

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160094-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, Oberrichter lic. iur. S. Volken,
Oberrichterin lic. iur. L. Chitvanni sowie der Gerichtsschreiber
Dr. F. Manfrin

Urteil vom 27. Juni 2016

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Stv. Leitende Staatsanwältin lic. iur. S. Steinhauser,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

betreffend

**vorsätzliches Fahren in fahruntüchtigem Zustand
und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom
9. Dezember 2015 (GG150087)**

Anklage

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Büro C-1, vom 15. Oktober 2015 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 37 S. 25 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (qualifizierte Blutalkoholkonzentration) im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 6 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt.
4. Dem Beschuldigten wird die Weisung erteilt, während 5 Jahren eine Alkoholabstinenz einzuhalten und sich regelmässiger Kontrollen betreffend Einhaltung der Alkoholabstinenz zu unterziehen.
5. Der dem Beschuldigten mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. November 2011 (Aktenzeichen C-4/2011/3275) gewährte teilbedingte Strafvollzug bezüglich der ausgefallten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je Fr. 140.– wird widerrufen und der Vollzug der restlichen Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu je Fr. 140.– angeordnet.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'200.–	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	1'500.–	Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr.	3'170.–	; Auslagen (Gutachten)
Fr.	764.40	Auslagen MIG
Fr.	40.–	; Auslagen Polizei
Fr.	5'982.65	; amtl. Verteidigungskosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einst-

weilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

8. (Mitteilungen)
9. (Begründung/Rechtsmittel)
10. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 54 S. 2)

1. Es sei das vorinstanzliche Urteil – soweit es nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist – vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter ausgangsgemässer Kostenfolgenregelung.

(Keine Beweisanträge.)

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 57 S. 1)

1. Es sei festzustellen, dass die Dispositivziffern 1, 6 und 7 in Rechtskraft erwachsen seien.
2. Es sei der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten zu bestrafen.
3. Es sei der Vollzug der Freiheitsstrafe anzuordnen. Eventualiter sei eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB anzuordnen und der Vollzug des Strafvollzugs zu Gunsten der Massnahme aufzuschieben.
4. Es seien dem Beschuldigten die Kosten aufzuerlegen.

(Keine Beweisanträge.)

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 9. September 2015 wurde der Beschuldigte A._____ anklagegemäss des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bestraft, wobei ihm der bedingte Strafvollzug gewährt und eine Weisung zur Alkoholabstinenz während der gesetzlich maximalen Probezeit erteilt wurde. Eine teilbedingte Vorstrafe wurde vollziehbar erklärt (Urk. 37 S. 25). Gegen diesen Entscheid meldete die Anklagebehörde mit Eingabe vom 16. Dezember 2015 innert gesetzlicher Frist Berufung an (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 28). Die Berufungserklärung der Anklagebehörde ging ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 39). Die Verteidigung hat mit Eingabe vom 21. März 2016 innert Frist mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung verzichtet wird (Urk. 44; Art. 400 Abs. 2f. und Art. 401 StPO). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 39 und 44). Die Anklagebehörde hat die Berufung in ihrer Berufungserklärung ausdrücklich auf den Sanktionspunkt beschränkt (Urk. 39; Art. 399 Abs. 4 StPO). Die Verteidigung beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides (Urk. 44). Das Gesuch des Beschuldigten auf Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens wurde mit Präsidialverfügung vom 24. März 2016 abgewiesen (Urk. 44 und 46).

2. Demnach sind im Berufungsverfahren nicht angefochten (vgl. Prot. II S. 5):

- der vorinstanzliche Schuldspruch (Urteilsdispositiv-Ziff. 1) und

- die vorinstanzliche Kostenregelung (Urteilsdispositiv-Ziff. 6 und 7).

Gleiches gilt für den von der Anklagebehörde zwar nicht explizit, aber doch sinngemäss anerkannten Widerruf der teilbedingten Vorstrafe (Urteilsdispositiv-Ziff. 5). Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 StPO).

