

ZH_OBERGERICHT SB160093 vom 8. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160093

FR: ZH_OBERGERICHT SB160093 du 8 juin 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB160093 del 8 giugno 2016

Erwägungen

E. 1

Das Einzelgericht Zürich sprach den Beschuldigten am 17. Dezember 2015 des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG und der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten, wovon 3 Tage durch Haft erstanden waren, und mit einer Busse von Fr. 300.–. Es hob die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Februar 2012 angeordnete stationäre Massnahme (Suchtbehandlung; Art. 60 StGB) auf, rechnete den mit der Massnahme angeordneten Freiheitsentzug vollumfänglich an die aufgeschobene Freiheitsstrafe von 30 Monaten an und stellte fest, dass damit keine Reststrafe zum Vollzug verbleibe. Sodann ordnete das Einzelgericht Zürich neu eine strafvollzugsbegleitende ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung illegale Drogen) an. Die beschlagnahmten Betäubungsmittel, Mobiltelefone, SIM-Karten, die Barschaft von Fr. 240.– und die zwei beschriebenen Seiten des beschlagnahmten Notizbuches wurden eingezogen, während das leere Notizbuch dem Beschuldigten herausgegeben wurde (Urk. 35 S. 30 ff.). Gegen dieses Urteil meldete der amtliche Verteidiger des Beschuldigten für diesen am 24. Dezember 2015 fristgerecht Berufung an (Urk. 28). In seiner Berufungserklärung vom 1. März 2016 beantragte der amtliche Verteidiger, den Beschuldigten der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, teilweise in Verbindung mit lit. g, sowie gegen Art. 19a Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG für schuldig zu sprechen, ihn mit 3 Monaten Freiheitsstrafe sowie einer Busse von Fr. 200.– zu bestrafen, dies als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Februar 2012, sowie unter Anrechnung der bis heute erstandenen Haft und der entsprechenden Feststellung, dass diese Strafe bereits verbüsst sei (Urk. 36). Die übrigen Anträge in der Berufungserklärung entsprechen den Anordnungen der Vorinstanz im Urteil vom 17. Dezember 2015.

- 6 -

E. 1.1

Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten machte im vorinstanzlichen Verfahren und in seiner Berufungserklärung vom 1. März 2016 geltend, dass vorliegend auch über die mit der stationären Massnahme aufgeschobene Freiheitsstrafe von 30 Monaten zu entscheiden sei. Davon ausgehend, dass diese Strafe zu vollziehen sei, sei die heute auszufällende Strafe als Zusatzstrafe auszufallen, wobei sich diese nach den Regeln von Art. 49 StGB richte und das Asperationsprinzip zur Anwendung kommen müsse. Vorliegend sei deshalb eine Zusatzstrafe von 3 Monaten und Fr. 200.– schuldangemessen, wobei festzustellen sei, dass diese infolge der von ihm geltend gemachten Überhaft bereits ersessen sei (vgl. Urk. 1/23 S. 5 f. Rz. 13 ff.; Urk. 36 S. 2). Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte die Verteidigung sodann, der Beschuldigte sei unter Anrechnung der erstandenen Haft mit 3

Monaten Freiheitsstrafe sowie einer Busse von Fr. 200.– zu bestrafen, wobei die Freiheitsstrafe zugunsten der bereits angeordneten ambulanten Massnahme aufzuschieben sei (Urk. 46 S. 2; Prot. II S. 3 und 7).

E. 1.2

Die Vorinstanz ging demgegenüber davon aus, dass keine Zusatzstrafe auszufallen sei. Sie mass den neuen Delikten die ihrer Ansicht nach angemessene Strafe zu und stellte fest, dass nach Anrechnung des Freiheitsentzugs durch die Untersuchungshaft, den vorzeitigen Massnahmevollzug und die stationäre Massnahme an die aufgeschobene Freiheitsstrafe von 30 Monaten keine zu vollziehende Reststrafe verbleibe, weshalb auch keine Gesamtstrafe gebildet werden könne (Urk. 35 S. 13).

E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 15. März 2016 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl Frist zur Anschlussberufung angesetzt (Urk. 40). Mit Schreiben vom 18. März 2016 verzichtete jene auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 42).

E. 2.1

Begeht der bedingt Entlassene während der Probezeit eine Straftat und zeigt er damit, dass die Gefahr, der die Massnahme begegnen soll, fortbesteht, so kann das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht nach Anhörung der der Vollzugsbehörde: a) die Rückversetzung anordnen; b) die Massnahme aufheben und, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, eine neue Massnahme

- 8 - anordnen; oder c) die Massnahme aufheben und, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, den Vollzug der Freiheitsstrafe anordnen (Art. 62a Abs. 1 StGB). Der mit der Massnahme verbundene Freiheitsentzug ist auf die Strafe anzurechnen (Art. 57 Abs. 3 StGB). Sind auf Grund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt und trifft diese mit einer zugunsten der Massnahme aufgeschobenen Freiheitsstrafe zusammen, so spricht das Gericht in Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe aus (Art. 62a Abs. 2 StGB).

