

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120142-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Vorsitzender, lic. iur. R. Naef und
lic. iur. M. Langmeier sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Leu

Urteil vom 11. Juni 2012

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Raub etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
27. Oktober 2011 (DG110002)**

Anklage:
(Urk. HD 11)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 5. Januar 2011 ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 53)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB,
 - der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 aBetmG, sowie
 - der mehrfachen Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Die mit Verfügung des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 29. März 2006 angeordnete bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug wird widerrufen und der Beschuldigte in den Vollzug der noch vollstreckbaren Reststrafe von 252 Tagen rückversetzt.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 200.– als Gesamtstrafe bestraft.
4. Es wird beim Beschuldigten eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung Betäubungsmittel) angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zu diesem Zweck aufgeschoben.
5. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'000.00	Gebühr Anklagebehörde
Fr.	366.90	Auslagen Untersuchung
Fr.	4'613.50	Gutachten IRM
Fr.		amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf die Begründung dieses Urteils verzichtet, so ermässigt sich die Gerichtsgebühr auf 2/3.

7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und des Gutachtens werden auf die Gerichtskasse genommen. Im Übrigen werden die verbleibenden Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt.
8. (Mitteilung)
9. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland und Berufungsklägerin:

(schriftlich; Urk. 63)

1. Vollzug der Freiheitsstrafe
2. Anordnung einer ambulanten Massnahme während und nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe.

b) Des Verteidigers des Beschuldigten und Berufungsbeklagten:

(schriftlich; Urk. 65)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 27. Oktober 2011 sei vollumfänglich zu bestätigen und es sei die ausgefallte Freiheitsstrafe in Anwendung von Art. 63 Abs. 2 StGB zugunsten der Durchführung der ambulanten Massnahme aufzuschieben.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und es sei der Berufungsbeklagte angemessen zu entschädigen.

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 27. Oktober 2011 wurde der Beschuldigte A._____ des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB, der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 aBetmG, sowie der mehrfachen Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen. Die mit Verfügung des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 29. März 2006 angeordnete bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug wurde widerrufen und der Beschuldigte in den Vollzug der noch vollstreckbaren Reststrafe von 252 Tagen rückversetzt. Weiter wurde der Beschuldigte unter Einbezug der Reststrafe mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 200.– als Gesamtstrafe bestraft. Sodann wurde eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung Betäubungsmittel) angeordnet, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe zu diesem Zweck aufgeschoben wurde. Hinsichtlich der zu bezahlenden Busse wurde für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen angeordnet. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und des Gutachtens wurden sodann auf die Gerichtskasse genommen und die verbleibenden Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 53).
2. Gegen dieses Urteil erhob die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland durch Eingabe vom 28. Oktober 2011 (Urk. 47) und mithin rechtzeitig Berufung. Ebenfalls fristgerecht reichte die Staatsanwaltschaft nach Erhalt des begründeten Entscheides am 5. März 2012 die Berufungserklärung ein und stellte obgenannte Anträge (Urk. 55).
3. Mit Präsidialverfügung vom 20. März 2012 wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um zu erklären, ob er Anschlussberufung erhebe oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantrage (Urk. 58). Der Beschuldigte liess sich innert Frist nicht vernehmen.

4. Auf das vorliegende Verfahren sind – soweit es sich um verfahrensrechtliche Fragen handelt – die Bestimmungen der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Strafprozessordnung anwendbar (Art. 454 Abs. 1 StPO).
5. Die Staatsanwaltschaft beschränkt die Berufung auf den Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme (Urk. 55). Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind daher der Schuldspruch der Vorinstanz betreffend den Raub im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB, die mehrfache Wiederhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 aBetmG sowie die mehrfache Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG gemäss Dispositiv Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheides, der Widerruf der mit Verfügung des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 29. März 2006 angeordneten bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug sowie die Rückversetzung des Beschuldigten in den Vollzug der noch vollstreckbaren Reststrafe von 252 Tagen gemäss Dispositiv Ziffer 2, die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 3, die Anordnung einer ambulanten Massnahme als solche gemäss Dispositiv Ziffer 4, 1. Satz, die Anordnung betreffend die Busse und deren Ersatzfreiheitsstrafe gemäss Dispositiv Ziffer 5 sowie die vorinstanzliche Kostenfestsetzung und -auflage gemäss Dispositiv Ziffern 6 und 7 (Prot. II S. 3). Davon ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 Abs. 1 i.V.m. Art. 402 StPO). Es bleibt damit im Folgenden einzig über den Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme zu entscheiden.