II. Sanktion

1.1. Der Beschuldigte A._____ lenkte am 9. Mai 2014 abends um 21'10 Uhr seinen Personenwagen von Bülach nach Eglisau mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 2.21 Gewichtspromillen (Urk. 14; Prot. I S. 14).

1.2. Die Vorinstanz hat – wie bereits eingangs angeführt – eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten ausgefällt, eine teilbedingte (Geld-)Vorstrafe vollziehbar erklärt, den Vollzug der aktuell auszufällenden Freiheitsstrafe bedingt aufgeschoben und für die Dauer der Probezeit eine Weisung zur Alkoholabstinenz erteilt (Urk. 37 S. 25).

1.3. Die appellierende Anklagebehörde beantragt, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten zu bestrafen; diese sei zu vollziehen. Eventualiter sei eine ambulante Massnahme nach Art. 63 StGB anzuordnen und der Vollzug der Freiheitsstrafe sei zugunsten dieser Massnahme aufzuschieben. Der vorinstanzliche Widerruf der teilbedingt aufgeschobenen Vorstrafe wird nicht beanstandet (Urk. 39 S. 5; vgl. auch Urk. 57 S. 5 ff.).

1.4. Zur Begründung ihrer Berufung macht die Anklagebehörde zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe zwar die Tatkomponente korrekt gewürdigt und das Verschulden zu Recht als erheblich eingestuft. Auch die Erwägungen zu den Täterkomponenten werden seitens der Anklagebehörde qualitativ nicht kritisiert. Die Anklagebehörde beanstandet indes, dass dieses erhebliche Verschulden – entgegen der Vorinstanz – nicht nur zu einer Strafe von (lediglich) 6 Monaten Freiheitsstrafe führen könne, sondern angesichts des Strafrahmens vielmehr 12 Monate Freiheitsstrafe dem Verschulden angemessen erscheinen. Im Übrigen gehe der von der Vorinstanz (und der Verteidigung, vgl. Urk. 54 S. 3 f.) angestellte Vergleich mit den Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft fehl, da diese vom Durchschnitt, quasi vom Normalfall ausgehe und deshalb nicht den vorliegenden Fall abbilde (Urk. 39 S. 2-4; Urk. 57 S. 2-5; Prot. II S. 6 ff.).

1.5. Die Verteidigung hat an der Berufungsverhandlung zur Berufungsantwort ausgeführt, dass die vorinstanzliche Strafzumessung inhaltlich und auch im Ergebnis überzeuge sowie mit den Strafmassempfehlungen im Einklang stehe, welche selbst bei Wiederholungstätern mit einer Blutalkoholkonzentration von über 2 Promille "nur" eine Freiheitsstrafe ab 5 Monaten vorsehe. Es sei auch uner-

findlich, weshalb die Staatsanwaltschaft im Laufe des Verfahrens die beantragte Strafe für den Beschuldigten in willkürlich anmutender Weise immer wieder erhöht habe. Dies lasse vermuten, dass die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten für seine Ablehnung von Psychiatern und Psychologen zusätzlich bestrafen wolle, was nicht angehe. Mit der Vorinstanz und entgegen der Staatsanwaltschaft könne dem Beschuldigten auch kein unkooperatives Verhalten angelastet werden, indem er an Stelle einer kürzeren Therapie lieber während 5 Jahren regelmässig seine Alkoholabstinenz nachzuweisen wünscht. Die vorinstanzlich ausgefallte Strafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe sei angemessen und zu bestätigen (Urk. 54 S. 3-6; Prot. II S. 8 ff.).

2. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid auf eine Freiheitsstrafe als angemessene Sanktionsart erkannt und den Widerruf einer früher ausgefallten teilbedingten Geldstrafe angeordnet (Urk. 37 S. 11f.). Zurecht hat sie diesfalls – entgegen der Verteidigung (Urk. 23 S. 2) – keine Gesamtstrafe ausgefällt (Art. 46 Abs. 1 StGB; Urteil des Bundesgerichts 6B_46/2011 vom 27. September 2011 E. 3.4. mit Verweis auf BGE 134 IV 241 E. 4.4.). All dies wird im Berufungsverfahren allseits anerkannt (Urk. 39 und 57; Urk. 44 und 54).