E. 2.2

Der Verweis in Art. 62a Abs. 2 StGB auf eine Gesamtstrafe nach Artikel 49 StGB bezieht sich auf Art. 49 Abs. 1 StGB und nicht (auch) auf dessen Absatz 2 (so auch ACKERMANN, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg], BSK Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 49 N 82). Das Gesetz verlangt vom Gericht bei dieser Konstellation das Bilden einer Gesamtstrafe, nicht aber einer Zusatzstrafe. Das ist nicht dasselbe. Zur Bildung einer Gesamtstrafe verbindet das Gericht zwei (oder mehr) wegen verschiedenen, zueinander in echter Konkurrenz stehenden Delikten ausgesprochene gleichartige Strafen nach dem Asperationsprinzip (und nicht nach dem Kumulationsprinzip) miteinander. Das Gericht hat die weiteren gleichartigen Strafen also nicht einfach zu addieren, sondern die erste Strafe (die sog. Einsatzstrafe) aufgrund der weiteren Strafen angemessen zu schärfen resp. zu erhöhen. Eine Zusatzstrafe nach Art. 49 Abs. 2 StGB hat das Gericht hingegen nur dann zu bilden, wenn zudem ein Fall retrospektiver Konkurrenz vorliegt. Retrospektive Konkurrenz liegt dann vor, wenn das Gericht für eine Tat eine gleichartige Strafe für angemessen erachtet, die vor dem Zeitpunkt, in welchem ein anderes Gericht für eine andere Tat bereits eine (gleichartige) Strafe ausgefällt hat, begangen wurde. Nach dieser Regel darf also nicht

das frühere Urteil aufgehoben und eine Gesamtstrafe für alle Straftaten ausgesprochen werden (wie dies zum Beispiel im deutschen Recht vorgesehen ist: § 55 D-StGB), sondern es ist einzig eine Zusatzstrafe zur früheren Strafe auszufällen. Dabei ist vom Zweitrichter in einem ersten Schritt eine hypothetische Gesamtstrafe für alle zeitlich vor dem früheren Urteil begangenen Straftaten zusammen zu bilden. Die Zusatzstrafe bestimmt sich sodann als Ergebnis der rechnerischen Differenz zwischen dieser hypothetischen Gesamtstrafe und der bereits vom Erstrichter ausgesprochenen Strafe (ACKERMANN, a.a.O., Art. 49 N 68). Beim Bilden einer solchen Zusatzstrafe gilt,

- 9 - dass dieses Vorgehen auch dann zu erfolgen hat, wenn die im früheren Urteil abgeurteilten Taten bereits verjährt, vollstreckt oder erlassen sind (ACKERMANN, a.a.O., Art. 49 N 68 mit Hinweis in Bezug auf die Verjährung auf BGE 105 IV 81). Das macht Sinn, würde es doch sonst von Zufälligkeiten abhängen, ob die bereits abgeurteilten Taten noch einbezogen würden oder nicht, was Art. 49 Abs. 2 StGB ja gerade verhindern will. Beim Bilden einer Gesamtstrafe nach Art 49 Abs. 1 StGB liegt diese Besonderheit aber nicht vor, weshalb diese Grundsätze auch nicht zur Anwendung gelangen. Eine Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist nur dann zu bilden, wenn sich konkret effektiv mehrere gleichartige Strafen gegenüberstehen. Kurz: Eine Zusatzstrafe ist immer eine Gesamtstrafe, aber nicht jede Gesamtstrafe ist eine Zusatzstrafe.

E. 2.3

Vorliegend liegt kein Fall retrospektiver Konkurrenz vor, da sich die hier zu beurteilenden Taten ja nicht vor dem 14. Februar 2012 ereignet haben. Damit steht für die Strafzumessung fest, dass jedenfalls keine Zusatzstrafe zur vom Bezirksgericht Zürich am 14. Februar 2012 ausgefallenen und zugunsten der stationären Massnahme zur Behandlung der Betäubungsmittelsucht des Beschuldigten aufgeschobenen Freiheitsstrafe von 30 Monaten auszusprechen ist, sondern allenfalls, je nach Ausgang der konkreten Strafzumessung für die neuen Taten und je nach Schicksal der anzuordnenden Massnahme respektive der zugunsten dieser Massnahme aufgeschobenen Freiheitsstrafe, mit einer zu vollziehenden Reststrafe eine Gesamtstrafe zu bilden ist (zum methodischen Vorgehen bei einer solchen Gesamtstrafenbildung: BGer Urteil 6B_297/2009 vom 14. August 2009, E. 3.2 und 3.3). Ob vorliegend eine solche Konstellation besteht, ist nachfolgend zu prüfen. 3. Strafzumessung

E. 3

Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 8. Juni 2016 erklärte der amtliche Verteidiger, dass entgegen entsprechendem Antrag in seiner Berufungserklärung nun auch die rechtliche Würdigung und damit der Schuldpunkt der Vorinstanz gemäss Dispositivziffer 1 akzeptiert werde (Prot. II S. 5). Sodann gab die Verteidigung auf entsprechende Nachfrage an, dass die Anordnung einer ambulanten Massnahme grundsätzlich anerkannt sei, jedoch aufgrund der Konnexität von Strafe und Massnahme auch Dispositivziffer 6 des vorinstanzlichen Urteils überprüft werden müsse (Prot. II S. 5 f.). Zudem stellte die Verteidigung im Rahmen ihres Plädoyers den Antrag, die von ihr beantragte Freiheitsstrafe sei zugunsten der bereits angeordneten ambulanten Massnahme aufzuschieben (Prot. II S. 3 und 7). Das Verfahren ist spruchreif.

