

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH120017-O/U/KIE

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, präsidierendes Mitglied, Dr. iur.
P. Martin und lic. iur. W. Meyer sowie der Gerichtsschreiber Dr. iur.
S. Christen

Beschluss vom 6. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

Beschwerdegegnerin

sowie

Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Vollzug (Nachverfahren)**

**Beschwerde gegen den Beschluss der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 5. Dezember 2011, DA110022-L**

Erwägungen:

I.

1. Am 16. Juni 2005 verurteilte das Bezirksgericht Zürich A. _____ wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu 10 Monaten Gefängnis, wovon 24 Tage durch Haft erstanden waren. Es ordnete eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 und Ziff. 6 aStGB an und schob den Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten der Massnahme auf (Urk. 22/2).

Am 5. Dezember 2005 erklärte das Bezirksgericht Zürich eine mit Entscheid des Ministero pubblico del cantone Ticino (Lugano) vom 24. März 2005 ausgesprochene Strafe von fünf Tagen Haft für vollziehbar, schob den Vollzug aber zugunsten der am 16. Juni 2005 angeordneten Massnahme auf (Urk. 22/8).

Das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich hob am 10. Juni 2010 die ambulante Massnahme auf. Die Verfügung blieb unanfechtet. Das Amt für Justizvollzug beantragte dem Bezirksgericht den Vollzug der beiden aufgeschobenen Strafen (Urk. 22/54).

2. Mit Beschluss vom 7. Oktober 2010 trat das Bezirksgericht auf den Antrag nicht ein (Urk. 18/6). Dagegen führte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl Rekurs beim Obergericht des Kantons Zürich. Dieses hiess den Rekurs am 2. Februar 2011 gut, hob den Beschluss vom 7. Oktober 2010 auf und wies die Sache an das Bezirksgericht zurück (Urk. 18/11).

3. Am 5. Dezember 2011 entschied das Bezirksgericht, dass die Reststrafe 203 Tage betrage und vollzogen werde (Urk. 4).

4. A. _____ erhebt Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 2). Mit Eingabe vom 16. Januar 2012 beantragt er die Aufschiebung des Vollzugs der Reststrafe. Eventualiter sei eine stationäre Massnahme nach Art. 60 StGB anzu-

ordnen und der Vollzug der Reststrafe zu Gunsten dieser Massnahme aufzuschieben. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Verfahrensleitung des Obergericht erteilte der Beschwerde aufschiebende Wirkung (Urk. 5). Am 20. April 2012 stellte A._____ den Antrag, er sei persönlich durch das Gericht anzuhören und es sei ihm Gelegenheit zu geben, die Begründung der Beschwerde mündlich zu ergänzen (Urk. 9). Am 23. April 2012 verfügte die Verfahrensleitung, A._____ werde einstweilen nicht persönlich angehört (Urk. 11).

Mit Eingabe vom 11. Mai 2012 ergänzte A._____ seine Beschwerde (Urk. 13). Darin zieht er sinngemäss den Eventualantrag auf Anordnung einer stationären Massnahme zurück. Er beantragt, ihm sei allenfalls die Weisung zu erteilen, sich während einer festzulegenden Probezeit regelmässigen Urinkontrollen zu unterziehen und sich im Hinblick auf die Drogenabstinenz zu bewähren.

Das Bezirksgericht hat auf eine Stellungnahme verzichtet (Urk. 19). Die Staatsanwaltschaft hat sich vernehmen lassen (Urk. 24). Für den Fall eines Aufschubs des Vollzugs der Reststrafe sei A._____ eine Probezeit von mindestens vier Jahren anzusetzen sowie die Weisung zu erteilen, dass er sich einer Behandlung seiner Problematik zu unterziehen habe.

Mit Eingabe vom 31. Mai 2012 reichte A._____ das Resultat eines Urintests vom 21. Mai 2012 ein (Urk. 25). Dazu verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Stellungnahme (Urk. 33). In der Replik hält A._____ an seinen Anträgen fest (Urk. 34). Die Staatsanwaltschaft hat auf eine Stellungnahme dazu verzichtet (Urk. 38).

Am 19. Dezember 2012 zog das Obergericht einen Strafregisterauszug über A._____ bei (Urk. 39). Am 22. Januar 2013 erstattete die Beiständin von A._____ (Rechtsanwältin lic. iur. X2._____) einen Bericht (Urk. 41). A._____ hat dazu Stellung genommen (Urk. 44). Die Staatsanwaltschaft hat auf eine Stellungnahme verzichtet (Urk. 43).