II. Vollzug Freiheitsstrafe / ambulante Massnahme

1. Die Staatsanwaltschaft ficht die Anordnung der ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB als solche nicht an (Urk. 55). Sie beanstandet einzig den Aufschub der ambulanten Massnahme. Zur Begründung bringt sie vor, dem Beschuldigten könne keine günstige Prognose gestellt werden. Unbestritten sei, dass der Beschuldigte behandlungsbedürftig sei. Die Vorinstanz wolle dem Beschuldigten eine sog. "allerletzte Chance" einräumen.

Diese sei dem Beschuldigten jedoch bereits zuerkannt worden; die bedingte Entlassung sei aber gescheitert. Das kriminalpolizeiliche Erfordernis der schuldangemessenen Ahndung von Straftaten dürfe sodann nicht unterlaufen werden. Aufgrund der von Drogensucht und Rückfällen geprägten Vorgeschichte des Beschuldigten sowie der mehreren einschlägigen Vorstrafen, der diversen gescheiterten Therapien, der fehlenden Verbesserung trotz der im Jahre 2001 angeordneten ambulanten Massnahme sowie des Strafvollzugs könne nicht davon ausgegangen werden, die nun anzuordnende ambulante Massnahme vermöge den Beschuldigten von weiteren Straftaten abzuhalten. Der Strafvollzug würde eine erfolgreiche Heilbehandlung nicht erheblich beeinträchtigen. Zudem könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen biete, die der Strafvollzug verhindern oder wesentlich vermindern würde (Urk. 55 und Urk. 63).

2. Die Vorinstanz hat die Frage des Strafaufschubs zu Gunsten der ambulanten Massnahme mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände geprüft und bejaht. Sie erwog, gemäss Gutachten sei eine Behandlung während bzw. nach dem Vollzug der Freiheitsstrafe möglich, eine Begründung für diese Aussage fehle indes. Der Beschuldigte lebe seit Dezember 2010 in einer Partnerschaft und habe sich eine stabile Tagesstruktur aufgebaut. Durch den sofortigen Strafvollzug würde der Beschuldigte aus diesem Umfeld gerissen. Der Beschuldigte könne die ambulante Massnahme bei der ... Suchthilfe in B._____ absolvieren, wo er bereits am Programm "... " teilnehme und gut integriert sei. Auch aufgrund des bestehenden Vertrauens zur Institution sei es sinnvoll, die ambulante Massnahme dort durchzuführen (Urk. 53). Der Beschuldigte schliesst sich diesen Erwägungen in seiner Berufungsantwort an (Urk. 65).
3. Das Gericht kann den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen (Art. 63 Abs. 2 StGB). Gemäss der Praxis des Bundesgerichts gilt der Grundsatz, dass die Strafe zu

vollstrecken und die ambulante Massnahme gleichzeitig durchzuführen ist. Der Strafaufschub bleibt damit – infolge des Grundsatzes der Subsidiarität von Massnahmen nach Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB – die Ausnahme (BSK StGB I-Heer, Art. 63 N 39; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 183 f.). Der Strafaufschub ist anzuordnen, wenn die Massnahme vordringlich und mit dem Strafvollzug unvereinbar ist. Dies ist der Fall, wenn die tatsächliche Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefallten Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde bzw. eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, welche der Strafvollzug klarerweise verhindern oder vermindern würde. Zu berücksichtigen sind dabei einerseits die Auswirkungen des Strafvollzugs, die Erfolgsaussichten der ambulanten Behandlung sowie die bisherigen Therapiebemühungen, andererseits aber auch das kriminalpolitische Erfordernis, Straftaten schuldangemessen zu ahnden bzw. rechtskräftige Strafen grundsätzlich zu vollziehen. Die ambulante Massnahme darf im Übrigen nicht dazu missbraucht werden, den Vollzug der Strafe zu umgehen oder auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben. Ein Aufschub muss sich aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen. Falls die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung nur auf lange Frist und in eher bescheidenem Ausmass besteht, sind die Voraussetzungen für einen Strafaufschub nicht gegeben (zum Ganzen Bundesgerichtsurteil 6B_724/2008 vom 19. März 2009 E. 3.2.3 mit Verweis auf BGE 129 IV 161 E. 4.1; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 184; BSK StGB I-Heer, Art. 63 N 47 f.).

