

BGer 6B_932/2018 vom 24. Januar 2019

Bundesgericht, 2019-01-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_932_2018

FR: TF 6B_932/2018 du 24 janvier 2019

IT: TF 6B_932/2018 del 24 gennaio 2019

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die Vorinstanz habe den Sachverhalt willkürlich festgestellt und überdies die strafrechtliche Maxime "in dubio pro reo" verletzt.

E. 1.1

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503; 143 IV 241 E. 2.3.1 S. 244; je mit Hinweisen; zum Begriff der Willkür BGE 142 V 513 E. 4.2 S. 516; 142 II 369 E. 4.3 S. 380). Bei der Willkürfrage kommen die erhöhten Begründungsanforderungen zum Tragen (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf ungenügend begründete Rügen oder bloss allgemein gehaltene appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53; 141 IV 369 E. 6.3 S. 375; je mit Hinweisen).

Dem Sachgericht wird bei der Würdigung der Beweise ein weiter Ermessensspielraum zuerkannt. Es hat die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung zu würdigen (Art. 10 Abs. 2 StPO). Bleiben bei der Auswertung der Beweise Unsicherheiten haften oder lässt das Beweisergebnis verschiedene Deutungen bzw. Sachverhaltsalternativen zu, so ergibt sich aus dem Grundsatz "in dubio pro reo", nach welcher Entscheidungsregel zu verfahren ist. In diesem Fall muss das Sachgericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage ausgehen, wenn unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen (Art. 10 Abs. 3 StPO). Das bedeutet allerdings nicht, dass bei sich widersprechenden Beweismitteln dem für die beschuldigte Person günstigeren Beweis zu folgen ist. Vielmehr kommt der Grundsatz "in dubio pro reo" nur zur Anwendung, wenn nach abgeschlossener Beweiswürdigung schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel am angeklagten Tatsachenfundament verbleiben (Urteil 6B_804/2017 vom 23. Mai 2018 E. 2.2.3, zur Publikation vorgesehen; Urteil 6B_824/2016 vom 10. April 2017 E. 13.1, nicht publ. in: BGE 143 IV 214 ; je mit Hinweisen).

Die Frage, ob das Sachgericht auf der Grundlage der willkürfrei festgestellten Einzeltatsachen ernsthafte Zweifel am gesamten Tathergang hegen musste, ist zwar rechtlicher Natur und kann als solche vom Bundesgericht frei überprüft werden. Die betreffende Sachverhaltsfeststellung beruht gegebenenfalls auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht greift aber wegen

einer Verletzung von Art. 10 Abs. 2 StPO nur ein, wenn das Sachgericht die beschuldigte Person verurteilte, obgleich bei objektiver Würdigung des ganzen Beweisergebnisses offensichtlich erhebliche bzw. schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel an der Schuld der beschuldigten Person fortbestanden. Insoweit geht die aus dem rechtlichen Gebot abgeleitete freie Kognition des Bundesgerichts nicht weiter als die übliche Willkürkontrolle hinsichtlich vorinstanzlicher Sachverhaltsfeststellungen (Urteil 6B_804/2017 vom 23. Mai 2018 E. 2.2.3.3, zur Publikation vorgesehen; BGE 127 I 38 E. 2a S. 41; je mit Hinweisen). Denn das Sachgericht kann die Frage, ob unüberwindliche Zweifel bestehen oder nicht, in Anwendung des Unmittelbarkeitsprinzips, namentlich aufgrund der persönlichen Befragung der beschuldigten Person, zuverlässiger beurteilen (Urteil 6B_338/2008 vom 7. Januar 2009 E. 9.2 mit Hinweisen; zum Unmittelbarkeitsprinzip BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 ff. S. 290 ff.; 140 IV 196 E. 4.4 S. 198 ff.).

