaltens bei einem Unfall im Sinne von Art. 92 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 3 SVG und Art. 56 Abs. 1 VRV. Es verurteilte X._____ zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten Gefängnis und zu einer Busse von Fr. 5'000.–. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es bei einer Probezeit von fünf Jahren auf, und es erteilte ihm die Weisung, sich während der Probezeit unter Betreuung einer Fachstelle für Alkoholprobleme oder eines Arztes seiner Wahl des Alkoholkonsums gänzlich zu enthalten. Das Obergericht lud das Amt für Justizvollzug ein, die Einhaltung der Weisung zu überwachen.

D.- Mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, das angefochtene Urteil wegen Verletzung von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E.- X._____ beantragt in seiner Vernehmlassung die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde. Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Die Vorinstanz befasst sich sehr ausführlich mit der Frage der subjektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Sie weist vorab auf den tadellosen persönlichen wie auch automobilistischen Leumund des Beschwerdegegners hin sowie darauf, dass er den Behörden - mit Ausnahme der Vorstrafe aus dem Jahre 1995 - noch nie negativ aufgefallen sei. Er lebe in geordneten, soliden familiären Verhältnissen zusammen mit seiner ebenfalls erwerbstätigen Ehefrau und seinen beiden Kindern. Er habe sich auch während des laufenden Verfahrens korrekt und kooperativ verhalten. Allerdings sei zu beachten, dass der Beschwerdegegner trotz all diesen sehr guten allgemeinen familiären und beruflichen Rahmenbedingungen erneut straffällig geworden sei. Er habe fast in gleicher Weise wie beim ersten Mal erheblich dem übermässigen Alkoholkonsum zugesprochen und eine grosse Gefahr für die übrigen Strassenbenützer geschaffen. Die allgemeinen und besonderen Rahmenbedingungen böten deshalb keine genügende Gewähr dafür, dass der Beschwerdegegner nicht erneut in gleicher Art und Weise straffällig werde. Beim ersten Vorfall im Jahre 1995 habe der Beschwerdegegner der Länge nach eine Schutzinsel überfahren und dabei zwei Inselschutzpfosten sowie einen Signalständer beschädigt. Hätten sich damals auf dieser Schutzinsel Fussgänger befunden, wären deren Leib und Leben in Gefahr gewesen. Auch diesmal sei es zu einer - wenn auch nur harmlosen - Kollision gekommen, die aber schlimmer hätte enden können, wenn nämlich der neben dem Lieferwagen fahrende Motorradfahrer nicht noch rechtzeitig hätte stark abbremsen können. Beide Vorfälle hätten sich fast identisch abgespielt. Die erste Trunkenheitsfahrt habe sich am Freitag, dem 3. Februar 1995, und die zweite nur fünfeinhalb Jahre später am Freitag, dem 17. November 2000, ereignet. Es handle sich in beiden Fällen um eine typische Vorwochenend-Trinkerei.

Dem Beschwerdegegner sei die Problematik von Alkohol am Steuer sehr bewusst, sei er doch bei seinen Gästen diesbezüglich vorsichtig. Zudem lasse er sein Fahrzeug zu Hause, wenn er mit einem Lunch rechne. Zu beachten sei aber, dass der Beschwerdegegner auf Grund seiner beruflichen Tätigkeit, die zwingend Kundenkontakte mit einschliesse, immer wieder mit der nicht voraussehbaren Situation konfrontiert sein werde, mit Kunden einen Lunch einnehmen zu müssen. Für diese Fälle bestehe überhaupt keine Gewähr, dass er nicht erneut zu viel Alkohol konsumieren und dann ein Fahrzeug lenken würde. Selbst sein eigener Arzt bestätige seine lockere und freie Beziehung zu alkoholischen Getränken. Der Beschwerdegegner leide zwar nicht an einer chronischen Alkoholsucht, verliere jedoch in bestimmten Situationen die Kontrolle über sein Trinkverhalten, was sich trotz seinen verbalen Beteuerungen wiederholen könne. Auch nach dem ersten äusserst