3.1. Zur Bemessung der aktuell auszufällenden Freiheitsstrafe hat die Vorinstanz zusammengefasst erwogen, was folgt:

Zur Tatkomponente und dort zur objektiven Tatschwere habe der Beschuldigte sein Fahrzeug mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 2.21 Promille gelenkt, was über dem Vierfachen des erlaubten Wertes liege. Mit seinem Verhalten habe er eine grosse Gefahr für die anderen Verkehrsteilnehmer geschaffen und dass es vorliegend zu keinem Unfall gekommen sei, sei einzig dem Glück zuzuschreiben. An einem Freitagabend um 21.00 Uhr sei zwar nicht mehr mit einem sehr starken Verkehrsaufkommen zu rechnen, jedoch erhöhe die Dämmerung in dieser Jahreszeit das Risiko eines Unfalls und innerorts sei an einem Freitagabend im Sommer überdies mit unaufmerksamen Fussgängern zu rechnen. Leicht verschuldensmindernd wirke, dass der Beschuldigte eine Strecke von nur knapp fünf Kilometern, von Bülach nach Eglisau, gefahren sei, die nicht über die Autobahn führte und die er gut gekannt habe. Wohl habe er zwar bei der Kontrolle

durch die Polizei keine alkoholbedingten Ausfallerscheinungen aufgewiesen und sein Verhalten sowie sein Gleichgewicht seien bemerkenswerterweise normal gewesen, bei der ärztlichen Untersuchung sei er jedoch als merkbar beeinträchtigt eingeschätzt worden.

Zur subjektiven Tatschwere sei kein nachvollziehbares Motiv für die Fahrt in alkoholisiertem Zustand ersichtlich. Der Beschuldigte hätte das Auto problemlos stehen lassen und später abholen können, zumal er ein Ticket für die Bahn gehabt habe, der Bahnhof nur rund zehn Minuten entfernt läge und zu dieser Tageszeit eine Heimfahrt mit der Bahn objektiv problemlos und ohne grosse Umstände möglich gewesen wäre. Er sei also aus reiner Bequemlichkeit mit dem Auto gefahren und habe mit direktem Vorsatz gehandelt.

Der Beschuldigte habe zwar eine hohe Blutalkoholkonzentration aufgewiesen, jedoch gemäss ärztlicher Untersuchung nur wenige Rauschsymptome gezeigt, obschon er als merkbar beeinträchtigt eingeschätzt worden sei. Auch die beiden Polizisten hätten, abgesehen von Alkoholmundgeruch, keine besonderen Auffälligkeiten festgestellt. Der Beschuldigte habe selbst ausgesagt, er sei davon ausgegangen, dass er zu viel getrunken habe. Er habe schon gewusst, dass er nicht mehr fahren dürfe, allerdings habe es auf dieser Strecke in den letzten drei Jahren nie eine Kontrolle gegeben, sonst wäre er sicher nicht gefahren. Aufgrund der Aussagen des Beschuldigten und den Feststellungen der Polizei sowie der Ärzte bestünden keinerlei Hinweise, dass die hohe Blutalkoholkonzentration die Steuerungsfähigkeit des Beschuldigten eingeschränkt hätte. Er sei offenbar in der Lage, auch bei sehr hohen Promillewerten klar zu denken und sich seines Handelns zu jedem Zeitpunkt voll bewusst gewesen. Es sei damit nicht von einer verminderten Schuldfähigkeit auszugehen, welche das Tatverschulden des Beschuldigten reduzieren könnte. Eine verminderte Schuldfähigkeit sei im Übrigen auch im Massnahmegutachten vom 26. August 2015 verneint worden. Zusammenfassend treffe den Beschuldigten ein erhebliches Verschulden (Urk. 37 S. 7-9).