E. 1.2

Vorliegend ist unbestritten, dass beim Beschwerdeführer anlässlich einer Hausdurchsuchung 105.6 Gramm Kokain, aufgeteilt in drei Portionen mit unterschiedlichem Reinheitsgrad, sichergestellt werden konnten, wobei die grösste Portion ein Gewicht von 92.5 Gramm und einen Reinheitsgrad von 94% aufwies (Entscheid E. 2 S. 11; erstinstanzlicher Entscheid E. II.4.1 S. 6 f.). Damit wurde die objektive Grenze zum mengenmässig schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, bei Kokain 18 Gramm reinen Wirkstoffs (BGE 138 IV 100 E. 3.2 S. 102 f. mit Hinweisen), klar überschritten. Der Beschwerdeführer macht jedoch geltend, das sichergestellte Kokain sei ausschliesslich für seinen Eigenkonsum bestimmt gewesen. Er hält die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, wonach der grösste Teil des sichergestellten Kokains für den Eigenkonsum gedacht und lediglich ein kleiner Teil, mindestens aber 18 Gramm Kokain, für den Weiterverkauf bestimmt gewesen sei (erstinstanzlicher Entscheid E. II.4.1 f. S. 7 ff.), für willkürlich (Beschwerde S. 6 ff.).

E. 1.2.1

Soweit der Beschwerdeführer den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz und ihrer Beweiswürdigung lediglich seine eigene Sicht der Dinge gegenüberstellt, ohne näher darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich sein soll, erschöpfen sich seine Ausführungen in unzulässiger appellatorischer Kritik. Darauf ist nicht einzutreten. Das gilt namentlich in Bezug auf die sichergestellten Gegenstände sowie die durchgeführte Überwachungsmassnahme bzw. den telefonischen Kontakt zu A. _____ (Beschwerde S. 7 ff.). Es ist im Übrigen nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die sichergestellten Mobiltelefone und die Feinwaage als Indiz für geplante Verkäufe heranzieht. Sie berücksichtigt zudem unter Verweis auf die erste Instanz, dass der hohe Reinheitsgrad eher auf einen guten Kontakt des Beschwerdeführers zum Direktimporteure oder Grosslieferanten schliessen lasse. Es sei zudem unwahrscheinlich, dass dem Beschwerdeführer Kokainportionen mit unterschiedlichem Reinheitsgrad übergeben worden seien. Vielmehr sei anzunehmen, dass der Beschwerdeführer einen Teil des übernommenen, hochprozentigen Kokains bereits gestreckt und portioniert habe, um es sowohl für den Eigenkonsum als auch für den Weiterverkauf bereit zu stellen (erstinstanzlicher Entscheid E. II.4.1 S. 6 f.). Mit diesem Aspekt setzt sich der Beschwerdeführer nicht näher auseinander. Im Übrigen trifft es nicht zu, dass die Auswertung der historischen Randdaten kein belastendes Material zutage förderte. Die Vorinstanz hält hierzu fest, der Umstand,

dass der Beschwerdeführer (am Verhafttag) in seiner Unterhose eine Wochenration Kokain in gassenüblichem Reinheitsgrad dabei gehabt habe, jedoch keinerlei Reisegepäck, und sich die telefonischen Kontakte zu A. _____ in den Tagen vor der Verhaftung eklatant intensiviert hätten, spreche für die Verkaufsabsichten (Entscheid E. III.3.1 S. 11 f.; erstinstanzlicher Entscheid E. II.4.2 S. 9 f.). Die diesbezügliche Beweiswürdigung der Vorinstanz ist - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 11 f.) - insgesamt differenziert und nachvollziehbar.

E. 1.2.2

In Bezug auf den geltend gemachten Konsum bringt der Beschwerdeführer vor, dass das IRM Zürich bei ihm von einem mittelstarken bis starken Kokainkonsum ausgegangen sei. Vor diesem Hintergrund könne seine Darstellung, wonach das bei ihm sichergestellte Kokain für seinen Eigenkonsum bestimmt gewesen sei, nicht als reine Schutzbehauptung gewertet werden. Vielmehr hätte die sichergestellte Kokainmenge noch für einige Zeit lang gereicht. Seine Aussage, dass er sich Spielschulden in Form von Kokain habe bezahlen lassen, sei zudem als glaubhaft zu bezeichnen (Beschwerde S. 9 f.). In diesem Zusammenhang übersieht der Beschwerdeführer, dass das IRM Zürich in seinem Ergänzungsgutachten vom 3. April 2017 die Konsumangaben (15 bis 20 Gramm pro Woche) in Frage stellte. Der Konsum stehe in Widerspruch zu den im Haar festgestellten Mengen an Kokain und Kokain-Metaboliten. Die erste Instanz, auf welche die Vorinstanz wiederum verweist, führt dazu weiter aus, dass der Beschwerdeführer während der Haft auch keine Entzugserscheinungen gehabt habe. Entsprechend überzeuge nicht, dass er bei geringem bis starkem Konsum eine dermassen grosse Menge an hochprozentigem Kokain einzig für den Eigenkonsum bei sich habe lagern wollen (erstinstanzlicher Entscheid E. II.4.1 f. S. 7 ff.). Die Vorinstanz ergänzt, dass der vom Beschwerdeführer eingestandene Kokainkonsum als schönfärberisch und widersprüchlich zu bezeichnen sei. Sie legt sodann dar, dass der Beschwerdeführer mit durchschnittlich Fr. 2'100.-- bzw. Fr. 2'400.-- netto pro Monat neben dem behaupteten Konsum (15 bis 20 Gramm pro Woche) nicht auch noch seine Lebenshaltungskosten finanziert haben kann (Entscheid E. III.3.2.4 f. S. 14 ff.). Willkürlich sind diese Schlussfolgerungen nicht.