II.

1. Die Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten (Art. 393 ff. StPO).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer beantragt, er sei persönlich durch das Gericht anzuhören, wobei ihm Gelegenheit zu geben sei, die Begründung der Beschwerde mündlich zu ergänzen. Zwar sei das Beschwerdeverfahren grundsätzlich schriftlich. Es sei aber kein Grund ersichtlich, weshalb ihm das rechtliche Gehör nicht mündlich gewährt werden könne. Es gehe um die zukünftigen Bewährungsaussichten und die bisherige persönliche Entwicklung. Zu deren Beurteilung sei der persönliche Eindruck das geeignetste Mittel (Urk. 9 S. 2).

2.2 Gemäss Art. 397 Abs. 1 StPO wird die Beschwerde in einem schriftlichen Verfahren behandelt. Die Beschwerdeinstanz kann von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei eine Verhandlung anordnen (Art. 390 Abs. 5 StPO).

Massgebend für den Entscheid, ob ein mündliches Verfahren durchzuführen ist, können etwa ein im konkreten Fall erhöhtes Interesse des Gerichts sein, den Betroffenen persönlich zu befragen, oder bei gewissen Konstellationen ein Zeitgewinn zur Gewährleistung des Beschleunigungsgebots (vgl. Andreas J. Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 1 zu Art. 397 StPO).

2.3 Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wird dem Beschwerdeführer nicht erstmals die Freiheit entzogen. Es geht einzig um die Fragen, ob die Reststrafe zu vollziehen oder aufzuschieben oder ob eine stationäre Massnahme anzuordnen ist. Ein Anspruch auf persönliche Anhörung entfällt damit (vgl. Urteil 6B_298/2012 vom 16. Juli 2012 E. 3.1). Der Beschwerdeführer konnte sich im Beschwerdeverfahren schriftlich äussern. Ein erhöhtes Interesse, den Beschwerdeführer persönlich zu befragen, besteht nicht. Eine mündliche Verhandlung ist nicht durchzuführen.

3.

3.1 Das Bezirksgericht erwog (Urk. 4), die ambulante Massnahme sei ungenügend durchgeführt worden. Dennoch sei die Verfügung des Amts für Justizvollzug vom 10. Juni 2010, mit welcher die ambulante Massnahme abgebrochen worden sei, verbindlich. Der Beschwerdeführer habe Teilerfolge erzielt. Eine stationäre Massnahme sei nicht anzuordnen. Am 13. August 2010 habe der Giudice dell'applicazione della pena dem Beschwerdeführer die bedingte Entlassung aus den gemeinsam vollzogenen Tessiner Strafen vom 26. Oktober 2006, 23. November 2009 sowie 11. Januar und 1. März 2010 gewährt. Der Entscheid sei in Kenntnis des bezirksgerichtlichen Verfahrens ergangen und habe das korrekte Verhalten des Beschwerdeführers im Strafvollzug berücksichtigt. Weil von einer bedingten Entlassung mehr zu erwarten sei als vom Vollzug der Reststrafe, habe der Richter dem Beschwerdeführer die Weisung erteilt, seinen Wohnort beizubehalten und sich regelmässigen Abstinenzkontrollen zu unterziehen. Wäre es dabei geblieben, hätte dem Beschwerdeführer für den Strafreis der bedingte Vollzug gewährt werden können. Der Beschwerdeführer sei aber mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Tessin vom 10. Mai 2011 erneut wegen Drogenhandels und Drogenkonsums zu 120 Tagen Freiheitsstrafe und einer Busse verurteilt worden. Dabei sei es um Delikte gegangen, die der Beschwerdeführer während des laufenden Verfahrens bis zum 20. April 2011 begangen habe. Zugleich sei die bedingte Entlassung aus diesem Grund widerrufen worden. Trotz der Teilerfolge, die der Beschwerdeführer im Verlauf der Massnahme erzielt habe, habe er ausgerechnet dann wieder mit dem Verkauf von Drogen begonnen, als das Amt für Justizvollzug ihn im Anschluss an die Anhörung vom 16. November 2007 eindringlich ermahnt habe und ihm eine angemessene Chance auf eine Massnahme mit ärztlicher und psychologischer Betreuung verschafft habe. Auch wenn die Delikte, für welche der Beschwerdeführer am 30. April 2008 und danach verurteilt worden sei, eher geringeren Ausmasses gewesen seien, habe der Beschwerdeführer sein Tun auch nach der bedingten Entlassung und während des bezirksgerichtlichen Verfahrens fortgesetzt. Dem Beschwerdeführer könne deshalb keine günstige Prognose gestellt werden.