E. 3.1

Die Vorinstanz hat sich grundsätzlich zutreffend zum Strafrahen und zu den allgemeinen theoretischen Grundlagen der Strafzumessung geäussert, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen vorab verwiesen werden kann (Urk. 35 S. 14 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu

ergänzen ist, dass grundsätzlich für jede einzelne Tat nach der konkreten Methode die angemessene Strafe zu ermitteln ist. Ausnahmsweise ist es aber erlaubt, die einzelnen Taten und deren kriminelle

- 10 - Energie in einem Gesamtzusammenhang zu betrachten und insgesamt eine angemessene, gleichartige Strafe auszufällen, selbst wenn für einzelne Delikte theoretisch ungleichartige Strafen auszufällen wären. Dies ist insbesondere zulässig, wenn die einzelnen Taten Teil eines zusammenhängenden Vorgehens und gleichgelagerte Einzelhandlungen in einem Gesamtkontext darstellen (vgl. BGer Urteil 6B_499/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 1.7 f.; BGer Urteil 6B_157/2014 vom 26. Januar 2015, E. 3.1). Diese Voraussetzungen sind beim vorliegenden Komplex von Betäubungsmitteldelikten, welche sowohl zeitlich wie örtlich in einem engen Zusammenhang stehen, gegeben, weshalb die einzelnen Tathandlungen gesamthaft zu betrachten und zu bewerten sind.

E. 3.2

Innerhalb des Strafrahmens von einem bis zu 360 Tagessätzen Geldstrafe und Freiheitsstrafe von in der Regel mindestens 6 Monaten bis zu 3 Jahren bestimmt sich die Einsatzstrafe zunächst nach dem Verschulden (Art. 34 und 40 StGB i.V.m. Art. 26 BetmG; Art. 47 StGB). Wichtige Kriterien für die objektive Tatschwere sind Gefährlichkeit und Menge der Betäubungsmittel. Ein weiteres wichtiges Element bildet die hierarchische Stellung, die der Beschuldigte im Rahmen des konkreten Betäubungsmittelhandels inne hatte. Dabei sind die konkreten Aufgaben des Beschuldigten, seine Entscheidungsbefugnis, wie sehr er gegen aussen exponiert wurde, welche Sicherheitsvorkehrungen zu seinem Schutz vorgenommen wurden und welcher Profit der Beschuldigte aus dem Handel zog, zu berücksichtigen (vgl. dazu LUZIUS EUGSTER/TOM FRISCHKNECHT, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 3/14, S. 335 ff.). Zu berücksichtigen ist bei der subjektiven Tatschwere auch, ob der Täter aus einem Suchtzustand heraus handelte oder aus rein finanziellen Motiven.

E. 3.3

Der Beschuldigte hat im Zeitraum vom 1. Juni 2015 bis zum 3. Juli 2015 insgesamt ca. 10 Gramm Heroin und 20 Gramm Kokain mit unbekanntem Reinheitsgrad erworben und weiterverkauft. Zudem verkaufte er am 3. Juli 2015 2,1 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgehalt von 58% an einen polizeilichen Scheinkäufer. In der genannten Zeitspanne hat der Beschuldigte sodann auch rund 2 Gramm Heroin und Kokain für den eingeklagten Eigenkonsum erworben (vgl. Urk. 1/17). Sowohl bei Heroin als auch bei Kokain handelt es sich um Drogen

- 11 - mit einem grossen Gesundheitsgefährdungspotential. Die vom Bundesgericht definierte Grenze zum schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG (reine Stoffmenge: 12 g Heroin, 18 g Kokain, 200 Trips LSD oder 36 g Amphetamin; BGE 109 IV 143; 113 IV 32) ist vorliegend nicht erreicht. Dennoch hat der Beschuldigte mit einer erheblichen Menge harter Drogen gehandelt und mit der Weitergabe dieser Drogen an rund 20 Abnehmer die Gesundheit nicht weniger Personen gefährdet. Diese zahlreichen Drogenverkäufe fanden zudem innert eines Monats statt, was eine intensive deliktische Tätigkeit des Beschuldigten belegt. Der mit den Drogenverkäufen erzielte Gewinn hingegen betrug Fr. 1'180.– und blieb demnach bescheiden. Sodann hat der Beschuldigte als sogenannter "Gas-sendealer" nur Endkonsumenten mit Heroin und Kokain beliefert und dabei kaum Sicherheitsvorkehrungen getroffen, weshalb er in der Drogenhändlerhierarchie auf

der untersten Stufe einzureihen ist. Zudem lässt das von der Verteidigung vor- gebrachte simple und wenig professionelle Vorgehen des Beschuldigten (vgl. Urk. 46 S. 5) vorliegend auf eine kriminelle Energie im unteren Bereich schliessen. Insgesamt ist aufgrund der objektiven Elemente von einem gerade noch leichten Verschulden auszugehen.