3.2. Diese ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz zur Tatkomponente sind in allen Teilen zutreffend und werden durch die appellierende Anklagebehörde auch

nicht beanstandet. Diese macht vielmehr geltend, ein erhebliches Verschulden könne nicht – gemäss Vorinstanz – zu einer Einsatzstrafe von 150 Tagessätzen Geldstrafe beziehungsweise 5 Monaten Freiheitsstrafe, sondern müsse zu einer solchen im mittleren Drittel des anwendbaren Strafrahmens, somit Freiheitsstrafe zwischen 1 und 2 Jahren, führen (Urk. 39).

3.3. Die Kritik der Anklagebehörde ist nicht einfach von der Hand zu weisen: Korrekt ist, dass gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich ein leichtes Verschulden zu einer Strafe im unteren, ein mittelschweres Verschulden zu einer solchen im mittleren und ein schweres Verschulden zu einer Strafe im oberen Drittel des Strafrahmens führt (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER, Art. 47 N 19 mit Verweis auf Urteile des Bundesgerichts 6S.644/2001 und 6S.39/2002; weiter auch Urteil des Bundesgerichts 6B_1174/2014 vom 21. April 2015 E. 1.3.2 mit Verweis auf BGE 136 IV 55 E. 5.9 S. 64 und Urteil des Bundesgerichts 6B_1096/2010 vom 7. Juli 2011 E. 4.2 mit Hinweisen).

Vorliegend wiegt das Verschulden mit der Anklagebehörde und der Vorinstanz "erheblich", also mehr als leicht. Eine Einsatz-Freiheitsstrafe von 1 bis sogar 2 Jahren liegt jedoch unbestreitbar jenseits jeglicher Praxis zu vergleichbaren Delikten. Dies ergibt sich bereits aus den auch durch die Vorinstanz zitierten Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich: Eine Trunkenfahrt mit über 2 Gewichstpromillen Blutalkoholgehalt wird gemäss diesen mit mindestens 100 Tagessätzen Geldstrafe bestraft, falls es sich um einen Rückfall handelt, mit mindestens 150 Tagessätzen Geldstrafe (entsprechend 5 Monaten Freiheitsstrafe; vgl. Urk. 24/1). Inwiefern die Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft nicht als Vergleichsgrösse herangezogen werden können, wie die Staatsanwaltschaft insinuiert, ist nicht ersichtlich. Schliesslich sehen die Strafmassempfehlungen durchaus eine separate Kategorie für Wiederholungstäter – wie vorliegend – vor.

Dass die zitierte allgemeine Lehre und Praxis zur Strafzumessung in concreto zu keinem akzeptablen Resultat führt, erhellt auch aus dem Antrag der Anklagebehörde, wenn diese einerseits eine *Einsatzstrafe* im mittleren Bereich (also zwischen 1 und 2 Jahren Freiheitsstrafe) reklamiert, als Sanktion (welche aufgrund

des zu berücksichtigenden Rückfalls erheblich über der Einsatzstrafe liegen muss) dennoch (lediglich) 12 Monate Freiheitsstrafe beantragt (Urk. 39; Urk. 57).

Die von der Vorinstanz nach der Beurteilung der Tatkomponente für ein erhebliches Verschulden bemessene Einsatzstrafe von 150 Tagessätzen Geldstrafe oder 5 Monaten Freiheitsstrafe erweist sich somit insbesondere angesichts der zitierten Strafmassempfehlungen der Strafverfolgungsbehörden keinesfalls als zu tief und ist daher nicht zu beanstanden.

3.4. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeführt (Urk. 37 S. 10). An der Berufungsverhandlung wurde ergänzt, dass der Beschuldigte zwischenzeitlich am 8. Januar 2016 geheiratet habe, allerdings nicht die Mutter seiner – wie er es ausdrückt – "mutmasslichen" Tochter, sondern eine gewisse B._____. Vor Vorinstanz habe es bzgl. Namen seiner Ehefrau ein Missverständnis gegeben. Seine Frau lebe noch in der Dominikanischen Republik. Es sei allerdings geplant, dass sie in die Schweiz komme (Urk. 56 S. 1-3).

