

# ZH\_OBERGERICHT SB110043 vom 31. August 2011

ZH Obergericht, 2011-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB110043](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110043)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB110043 du 31 août 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT SB110043 del 31 agosto 2011

## Erwägungen

### E. 1

Ausgangslage / Anwendbares Recht

#### E. 1.1

A.\_\_\_\_\_ wurde am 28. Juni 2000 vom Bezirksgericht Zürich wegen Vergehens und Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG) und Vergehens gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern (ANAG) zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 15 Monaten verurteilt. Am 21. April 2004 verurteilte ihn das Bezirksgericht Zürich erneut wegen Vergehens und Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfachen Verweisungsbruchs zu einer Zuchthausstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten. Die am 28. Juni 2000 bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe erklärte es als vollziehbar. Der Beschuldigte wurde nach dem Vollzug der beiden Strafen am 25. Dezember 2005 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen, unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren (Urk. 109). Am 9. September 2009 sprach das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, den Beschuldigten erneut wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfacher Übertretung desselben und mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz (AuG) schuldig. Es bestrafte ihn unter Einbezug des Strafrestes gemäss bedingter Entlassung vom 25. Dezember 2005 mit einer Gesamtstrafe von 4 ½ Jahren (Urk. 57).

- 9 -

#### E. 1.2

Gegen dieses Urteil vom 9. September 2009 liess der Beschuldigte mit Eingabe seines amtlichen Verteidigers vom 18. September 2009 Berufung erheben (Urk. 44). Unter dem 14. Dezember 2009 (Urk. 50) liess der Beschuldigte - innert Frist (Urk. 49/1) - seine Beanstandungen am erstinstanzlichen Entscheid vortragen. Demgemäss richtete sich die Berufung des Beschuldigten gegen die erstinstanzlich angeordnete Rückversetzung in den Strafvollzug, die Strafzumessung und die Verweigerung des teilbedingten Strafvollzuges. Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich liess mit Eingabe vom 2. Februar 2010 auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils antragen (Urk. 54).

#### E. 1.3

Demgemäss fällte die erkennende Kammer am 8. April 2010 jenen Entscheid, der vorstehend eingefügt wurde (Urk. 69).

#### E. 1.4

Gegen diesen Entscheid erhob die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich mit Eingabe vom 5. Juli 2010 Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht (Urk. 85). Sie rügte die Nichtrückversetzung des Beschuldigten in den Vollzug des Strafrestes gemäss bedingter

Entlassung vom 25. Dezember 2005 und beantragte, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 4 ½ Jahren (als Gesamtstrafe) zu bestrafen. Die Strafzumessung, soweit sie nicht im Zusammenhang mit der Rückversetzung in den Strafreis steht, wurde ausdrücklich nicht beanstandet (Urk. 85 S. 3). Mit Urteil vom 13. Januar 2011 hob das Bundesgericht das vorerwähnte Urteil der Kammer vom 8. April 2010 in Gutheissung der Beschwerde auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung zurück (Urk. 93 S. 5 Ziff. 2).

### **E. 1.5**

Gemäss Art. 453 Abs. 2 StPO ist auf ein Verfahren, das vom Bundesgericht zur neuen Beurteilung zurückgewiesen wird, neues Recht anwendbar. Gestützt auf Art. 406 StPO und unter Hinweis auf die verbindlichen Vorgaben des Bundesgerichts im vorliegenden Fall wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 23. Februar 2011 Frist angesetzt, sich zur Frage der schriftlichen Fortsetzung des Berufungsverfahrens zu äussern (Urk. 94). Mit Präsidialverfügung vom 11. März 2011 wurde die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet und dem Berufungskläger Frist eingeräumt, Berufungsanträge zu

- 10 - stellen und zu begründen (Urk. 98). Nach einmaliger Fristerstreckung (Urk. 100) stellte die Verteidigung die eingangs erwähnten Berufungsanträge und reichte ihre Berufungsbegründung ein (Urk. 102). Innert der durch Präsidialverfügung vom 27. April 2011 (Urk. 104) angesetzten Frist verzichtete die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung (Urk. 106) und die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich stellte in ihrer Berufungsantwort vom 4. Mai 2011 den vorerwähnten Antrag (Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung vom 9. September 2009; Urk. 107).