E. 3.4

Zur subjektiven Tatschwere ist zu bemerken, dass der Beschuldigte direkt vorsätzlich handelte, um sich seinen Lebensunterhalt und seinen Eigenkonsum fi- nanzieren zu können (Urk. 45 S. 2). Die bestehende Drogensucht führt entgegen den Ausführungen der Verteidigung, die von einer Verminderung der Schuldfähig- keit mindestens im mittleren Ausmass ausgeht (Urk. 46 S. 4), lediglich zu einer leicht verminderten Schuldfähigkeit. Die subjektiven Elemente reduzieren dem- nach die objektive Tatschwere leicht. Damit ist insgesamt von einem leichten Verschulden auszugehen, was eine Strafe von 5 Monaten angemessen erscheinen lässt, eine Strafe mithin, die sich im unte- ren Drittel des Strafrahmens, und dort im mittleren Bereich befindet.

E. 3.5

Die Vorinstanz hat die Täterkomponenten vollständig und richtig dargelegt (Urk. 35 S. 17 ff.). Auf diese ist vollumfänglich zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO).

- 12 - Die Vorstrafen und das Delinquieren unmittelbar nach der bedingten Entlassung führen trotz Berücksichtigung des strafreduzierenden Geständnisses des Be- schuldigten zu einer Straferhöhung im Umfang von 2 Monaten auf nunmehr

E. 3.6

Zur Strafart und zum Vollzug hat sich die Vorinstanz ebenfalls einlässlich und korrekt geäussert (Urk. 35 S. 20 f.). Auch auf diese Ausführungen ist zu ver- weisen (Art. 82 Abs. 4 StPO) und mit der Vorinstanz zu schliessen, dass für den rückfälligen Beschuldigten bei dieser Konstellation eine Freiheitsstrafe und nicht eine Geldstrafe auszufallen und jene zu vollziehen ist. Ob der Vollzug der Frei- heitsstrafe hingegen nach Art. 63 Abs. 2 StGB aufzuschieben ist, wird nach- folgend unter dem Titel IV. Massnahme / Vollzug zu prüfen sein.

E. 3.7

Im Ergebnis ist für die Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz dem- nach eine unbedingte Freiheitsstrafe von 7 Monaten festzusetzen, unter Anrech- nung von 3 Tagen bereits erstandener Haft (3./4. Juli 2015 und 3. September 2015).

E. 3.8

Die Vorinstanz hat schliesslich auch die massgebenden Bemes- sungskriterien für die wegen der mehrfachen Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG zusätzlich auszufällenden Busse dargelegt (Urk. 35 S. 21 f.). Auch hier kann auf die zutreffenden Erwägungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Mit der Vorinstanz ist in Berücksichtigung des Verschuldens und der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten eine Busse von Fr. 300.– auszusprechen, unter Ansetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen im Falle schuldhaften Nicht- bezahlens. III. Reststrafe nach Aufhebung der stationären Massnahme 1. Für den Beschuldigten wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Februar 2012 eine stationäre Massnahme zur Behandlung seiner Drogen- sucht angeordnet und die gleichzeitig ausgesprochene Freiheitsstrafe von 30 Monaten zu deren Gunsten

aufgeschoben. Bereits während der damals lau-

- 13 - fenden Strafuntersuchung ist der Beschuldigte am 4. August 2011 vorzeitig zum Massnahmenvollzug in die Entzugsklinik B._____ eingetreten. Nach erfolgtem Entzug trat er per 1. September 2011 in das Rehabilitationszentrum C._____ ein, aus welchem er bereits am 20. Oktober 2011 aber wieder entwich und gleichentags in Sicherheitshaft genommen wurde. Per 28. November 2011 wurde der Beschuldigte in die Institution D._____ eingewiesen, wo die Behandlung nach zweimaligem Entweichen am 24. Dezember 2012 abgebrochen wurde. Am 18. Februar 2013 erfolgte der Eintritt in die Suchtbehandlung E._____. Kurz vor Ablauf der Höchstdauer von drei Jahren wurde der Beschuldigte per 10. Februar 2015 bedingt aus der stationären Massnahme entlassen (vgl. Urk. 1/8/3 S. 1). Nachdem sich der Beschuldigte in der Probezeit nicht bewährt hatte, hat die Vorinstanz die stationäre Massnahme aufgehoben, die aufgeschobene Freiheitsstrafe für vollziehbar erklärt, den mit der Massnahme verbundenen Freiheitsentzug von mehr als 30 Monaten vollumfänglich an die aufgeschobene Freiheitsstrafe von 30 Monaten angerechnet und schliesslich festgestellt, dass unter diesen Umständen keine Reststrafe verbleibe. Sodann hat sie eine ambulante Massnahme nach Art 63 StGB (Suchtbehandlung) angeordnet und entschieden, den Vollzug der unbedingten Freiheitsstrafe nicht zugunsten der Massnahme aufzuschieben (Urk. 32 S. 22-27). 2. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten machte demgegenüber im vorinstanzlichen Verfahren geltend, dass der Beschuldigte seit dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Februar 2012 35 Monate und 26 Tage in der stationären Massnahme verbracht habe. Davon sei die damals verhängte und nach Abzug von 218 Tagen bereits ersessener Haft noch verbleibende Strafe von 22 Monaten und 22 Tagen abzuziehen. Es verbleibe somit eine Überhaft von 13 Monaten und vier Tagen. Da nach Art. 51 StGB auch die in einem anderen Verfahren erstandene Haft in die Berechnung einbezogen werden müsse, habe es bei der Feststellung zu bleiben, dass die heute auszusprechende Freiheitsstrafe bereits ersessen sei (Urk. 1/23 S. 5 f. Rz. 13 ff.). Im Rahmen der Berufungsverhandlung führte die Verteidigung sodann aus, dass selbst für den Fall, dass die Anrechnung der Überhaft aus der stationären Massnahme an die auszuspre-