E. 1.2.3

Die Vorinstanz verletzt - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 10 f.) - auch nicht dessen Unschuldsvermutung. Es trifft zwar zu, dass die Vorstrafen grundsätzlich nur bei der Strafzumessung, nicht aber beim Schuldpunkt zu berücksichtigen sind (Urteil P.691/1980 vom 4. November 1981 E. 2). Solches kann der Vorinstanz aber auch nicht vorgeworfen werden. Sie durfte die aus früheren, mittlerweile rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere das (eingestandene) Wissen des Beschwerdeführers über Preis und Qualität von Kokaingemischen sowie dessen konkrete Vorgehensweise (Wägen und Verpacken von Kokain, Verwendung mehrerer Mobiltelefone, Absprache mit Lieferanten und Kunden mittels Codewörter), im Rahmen der freien Beweiswürdigung miteinbeziehen (Entscheid E. III.3.2.1 S. 12 f.). Dass sie dies in unzulässiger, d.h. vorverurteilender Art und Weise getan hat, ist nicht ersichtlich.

E. 1.2.4

Schliesslich bemängelt der Beschwerdeführer, dass die Menge, die er angeblich an Dritte habe verkaufen wollen, völlig willkürlich festgesetzt worden sei. Eine nachvollziehbare resp. eine plausible Begründung, weshalb eine Menge von mindestens 18 Gramm des

sichergestellten Kokains zum Verkauf bestimmt gewesen sein soll, hätten die Vorinstanzen nicht aufgezeigt (Beschwerde S. 13). Die Vorinstanz hat sich auch hier der "überzeugenden Beweiswürdigung" der ersten Instanz angeschlossen und nur punktuell Ergänzungen angebracht (Entscheid E. III.3.1 f. S. 11 ff.), womit sie ihrer Begründungspflicht im Lichte von Art. 82 Abs. 4 StPO gesamthaft betrachtet gerade noch gebührend nachkommt (vgl. dazu BGE 141 IV 244 E. 1.2 S. 245 f.). Die erste Instanz erwägt, zu Gunsten des Beschwerdeführers sei davon auszugehen, dass der grösste Teil des sichergestellten Kokains für den Eigenkonsum gedacht und lediglich ein kleiner Teil, mindestens aber 18 Gramm Kokain, für den Weiterverkauf bestimmt gewesen sei (erstinstanzlicher Entscheid E. II.4.1 S. 7 ff.). Weshalb sie die für den Weiterverkauf vorgesehene Menge exakt auf die Grenze zum mengenmässig schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG festsetzt, ist allerdings nicht zu ergründen. Indem die Vorinstanz entsprechende Annahmen trifft, die keine Stütze in den Akten finden, verfällt sie in Willkür. In Bezug auf den Schuldspruch wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG wirkt sich diese offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung jedoch nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Denn dieser war unbestrittenermassen in Besitz einer qualifizierten Kokainmenge. Die Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 BetmG ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet (BGE 118 IV 200 E. 3f S. 205; 117 IV 58 E. 2 S. 60; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. II, 3. Aufl. 2010, N. 16 zu Art. 19 BetmG). Ob demnach beim Besitz im Hinblick auf die Gefährdung einer Vielzahl von Menschen nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG eine anschliessende Weitergabehandlung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b oder lit. c BetmG erforderlich ist (so GERHARD FIOKKA, Die revidierten Strafbestimmungen des BetmG - Vier Säulen und einige Überraschungen, AJP 2011 S. 1278; PETER ALBRECHT, Die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG , in: Jusletter 2. März 2009, Rz. 23) oder die abstrakte Gesundheitsgefährdung bereits beim Besitz von Betäubungsmitteln besteht (so GUSTAV HUG-BEELI, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 2016, N. 1026 zu Art. 19 BetmG ; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 3. Aufl. 2016, N. 190 zu Art. 19 BetmG ; vgl. auch Urteil 6S.115/1993 vom 10. September 1993 E. 4, nicht publ. in: BGE 119 IV 266), kann hier offengelassen werden, nachdem feststeht, dass der Beschwerdeführer vorliegend tatsächlich Anstalten getroffen hat, um einem Dritten (A._____) Kokain zu veräussern (vgl. vorstehend E. 1.2.1).