### **E. 2**

Gestützt auf Art. 89 Abs. 1 und 4 StGB ordnet das für die Beurteilung der neuen Tat(en) zuständige Gericht die Rückversetzung in den Strafvollzug an, wenn ein bedingt Entlassener während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht und seit dem Ablauf der Probezeit noch nicht drei Jahre vergangen sind. In Anwendung von Art. 89 Abs. 6 StGB erklärt das urteilende Gericht die Reststrafe für vollziehbar und bildet in Verbindung mit Art. 49 StGB zusammen mit der neuen Strafe eine Gesamtstrafe, sofern auch für die neuen Delikte - wie vorliegend der Fall (vgl. Urk. 69 S. 32) - eine unbedingte Strafe auszufallen ist (BGE 135 IV 146 E.2.4.1.). Die vollziehbar werdende Reststrafe beträgt 451 Tage, was auch von der Verteidigung anerkannt wird (Urk. 102 S. 2). Wie bei der Bildung einer Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren im Einzelnen vorgegangen werden soll, ist nicht ohne weiteres einsehbar. In der Botschaft des Bundesrates wird (lediglich) ausgeführt, dass die vorgeschlagene Bestimmung das Zusammentreffen eines durch Widerruf vollziehbaren Strafreises mit einer neuen (unbedingt vollziehbaren) Freiheitsstrafe "sachgerechter" regle als das bisherige Recht: Der Richter kumuliere nicht einfach wie bisher beide Strafen, sondern bilde aus ihnen eine Gesamtstrafe, auf welche die Regeln der

- 12 - bedingten Entlassung erneut anwendbar seien (Botschaft 1999 II 2123; vgl. BGE 134 IV 241 zum Widerruf des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 46 StGB). Sollte Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB zum Ausdruck bringen wollen, dass das Gericht für die der teilweise bereits verbüsstes Vorstrafe und die der neuen Strafe zugrunde liegenden Taten eine Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip bilden soll, wie wenn es

alle Straftaten gleichzeitig zu beurteilen hätte, erscheint dies als nicht sachgerecht. Das Gericht müsste in einem solchen Fall unter Zugrundelegung sämtlicher Straftaten - also derjenigen, welche der Täter nach Entlassung aus dem Strafvollzug während der Probezeit begangen hat, als auch derjenigen, für die er rechtskräftig verurteilt wurde und die Strafe bereits teilweise verbüsst hat - den Strafraum für die schwerste Tat festlegen, innerhalb dieses Strafraums die Einsatzstrafe für die schwerste Tat festsetzen, diese unter Einbezug aller anderen Straftaten angemessen zur Gesamtstrafe erhöhen und schliesslich feststellen, dass diese Strafe im Umfang des verbüssten Teils der Vorstrafe bereits vollzogen ist. Das macht wenig Sinn. Der Fall eines Täters, der aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung einen Teil seiner Strafe bereits verbüsst hat und nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug während der Probezeit erneut delinquent, unterscheidet sich ganz massgeblich vom Fall des Täters, der sämtliche Taten begangen hat, bevor er wegen dieser Taten (Art. 49 Abs. 1 StGB zur Konkurrenz) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten (Art. 49 Abs. 2 StGB zur retrospektiven Konkurrenz) verurteilt wird. Eine Gleichstellung dieser Fälle bei der Strafzumessung erscheint deshalb als sachfremd, zumal damit auch die strafehöhend zu wertenden Kriterien, dass der Täter bereits vorbestraft ist und einen Teil der Taten während der Probezeit nach der bedingten Entlassung verübt hat, bei der Zumessung der Strafe zu Unrecht unberücksichtigt bleiben müssten. Offenkundig kann es deshalb nicht die mutmassliche Meinung des Gesetzgebers (gewesen) sein, das System von Art. 49 StGB bei der Gesamtstrafenbildung im Rückversetzungsverfahren unbesehen zu übernehmen. Ebenso wenig soll es insoweit aber zulässig sein, den Vorstrafenrest und die ausgefallte Strafe für die neuen Straftaten gemäss dem Kumulationsprinzip wie bisher einfach zu addieren (vgl. Botschaft, a.a.O.). Es kann deshalb im Rahmen von Art. 89 Abs. 6 StGB in Ver-