- 14 - chende Strafe kein Gehör finden sollte, zumindest festzustellen sei, dass sich der Beschuldigte offensichtlich 7 Monate und 7 Tage zu lange und eigentlich widerrechtlich in einer stationären Massnahme befunden habe. Dies habe zur Konsequenz, dass der Beschuldigte am 10. Februar 2015 gar nicht habe bedingt entlassen und folglich auch keine Probezeit habe angeordnet werden können. Deshalb könne auch nicht festgestellt werden, dass der Beschuldigte während der Probezeit wieder delinquent habe und dies strafehöhend berücksichtigt werden könne (Urk. 46 S. 3 f.). 3. Im Erwachsenenstrafrecht besteht ein Dualismus von Strafen und Massnahmen. Falls ein Massnahmebedürftiger schuldhaft delinquent hat, ordnet der Richter sowohl die schuldangemessene Strafe als auch die sachlich gebotene Massnahme an. Wird sowohl eine freiheitsentziehende Massnahme als auch eine Freiheitsstrafe angeordnet, geht der Vollzug der Massnahme (mit Ausnahme der Verwahrung) dem Vollzug der Freiheitsstrafe vor (Art. 57 StGB). Muss später ein Teil der Strafe vollstreckt werden, wird der im Massnahmenvollzug ausgestandene Freiheitsentzug an die Freiheitsstrafe angerechnet (sog. dualistisch-vikariierendes System; Art. 57 Abs. 3 StGB; vgl. auch BGE 136 IV 156). Von der Dauer der ausgesprochenen Freiheitsstrafe kann nicht auf die Dauer der gleichzeitig angeordneten freiheitsentziehenden Massnahme geschlossen werden: Anders als bei der Strafe kommt es für die Dauer einer

sichernden Massnahme nicht auf das Verschulden, sondern auf die Behandlungsbedürftigkeit des Verurteilten an. Denkbar ist deshalb auch die Anordnung einer letztlich schwerwiegenderen, weil schuldüberschreitenden Massnahme (CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/MARKUS HUG/DANIEL JOSITSCH, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Auflage, Zürich 2007, § 7 4.11 h), S. 166). Dauert die Massnahme länger als die gleichzeitig ausgefallte Freiheitsstrafe, hat der Beschuldigte keinen Anspruch auf eine Entschädigung wegen Überhaft. Die Massnahme hat eigenständigen Charakter und dauert, im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenzen, so lange, wie sie nötig ist. 4. Vorliegend steht fest, dass der massnahmebedingte Freiheitsentzug länger als die ebenfalls ausgesprochene Freiheitsstrafe von 30 Monaten dauerte. Insofern ist der Verteidigung beizupflichten, wenn sie vorbringt, dass die Dauer der

- 15 - stationären Massnahme ab dem vorzeitigen Antritt gerechnet werden müsse und damit die Dauer der ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 30 Monaten übersteigt (Urk. 46 S. 4). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Dauer der stationären Massnahme, zumal sie die gesetzliche Höchstgrenze von 3 Jahren nicht überschritten hat, gesetzeskonform war. Denn wie bereits erwähnt hängt die Dauer einer Massnahme – im Gegensatz zu derjenigen einer Strafe – im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenze vom Behandlungsbedürfnis des Betroffenen und der Erfolgsaussicht der Massnahme, letztlich also von den Auswirkungen der Massnahme auf die Gefahr weiterer Straftaten ab (vgl. dazu BGE 136 IV 156 E. 2.3). Nach dem Gesagten kann der Verteidigung deshalb nicht gefolgt werden, wenn sie wie erwähnt ausführt, es sei die Widerrechtlichkeit des Freiheitsentzuges festzustellen und der Beschuldigte habe folglich gar nicht bedingt entlassen und es habe gar keine Probezeit angeordnet werden können. Hätte der Beschuldigte bei den eben genannten Prämissen die Probezeit bestanden, so wäre er gemäss Art. 62b StGB endgültig entlassen worden, ohne dass er einen Anspruch auf Entschädigung wegen "Überhaft" gehabt hätte. Entsprechend gilt auch für den Fall der Nichtbewährung gemäss Art. 62a StGB, dass eine gesetzeskonforme Dauer der freiheitsentziehenden Massnahme, welche länger dauerte als die gleichzeitig ausgefallte, aber noch nicht vollzogene Freiheitsstrafe, nicht zu einer Anrechnung als Überhaft im Sinne von Art. 51 StGB führt. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht erkannt, dass die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Februar 2012 ausgefallte und zugunsten der stationären Massnahme zur Behandlung der Betäubungsmittelsucht des Beschuldigten aufgeschobene Freiheitsstrafe von 30 Monaten nach Anrechnung der bereits erstandenen Haft, des vorzeitigen Massnahmevollzugs und der stationären Massnahme vollumfänglich erstanden war und keine Reststrafe verblieb (Urk. 32 S. 13). Weil keine Reststrafe verbleibt, hat das Gericht in casu mit der für die neuen Delikte ausgefallten Freiheitsstrafe auch keine Gesamtstrafe zu bilden, und es findet auch keine Anrechnung an den Vollzug dieser neuen Strafe statt. Damit ist der Beschuldigte – wie bereits unter Ziffer II. 3.7. festgestellt – für die Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer unbedingten Freiheitsstrafe