- 4.1. Dem aktenkundigen Gutachten vom 20. Juli 2011 ist zu entnehmen, dass der Beschuldigte seit seinem 12. Altersjahr Drogen konsumiert und seit dem Jahre 1999 mit Methadon substituiert wird (Urk. HD 37 S. 20, 23). Infolge strafbarer Handlungen des Beschuldigten wurde im Jahre 2001 eine ambulante Massnahme angeordnet, welche ebenso wenig wie die im Laufe der Jahre in Fachkliniken durchgeführten zahlreichen weiteren Therapie- und Entzugsversuche einen langfristigen Erfolg zu verzeichnen vermochte (Urk. HD 37 S. 9, 23 und 27, Urk. 57, Urk. HD 7). Insbesondere gelang es

nicht, den Beschuldigten durch die ambulante Behandlung von weiteren Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und der damit zusammenhängenden Beschaffungskriminalität abzuhalten. Auch die etlichen weiteren, dem Beschuldigten durch die bisherigen Therapiebemühungen eingeräumten Chancen zur Suchtbehandlung vermochte dieser in der Vergangenheit nicht wahrzunehmen. Mit Blick auf die Begehung weiterer Betäubungsmitteldelikte erachtet der Gutachter die Rückfallgefahr sodann als sehr hoch (Urk. HD 37 S. 30). Diese Tatsachen sowie die Feststellung des Sachverständigen im massgebenden Gutachten, die Erfolgsaussichten der Behandlung würden durch einen gleichzeitigen oder vorangehenden Vollzug der Freiheitsstrafe weder verunmöglicht noch erheblich eingeschränkt (Urk. HD 37 S. 32), sprächen grundsätzlich für den sofortigen Vollzug der Freiheitsstrafe. Der sofortige Strafvollzug wäre jedoch mit dem massgebenden Ziel der Resozialisierung des Beschuldigten, d.h. eines drogen- und deliktfreien Lebens, nicht vereinbar. Der Beschuldigte lebt seit dem Dezember 2010, d.h. seit rund 1 ½ Jahren, in einer gefestigten Partnerschaft mit Frau C._____. Zusammen mit seiner Partnerin betreut er deren noch minderjährige Kinder und hat die Vaterrolle übernommen. Seinen glaubhaften Aussagen zufolge sorgt er sich um die Kinder, macht mit ihnen die Hausaufgaben und verbringt mit ihnen die Freizeit (Urk. 62 S. 2). Der Beschuldigte befindet sich damit in gefestigten familiären Verhältnissen. Entsprechend den Ausführungen der Staatsanwaltschaft ist zwar zutreffend, dass allein der Umstand der Trennung von der Familie infolge Verbüßung einer unbedingten Freiheitsstrafe keinen Grund für einen Vollzugsaufschub darstellt, sind solche allgemeinen Schwierigkeiten mit dem Strafvollzug doch stets verbunden (vgl. BSK StGB I-Heer, Art. 63 N 54; Entscheid des Bundesgerichts vom 8. Juni 2005 6S.102/2005 E. 2). Zu berücksichtigen ist jedoch vorliegend, dass sich der Beschuldigte offenbar erstmals in solchen, sich seit seiner Kindheit ersehnten familiären Verhältnissen befindet (vgl. Urk. 62 S. 2); diese haben dem Beschuldigten eine nicht zu vernachlässigende Stabilität in seinem Alltag gebracht; der Beschuldigte betreut die Kinder seiner Partnerin, arbeitet im Garten und macht Haushaltsarbeiten (Urk. 64 S. 4). Einmal