gefährlichen Vorfall habe er beteuert, die Konsequenzen gezogen zu haben, was aber durch sein erneutes Delinquieren widerlegt sei. Die spezialpräventive Wirkung des Ausweisentzugs dürfe bei der Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht ausser Acht gelassen werden; der Führerausweis sei dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 29. Juni 2001 mit Wirkung vom 17. November 2000 bis und mit 16. Dezember 2001 für die Dauer von 13 Monaten entzogen worden. Mit Verfügung vom 4. September 2001 sei diese Massnahme jedoch auf Grund der Zusage zum Besuch des bfu-Kurses (bfu: Schweizerisches Büro für Unfallverhütung) vorzeitig aufgehoben worden. Der Entzug habe demzufolge nicht einmal ein ganzes Jahr gedauert. Bei dieser Sachlage könne nicht von einer erheblichen Einschränkung des Beschwerdegegners durch den Ausweisentzug, welcher einen besonders nachhaltigen Eindruck auf ihn machen würde, gesprochen werden.

Zum Einwand, eine unbedingte Freiheitsstrafe hätte für den Beschwerdegegner in beruflicher Hinsicht eine sehr einschränkende Wirkung, selbst wenn er diese in Halbgefangenschaft verbüssen könnte, bemerkt die Vorinstanz, dass wohl jeder Freiheitsentzug eine Beeinträchtigung in der beruflichen Betätigung bedeute. Darauf sei im Rahmen des Vollzugs so weit wie möglich Rücksicht zu nehmen. Bei der Prüfung der Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzugs dürfe dies aber nicht zu einer Zweiklassenjustiz führen in dem Sinne, dass Angehörigen von gewissen Berufen, wie etwa Fernfahrern oder Nachtwächtern, der bedingte Strafvollzug nur deshalb gewährt werden müsste, weil sie ihre Freiheitsstrafe nicht in Halbgefangenschaft verbüssen könnten. Aus diesem Grund könne auch das Argument des Beschwerdegegners nicht gehört werden, er sei sehr strafempfindlich, weil eine unbedingte Freiheitsstrafe ihn härter treffen würde, als dies bei einer Person mit permanenter Tätigkeit in der Schweiz der Fall wäre.

Hingegen sei zu beachten, dass der Beschwerdegegner im Berufungsverfahren neu vorbringe, dass er seit dem Vorfall vom November 2000 eine Totalabstinenz einhalte, und seine diesbezüglichen Ausführungen auch belege. In diesem Zusammenhang bestätige sein Hausarzt zuhanden des Institutes für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRM), dass er den Beschwerdegegner seit dem Ereignis vom 17. November 2000 in regelmässigen Abständen zu Allgemeinuntersuchungen, zur Überprüfung der Labor-Tests und zu Gesprächen sehe und die Einhaltung einer Alkoholtotalabstinenz seit dem 18. November 2000 bestätigen könne. Diese Alkoholtotalabstinenz stehe aber im Zusammenhang mit der Wiederaushändigung des Führerausweises. In der Verfügung betreffend Führerausweisentzug werde nämlich auf den Untersuchungsbericht vom 17. Mai 2001 verwiesen, in welchem der Amtsarzt am IRM feststelle, dass die Fahreignung des Be-

schwerdegegners nur bei Einhaltung einer Alkoholtotalabstinenz bejaht werden könne. Gestützt darauf habe das Strassenverkehrsamt am 4. September 2001 eine Alkoholtotalabstinenz angeordnet und verfügt, dass der Beschwerdegegner sich unter Betreuung der zuständigen Fachstelle für Alkoholprobleme oder eines Arztes seiner Wahl des Alkoholkonsums gänzlich zu enthalten habe.