- 16 - von 7 Monaten zu bestrafen unter Anrechnung von 3 Tagen bereits erstandener Haft. IV. Massnahme / Vollzug 1. Die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung beantragen übereinstimmend die Anordnung einer ambulanten Massnahme (vgl. Urk. 1/17 und 1/23), wobei die Verteidigung zunächst in ihrer Berufungserklärung geltend machte, die ambulante Massnahme sei nicht "vollzugsbegleitend" anzuordnen, da wie oberwähnt gemäss Vorbringen der Verteidigung die auszusprechende Freiheitsstrafe bereits erstanden sei (vgl. Urk. 36 S. 2; Prot. II S. 5). Im Rahmen ihres Plädoyers stellte die Verteidigung

sodann den Antrag, es sei die von ihr beantragte Freiheitsstrafe zugunsten der bereits angeordneten ambulanten Massnahme aufzuschieben (Urk. 46 S. 2; Prot. II S. 7). Wie die Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte (vgl. Prot. II S. 5), ist damit die Anordnung einer ambulanten Massnahme als solche nicht bzw. nur formal aufgrund der Konnexität von Strafe und Massnahme angefochten. Jedoch unterscheiden sich die Anträge der Parteien hinsichtlich der konkreten Anordnung der Massnahme, weshalb nachfolgend die Frage des Strafaufschubs der auszusprechenden Freiheitsstrafe zugunsten der zugleich anzuordnenden ambulanten Massnahme zu prüfen sein wird. 2. Bereits die Vorinstanz hat sich ausführlich zu den Voraussetzungen für die Anordnung einer ambulanten Massnahme geäußert und dargelegt, weshalb vorliegend eine solche und keine Rückversetzung in die stationäre Massnahme angezeigt ist. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann bezüglich der Anordnung einer ambulanten Massnahme gesamthaft auf die entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 35 S. 23 ff.) verwiesen werden. Ergänzend ist hinzuzufügen, dass beim Beschuldigten die Behandlungsbereitschaft lediglich in Bezug auf eine ambulante Therapie gegeben ist und er sich vehement gegen eine erneute stationäre Behandlung wehrt. Aufgrund der chronifizierten Abhängigkeitserkrankung des Beschuldigten sowie der bereits langjährigen Rehabilitationsbehandlung (in einem stationären Rahmen) erscheint die Behandlungsbereit-

- 17 - schaft des Beschuldigten für einen zukünftigen Behandlungserfolg vorliegend jedoch absolut entscheidend und massgeblich, weshalb es sich rechtfertigt, von einer Rückversetzung in die stationäre Massnahme abzusehen und eine ambulante Massnahme anzuordnen. Bei dieser Ausgangslage ist wie beantragt eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung illegale Drogen) anzuordnen. Es bleibt somit zu prüfen, ob der Vollzug der heute auszusprechenden Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben oder die ambulante Massnahme vollzugsbegleitend durchzuführen ist. 3. Nach Art. 63 Abs. 2 StGB kann das Gericht den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts gilt der Grundsatz, dass die Strafe vollzogen und die ambulante Massnahme gleichzeitig durchgeführt wird. Es ist mithin vom Ausnahmeharakter des Strafaufschubs auszugehen. Die Anordnung des Strafaufschubs ist an zwei Voraussetzungen gebunden. Einerseits muss der Täter ungefährlich sein. Andererseits muss die ambulante Therapie vordringlich sein. Ein Aufschub muss sich also aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen. Er ist anzuordnen, wenn die ambulante Therapie (ausserhalb des Strafvollzugs) im konkreten Einzelfall aktuelle und günstige Bewährungsaussichten eröffnet, die durch den Strafvollzug zunichte gemacht oder erheblich vermindert würden. Dabei muss die Aussicht auf eine erfolgreiche Behandlung wirklich vorhanden sein. Bestehen die Erfolgsaussichten einer ambulanten Behandlung nur auf lange Frist oder in eher bescheidenem Ausmass, sind die Voraussetzungen für einen Strafaufschub nicht erfüllt. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebotes muss der Behandlungsbedarf umso ausgeprägter sein, je länger die zugunsten der ambulanten Therapie aufzuschiebende Freiheitsstrafe ist (BGer Urteil 6B_1250/2014 vom 29. September 2015 mit Verweis auf BGE 129 IV 161 E. 4.1 und E. 4.3; HEER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 63 N 48).