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend (Urk. 13 und Urk. 34), es bestehe die Möglichkeit, die Reststrafe bedingt aufzuschieben und ihm für die Dauer der Probezeit Weisungen zu erteilen. Das Bezirksgericht habe dies verworfen. Heute sei die Sachlage anders. Der vorliegende Fall sei ungewöhnlich, weil die Durchführung der ambulanten Massnahme mangelhaft gewesen sei. Der Vollzug der Reststrafe sei stossend und helfe dem Beschwerdeführer nicht. Er habe Fortschritte gemacht, weshalb ihm nicht zwingend eine negative Prognose für die Zukunft zu stellen sei. Der Entscheid vom 8. Mai 2012 des Giudice die provvedimenti coercitivi setze sich mit der Problematik des Beschwerdeführers auseinander und komme zum Schluss, ihm sei heute eine günstige Prognose zu stellen, sodass er am 13. Mai 2012 auf Bewährung aus dem Vollzug zu entlassen sei. Zudem müsse sich der Beschwerdeführer als begleitende Massnahme einer Behandlung unter Einbezug regelmässiger Urinkontrollen unterziehen. Dabei habe das Gericht den grundsätzlich gleichen Sachverhalt zu prüfen gehabt, wie nun auch das Obergericht. Der Tessiner Richter habe den Beschwerdeführer angehört und könne die konkreten Verhältnisse und Lebensumstände des Beschwerdeführers besser beurteilen, als dies dem Obergericht ohne Anhörung und aus der räumlichen Distanz möglich sei. Es bestehe kein Anlass, vom Entscheid des Tessiner Richters abzuweichen. Dieser sei für das Obergericht bindend. Die Voraussetzungen in subjektiver Hinsicht seien sowohl für die bedingte Entlassung wie auch für die Frage des Aufschiebs der Reststrafe identisch. Es liege nahe, dem Beschwerdeführer für die Dauer der Probezeit Weisungen zu erteilen. Der Beschwerdeführer habe sich im offenen Strafvollzug (mit einem kleinen Ausrutscher) bewährt und sehr gut gearbeitet. Er habe eine Wohnung im gleichen Gebäude beziehen können, in welchem seine Beiständin lebe. Diese kümmere sich engagiert um den Beschwerdeführer. Er habe die Möglichkeit erhalten, auf einem kleinen Bauerngut seiner Grossmutter zu arbeiten. Er wolle sein Leben konsequent ändern und werde alle Kräfte daran setzen, um sich zu bewähren. Das Scheitern der ambulanten Massnahme sei nicht allein dem Beschwerdeführer anzulasten. Ihm sei die Chance zu geben, die Versäumnisse der Vollzugsbehörden im Resultat zu korrigieren.

3.3 Anwendbar sind die Bestimmungen des neuen Massnahmenrechts, obwohl die Taten des Beschwerdeführers vor dessen Inkrafttreten begangen worden sind (vgl. dazu Urteil 6B_499/2011 vom 17. Januar 2012 E. 2.3).

Wird die ambulante Behandlung wegen Aussichtslosigkeit, Erreichen der gesetzlichen Höchstdauer oder Erfolglosigkeit aufgehoben, so ist gemäss Art. 63b StGB die aufgeschobene Freiheitsstrafe zu vollziehen (Abs. 2). Das Gericht entscheidet darüber, inwieweit der mit der ambulanten Behandlung verbundene Freiheitsentzug auf die Strafe angerechnet wird. Liegen in Bezug auf die Reststrafe die Voraussetzungen der bedingten Entlassung oder der bedingten Freiheitsstrafe vor, so schiebt es den Vollzug auf (Abs. 4). Anstelle des Strafvollzugs kann das Gericht eine stationäre therapeutische Massnahme nach den Art. 59-61 StGB anordnen, wenn zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer, mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Verbrechen und Vergehen begegnen (Abs. 5).

4. Es ist unbestritten, dass die ambulante Massnahme gescheitert ist. Für eine weitere ambulante Massnahme bleibt kein Raum (vgl. BGE 134 IV 246 E. 3.4; Urteil 6B_499/2011 vom 17. Januar 2012 E. 2.3).

5.