E. 1.3

Die vorinstanzliche Beweiswürdigung hält nach dem Gesagten vor der Verfassung stand. Zwar durfte die Vorinstanz nicht auf eine für den Weiterverkauf bestimmte Menge von mindestens 18 Gramm schliessen, was bei der Strafzumessung entsprechend zu berücksichtigen sein wird (nachstehend E. 2.5). Doch konnte sie aufgrund des ansonsten willkürfrei ermittelten Sachverhalts unüberwindliche Zweifel an der Schuld des Beschwerdeführers verneinen. Eine Verletzung von Bundesrecht, d.h. ein Verstoss gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" (Art. 10 Abs. 3 StPO), liegt nicht vor.

E. 2

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Strafzumessung. Die Vorinstanz habe im Unterschied zur ersten Instanz eine Gesamtstrafe nach dem seit 1. Januar 2018 geltenden Art. 46 Abs. 1 StGB bilden müssen. Dabei habe sie das Verbot der "reformatio in peius" nach Art. 391 Abs. 2 StPO verletzt sowie gegen das in Art. 49 StGB statuierte

Asperationsprinzip verstossen (Beschwerde S. 15 ff.).

E. 2.1

Die Regelung der Nichtbewährung gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB hat im Rahmen der jüngsten Revision des Sanktionenrechts eine Änderung erfahren. Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB in der Fassung, wie sie bis zum 31. Dezember 2017 in Kraft stand (Änderung des StGB [Änderungen des Sanktionenrechts] vom 19. Juni 2015; AS 2016 1249), lautete wie folgt:

" Es [das Gericht] kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe zu bilden."

Das Bundesgericht gelangte in BGE 134 IV 241 nach einer Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte zur Auffassung, dass Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB im Gesetzgebungsverfahren hätte ersatzlos gestrichen werden müssen (a.a.O. E. 4.1 S. 243 f.). Es bezeichnete die vom Gesetzgeber gewählte Konzeption als wenig sachgerecht und beschränkte die Gesamtstrafenbildung auf Fälle, in welchen die bedingte Vorstrafe und die neue Strafe nicht gleichartig waren und das Gericht die Art der Vorstrafe änderte (a.a.O. E. 4.3 f. S. 245 f.). Später wurde zudem erkannt, dass es der ratio legis der Bestimmung widerspreche, eine (rechtskräftige) Vorstrafe zulasten des Verurteilten zu ändern. Das Verfahren nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB sei somit nicht anwendbar, um eine Vorstrafe in eine schwerere Sanktion umzuwandeln (BGE 137 IV 249 E. 3.4.3 S. 254; vgl. zur Strafartänderung im Rahmen der Zusatzstrafenbildung BGE 142 IV 265 E. 2.4.2 S. 269; 138 IV 120 E. 5.2 S. 122 f.; 137 IV 57 E. 4.3.1 S. 58; anders noch: BGE 133 IV 150 E. 5.2.1 S. 156; 132 IV 102 E. 8.2 S. 105 mit Hinweisen). Die Bildung einer Gesamtstrafe war damit nur noch möglich, wenn eine früher bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe umgewandelt und anschliessend eine Gesamtgeldstrafe gebildet wurde. Solche Fälle dürften in der Praxis freilich selten in Betracht gezogen worden sein.

E. 2.2

Die heute geltende Fassung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB bestimmt Folgendes:

"Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es [das Gericht] in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe."

Die Bestimmung ist im Schrifttum nicht ohne Kritik aufgenommen worden (vgl. STEFAN HEIMGARTNER, OFK-StGB, 20. Aufl. 2018, N. 1a ff. zu Art. 46 StGB ; NIGGLI/MAEDER, Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? - Zur Revision der Revision des AT StGB, insbesondere Art. 46 Abs. 1 nStGB, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 158 ff.). Kernfrage ist vorliegend, ob der neuen Fassung der Bestimmung ein gesetzgeberischer Wille zugrunde liegt, der auf eine materielle Rechtsänderung ausgerichtet ist.