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wiegen in der Tat strafzumessungsneutral. Eine gesteigerte Strafeempfindlichkeit liegt nicht vor. Die einschlägige Vorstrafe wegen Fahren in angetrunkenem Zustand sowie das Delinquieren während laufender Probezeit (Urk. 41) müssen sich deutlich strafe erhöhend auswirken. Die Vorinstanz hat richtig erwogen, dass die Verurteilung wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand aus dem Jahr 2001 (vgl. Beizugsakten Urk. 7/2) nicht mehr im Sinne einer Vorstrafe strafe erhöhend berücksichtigt werden darf (Art. 369 Abs. 7 StGB). Wenn dies die appellierende Anklagebehörde zur Begründung ihrer Berufung trotzdem tut (Urk. 39 S. 2; Urk. 57 S. 6 [allerdings im Zusammenhang mit der Frage des Strafvollzugs]), ist sie nicht zu hören. Zum Nachtatverhalten wiegt in der Tat das Geständnis des Beschuldigten leicht strafmindernd, obwohl – mit der Vorinstanz – ein Bestreiten aussichtslos gewesen wäre. Auch Einsicht und Reue können ihm – entgegen der Staatsanwaltschaft (vgl. Urk. 57 S. 5) – angesichts seiner Beteuerungen und seiner Bereitschaft zur behördlich kontrollierten Alkoholabstinenz nicht abgesprochen werden (vgl. dazu auch Urk. 55). Offenbar lebt der Beschuldigte seit Dezember 2014 alkoholabstinent und absolviert regel-

mässig Therapiesitzungen bei der Fachstelle für Alkoholprobleme des Bezirks Bülach (vgl. Urk. 7/5 und 7/8; Urk. 55; vgl. auch Urk. 56 S. 5, 7 ff.). Wenn auch die Vorinstanz in diesem Zusammenhang mit einem "mindestens zweiten Rückfall" operiert (Urk. 37 S. 10 f.), ist dies wie erwogen nicht zulässig.

3.5. Mit der Vorinstanz wirkt sich die Täterkomponente, insbesondere aufgrund der einschlägigen Vorstrafe, auf die nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessene Einsatzstrafe strafehöhend aus. Allerdings lebt der Beschuldigte im Zeitpunkt des vorliegenden Urteils bereits seit Dezember 2014 alkoholabstinent und arbeitet therapeutisch – wenn unter anderem auch dadurch motiviert, dass er den Führerschein wiedererlangen möchte – an seiner Suchterkrankung. Seit dem vorinstanzlichen Urteil hat sich dieses positive Nachtatverhalten mit anderen Worten weiter gefestigt, weshalb im heutigen Zeitpunkt die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 6 Monaten insgesamt mit Sicherheit nicht übersetzt, jedoch auch nicht unangemessen und daher zu bestätigen ist. Erneut ist ergänzend auf die Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich zu verweisen. Schliesslich entspricht dieses Strafmass durchaus der langjährigen Praxis der Kammer in ähnlich gelagerten Fällen. Abschliessend besteht vorliegend auch kein Grund, das Ermessen der Berufungsinstanz an die Stelle des *lege artis* ausgeübten Ermessens der Vorinstanz zu setzen.

4. Bei den Akten befinden sich ein über den Beschuldigten erstelltes, fachärztliches Massnahmegutachten vom 26. August 2015 sowie zwei verkehrsmedizinische Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin vom Dezember 2014 und Juli 2015. Die Vorinstanz hat diese richtig dahingehend zitiert, der Beschuldigte weise tatzzeitaktuell und auch per Erstattung des Massnahmegutachtens eine behandlungsbedürftige, chronifizierte Alkoholabhängigkeitserkrankung, respektive eine Alkoholmissbrauchsproblematik auf (Urk. 37 S. 19 mit Verweis auf Urk. 7/5 und 7/8 und 7/10). Die Verteidigung hat dies an der Hauptverhandlung nicht in Zweifel gezogen (Urk. 23). Die Vorinstanz hat erwogen, das Massnahmegutachten überzeuge bezüglich dieser Diagnose nicht, da diese nicht mit der einjährigen Alkoholabstinenz des Beschuldigten vereinbar sei (Urk. 37 S. 21). Die Anklagebehörde rügt dies in ihrer Berufungsbegründung zurecht dahingehend, dass eine