wöchentlich fährt er nach B._____, um sich das Methadon zu besorgen und den Einkauf zu tätigen (Urk. 64 S. 5). Zudem hat der Beschuldigte den Kontakt zu seinem bisherigen Kollegenkreis aufgegeben, pflegt nun wieder Kontakt zu seiner eigenen Familie und baut sich einen neuen Freundeskreis auf (Urk. 62 S. 5). Auch ist er seit seiner Beziehung zu Frau C._____ nicht mehr straffällig geworden. Der Beschuldigte setzt somit alles daran, sein Leben zu verändern und seine Probleme in den Griff zu bekommen. Auch bezieht er regelmässig Methadon und hält sich – zumindest was den Methadonbezug anbelangt (offenbar hingegen nicht, was die Termine beim JUV anbelangen [Urk. 63 S. 9]) – an die vereinbarten Termine (Urk. 64 und Urk. 62 S. 4). Im Weiteren ist dem Beschuldigten zugute zu halten, dass er den Drogenkonsum zu reduzieren vermochte und zurzeit einzig noch Methadon und Dormica konsumiert (Urk. 62 S. 4); seine Fortschritte erfolgen langsam, aber stetig. Die Gefahr, dass der Therapieerfolg nicht eintritt, erscheint unter diesen konkreten neuen Lebensumständen des Beschuldigten im Falle einer vollzugsbegleitenden ambulanten Massnahme wesentlich höher als im Fall eines Strafaufschubs; die vollzugsbegleitende Behandlung würde die stabilisierenden Faktoren des Familienlebens und der damit zusammenhängenden Aufgaben massiv gefährden. Mit dem Vollzug der Strafe könnte dem Resozialisierungsgedanken somit nicht ausreichend Rechnung getragen werden. Damit ist – trotz der Vorgeschichte des Beschuldigten sowie der gutachterlichen Feststellung hinsichtlich des Zeitpunktes der Durchführung der Behandlung – von der Vordringlichkeit der ambulanten Massnahme auszugehen.

- 4.2. Schliesslich gilt zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte seit längerer Zeit bei der ... Suchthilfe in B._____ in der Behandlung befindet und damit selbst bei gelegentlichen Wechseln der Therapeuten ein gewisses Vertrauen zu dieser Institution aufgebaut hat. Der Gutachter erachtet eine gegenüber der bisherigen therapeutischen Behandlung bei der ... Suchthilfe B._____ intensivierte Drogenfachtherapie als durchaus erfolgversprechend (Urk. HD 37 S. 28 und 31). Es ist damit eine solche zu prüfen (vgl. den Hin-

weis in Urk. 65 S. 2 und 5, dass dies grundsätzlich möglich sei; vgl. auch Urk. HD 37 S. 21).

- 4.3. Es ist damit festzuhalten, dass es sich aus besagten Gründen rechtfertigt, den Vollzug der Freiheitsstrafe im Sinne einer allerletzten Chance zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

In Anwendung von Art. 428 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts (LS 211.11) sind die Kosten des Verfahrens, einschliesslich jene der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 27. Oktober 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB,
 - der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 aBetmG, sowie
 - der mehrfachen Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Die mit Verfügung des Justizvollzugs des Kantons Zürich vom 29. März 2006 angeordnete bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug wird widerrufen und der Beschuldigte in den Vollzug der noch vollstreckbaren Reststrafe von 252 Tagen rückversetzt.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 200.– als Gesamtstrafe bestraft.
4. Es wird beim Beschuldigten eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung Betäubungsmittel) angeordnet. (...)

5. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
 6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'000.00	Gebühr Anklagebehörde
Fr.	366.90	Auslagen Untersuchung
Fr.	4'613.50	Gutachten IRM
Fr.		amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf die Begründung dieses Urteils verzichtet, so ermässigt sich die Gerichtsgebühr auf 2/3.
 7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und des Gutachtens werden auf die Gerichtskasse genommen. Im Übrigen werden die verbleibenden Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt.
 8. (Mitteilung)
 9. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird zugunsten der ambulanten Massnahme aufgeschoben.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Mündliche Eröffnung bzw. schriftliche Mitteilung im Dispositiv an:
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die 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
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

4. 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 Bundesgerichts (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht 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, 11. Juni 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. F. Bollinger

lic. iur. A. Leu