E. 2.3

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgebenden Norm. An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis

führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (BGE 144 IV 240 E. 2.3.2 S. 246; 144 IV 97 E. 3.1.1 S. 106; je mit Hinweisen). Die Gesetzesauslegung hat sich im Übrigen vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (BGE 144 IV 168 E. 1.2 S. 169 f.; 144 V 138 E. 6.3 S. 147; je mit Hinweisen).

E. 2.3.1

Nach dem klaren Gesetzeswortlaut beinhaltet die vom Gesetzgeber erfolgte Anpassung ein Zweifaches. Zunächst fällt auf, dass die Rechtsnorm ihren potestativen Charakter verloren hat. Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ist nicht mehr als Kann-Bestimmung konzipiert ("so bildet es"; "le juge révoque"; "il giudice revoca"). Dem Gericht bleibt damit kein Ermessensspielraum (YVAN JEANNERET, La réforme de la réforme du droit des sanctions: la peine à la peine?, ZStrR 133/2015, S. 365 f.; CUENDET/GENTON, La fixation de la peine et le sursis à l'aune du nouveau droit des sanctions, forumpoenale 5/2017, S. 329; NIGGLI/MAEDER, a.a.O., S. 158). Sodann setzt die Gesamtstrafenbildung voraus, dass die widerrufenen und die neue Strafe gleichartig sind ("du même genre"; "stesso genere"). Darüber hinaus enthält der Wortlaut - mit Ausnahme des generellen Verweises auf Art. 49 StGB - nach wie vor keine klaren Vorgaben für das konkrete Vorgehen bei der Gesamtstrafenbildung.

E. 2.3.2

Zu prüfen ist sodann, ob die Materialien Aufschluss über die Auslegung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB geben. Gerade bei jüngeren Gesetzen stellen diese ein wichtiges Erkenntnismittel dar (BGE 142 II 399 E. 3.3 S. 403; 139 III 78 E. 5.4.3 S. 85; 137 V 167 E. 3.2 S. 170; je mit Hinweisen).

Die neuerliche Änderung des Sanktionenrechts entsprang dem Bedürfnis, das mit der 2007 in Kraft getretenen Revision eingeführte Prinzip der Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe und ihr Ersatz durch alternative Sanktionen durch verschiedene Anpassungen rückgängig zu machen (Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Änderungen des Sanktionenrechts], BBl 2012 4721 ff.). Im bundesrätlichen Entwurf - wie schon im Vorentwurf - war aufgrund der Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe lediglich vorgesehen, Art. 46 Abs. 1 Satz 3 StGB zu streichen. In der Folge schlug allerdings eine Mehrheit der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats die heute gültige Fassung vor. Als Grund für die vorgeschlagene Änderung wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung aufgeführt, die bei gleichartigen Strafen im Widerrufsfall keine Gesamtstrafenbildung zulasse. Mit der neuen Formulierung solle dies bei gleichartigen Strafen möglich sein (Protokoll der Sitzung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, Subkommission, vom 30. Mai 2013, S. 2 f.; Protokoll der Sitzung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 16. August 2013, S. 14). Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB wurde in der Folge in den parlamentarischen Beratungen ohne inhaltliche Diskussion angenommen (AB 2013 N 1607 ff.; AB 2014 S 640). Die Absicht des Gesetzgebers geht damit aus den Materialien mit aller Deutlichkeit hervor. Der Gesetzgeber hat sich in Kenntnis der zu Art. 46 Abs. 1 StGB ergangenen und

gefestigten Rechtsprechung ausdrücklich für die ursprünglich vorgesehene Konzeption der Gesamtstrafenbildung bei Widerruf ausgesprochen, wobei er sie nunmehr an das Erfordernis der Gleichartigkeit der Strafen knüpfte.

E. 2.3.3

In systematischer Hinsicht ist in Erinnerung zu rufen, dass Art. 62a und Art. 89 StGB eine ähnliche Regelung enthalten. Danach soll in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe gebildet werden, wenn auf Grund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt sind und diese mit einer zu Gunsten der Massnahme aufgeschobenen Freiheitsstrafe (Art. 62a Abs. 2 StGB) bzw. mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammentrifft (Art. 89 Abs. 6 StGB). Der Gesetzgeber übernahm damit die Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 StGB für sämtliche Fälle der Nichtbewährung (vgl. Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl 1999 2085 Ziff. 213.432). Durch die Bildung einer Gesamtstrafe aus widerrufener Strafe und der für das Probezeitdelikt ausgesprochenen Strafe würde die systematische Inkongruenz ausgemerzt.