5.1 Nur wenn eine vollziehbare Reststrafe vorliegt, kann unter den entsprechenden, für die Massnahmen vorgesehenen Voraussetzungen eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet werden (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999 2094).

5.2 Unbestritten ist das Vorliegen einer Reststrafe von 203 Tagen. Nach der Auffassung des Bezirksgerichts wäre die Anordnung einer stationären Massnahme unverhältnismässig (Art. 56 Abs. 2 StGB). Beim Beschwerdeführer sei von einer langjährigen Polytoxikomanie auszugehen. Eine stationäre Behandlung würde lange dauern, weshalb sie in keinem Verhältnis zur Reststrafe und zu den zu erwartenden Delikten stehe. Für eine Gefährlichkeit des Beschwerdeführers gebe es keine genügenden Anhaltspunkte. Bei der Umsetzung einer stationären Massnahme sei mit Schwierigkeiten zu rechnen. Es bestünden Zweifel an der Mass-

nahmewilligkeit des Beschwerdeführers. Da eine stationäre Massnahme auf den Freiheitsentzug anzurechnen sei, bestünde schon nach wenigen Monaten die Gefahr des Abbruchs der Massnahme, ohne dass der Beschwerdeführer aufgrund einer Reststrafe noch mit Konsequenzen zu rechnen habe (Urk. 4 S. 29 f.).

In der Eingabe vom 16. Januar 2012 beantragte der Beschwerdeführer eventuell die Anordnung einer stationären Massnahme (Urk. 2 S. 2). Am 11. Mai 2012 zog er diesen Antrag zurück (Urk. 13). Die Staatsanwaltschaft hält die Voraussetzungen für die Anordnung einer stationären Massnahme nicht für gegeben. Eine solche Massnahme sei kaum erfolgsversprechend (Urk. 24 S. 2).

5.3 Gemäss Art. 56 Abs. 2 StGB setzt die Anordnung einer Massnahme voraus, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig ist.

Selbst wenn eine stationäre Massnahme das geeignete und erforderliche Mittel wäre, um den Beschwerdeführer vor weiterer Delinquenz abzuhalten, wäre der mit ihr verbundene Eingriff in die Freiheitsrechte des Beschwerdeführers unangemessen. Nach der Verurteilung vom 16. Juni 2005 durch das Bezirksgericht Zürich versties der Beschwerdeführer wiederholt mehrfach gegen das Betäubungsmittelgesetz und wurde von den Tessiner Behörden dafür bestraft (vgl. Urk. 18/31 und Urk. 39). Er beging zudem eine Übertretung des (mittlerweile aufgehobenen) Transportgesetzes, Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) und Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB). Die Art der Taten des Beschwerdeführers weist auf eine Beschaffungskriminalität zur Finanzierung seines Drogenkonsums hin. Nachdem das Amt für Justizvollzug die ambulante Massnahme wegen Aussichtslosigkeit aufhob, besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer in Zukunft wieder Beschaffungsdelikte begehen könnte. Da diese Delikte nicht derart schwer wiegen, besteht kein erhöhtes Schutzbedürfnis der Gesellschaft. Der Beschwerdeführer hat zuletzt am 16. Januar 2012 eine Freiheitsstrafe im Kanton Tessin angetreten. Am 13. Mai 2012 wurde er unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr bedingt entlassen (vgl. Urk. 18/14/1). Soweit ersichtlich, sind seither keine neuen Delikte bekannt geworden (Urk. 39).

Die Anordnung einer stationären Massnahme hätte einen Freiheitsentzug des Beschwerdeführers zur Folge. Aufgrund seiner langjährigen Drogenproblematik wäre mit einer langen Dauer der Massnahme zu rechnen. Dabei fällt derjenige Teil der Massnahme ins Gewicht, der über die schuldentsprechende Strafe hinausgeht (vgl. Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2009, N. 10 zu Art. 56 StGB; Trechsel/Pauen Borer, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N. 7 zu Art. 56 StGB). Mit dem Bezirksgericht ist davon auszugehen, dass eine stationäre Behandlung über die Dauer der Reststrafe von 203 Tagen andauern würde und zudem verlängert werden könnte. Zwar ist eine Umwandlung der ambulanten Massnahme in eine stationäre Massnahme auch nach vollständiger Verbüßung der Strafe möglich. Dies ist aber nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn etwa der entlassene Straftäter nach dem Scheitern der Therapie die öffentliche Sicherheit in schwerer Weise gefährdet (vgl. dazu BGE 136 IV 156 E. 2.6 und E. 4.1; Urteil 6P.130/2005 vom 23. Januar 2006 E. 3). Dies ist hier nicht der Fall. Unter Würdigung der gesamten Umstände erscheint die Anordnung einer stationären Massnahme als unverhältnismässig.