- 13 - bindung mit Art. 49 StGB nur darum gehen, dem Täter bei der Festlegung der Sanktion in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips - im Vergleich zum Kumulationsprinzip - eine gewisse Privilegierung zu gewähren, wenn sowohl die Freiheitsstrafe für das neue Delikt als auch die konkrete Reststrafe zum Vollzug anstehen. Das Gericht hat dabei methodisch stets von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausgefällt hat. Das gilt insbesondere deshalb, weil sich der noch zu vollziehende Vorstrafenrest in der Regel keiner, also auch nicht einer allfällig schwersten Tat zuordnen lässt, da insbesondere bei Vorliegen mehrerer Straftaten nicht gesagt werden kann, welche Delikte des Täters durch Strafverbüsung bereits "abgegolten" bzw. welche noch "offen" sind. Die für die neuen Straftaten ausgefallte Freiheitsstrafe bildet als Einsatzstrafe die Grundlage der Asperation. Das Gericht hat diese folglich mit Blick auf den Vorstrafenrest angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren (vgl. BGE 135 IV 146 E. 2.4.1.; BGer 6B\_765/2008 vom 7. April 2009 E. 2.4.1. und 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010 E.3.).

### **E. 2.1**

Hebt das Bundesgericht eine Entscheidung auf und weist es die Sache zu neuer Beurteilung an die kantonale Instanz zurück (Art. 107 Abs. 2 BGG), so wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheides befunden hat. Die kantonale Instanz ist in ihrer neuen Entscheidung an die rechtliche Begründung des Bundesgerichts gebunden (BBI 2011 43 44). Sie befasst sich

nur noch mit den Punkten, in denen das Bundesgericht kassierte (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_372/2011 vom 12. Juli 2011 E. 1.1.2.). Die anderen Teile des früheren Urteils werden ins neue Urteil übernommen (BGE 101 IV 105; 103 IV 47).

## **E. 2.2**

Wie erwähnt, hat das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 13. Januar 2011 die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft gutgeheissen. Dabei hat sie für die erkennende Kammer verbindlich festgehalten, dass dem Beschuldigten die Entlassungsverfügung vom 2. November 2005 rechtsgenügend eröffnet worden sei. Somit habe die Probezeit im Zeitpunkt der bedingten Entlassung zu laufen begonnen, weshalb Art. 89 Abs. 6 StGB anzuwenden und aus dem vollziehenden Strafrecht und der neuen Freiheitsstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden sei (Urk. 93 E. 1.3.2.).

## **E. 2.3**

Im Rahmen der nachstehenden Erwägungen ist folgender Hinweis zu machen: Wie unter Ziffer 1.4. dargelegt, war die restliche Strafzumessung, welche von der erkennenden Kammer mit Entscheidung vom 8. April 2010 vorgenommen wurde, nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht (Urk. 93).

- 11 - Soweit sie nicht im Zusammenhang mit der Rückversetzung in den Strafrecht steht, ist in analoger Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen zu verweisen. II. Strafe 1. Mit Verfügung des Justizvollzuges des Kantons Zürich, Bewährungs- und Vollzugsdienste vom 2. November 2005 wurde A. \_\_\_\_\_ am 25. Dezember 2005 unter den Personalien B. \_\_\_\_\_ bei einem Strafrecht von 451 Tage unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit bedingt entlassen (Urk. 23/ 2 S. 3 und Urk. 39). Der Beschuldigte beging die gemäss Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 11. Mai 2009 zu beurteilenden Delikte während dieser Probezeit.