E. 2.3.4

In Bezug auf Sinn und Zweck der Bestimmung - und damit das teleologische Element des Auslegungsprozesses - ist festzuhalten, dass der Bundesrat im Rahmen der Gesamterneuerung der Allgemeinen Bestimmungen darauf hinwies, der spätere kumulierte Vollzug verschiedener aufgeschobener Freiheitsstrafen nach einer bestimmten Zeit könne unter spezialpräventiven Gründen fragwürdig sein. Eine Kumulation wurde apodiktisch ausgeschlossen (BBl 1999 2085 Ziff. 213.432 und BBl 1999 2123 Ziff. 214.34). Es sollte verhindert werden, dass sich unkoordiniert mehrere Einzelstrafen anhäufen (TRECHSEL/PAUEN BORER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 3. Aufl. 2018, N. 6 zu Art. 62a StGB). Dessen ungeachtet, bestehen die bisher vom Bundesgericht geäusserten Bedenken unter dem Gesichtspunkt der ratio legis unverändert fort. Die Bildung einer Gesamtstrafe bei einem Widerruf erweist sich gesamthaft betrachtet als wenig sachgerecht. Denn der Fall, dass ein Täter nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe während der Probezeit weitere Delikte verübt, unterscheidet sich wesentlich vom Fall eines Täters, der sämtliche Taten begangen hatte, bevor er wegen dieser Taten (Art. 49 Abs. 1 StGB) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten (Art. 49 Abs. 2 StGB) verurteilt worden ist. Die Gleichstellung dieser Fälle erscheint als sachfremd, weil damit der strafehöhend zu wertende Umstand, dass der Täter einen Teil der Taten während der Probezeit nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Strafe begangen habe, bei der Strafzumessung zu Unrecht unberücksichtigt bliebe (BGE 137 IV 249 E. 3.3 S. 252; 134 IV 241 E. 4.3 S. 245 f.). Am zwingenden Ergebnis der grammatikalischen, historischen und systematischen Auslegung vermag die teleologische allerdings nichts zu ändern, da der Gesetzgeber die vom Bundesgericht geäusserten Bedenken offenkundig nicht teilt.

E. 2.3.5

Als Auslegungsergebnis kann somit festgehalten werden, dass sich aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie der systematischen Stellung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ergibt, dass das Gericht - die Gleichartigkeit der einzeln ausgesprochenen Strafen und den Widerruf der Vorstrafe vorausgesetzt - mit den früheren Taten und den während der

Probezeit begangenen Taten eine Gesamtstrafe bilden muss. An der bisherigen Rechtsprechung kann folglich nicht festgehalten werden.

E. 2.4

Damit ist abschliessend zu prüfen, wie die Gesamtstrafe zu bilden ist.

E. 2.4.1

Zunächst gilt es zu berücksichtigen, dass dem Probezeitäter durch die Anwendung des Asperationsprinzips eine gewisse Privilegierung zu gewähren ist. Die Kumulation der Strafen ist ausgeschlossen (vgl. vorstehend E. 2.3.4; dazu auch NIGGLI/MAEDER, a.a.O., S. 158; HEIMGARTNER, a.a.O., N. 7 zu Art. 46 StGB). Demgegenüber brachte der Gesetzgeber in Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB gleichwohl zum Ausdruck, dass er die Art. 49 StGB zugrunde liegende Konzeption nicht ohne weiteres übernehmen wollte ("in sinngemässer Anwendung"; "en applicant par analogie"; "in applicazione analogica"). Bei der Gesamtstrafenbildung im Widerrufsfall ist namentlich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es dem Gericht kaum möglich sein wird, die in Rechtskraft erwachsene, bedingte Geld- oder (teil-) bedingte Freiheitsstrafe nachträglich neu festzusetzen und dabei gleichwohl eine den gesetzlichen Anforderungen von Art. 47, Art. 49 und Art. 50 StGB genügende Strafzumessung vorzunehmen (vgl. ferner BGE 142 IV 265 E. 2.4.2 S. 270 zu Art. 49 Abs. 2 StGB mit Hinweisen). Umgekehrt hat der Gesetzgeber im Unterschied zur retrospektiven Konkurrenz nach Art. 49 Abs. 2 StGB bei Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB - wie im Übrigen auch bei Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB - eine gesetzliche Grundlage geschaffen, um auf das in Rechtskraft erwachsene Urteil nachträglich zurückzukommen (BGE 142 IV 265 E. 2.4.1 S. 269 mit Hinweisen). Es muss insofern möglich sein, die zu widerrufende Strafe im Rahmen der Asperation nachträglich anzupassen, wobei sich bei zu widerrufenden, ursprünglich teilbedingt ausgesprochenen Gesamtstrafen Schwierigkeiten ergeben können. So lässt sich im Rahmen der Gesamtstrafenbildung nicht beurteilen, welche Delikte des Täters durch Strafverbüßung bereits "abgegolten" bzw. welche noch "offen" sind (vgl. BGE 135 IV 146 E. 2.4.1 S. 150 zu Art. 89 Abs. 6 StGB).