Da der Beschwerdegegner seit dem 18. November 2000 totalabstinent sei, er den Kurs des bfu besuche und ihm der Führerausweis unter Auflage einer Totalabstinenz wieder erteilt worden sei, sei davon auszugehen, dass er nun die notwendigen Konsequenzen gezogen habe. Auf Grund dieser neuen Tatsache könne ihm nochmals der bedingte Strafvollzug gewährt werden. Den trotzdem bestehenden Bedenken sei dadurch Rechnung zu tragen, dass die Probezeit auf die längste mögliche Dauer von fünf Jahren anzusetzen sei. Zudem sei dem Beschwerdegegner gestützt auf Art. 41 Ziff. 2 StGB die Weisung zu erteilen, sich unter Betreuung einer Fachstelle für Alkoholprobleme oder eines Arztes seiner Wahl während der Probezeit des Alkoholkonsums gänzlich zu enthalten. Mit der Überwachung dieser Weisung sei das Amt für Justizvollzug zu beauftragen. Es werde Sache dieser Amtsstelle sein, die genauen Überwachungsmodalitäten mit dem Beschwerdegegner zu regeln. Anzumerken bleibe, dass es angezeigt erscheine, den Beschwerdegegner jeweils ohne entsprechende Vorankündigung kurzfristig zu den einzelnen Kontrollen aufzubieten.

2.- Die Beschwerdeführerin sieht Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verletzt. Der Beschwerdegegner habe sich nicht "nur" des Fahrens in einem ganz erheblich angetrunkenen Zustand schuldig gemacht, sondern überdies versucht, sich einer Blutprobe zu entziehen, obwohl er sowohl unmittelbar nach der Kollision als auch nach der Quaibrücke bei der Bushaltestelle am Bellevue vom Geschädigten aufgefordert worden sei anzuhalten. In diesem Benehmen komme eine gewisse Abgeschlagenheit zum Ausdruck, welche ebenfalls gegen eine günstige Prognose spreche. Ein nachvollziehbarer oder gar einfühlbarer aussergewöhnlicher Trinkanlass sei nicht ersichtlich; im Gegenteil habe der Beschwerdegegner einfach einer Einladung Folge geleistet, um dann ganz massiv dem Alkohol zuzusprechen, darum wissend, dass sich in der Tiefgarage desselben Gebäudes sein Fahrzeug befunden habe, mit welchem er anschliessend noch nach Hause fahren würde. All dies sei vor dem Hintergrund einer einschlägigen früheren Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe und eines vom 3. Februar 1995 bis 2. Juli 1995 dauernden Führerausweisentzuges geschehen.

Die Vorinstanz habe in Überschreitung ihres Ermessens dem Beschwerdegegner letztlich nur deswegen den bedingten Strafvollzug gewährt, weil er im Berufungsver-

fahren eine durch seinen Hausarzt bestätigte Alkoholtotalabstinenz geltend gemacht habe. Diese Abstinenz stehe im Zusammenhang mit der Wiederaushändigung des Führerausweises - ein Umstand, welcher klar deren Bedeutung relativiere. Aus der dem Beschwerdegegner vom Strassenverkehrsamt am 4. September 2001 auferlegten Alkoholtotalabstinenz könne nicht darauf geschlossen werden, dass der Beschwerdegegner die notwendigen Konsequenzen gezogen habe. Auch mit einer Weisung, sich während der Probezeit des Alkoholkonsums gänzlich zu enthalten, lasse sich die Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht begründen. Die Einhaltung einer solchen Weisung sei im Übrigen schwer zu überwachen.

3.- a) Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB kann der Richter den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde auch durch eine bedingt vollziehbare Strafe von weiteren Delikten abgehalten. Der Richter hat also eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen. Dabei steht dem Sachrichter ein erhebliches Ermessen zu. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid auf, wenn die Vorinstanz nicht von rechtlich massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder diese in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens unrichtig gewichtet hat. Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (BGE 118 IV 97 E. 2b). Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. (Wiprächtiger, Strafzumessung und bedingter Strafvollzug, ZStrR 114/1996, S. 457, mit Hinweisen). Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides mit einzubeziehen. Es ist unzulässig, unter den nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu berücksichtigenden Umständen einzelnen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen (BGE 118 IV 97 E. 2b; 123 IV 107 E. 4a). Wie bei der Strafzumessung müssen die Gründe im Urteil so wiedergegeben werden, dass sich die richtige Anwendung des Bundesrechts überprüfen lässt (BGE 117 IV 112 E. 3a).

b) Die Vorinstanz führt bei der Prüfung der subjektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs - abgesehen vom tadellosen persönlichen