temporäre Abstinenz eine Alkoholsucht nicht ausschliesst (Urk. 39 S. 4; Urk. 57 S. 7 f.). Entgegen der Vorinstanz wird dem Beschuldigten im Massnahmegutachten mit überzeugender Herleitung ein psychisches, alkoholbedingtes Abhängigkeitssyndrom nach den klinisch diagnostischen Leitlinien gemäss ICD-10 (Urk. 7/5 S. 21f.) respektive eine behandlungsbedürftige, chronifizierte Alkoholabhängigkeitserkrankung mittleren bis schweren Ausmasses (Urk. 7/5 S. 26f.) attestiert.

Gutachten unterliegen der freien richterlichen Beweiswürdigung. Das Gericht darf in Fachfragen jedoch nur aus triftigen Gründen von einer Expertise abweichen und muss Abweichungen begründen (Urteil des Bundesgerichts 6B_147/2012 vom 6. Juli 2012 E. 4.3.2).

Indem sie sich ohne überzeugende Begründung über die fundierte, fachärztliche Beurteilung hinwegsetzt, genügt die Vorinstanz dieser Vorgabe nicht.

Der Beschuldigte ist somit gestützt auf das zeitlich aktuelle und inhaltlich überzeugende Massnahmegutachten des Instituts für Rechtsmedizin indiskutabel massnahmebedürftig im Sinne von Art. 56 i.V.m Art. 60 StGB (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_760/2015 vom 8. Oktober 2015 E. 1.6). Entgegen der Verteidigung (Urk. 54 S. 8 f.) ändert der eingereichte Bericht der Fachstelle für Alkoholprobleme des Bezirks Bülach (Urk. 55) an dieser gutachterlich attestierten Massnahmebedürftigkeit nichts. Es handelt sich hierbei – mit der Staatsanwaltschaft (Prot. II S. 6 f., 9 f.) – nicht um ein Massnahmegutachten im Sinne von Art. 56 Abs. 3 StGB, auf welches das Gericht seinen Entscheid über die Anordnung einer Massnahme abzustützen hat. Das zeigt sich bereits darin, dass Therapeuten nach ständiger Rechtsprechung zufolge ihrer Beziehungsnähe zur betroffenen Person als befangen gelten und folglich bereits aus diesem Grund als sachverständige Person für die Gutachtenserstellung nach Art. 56 Abs. 3 StGB ausser Betracht fallen (vgl. BSK StGB I-Heer, Art. 56 N 60a m.H. u.a. auf BGE 125 V 351 E. 3b/cc). Aus diesem formellen Grund ist bereits Zurückhaltung angezeigt, für die Frage der Massnahmebedürftigkeit dem Bericht der Therapeutin Dr. C._____ Bedeutung zuzumessen. Dass dieser Bericht das Gutachten auch inhaltlich nicht in Zweifel zu ziehen vermag, zeigt sich schliesslich auch darin, dass es sich beim fraglichen Bericht um eine relativ knappe, summarische Einschätzung handelt, die

vorab auf den im Rahmen der Therapie gewonnen Erkenntnissen basiert – dies im Gegensatz zum umfassenden, breit abgestützten Massnahmegutachten.

Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis schliesst Massnahmebedürftigkeit das Stellen einer günstigen Legalprognose aus (Urteile des Bundesgerichts 6B_342/2010 vom 9. Juli 2010 E. 3.5.2 mit Verweisen; 6B_71/2012 vom 21. Juni 2012 E. 6; 6B_498/2011 vom 23. Januar 2012 E. 2.6). Ein bedingter Aufschub der Freiheitsstrafe, wie die Vorinstanz ihn dem Beschuldigten gewährt hat, steht somit ausser Diskussion (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die Massnahmebedürftigkeit kann auch nicht einfach durch das Erteilen einer Weisung zur Alkoholabstinenz umgangen werden (Art. 94 StGB; Urk. 37 S. 17f. und S. 23; BSK StGB I-HEER, Art. 59 N 118 mit Verweisen, vgl. Art. 56 N 31a).

5. Eine Massnahme ist gemäss Art. 56 Abs. 1 StGB anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert und die Voraussetzungen der Artikel 59-61, 63 oder 64 erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 6B_991/2014 vom 2. Februar 2015 E. 2.2.1.). Voraussetzungen sind somit Massnahmebedürftigkeit, Massnahmefähigkeit und Massnahmewilligkeit (vgl. BSK StGB I-HEER, Art. 56 N 32ff., Art. 59 N 41, N 58ff. und 78ff.).

6. Gemäss Massnahmegutachten kann die beim Beschuldigten festgestellte Alkoholabhängigkeit mit einer suchtherapeutischen und abstinenzsichernden Therapie behandelt werden (Urk. 7/5 S. 28). Eine Massnahmefähigkeit wird somit rundweg bejaht. Die Vorinstanz taxiert die Massnahmefähigkeit des Beschuldigten als "fraglich" (Urk. 37 S. 22). Zur Begründung wird dann jedoch einzig die seitens des Beschuldigten bekundete und auch im Massnahmegutachten rapportierte Unwilligkeit des Beschuldigten zur Absolvierung der als geeignet vorgeschlagenen ambulanten Therapie angeführt (Urk. 37 S. 18ff. mit Verweis auf Urk. 7/5 S. 29 und Prot. I S. 17ff.).

Seit der Begutachtung und dem vorinstanzlichen Urteil sind beim Beschuldigten doch gewisse Veränderungen in seiner Einstellung gegenüber einer ambulanten Therapie feststellbar, die eine Neu Beurteilung der Massnahmefähigkeit resp.

-willigkeit aufdrängen. Aus seinen Aussagen anlässlich der Berufungsverhandlung wie auch aus dem eingereichten Bericht der Fachstelle für Alkoholprobleme (Urk. 55 S. 3; Urk. 56 S. 8 ff., 11 und 15) geht hervor, dass der Beschuldigte eine doch klar feststellbare Motivation entwickelt hat, unabhängig von allfälligen behördlich auferlegten Massnahmen und Weisungen inskünftig abstinent zu leben. Insofern scheint er doch nunmehr ein gewisses Problembewusstsein entwickelt zu haben, gleichwohl er an anderer Stelle ausführt, er habe kein Alkoholproblem (Urk. 56 S. 8). Wenn auch der Beschuldigte eine Weisung, wonach er während der Probezeit eine streng zu kontrollierende Alkoholabstinenz einhalten muss, einer Massnahme vorziehen würde (Urk. 56 S. 14), so bringt er nunmehr doch zum Ausdruck, dass er sich einer ambulanten Therapie stellen und sie absolvieren würde (vgl. Urk. 56 S. 11). Fehlende Therapiemotivation schliesst Therapiefähigkeit nicht per se aus. Die Herstellung von Motivation gehört regelmässig zum ersten Schritt der Therapie. Erforderlich ist eine gewisse Motivierbarkeit (vgl. BSK StGB I-HEER, Art. 63 N 29; vgl. Art. 60 N 44). Die nunmehr feststellbare Motivierbarkeit des Beschuldigten erlaubt es (mit der Staatsanwaltschaft, vgl. Prot. II S. 7 f.), die Therapie- resp. Massnahmefähigkeit zu bejahen.