Zu prüfen ist, ob die Reststrafe zu vollziehen oder aufzuschieben ist (Art. 63b Abs. 4 StGB).

6.

6.1 Die Voraussetzungen zum Aufschub des Vollzugs der Reststrafe sind im Gesetz nicht klar formuliert. Art. 63b Abs. 4 StGB verweist auf die Voraussetzungen der Gewährung der bedingten Entlassung oder der bedingten Freiheitsstrafe. Damit ist ein Verweis auf Art. 86 und Art. 42 StGB gemeint (vgl. Marianne Heer, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007, N. 18 zu Art. 63b StGB; Queloz/Munyankindi, in: Roth/Moreillon (Hrsg.), commentaire romand, code pénal I, Basel 2009, N. 11 zu Art. 63b StGB). Nach Art. 86 Abs. 1 StGB ist die bedingte Entlassung möglich, wenn es das Verhalten des Betroffenen im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, er werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen. Nach Art. 42 Abs. 1 StGB wird der Vollzug der Strafe aufgeschoben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig

erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Dem Gesetzgeber scheint es um die Frage zu gehen, ob eine günstige Prognose vorliegt bzw. eine ungünstige Prognose fehlt (vgl. Urteil 6B_206/2012 vom 5. Juli 2012 E. 3.2.1; vgl. auch Trechsel/Pauen Borer, a.a.O., N. 5 zu Art. 63b StGB; Heer, a.a.O., N. 18 zu Art. 63b StGB; Queloz/Munyankindi, a.a.O., N. 11 zu Art. 63b StGB). In der Literatur werden Zweifel geäußert, ob dieses Kriterium überhaupt erfüllt werden kann, wenn die Massnahme wegen Aussichtslosigkeit eingestellt wurde (Trechsel/Pauen Borer, a.a.O., N. 5 zu Art. 63b StGB; Stratenwerth/Wohlens, a.a.O., N. 5 zu Art. 63b StGB; Heer, a.a.O., N. 17 zu Art. 63b StGB; Urteil 6B_206/2012 vom 5. Juli 2012 E. 3.2.1). Eine günstige Prognose soll etwa denkbar sein, wenn die Massnahme aufgehoben wird, weil sich im Verlauf des Massnahmenvollzugs herausstellt, dass der Betroffene nicht therapiebedürftig ist (so BBI 1999 2087). Die Frage, ob der nachträgliche Vollzug angeordnet werden muss, beurteilte sich nach altem Recht in erster Linie danach, inwieweit beim Betroffenen eine Besserung eingetreten war und diese durch den nachträglichen Vollzug in Frage gestellt würde. Von Letzterem war grundsätzlich abzusehen, wenn dadurch der (Heil-)Erfolg einer Behandlung in Frage gestellt worden wäre (Urteil 6B_206/2012 vom 5. Juli 2012 E. 3.2.2 mit Hinweisen). In der Literatur werden diese Kriterien auch auf das geltende Recht angewandt (Heer, a.a.O., N. 20 zu Art. 63b StGB). Ob die Reststrafe zu vollziehen oder aufzuschieben ist, ist anhand der aktuellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Beurteilung zu bestimmen (vgl. auch Heer, a.a.O., N. 21 zu Art. 63b StGB).

6.2 Bei der Prüfung, ob der Verurteilte in subjektiver Hinsicht für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. Zu berücksichtigen 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. 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. Dabei sind die persönlichen Ver-

hältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides mit einzubeziehen (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 mit Hinweisen; Urteil 6B_488/2011 vom 27. Dezember 2011 E. 4.2).