- 18 - 4. Die Vorinstanz kam in ihren Erwägungen zum Schluss, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für den Strafaufschub nicht vorlägen und führte aus, dass bei labilen

Drogendelinquenten gerade der strukturierte Alltag im Straf- vollzug positive Auswirkungen haben könne, weshalb ein Verweigern des Straf- aufschubs nicht generell als hinderlich für den Erfolg der ambulanten Massnahme angesehen werden könne. Die aktuelle Situation des Beschuldigten erweise sich als zu labil, als dass eine Behandlung in Freiheit erfolgsversprechend wäre. So habe das Verhalten des Beschuldigten nach der bedingten Entlassung bzw. in der Strafuntersuchung gezeigt, dass es ihm in Freiheit nicht zuverlässig genug gelinge, sich an Absprachen und Termine zu halten. Verschiedentlich habe der Beschuldigte vereinbarte Termine verpasst, sei für längere Zeit abgetaucht und für seine betreuenden Bezugspersonen nicht erreichbar gewesen, obwohl ihm mit der Verfügung über die bedingte Entlassung die Weisung erteilt wurde, die ambulante Therapie fortzuführen und ihm somit die Chance gegeben wurde, eine Behandlung in Freiheit zu absolvieren. Die Vollzugsbehörde folgere daher zu Recht, dass eine Stabilisierung in einem strukturierten Rahmen, wie es der Strafvollzug gewährleisten kann, erforderlich sei. Zudem wünsche sich auch der Beschuldigte mehr Stabilität und einen sauberen Rahmen (Urk. 35 S. 26 f.). 5. Diesen Ausführungen der Vorinstanz kann gefolgt werden und es ist festzuhalten, dass aus den im Recht liegenden Berichten der Bewährungs- und Vollzugsdienste vom 14. Juli 2015 sowie von 3. November 2015 hervorgeht, dass der Beschuldigte diverse vereinbarte Gespräche – zum Teil unentschuldig – nicht oder verspätet wahrgenommen hat, er teilweise nicht erreichbar gewesen ist und bei ihm aufgrund der fehlenden Zuverlässigkeit und schlechten Erreichbarkeit keine Konsumkontrollen durchgeführt werden konnten. Oft sei viel Druck und Aufwand notwendig gewesen, um mit dem Beschuldigten in Kontakt zu treten. Zudem hätten gemäss Angaben von Herrn F. _____ seit Mitte Mai 2015 keine Gespräche mehr stattgefunden (vgl. Urk. 1/8/8 und 1/8/9). Gemäss Einschätzung der Vollzugsbehörde könne ein Freiheitsentzug allenfalls unter Anordnung einer parallelen ambulanten Behandlung nach Art. 63 StGB ohne Strafaufschub geprüft werden, womit zumindest die Möglichkeit einer Stabilisierung in einem strukturier-

- 19 - ten Rahmen gegeben sei. Weiterführende Massnahmen müssten dann, bei ausreichender Motivation des Beschuldigten, in einem zweiten Schritt erfolgen, wobei dieses Vorgehen auch den von Dr. med. G. _____ im Gutachten formulierten Empfehlungen entsprechen würde (Urk. 1/8/9 S. 2). Dem Gutachten von Dr. med. G. _____ vom 11. November 2011 lässt sich entnehmen, dass die Behandlung des Beschuldigten in einem stabilen – nach Ansicht des Gutachters stationären – Rahmen stattfinden sollte. Mit Blick auf die Begehung weiterer Betäubungsmittel- delikte erachtet der Gutachter die Rückfallgefahr wie bei allen chronifizierten Suchtkrankheiten als hoch und beim Beschuldigten insofern speziell, als er sich noch nicht von der Subkultur gelöst habe und seine Frustrations- und Spannungstoleranz noch zu gering seien, um den Anforderungen des Alltags und der Arbeitswelt zu genügen (Urk. 1/8/10 S. 25 f.). Auch aus der Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung muss darauf geschlossen werden, dass die gesamten Lebensumstände des Beschuldigten noch zu wenig stabil sind, um eine erfolgreiche Behandlung in Freiheit zu garantieren. So hat der Beschuldigte anlässlich der persönlichen Einvernahme ausgesagt, dass er trotz entsprechender Weisung, die ambulante Therapie fortzuführen, verschiedentlich Termine beim Herrn F. _____ nicht eingehalten bzw. diese nicht so oft wahrgenommen habe, wie ihm vorgeschrieben worden sei. Zwar führte er aus, er habe Herrn F. _____ nur deshalb so wenig gesehen, weil sie kein Ziel vereinbart hätten, und er nun das Ziel habe, in das Methadonprogramm aufgenommen zu werden (Urk. 45 S. 11). Trotzdem scheint vor diesem Hintergrund fraglich, ob es dem Beschuldigten in Freiheit

gelingen würde, sich zuverlässig an Termine zu halten und damit die erfolgreiche Durchführung der ambulanten Therapie zu ermöglichen, zumal der Beschuldigte offensichtlich (noch) nicht um ein hinreichend stabiles soziales Umfeld verfügt, welches seinen Änderungsprozess unterstützt. So gibt der Beschuldigte selbst an, seine Welt bestehe momentan noch aus der Konsumwelt und er versuche, sein soziales Umfeld zu ändern, da ihm dies bestimmt helfen würde, sich noch ganz abzulösen (Urk. 45 S. 3). Bezüglich Arbeit hat der Beschuldigte ausgeführt, er sei sehr interessiert daran, eine Arbeit zu finden, momentan sei es jedoch noch kein Thema, weil seine Sucht wichtiger sei (Urk. 45 S. 4). Ferner gab der Beschuldigte an, dass sich seine Wohnsituation geändert und er seit dem