7. Zusammengefasst ist der Beschuldigte gemäss überzeugendem Resultat des Massnahmegutachtens suchtkrank und hinsichtlich der Vermeidung erneuter einschlägiger Delinquenz behandlungsbedürftig. Eine ambulante Suchtbehandlung unter Aufschub des Vollzugs der auszufällenden Freiheitsstrafe ist geeignet und erfolgversprechend (Urk. 7/5 S. 28ff.). Nachdem beim Beschuldigten nunmehr auch die Therapiefähigkeit bejaht werden kann, ist eine ambulante Suchtbehandlung nach Art. 63 StGB anzuordnen.

8. Die Staatsanwaltschaft beantragt in ihrem Eventualantrag die Anordnung einer ambulanten Suchtbehandlung, wobei der Strafvollzug zugunsten des Massnahmevollzugs aufzuschieben sei (vgl. Urk. 57 S. 1; Prot. II S. 7 f.).

Nach Art. 63 Abs. 2 StGB kann das Gericht den Vollzug einer mit der Massnahme ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Der Strafaufschub ist nach der Praxis des Bundesgerichts anzuordnen, wenn eine tat-

sächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefallten 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 Strafvollzuges, 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. Der Aufschub ist die Ausnahme und muss sich aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen (BGE 129 IV 161 E. 4.1 und E. 4.3; Urteile des Bundesgerichts 6B_95/2014 vom 16. Oktober 2014 E. 3 sowie 6B_495/2012 vom 6. Februar 2013 E. 6.2 je mit Hinweis).

Es erscheint in der vorliegenden Konstellation nicht zielführend, die ambulante Therapie während des Strafvollzugs durchzuführen. Es liegt auf der Hand, dass der Vollzug einer mehrmonatigen Freiheitsstrafe den bisherigen positiven Verlauf (Abstinenz seit Dezember 2014, gewisse Erfolge in der Therapie bei der Alkoholberatungsstelle) durchbrechen würde und die Massnahmenziele, nämlich die längerfristige Entwöhnung im alltäglichen Leben, erheblich gefährden würde. Die Probleme, welche in der Vergangenheit beim Beschuldigten zum Alkoholabusus geführt haben, ereigneten sich im Alltagsleben. Dort, im Alltag, muss die Massnahme ihre Wirkung entfalten. Folglich ist – mit der Staatsanwaltschaft – der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Suchtbehandlung aufzuschieben.

III. Kosten

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.-- festzusetzen.
2. Anklagebehörde und Beschuldigter unterliegen im Berufungsverfahren mit ihren Anträgen je zur Hälfte. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens somit zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung

sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen, zumal sich die Vorinstanz über ein klares Gutachten hinweggesetzt und für den Beschuldigten deshalb einen zu günstigen Entscheid gefällt hatte (bedingte Strafe, keine Massnahme) und so die Staatsanwaltschaft sich zur Berufung veranlasst sah.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 9. Dezember 2015 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (qualifizierte Blutalkoholkonzentration) im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr.
- 2.-4. [...]
5. Der dem Beschuldigten mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. November 2011 (Aktenzeichen C-4/2011/3275) gewährte teilbedingte Strafvollzug bezüglich der ausgefallenen Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je Fr. 140.– wird widerrufen und der Vollzug der restlichen Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu je Fr. 140.– angeordnet.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 1'500.– Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr. 3'170.– ; Auslagen (Gutachten)
Fr. 764.40 Auslagen MIG
Fr. 40.– ; Auslagen Polizei
Fr. 5'982.65 ; amtl. Verteidigungskosten
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

8. (Mitteilungen)
 9. (Begründung/Rechtsmittel)
 10. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 6 Monaten Freiheitsstrafe.
2. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung Alkohol) angeordnet.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zu diesem Zweck aufgeschoben.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'050.10 amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und in der verbleibenden Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste im Doppel mit den Akten (für 10 Tage zur Einsicht)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

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

- die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich (PIN-Nr. ...)
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, in die Akten C-4/2011/3275, Strafbefehl vom 24. November 2011
7. 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
I. Strafkammer

Zürich, 27. Juni 2016

Der Präsident:

Dr. F. Bollinger

Der Gerichtsschreiber:

Dr. F. Manfrin