6.3 Der Beschwerdeführer weist viele Vorstrafen auf (vgl. Urk. 18/31). Am 5. April 2005 gab er gegenüber der Polizei an, er sei seit ungefähr 20 Jahren heroïnabhängig (Urk. 18/2/5/1 S. 1). Entsprechend beziehen sich die Vorstrafen des Beschwerdeführers auf Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz oder stehen im Zusammenhang mit seiner Sucht (Beschaffungsdelikte). Nach der Verurteilung vom 16. Juni 2005 beging der Beschwerdeführer erneut Straftaten. Im Strafregister finden sich neun Einträge (Beschaffungsdelikte), die nach dem 16. Juni 2005 datieren (vgl. Urk. 18/31). Am 10. Juni 2010 hob das Amt für Justizvollzug die ambulante Massnahme wegen Aussichtslosigkeit auf und beantragte dem Bezirksgericht den Vollzug der Reststrafe (Urk. 18/1). Am 7. Oktober 2010 trat das Bezirksgericht auf den Antrag nicht ein (Urk. 18/6). Am 2. Februar 2011 hob das Obergericht diesen Entscheid auf (Urk. 18/11). Wie sich dem Strafregisterauszug entnehmen lässt, wurde der Beschwerdeführer am 10. Mai 2011 wegen mehrfacher Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen, begangen vom 10. Februar 2010 bis zum 20. April 2011 (Urk. 18/31). Der Beschwerdeführer beging demnach gerade in jener Zeit weitere Delikte, als der Vollzug der Reststrafe für ihn auf dem Spiel stand.

Bereits mit Entscheid vom 13. August 2010 des Giudice dell'applicazione della pena wurde der Beschwerdeführer per 17. August 2010 aus dem Strafvollzug von Tessiner Strafen bedingt entlassen. Gleichzeitig mit der bedingten Entlassung wurde dem Beschwerdeführer die Weisung erteilt, seinen Wohnort beizubehalten und sich regelmässigen Kontrollen zu unterziehen, um die Abstinenz von Drogen und Alkohol sicherzustellen. Dabei wurde ihm angedroht, dass eine Reststrafe von einem Monat und 8 Tagen vollzogen werde, wenn er erneut eine Straftat begehe (Urk. 19/1). Wie erwähnt, wurde der Beschwerdeführer erneut einschlägig straffällig und am 10. Mai 2011 deswegen verurteilt. Per 16. Januar 2012 wurden die Freiheitsstrafen vollstreckt (Urk. 14/1 S. 1). Mit Entscheid vom 8. Mai 2012 des Giudice dei provvedimenti coercitivi wurde der Beschwerdeführer per 13. Mai 2012 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen. Gleichzeitig wurde ihm eine Probe-

zeit bis zum 13. Mai 2013 angesetzt sowie die Weisung erteilt, er habe sich zur Kontrolle des Drogenkonsums Urinproben zu unterziehen (Urk. 14/1 S. 4). Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, das Obergericht sei an diesen Entscheid gebunden (Urk. 34 S. 2). Dies trifft nur insofern zu, als das Obergericht im Beschwerdeverfahren den Tessiner Entscheid nicht abändern oder aufheben kann. An die Erwägungen ist das Obergericht nicht gebunden. Zumal vorliegend andere Sach- und Rechtsfragen zu beurteilen sind. Während es im Entscheid vom 8. Mai 2012 um die bedingte Entlassung des Beschwerdeführers ging, geht es vorliegend um die Frage, ob die Reststrafe zu vollziehen oder aufzuschieben ist. Dazu verweist Art. 63b Abs. 4 StGB auf die Voraussetzungen der Gewährung der bedingten Entlassung und der bedingten Freiheitsstrafe. Zwar geht es - wie im Entscheid vom 8. Mai 2012 - um die Beurteilung der Prognose. Dem vorliegenden Entscheid ist aber nicht die Situation des Beschwerdeführers im Mai 2012 zugrunde zu legen, sondern die aktuelle Situation.

6.4 Die ambulante Massnahme hat nicht zu einem vollen Heilerfolg geführt. Das Bezirksgericht erwog, der Beschwerdeführer habe Teilerfolge erzielt, obschon die Massnahme ungenügend durchgeführt worden sei (Urk. 4 S. 28). Ein Verzicht auf den Strafvollzug lässt sich nicht rechtfertigen, falls ein Heilerfolg nicht erreicht worden ist oder die Therapieerfolge - angesichts der unvermindert fortbestehenden Grundproblematik des Betroffenen - im Ergebnis nur unbedeutend erscheinen (vgl. Urteil 6S.210/2003 vom 3. März 2004 E. 2.3). Indessen ist bei Drogenabhängigkeit das Ziel einer Behandlung nicht allzu hoch anzusetzen (vgl. Urteil 6S.121/2004 vom 7. Oktober 2004 E. 1.1). Massgebend ist, ob trotz des Scheiterns der Massnahme derzeit ernsthafte Aussichten für eine Bewährung bestehen.

