

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120378-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, Dr. Bussmann und
Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Leuthard

Urteil vom 19. Dezember 2012

in Sachen

Staatsanwaltschaft See/Oberland, vertreten durch Leitenden Staatsanwalt
lic. iur. Vollenweider,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigter und Berufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **vorsätzliches Fahren in fahruntüchtigem Zustand etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Uster vom
31. Januar 2012 (GG110045)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 25. Oktober 2011 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 Satz 2 SVG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr;
 - der vorsätzlichen Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG;
 - der vorsätzlichen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 SVG;
 - des vorsätzlichen pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall im Sinne von Art. 92 Abs. 1 SVG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 3 SVG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 400.–.
3. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 6 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Der Vollzug des unbedingten Teils der Freiheitsstrafe von 6 Monaten wird für die Dauer der mit heutigem Urteil angeordneten ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB aufgeschoben.

Die Busse ist zu bezahlen.

5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 900.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'000.– Gebühr Vorverfahren;
Fr. 4'755.15 Auslagen Vorverfahren;
Fr. 40.– Kosten der Kantonspolizei Zürich.
7. Die Kosten des Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.

Berufungsanträge:

a) Der Staatsanwaltschaft See/Oberland:

(Urk. 46 S. 3)

Es sei der Vollzug der Freiheitsstrafe von 12 Monaten zugunsten der ambulanten Massnahme (vollständig) aufzuschieben.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 50 S. 1)

1. Es sei Ziffer 4 des Urteils vom 31. Januar 2012 des Einzelgerichts in Strafsachen am Bezirksgericht Uster im Geschäft Nr. GG110045 aufzuheben und der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 12 Monaten zugunsten einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB vollumfänglich aufzuschieben.
2. Es seien die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

I. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2011 trat die neue Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft. Da das angefochtene Urteil nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO). Die Verfahrenshandlungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes nach damaligem Verfahrensrecht angeordnet und durchgeführt worden sind, behalten ihre Gültigkeit (Art. 448 Abs. 2 StPO).

II. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit Urteil vom 31. Januar 2012 sprach das Einzelgericht in Strafsachen am Bezirksgericht Uster den Beschuldigten des vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand, der vorsätzlichen Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntüchtigkeit, 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 aufgeschoben 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.).

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

- zumindest im Hauptantrag - gegen den Aufschub des unbedingten Teils der Strafe zugunsten der ambulanten Massnahme wandte (Urk. 34). Mit Präsidialverfügung vom 13. September 2012 wurde dem Beschuldigten die Berufungserklärung zugestellt und ihm eine Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 35). Der Beschuldigte 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 Massnahme (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 Antrag, 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 Präsidialverfügung 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 Staatsanwaltschaft den eingangs erwähnten Antrag (Urk. 46). Der Beschuldigte erstattete innert 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).

3. Die Berufung hat nur im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Das vorinstanzliche Urteil blieb hinsichtlich des Schuldpunkts (Ziff. 1), der Strafzumessung (Ziff. 2), der Anordnung einer ambulanten Massnahme (Ziff. 3), des Vollzuges der Busse (Ziff. 4, teilweise), der Ersatzfreiheits-

strafe (Ziff. 5) und des Kostendispositivs (Ziff. 6 und 7) unangefochten. Es ist daher vorab festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz insoweit rechtskräftig geworden ist.

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet somit einzig die Frage, ob die Gewährung des teilbedingten Vollzuges der Freiheitsstrafe durch die Vorinstanz zulässig war. Der Aufschub (des unbedingten Teils) der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme ist nicht mehr angefochten (Urk. 37 und Urk. 46). Vielmehr wird von der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung übereinstimmend beantragt, die Freiheitsstrafe von 12 Monaten sei vollumfänglich zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben (Urk. 46 S. 3 und Urk. 50 S. 1). Da die Frage des bedingten Vollzuges jedoch eng mit der Frage des Aufschubes zugunsten der Massnahme zusammenhängt, ist über beide Fragen neu zu befinden.

III. Strafvollzug

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Unter den gleichen Bedingungen kann eine Freiheitsstrafe nur teilweise aufgeschoben werden, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB).

Die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Strafvollzuges im Sinne von Art. 42 und 43 StGB sind beim Beschuldigten ohne Weiteres erfüllt, wurde er von der Vorinstanz doch zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten verurteilt.

In subjektiver Hinsicht verlangt eine Verurteilung zu einer bedingten Strafe nach Art. 42 StGB sowie zu einer teilbedingten Strafe nach Art. 43 StGB das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Bei Art. 43 StGB ergibt sich dies zwar nicht aus

dem Wortlaut, aber aus Sinn und Zweck der Bestimmung. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss der Vollzug zumindest eines Teils der Strafe bedingt aufgeschoben werden. Andererseits ist bei einer schlechten Prognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 und E. 5.3.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_342/2010 vom 9. Juli 2010).

2. Die Vorinstanz hat zunächst eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB angeordnet (Urk. 33 S. 16 ff.) und sich hernach ausführlich mit der subjektiven Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs befasst (Urk. 33 S. 19-22). Dabei berücksichtigte sie nebst der strafrechtlichen Vorbelastung des Beschuldigten auch dessen Alkoholabhängigkeit, seine freiwilligen Bestrebungen, seine Sucht zu behandeln sowie seine berufliche und soziale Situation (Urk. 33 S. 19 ff.). Insbesondere erkannte sie, dass die Prognose des Beschuldigten aufgrund der zwei einschlägigen Vorstrafen, der sich dadurch abzeichnenden Regelmässigkeit (2-Jahres-Rhythmus) und Steigerung der Delinquenz (Alkoholblutwerte) und nicht zuletzt aufgrund seiner Alkoholabhängigkeit schwer belastet ist (Urk. 33 S. 19 f. und S. 22). Im Sinne einer Gesamtwürdigung kam sie aber zum Schluss, dass sich aufgrund der stabilen Verhältnisse, der gefestigten Verhaltensänderung des Beschuldigten bezüglich seines Alkoholkonsums und der freiwilligen Therapie mit erfolgreicher Alkoholabstinenz keine eigentliche Schlechtprognose begründen lasse. Wichtiges Element dieser Prognose seien allerdings weiterhin regelmässige Therapiebesuche des Beschuldigten, weshalb - wie bereits erläutert - eine ambulante Massnahme anzuordnen sei (Urk. 33 S. 22).

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

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 Strafvollzugs 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.

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).

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 erfolgversprechend, ist ein Strafaufschub angezeigt (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 184; Basler Kommentar, a.a.O., N 53 zu Art. 63 StGB).

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

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).

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 Strafausschubes 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

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.).

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.

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

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:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht in Strafsachen, vom 31. Januar 2012 bezüglich Dispositivziffer 1 (Schuldpunkt), Ziffer 2 (Strafzumessung), Ziffer 3 (Anordnung einer ambulanten Massnahme), Ziffer 4 teilweise (Vollzug der Busse), Ziffer 5 (Ersatzfreiheitsstrafe), Ziffern 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zugunsten der ambulanten Massnahme aufgeschoben.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Dem Beschuldigten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, 8090 Zürich (PIN-Nr.: ...)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 19. Dezember 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Leuthard