E. 2.4.2

Es erscheint nach dem Dargelegten sowie im Lichte einer kohärenten Rechtsprechung zweckmässig, bei der Gesamtstrafenbildung nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB auf die zu Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB entwickelte Methodik zurückzugreifen (BGE 135 IV 146 E. 2.4.1 S. 150; Urteil 6B_297/2009 vom 14. August 2009 E. 3.3). Bei der Gesamtstrafenbildung hat das Gericht demnach methodisch von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausfällt. Anschliessend ist diese mit Blick auf die zu widerrufende Vorstrafe angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe. Bilden die "Einsatzstrafe" für die neu zu beurteilenden Probezeitdelikte und die Vorstrafe ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Gericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung Rechnung tragen (vgl. insofern auch BGE 142 IV 265 E. 2.4.4 S. 272 zu Art. 49 Abs. 2 StGB).

E. 2.5

Die Vorinstanz hält die Voraussetzungen für den Widerruf der vom Bezirksgericht Zürich am 12. Januar 2016 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten angesichts der erneuten Delinquenz und der persönlichen Lebensumstände für erfüllt. Sie stellt zudem fest,

dass sich der am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Art. 46 Abs. 1 StGB als milderes Recht im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB erweise. Alsdann bestimmt sie die zu widerrufende Freiheitsstrafe von 24 Monaten als "hypothetische Einsatzstrafe". In einem zweiten Schritt ermittelt sie für die während der Probezeit begangenen Delikte eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten, die sie im Umfang von mindestens 16 Monaten asperiert. Schliesslich zieht die Vorinstanz von der so ermittelten Gesamtstrafe von mindestens 40 Monaten die widerrufene Strafe ab. Sie spricht letztlich keine Gesamtstrafe, sondern eine "Zusatzstrafe" von 16 Monaten für die Probezeitdelikte aus und ordnet gleichzeitig den Widerruf der am 12. Januar 2016 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten an (Entscheid E. V.1.1 S. 21 f. und E. VI.1 S. 22 ff.). Dies entspricht nicht dem dargelegten methodischen Vorgehen. Die Vorinstanz wird die Strafzumessung erneut vornehmen müssen. Dabei wird sie in tatsächlicher Hinsicht auch den Umstand zu berücksichtigen haben, dass sich die Feststellung, wonach mindestens 18 Gramm Kokain für den Weiterverkauf bestimmt gewesen seien, als willkürlich erwiesen hat (vgl. vorstehend E. 1.2.4 und 1.3).

E. 3

Die Beschwerde erweist sich teilweise als begründet. Sie ist im Übrigen aber abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Sache ist zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es erübrigt sich, die weiteren Rügen zu prüfen. Im Umfang der Gutheissung der Beschwerde ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos geworden. Der Kanton Zürich hat den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das bundesgerichtliche Verfahren reduziert zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). In Bezug auf den angefochtenen Schuldpunkt erschien das Gesuch des Beschwerdeführers, dessen Bedürftigkeit ausgewiesen ist (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4 S. 164 f.), zumindest teilweise nicht als von vornherein aussichtslos, weshalb es aus Gründen der Praktikabilität gutzuheissen ist (vgl. BGE 139 III 396 E. 4.1 S. 400). Dem Beschwerdeführer ist aus der Gerichtskasse eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 2 BGG). Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.