Seit der bedingten Entlassung im Mai 2012 hat der Beschwerdeführer - soweit ersichtlich - keine neuen Strafregistereinträge erwirkt (vgl. Urk. 39). Im Entscheid vom 8. Mai 2012 des Giudice dei provvedimenti coercitivi des Kantons Tessin wird erwogen, der Beschwerdeführer habe bei seiner Entlassung aus dem Strafvollzug konkrete Wohn- und Arbeitsmöglichkeiten. Zudem pflege er ein enges Verhältnis zu seiner Beiständin (E. 7).

Die Beiständin führte im Bericht vom 22. Januar 2013 (Urk. 41) aus, der Beschwerdeführer habe im Juli 2012 die Wohnung verlassen müssen, da er Probleme mit seinem Knie gehabt habe, sodass es ihm nicht möglich gewesen sei, alleine zu leben. Heute wohne er wieder im Hotel B._____ (in C._____). In Zukunft wolle der Beschwerdeführer im "Rustico" seiner Grosseltern im D._____ (Kanton ...) leben. Die Beiständin werde ihm beim Umzug helfen. Vorerst müsse er sich aber noch einer Knieoperation unterziehen. Aufgrund seiner Gesundheit (Epilepsie) sei es unmöglich gewesen, eine Arbeit zu finden. Die Beiständin betrachtet den Umzug ins D._____ als einzig richtige Idee. Der Beschwerdeführer könne dort als Bauer leben. Er habe gute Kontakte zu seiner Ex-Ehefrau und seinen Kindern. Auch zur Beiständin pflege er sehr guten Kontakt. Er sei bemüht, eine seriöse Lösung für sein kompliziertes Leben zu finden, vor allem im Umgang mit Alkohol.

Unter Würdigung der gesamten Umstände kann aufgrund der derzeitigen Situation dem Beschwerdeführer das Fehlen einer ungünstigen Prognose zugestimmt werden. Die bisherigen Heilerfolge erscheinen aufgrund der derzeitigen Verhältnisse nicht unbedeutend. Der Beschwerdeführer verfügt über intakte soziale Kontakte und hat seit seiner Entlassung - soweit ersichtlich - keine Strafregistereinträge mehr erwirkt. Bei der Planung seiner persönlichen und beruflichen Zukunft wird er von seiner Beiständin unterstützt. Zwar bestehen nach wie vor gewisse Zweifel bezüglich der Suchtgefährdung. Diese würden indessen auch durch den Strafvollzug nicht beseitigt. Nach der Auskunft der Beiständin soll der Beschwerdeführer bemüht sein, seine Suchtgefährdung in den Griff zu bekommen. Dass der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen derzeit nicht arbeiten kann, kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Die bisherigen Fortschritte des Beschwerdeführers könnten durch den Vollzug der Freiheitsstrafe in Frage gestellt bzw. zunichte gemacht werden. Der Strafvollzug ist aufzuschieben.

7.

7.1 Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten gemäss Art. 44 Abs. 1 StGB eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren.

Nach herrschender Lehre gilt Art. 44 StGB analog für den Fall des bedingten Vollzugs der Reststrafe (vgl. Heer, a.a.O., N. 23 zu Art. 63b StGB). Die Bemessung der Probezeit richtet sich im Wesentlichen nach der Höhe der Rückfallgefahr und der Persönlichkeit des Betroffenen. Sie ist Zwang zum Wohlverhalten (Schneider/Garré, in: Basler Kommentar StGB, a.a.O., N. 4 zu Art. 44 StGB; Trechsel/Pieth, Praxiskommentar, a.a.O., N. 1 zu Art. 44 StGB).

7.2 Der Beschwerdeführer beantragt eine angemessene bzw. keine allzu lange Probezeit (vgl. Urk. 44 und Urk. 13). Die Staatsanwaltschaft hält eine Probezeit von mindestens vier Jahren für angemessen (Urk. 24).

7.3 Gemäss dem Strafregisterauszug ist der Beschwerdeführer wiederholt einschlägig rückfällig geworden (vgl. Urk. 39). Seit der bedingten Entlassung im Mai 2012 hat er sich - soweit ersichtlich - bewährt. Er plant seine persönliche und berufliche Zukunft und erfährt dabei Unterstützung seiner Beiständin. Gleichwohl besteht beim Beschwerdeführer aufgrund seiner Vergangenheit eine Suchtgefährdung. Das Rückfallrisiko ist zwar nicht gering. Aufgrund der derzeitigen Ausgangslage ist unter Würdigung der gesamten Umstände eine Probezeit von drei Jahren angemessen, wobei die Verfahrensdauer des Beschwerdeverfahrens dabei berücksichtigt ist.