## **E. 3**

Wie bereits erwähnt, ist die Strafzumessung für die neu vom Beschuldigten verübten Delikte nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahren. Die Faktoren, welche die objektive und subjektive Tatschwere bestimmen und damals alleine für die Betäubungsmitteldelikte zu einer Einsatzstrafe von 40 Monaten führten, erfahren durch den Entscheid des Bundesgerichtes vom 13. Januar 2011 keine Veränderung. Demzufolge kann in analoger Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen der hiesigen Kammer im Urteil vom 8. April 2010 verwiesen werden (Urk. 69 Ziffern

### **E. 3.1**

bis 3.3.4.). Änderungen in der Strafzumessung ergeben sich - entgegen der Behauptung der Verteidigung (Urk. 102 S. 3 N 3) - hingegen bei der Täterkomponente, beziehungsweise bei der Auswirkung des Vorlebens des Beschuldigten auf die Strafzumessung. Die erkennende Kammer wertete in ihrer Entscheidung vom 8. April 2010 das Delinquieren nach bedingter Entlassung aus dem Strafvollzug nicht strafe erhöhend, weil sie - fälschlicherweise - davon ausging, der Beschuldigte sei sich der laufenden Probezeit nicht bewusst gewesen (Urk. 69

- 14 - S. 23). Diese Tatsache fällt nun strafe erhöhend ins Gewicht. Im Endergebnis erfährt die Einsatzstrafe (Strafe für sämtliche Delikte gemäss Anklageschrift vom 11. Mai 2009) für die Gesamtstrafe jedoch keine Erhöhung. Diese kann aufgrund des

Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) nicht höher als die von der Vorinstanz festgesetzte Sanktion von 3 ½ Jahre Freiheitsstrafe (Urk. 57 S. 7) ausfallen, welche von der erkennenden Kammer mit Entscheid vom 8. April 2010 bestätigt wurde (Urk. 69. S. 31).

#### **E. 4**

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'600.– ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. Kosten der Kantonspolizei Fr. 48.– Kanzleikosten Untersuchung Fr. 20'589.50 Auslagen Untersuchung Fr. 10'694.95 amtliche Verteidigung

#### **E. 5**

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Angeklagten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden jedoch sofort und definitiv abgeschrieben." 2. Weiter wird festgestellt, dass der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich,

#### **E. 8**

Abteilung, vom 9. September 2009 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Sodann beschliesst das Gericht: 1. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom

#### **E. 13**

Februar 2009 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse lagernden Gegenstände: – 1 Memory-Stick, 4GB (Sachkautionsnummer ...) – 1 DAB/MP3-Gerät, ... (Sachkautionsnummer ...) werden beschlagnahmt und durch die Kasse des Bezirksgerichtes Zürich verwertet. Der Erlös wird zur Kostendeckung herangezogen. Die am 24. September 2008 sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... deponierten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen." 3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte wird in den Strafrecht gemäss bedingter Entlassung vom 25. Dezember 2005 rückversetzt. 2. Der Beschuldigte wird unter Einbezug dieses Strafrechtes bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 4 ½ Jahren als Gesamtstrafe, wovon 1072 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.

- 19 - 3. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens (SB100082), inklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung für das erste Berufungsverfahren (SB100082), werden auf die Gerichtskasse genommen. 4. Die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren (SB110043) wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen: Fr. amtliche Verteidigung 5. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens (SB110043), mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten. 6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – die Bundesanwaltschaft, 3003 Bern – BFM, Quellenweg 6, 3003 Bern-Wabern und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das

Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B 7. Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

- 20 - 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, 31. August 2011 Der Präsident Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Marti lic. iur. R. Huser

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