- 20 - 1. Februar 2016 bei Herrn H._____ zur Untermiete wohne, was zu einer totalen Beruhigung und viel weniger Beschaffungsstress geführt habe (Urk. 45 S. 2). Trotz diesen durchaus positiven Tendenzen im Verlaufe seines Rehabilitationsprozesses ist gleichwohl festzuhalten, dass gerade aufgrund der besonderen Labilität und der von Drogensucht und Rückfällen geprägten Vorgeschichte des Beschuldigten nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, die anzuordnende ambulante Massnahme vermöge ihn von weiterer Beschaffungsdelinquenz abhalten. Zudem ist aufgrund des Gesagten höchst fraglich, ob die Verhältnisse bzw. Lebensumstände des Beschuldigten schon genügend stabil sind, um seine erfolgreiche Behandlung zu gewährleisten, weshalb mit der Vorinstanz anzunehmen ist, dass eine ambulante Behandlung in Freiheit im jetzigen Zeitpunkt (noch) nicht erfolgsversprechend wäre. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Substitution mit Methadon erfahrungsgemäss in einem Prozess über längere Zeit angegangen werden muss und entsprechend flankierende langfristige therapeutische Begleitung erfordert, weshalb auch im Hinblick auf die Etablierung der Substitutionstherapie ein stabiler und strukturierter Rahmen unabdingbar scheint. 6. Damit ist eine Stabilisierung in einem strukturierten, stabilen und geschützten Rahmen, wie es der Strafvollzug gewährleisten kann, erforderlich um den Beschuldigten einerseits von der Beschaffungskriminalität abzuhalten und andererseits den Erfolg der ambulanten Therapie sowie die nötige Unterstützung für die Initiation des Substitutionsprogramms zu gewährleisten.

E. 4

Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Nachdem die Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 7 (Einziehung SIM-Karten), 8 (Einziehung Mobiltelefone), 9 (Einziehung Betäubungsmittel), 10 (Einziehung beschriebene Seiten des Notizbuches), 11 (Herausgabe des verbleibenden Notizbuches), 12 (Einziehung Barschaft), 13 (Kostenblock) und 14 (Kostenaufgabe) nicht angefochten worden sind (Urk. 35 und 36; Prot. II S. 4 ff.), ist mittels Beschlusses festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

- 7 - II. Strafe / Strafzumessung 1. Vorbringen der Parteien

E. 7

Vor allem aber – und dies ist vorliegend einzig entscheidend – ist nicht ersichtlich, weshalb der Massnahmezweck der ambulanten Massnahme durch den gleichzeitigen Strafvollzug gefährdet würde. Denn wie erwähnt muss sich aufgrund des klaren Strafvollzugsprimats ein Aufschub aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen und die ambulante Massnahme vordringlich sein. So wurde denn auch von der

Verteidigung nicht dargetan, inwiefern sich der Strafvollzug nachteilig auf die Resozialisierung des Beschuldigten auswirken könnte bzw. einer starken Gefährdung des Therapieerfolges gleichkäme und damit den Massnahmезweck gefährden würde. Vielmehr muss im vorliegenden Fall – letztlich mit dem Gutachter – davon ausgegangen werden, dass der strukturierte

- 21 - Alltag im Strafvollzug positive Auswirkungen auf bereits erzielte Resozialisierungserfolge sowie auf das sich vom Beschuldigten gesetzte Ziel, nämlich in das Substitutionsprogramm aufgenommen zu werden, zeitigen würde.

E. 8

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. August 2015 beschlagnahmten 2 Mobiltelefone (1 Natel Samsung, IMEI ... und 1 Natel Samsung IMEI ...) werden der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen. Ein allfälliger Verwertungserlös wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 9

Die sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummern ... und ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

E. 10

Die beiden beschriebenen Seiten aus dem mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. August 2015 beschlagnahmten Notizbuch werden herausgetrennt und als Beweismittel bei den Akten belassen.

E. 11

Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. August 2015 beschlagnahmte und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich lagernde leere Notizbuch wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen hin her-

- 23 - ausgegeben und nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.

E. 12

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 20. August 2015 beschlagnahmten Fr. 240.– werden eingezogen und zur teilweisen Verfahrenskosten- deckung verwendet.

E. 13

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 1'500.00 ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 1'600.00 Gebühr Vorverfahren Fr. 1'664.00 Auslagen Untersuchung Fr. 4'578.45 Auslagen amtliche Verteidigung Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

E. 14

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

E. 15

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird mit separater Verfügung entschieden.

E. 16

(Mitteilungen)

E. 17

(Rechtsmittel)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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