8.

8.1 Gemäss Art. 44 Abs. 2 StGB kann das Gericht für die Dauer der Probezeit Bewährungshilfe anordnen und Weisungen erteilen.

8.2 Der Beschwerdeführer beantragt, ihm sei für die Dauer der Probezeit die Weisung zu erteilen, sich in ärztliche Behandlung zu begeben, mit dem Ziel eine Drogenabstinenz zu erreichen und die Abstinenz mittels Urinkontrollen zu überwachen (Urk. 13 S. 4 und Urk. 34 S. 2).

Die Staatsanwaltschaft hält die Anordnung einer Weisung, sich (weiterhin) einer Behandlung seiner Suchtproblematik zu unterziehen, für geboten. Zudem sei der Beschwerdeführer ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Nichtbewährung

durch Begehen neuer Straftaten oder Missachtung der Weisung den Widerruf des Strafaufschubs zur Folge haben könne (Urk. 24 S. 2).

8.3 Mit Entscheid des Giudice die provvedimenti coercitivi vom 8. Mai 2012 wurde dem Beschwerdeführer die Weisung erteilt, sich zur Kontrolle des Drogenkonsums Urinkontrollen zu unterziehen (vgl. Urk. 14/1 S. 4). Aufgrund der Suchtgefahr des Beschwerdeführers scheint die Weiterführung einer ärztlichen Behandlung sinnvoll und angemessen. Sie kann an die bereits bestehende Behandlung anknüpfen und diese fortführen. Zumal dies erfolgsversprechend scheint, da der Beschwerdeführer - soweit ersichtlich - seit seiner Entlassung im Mai 2012 keine Strafregistereinträge mehr erwirkt hat. Dem Beschwerdeführer ist somit die Weisung zu erteilen, sich für die Dauer der Probezeit in ärztliche Betreuung zur Behandlung seiner Drogen- und Alkoholproblematik zu begeben.

Der Beschwerdeführer ist darauf hinzuweisen, dass die erneute Begehung von Straftaten oder die Missachtung von Weisungen den Widerruf des Strafaufschubs und den Vollzug der Freiheitsstrafe von 203 Tagen zur Folge haben kann (vgl. Art. 46 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 5 StGB).

9. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der Beschwerdeführer obsiegt im Wesentlichen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 und Art. 422 StPO).

Der Beschwerdeführer wurde im Beschwerdeverfahren durch seinen amtlichen Verteidiger vertreten. Die Höhe der Entschädigung des amtlichen Verteidigers richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV). Sie wird festgesetzt, nachdem der amtliche Verteidiger dem Gericht eine Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen vorgelegt hat (vgl. § 23 Abs. 2 AnwGebV). Der amtliche Verteidiger hat dem Obergericht bisher keine derartige Aufstellung eingereicht. Über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers ist deshalb nach Eingang der Honorarnote in einem separaten Beschluss zu befinden. Entschädigungsansprüche nach Art. 436 StPO sind nicht gegeben.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich (7. Abteilung) vom 5. Dezember 2011 (Verfahrens-Nr. DA110022) aufgehoben und wie folgt ersetzt:

"2. Der Vollzug der Reststrafe von 203 Tagen Freiheitsentzug wird aufgeschoben.

Die Probezeit wird auf drei Jahre angesetzt.

A._____ wird die Weisung erteilt, sich für die Dauer der Probezeit in ärztliche Betreuung zur Behandlung seiner Drogen- und Alkoholproblematik zu begeben."

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens (inklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Beschwerdeverfahren) werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Über die Festsetzung der Kosten der amtlichen Verteidigung für das Beschwerdeverfahren wird in einem separaten Beschluss nach Eingang der Honorarnote entschieden.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwalt lic. iur. X1._____, zweifach, für sich und den Beschwerdeführer, per Gerichtsurkunde
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, ad 1/2005/2705, unter Beilage einer Kopie von Urk. 44, gegen Empfangsbestätigung
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, gegen Empfangsbestätigungsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:
 - das Bezirksgerichts Zürich, ad DA110022-L, unter Rücksendung der Akten, gegen Empfangsbestätigung
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, unter Rücksendung der Vollzugsakten (Urk. 22), gegen Empfangsbestätigung

- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular B

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Zürich, 6. Februar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsidierendes Mitglied:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. K. Balmer

Dr. iur. S. Christen