Leumund - fast ausschliesslich Umstände auf, die gegen eine günstige Prognose sprechen. Die schliesslich von ihr gestellte gute Prognose wird - abgesehen vom Leumund - schwergewichtig mit dem Umstand begründet, dass der Beschwerdegegner seit dem Vorfall vom November 2000 eine Alkoholtotalabstinenz einhalte. Ganz am Ende ihrer Erwägungen äussert die Vorinstanz ihre trotzdem bestehenden Bedenken und betont, dass dem Beschwerdegegner der bedingte Strafvollzug ohne die Abstinenz nicht hätte gewährt werden können.

c) Zu prüfen ist, ob der Alkoholtotalabstinenz die von der Vorinstanz beigemessene überragende Bedeutung zukommt. Zur Feststellung der Alkoholtotalabstinenz stützt sie sich auf das vom Hausarzt am 24. Oktober 2001 zuhanden des IRM ausgestellte Zeugnis betreffend Fahreignung und Alkohol, in dem dieser die Einhaltung derselben durch den Beschwerdegegner seit dem 18. November 2000 bestätigt. Gemäss Art. 277bis Abs. 1 BStP ist der Kassationshof an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner vom 18. November 2000 - zumindest - bis zum Zeitpunkt der Ausfällung des vorinstanzlichen Urteils totalabstinent war. Keinen Beweis vermag das Zeugnis hingegen hinsichtlich seiner zukünftigen Entwicklung zu erbringen. Selbst der Nachweis einer bereits verhältnismässig lang andauernden Einhaltung einer Alkoholtotalabstinenz vermöchte jedoch für sich alleine eine günstige Prognose bei einem wie vorliegend doch recht schweren Rückfall von Fahren in angetrunkenem Zustand noch nicht zu rechtfertigen. Die Vorinstanz hat dementsprechend dem Beschwerdegegner auch die Weisung erteilt, sich unter Betreuung einer Fachstelle für Alkoholprobleme oder eines Arztes seiner Wahl während der auf die längste mögliche Dauer von fünf Jahren angesetzten Probezeit weiterhin gänzlich des Alkoholkonsums zu enthalten. Mit der Überwachung dieser Weisung wurde das Amt für Justizvollzug beauftragt, das auch die Überwachungsmodalitäten zu regeln hat. Nach Einschätzung der Vorinstanz wäre es aber angezeigt, den Beschwerdegegner jeweilen ohne Vorankündigung kurzfristig zu den einzelnen Kontrollen aufzubieten.

Es ist prinzipiell nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Alkoholtotalabstinenz in diesem Fall eine grosse Bedeutung beigemessen hat. Nachdem sie aber selber bekundet hat, sie gewähre dem Beschwerdegegner gestützt darauf nur mit Bedenken den bedingten Strafvollzug, hätte sie dies nur tun dürfen, wenn sie stärker dafür besorgt gewesen wäre, dass diese Abstinenz auch weiterhin eingehalten wird. Bei einer solchen Ausgangslage leistet auch die Weisung, wonach der Beschwerdegegner weiterhin totalabstinent zu sein habe und sich dabei auch von einem Arzt seiner Wahl betreuen lassen kann, keine hinreichende Ge-

währ für die weitere konsequente Einhaltung der Abstinenz. Daran vermag auch die ebenfalls unsicher anmutende Anordnung einer - noch nicht hinreichend definierten - Überwachung nichts zu ändern. Dementsprechend wäre eine günstige Prognose nur gerechtfertigt, wenn beispielsweise die Alkoholtotalabstinenz nach der Weisung regelmässig durch einen unabhängigen Facharzt überprüft wird und wenn überdies sichergestellt ist, dass der Beschwerdegegner jederzeit zu einer unangemeldeten Kontrolle aufgeboten werden kann. Ohne diese Rahmenbedingungen durfte vorliegend nicht eine günstige Prognose gestellt werden.

Die Vorinstanz hat mit der Annahme einer guten Prognose ohne diese Rahmenbedingungen das ihr zustehende Ermessen überschritten und damit Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verletzt. Dies führt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

4.- Es werden keine Kosten erhoben. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Parteientschädigungen auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Nichtigkeitsbeschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 2. November 2001 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.- Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

3.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 25. Juni 2002

Im Namen des Kassationshofes
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: