

ZH_OBERGERICHT SB170263 vom 24. April 2019

ZH Obergericht, 2019-04-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170263

FR: ZH_OBERGERICHT SB170263 du 24 avril 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB170263 del 24 aprile 2019

Erwägungen

E. 17

September 2018 erneut um eine Fristerstreckung. Diese wurde ihm bis am 8. Oktober 2018 gewährt (Urk. 168). Nachdem er die Akten in Sachen B._____ in der Woche vom 24. September 2018 erneut zur Einsicht erhalten hatte (Urk. 171), ersuchte der amtliche Verteidiger mit Eingabe vom 8. Oktober 2018 wiederum um eine Fristerstreckung. Diesem Ersuchen wurde entsprochen und die Frist wurde letztmals bis und mit 29. Oktober 2018 erstreckt (Urk. 169).

- 9 - 2.6.3 Noch innert jener Frist stellte der amtliche Verteidiger mit Eingabe vom 29. Oktober 2018 den Antrag, es sei das Verfahren bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens in Sachen B._____ (SB180023) zu sistieren. Eventualiter beantragte er sodann, es sei ihm die Frist zur Stellungnahme zu den Akten B._____ erneut zu erstrecken und zwar um 14 Tage ab Eingang der Akten in der Kanzlei der Verteidigung (Urk. 170). Mit Präsidialverfügung vom 31. Oktober 2018 wurde der Antrag auf Sistierung dieses Verfahrens abgewiesen und es wurde dem Beschuldigten die Frist, um zur Stellungnahme von Dr. med. univ. D._____ vom 9. März 2018 sowie zu den beigezogenen Akten Stellung zu nehmen, sowie um seine Berufungsanträge abschliessend zu stellen und zu begründen, allerletztmals bis am 15. November 2018 erstreckt (Urk. 172). Dieser Frist kam der Verteidiger mit seiner Eingabe vom 15. November 2018, welche am 16. November 2018 hierorts einging und in der Folge der Staatsanwaltschaft zur Kenntnisnahme zugestellt wurde, nach (Urk. 175; Urk. 176). 2.7 Anlässlich der Berufungsverhandlung liess der Beschuldigte zudem ein Gesuch um Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug stellen (Urk. 132 S. 3). Dieses wurde im Anschluss an die Berufungsverhandlung mit Präsidialverfügung vom 5. Dezember 2017 gutgeheissen (Urk. 137; Prot. II S. 14). Der Beschuldigte wurde darauf gleichentags um 15.15 Uhr aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen und dem Migrationsamt des Kantons Zürich zugeführt (Urk. 140). 2.8 Mit Schreiben vom 5. Januar 2018 teilte der Fallverantwortliche des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich mit, dass die Voraussetzungen zum Vollzug der vorzeitig angetretenen ambulanten Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB in Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte die angeordnete Massnahme verweigert habe und seine Therapiefähigkeit durch den PPD derzeit als nicht gegeben erachtet werde, nicht mehr vorlägen, weshalb die entsprechenden Vollzugsbemühungen eingestellt würden (Urk. 146). 2.9 Mit Präsidialverfügung vom 12. Februar 2019 wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um zur Frage eines allfälligen Verzichts auf die Anordnung einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde er darauf hingewiesen, dass sich diese Frage eines allfälligen Ver-

- 10 - zichts dem Gericht deshalb stelle, weil es die ambulante Massnahme, obwohl diese vom Beschuldigten grundsätzlich akzeptiert worden sei, als mitangefochten erachte und

seitens des Amts für Justizvollzug am 5. Januar 2018 mitgeteilt worden sei, dass der Beschuldigte die angeordnete Massnahme verweigert habe und seine Therapiefähigkeit durch den PPD daher als nicht gegeben erachtet worden sei (Urk. 178). Innert Frist erklärte RA X1._____ mit Eingabe vom 12. März 2019, dass der Beschuldigte nach wie vor die Anordnung einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB beantrage. Ausserdem machte er geltend, dass der Therapiebedarf unverändert fortbestehe und sich der Beschuldigte aktuell in regelmässiger psychiatrisch-therapeutischer Behandlung beim Externen Psychiatrischen Dienst des Kantons Thurgau, Zweigstelle ..., befinde (Urk. 180). In der Folge wurde am 14. März 2019 die Einholung einer Auskunft über die seitens der Verteidigung erwähnte aktuelle psychiatrisch-therapeutische Behandlung beim Externen Psychiatrischen Dienst des Kantons Thurgau, Zweigstelle ..., verfügt. Gleichzeitig wurde dem Beschuldigten eine Frist angesetzt, um zunächst seine behandelnden Ärzte von deren Berufsgeheimnis zu entbinden. Für den Säumnisfall wurde der Verzicht auf die Einholung eines schriftlichen Berichts angedroht (Urk. 181). Nach Ablauf der zur Einreichung der Entbindungserklärung angesetzten Frist liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 29. März 2019 erklären, dass kein Anlass für die Einholung eines Therapieberichts bestehe, da bereits ein aktueller ärztlicher Bericht des Externen Psychiatrischen Dienstes des Kantons Thurgau, Zweigstelle ..., vom 31. Januar 2019 vorliege, welcher im Zusammenhang mit dem Asylverfahren des Beschuldigten erstellt worden sei. Der erwähnte Bericht wurde jener Eingabe beigelegt (Urk. 183; Urk. 184). II. Prozessuales 1.1 Der Beschuldigte liess das vorinstanzliche Urteil zunächst vollumfänglich anfechten (Urk. 92 S. 2). Anlässlich der Berufungsverhandlung schränkte er seine Berufung insofern ein, als dass er den Schuldspruch wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes (Dispositivziffer 1 Spiegelstrich 2), die Anordnung einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Dispositivziffer 5)

- 11 - und die Beschlagnahmung der Barschaft von Fr. 500.- (Dispositivziffer 6) akzeptierte (Urk. 132 S. 2 f.; Urk. 175 S. 1 f.; Prot. II S. 8). 1.2 Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Zwar liess der Beschuldigte die durch die Vorinstanz angeordnete ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB unangefochten (Urk. 132 S. 2 f.; Urk. 175 S. 1 f.; Prot. II S. 8). In Anbetracht dessen, dass die Vorinstanz diese ambulante Massnahme bei gleichzeitigem Freiheitsentzug anordnete, der Beschuldigte jedoch den erstinstanzlichen Schuldspruch wegen der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und damit die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe anfocht (Urk. 132 S. 2 f.; Urk. 175 S. 1), hat die Anordnung der Massnahme aber als mitangefochten zu gelten. Unangefochten geblieben sind hingegen die Urteilsdispositivziffern 1 teilweise (Schuldspruch wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes) und 6 (Verwendung der beschlagnahmten Barschaft), weshalb mittels Beschluss festzustellen ist, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist. 2.1.1 Der Beschuldigte liess in der Berufungsverhandlung den Antrag stellen, es sei die Sache zur rechtsgenügenden Durchführung einer Strafuntersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen, namentlich sei der Beschuldigte durch die Staatsanwaltschaft rechtsgenügend zu befragen, und es seien die Protokolle sämtlicher Befragungen des Beschuldigten aus den Akten zu entfernen, eventua- liter sei mit einzelnen Protokollen so zu verfahren (Urk. 132 S. 1 f.; Prot. II S. 9). Der Beschuldigte sei in der Vergangenheit, obwohl er notwendig habe verteidigt sein müssen, ungenügend verteidigt gewesen. Dessen vormaliger amtlicher Verteidiger, Rechtsanwalt

lic. iur. X2._____, habe seine Beistands-, Fürsorge- und Beratungstätigkeit überhaupt nicht wahrgenommen. Er habe die Akten bis zur Einvernahme vom 6. Juli 2016 weder gelesen noch studiert noch sich mit dem Beschuldigten in nennenswertem Umfang unterhalten oder besprochen. Er habe dem Beschuldigten ohne Besprechung mit diesem und ohne Aktenkenntnis und Prüfung der Beweislage mutmasslich geraten, sämtliche gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu anerkennen (Urk. 132 S. 5, und S. 9 ff.; Urk. 175 S. 3 ff.).

- 12 - 2.1.2 Auf eine in diesem Sinn ungenügende Verteidigung schliesst der heuti- ge amtliche Verteidiger in erster Linie aufgrund der Honorarnote von Rechtsan- walt lic. iur. X2._____. So mache diese beispielsweise den Anschein, der damali- ge Verteidiger habe den Bericht der Kantonspolizei Zürich vom 8. September 2015, welcher diesem am 27. April 2016 zugestellt worden sei, gar nicht studiert. Eine entsprechende Aufwandposition gehe jedenfalls nicht aus der Honorarnote vom 22. März 2017 hervor (Urk. 10/4; Urk. 132 S. 7). Ausserdem habe er den Be- schuldigten gemäss der Honorarnote vor den Einvernahmen auch nie besucht (Urk. 132 S. 8). Glaube man seiner Honorarnote, müsse man zudem von der fast unglaublichen Annahme ausgehen, der damalige amtliche Verteidiger habe sich bis zur Einvernahme vom 6. Juli 2016 keine einzige Minute mit dem Beschuldig- ten besprochen und sich auch nie dem Aktenstudium gewidmet (Urk. 132 S. 10). Die erste Besprechung habe nach vier Monaten und nach faktischem Abschluss der Strafuntersuchung, am 3. August 2016 stattgefunden. Das habe zur definiti- ven Zerrüttung der Vertrauensbasis geführt (Urk. 132 S. 10). Zwar könne er nicht ausschliessen, dass der damalige amtliche Verteidiger des Beschuldigten verges- sen habe, gewisse Aufwände in die Honorarnote aufzunehmen. Allerdings bestä- tigte der Beschuldigte genau das, was sich aus den Akten ergebe (Urk. 132 S. 10). 2.2 Hinsichtlich der Pflichten der Verteidigung sieht Art. 12 BGFA vor, dass diese den Beschuldigten sachkundig, engagiert und wirkungsvoll zu verteidigen hat. Weiter gehört es zu den Pflichten der Verteidigung, das Vorgehen im Straf- verfahren mit dem jeweiligen Klienten abzusprechen. Das Entwickeln einer Ver- teidigungsstrategie ist hingegen primär Aufgabe der Verteidigung. Auch wenn der Verteidiger als Beauftragter auf die Intentionen seines Mandanten einzugehen und diese ins Verfahren einzubringen hat, ist er doch nicht schrankenlos an des- sen Aufträge und Anweisungen gebunden (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommen- tar StPO, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art 128 N 5; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017; N 762 f.; LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar StPO, 2. Aufl., Zürich/Ba- sel/Genf 2014, Art. 128 N 5a). Die mit der Strafverfolgung betrauten Behörden haben wiederum dafür besorgt zu sein, dass die Voraussetzungen eines fairen

- 13 - Verfahrens gewährleistet sind und die beschuldigte Person von ihrem Anspruch auf eine sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung ihrer Interessen durch einen amtlichen oder privaten Verteidiger Gebrauch machen kann (Art. 32 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 2 BV; Art. 3 StPO). Dies umfasst eine Fürsorgepflicht, welche es dem Gericht gebietet, nach der Aufklärung der beschuldigten Person über ihre Verteidigungsrechte das zur Gewährleistung einer genügenden Vertei- digung Erforderliche vorzukehren (Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2017 vom 6. November 2017 E. 2.1). 2.3.1 Anzeichen dafür, dass der Beschuldigte im Vorverfahren sowie im erst- instanzlichen Verfahren ungenügend verteidigt gewesen wäre, liegen keine vor, namentlich auch nicht für den Zeitraum bis zum 6. Juli 2016. Wie der Honorarnote von Rechtsanwalt lic. iur. X2._____. vom 22. März 2017 zu entnehmen ist, wurde entgegen dem Vorbringen der Verteidigung beispielsweise bereits

am 27. April 2016 Aufwand für eine Besprechung mit dem Beschuldigten geltend gemacht (Urk. 47 S. 1). Ausserdem stellte der damalige amtliche Verteidiger auch mehrmals Aufwand für Briefkorrespondenz und Telefonate mit dem Beschuldigten in Rechnung (vgl. 3. Mai 2016: Tel. von Klient aus PUK; 17. Mai 2016: B an Kl.;

E. 18

Mai 2016: B von Kl.; 27. Mai 2016: Brief von Kl. vom 25.5; 13. Juni 2016: B an Kl. etc.; Urk. 47 S. 1 ff.). Abgesehen von diesen in der Honorarnote explizit aufgeführten Aufwandpositionen, welche auf Besprechungen mit dem Beschuldigten bzw. eine Auseinandersetzung mit dessen Anliegen hinweisen, ist zu berücksichtigen, dass der damalige Verteidiger auch in den Einvernahmen des Beschuldigten zugegen war. Das ergibt sich aus den Einvernahmeprotokollen. Aus einer Protokollnotiz der Einvernahme vom 23. Mai 2016 geht ferner hervor, dass die Einvernahme für eine Besprechung zwischen der Verteidigung und dem Beschuldigten unterbrochen wurde (Urk. 3/4 S. 6). Der damalige Verteidiger des Beschuldigten erhielt sodann allein aufgrund seiner Anwesenheit in den Einvernahmen jeweils umgehend Kenntnis sämtlicher gegen den Beschuldigten erhobenen Vorwürfe sowie der vorhandenen Beweismittel. Unter diesen Umständen würde es erstaunen, wenn Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ bereits zu Beginn des Verfahrens grossen separaten Aufwand für Aktenstudium geltend gemacht hätte. Zudem ist zu berücksichtigen, dass er die Vorgeschichte des Beschuldigten bestens

- 14 - kannte, da er diesen bereits in früheren Verfahren vertreten hatte. Dass er bereits zuvor laufend zumindest über den Gesundheitszustand des Beschuldigten informiert war, zeigt sich unter anderem auch daran, dass seit 2010 immer wieder ärztliche Berichte zum Beschuldigten an ihn gerichtet wurden (Urk. 10/9; Urk. 10/10; Urk. 10/11; Urk. 10/12; Urk. 10/14). In Kenntnis des Gesundheitszustands des Beschuldigten liess Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ denn auch bereits am 28. April 2016 und mithin nur zwei Tage nach seiner Mandatierung in diesem Verfahren eine psychiatrische Begutachtung des Beschuldigten beantragen (Urk. 10/2; Urk. 10/6). Dafür, dass der vormalige amtliche Verteidiger dem Beschuldigten ohne Aktenkenntnis zu einem Geständnis riet oder ihn ungenügend auf Einvernahmen vorbereitete, liegen folglich keine Anzeichen vor. Alleine der Umstand, dass der vormalige amtliche Verteidiger eine andere Verteidigungsstrategie wählte als der derzeitige amtliche Verteidiger bzw. dass er dem Beschuldigten aufgrund seiner Einschätzung der Sachlage zu einem Geständnis riet und gleichzeitig auch aufgrund der beantragten Begutachtung auf eine milde Bestrafung abzielte, stellte keine Verletzung seiner Verteidigerpflichten dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2017 vom 6. November 2017 E. 2.3.1). Für den Zeitraum nach dem 6. Juli 2016 machte Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ schliesslich Aufwand für Gefängnisbesuche beim Beschuldigten am 3. August 2016, am 24. Oktober 2016 sowie am 2. November 2016 geltend (Urk. 47 S. 3 f.).

2.3.2 Der Vollständigkeit halber ist zudem festzuhalten, dass die Honorarnote von Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ bezüglich der Einvernahme vom 23. Mai 2016 keine Unstimmigkeiten aufweist (vgl. Urk. 132 S. 6). Die Einvernahme, welche am 23. Mai 2016 begonnen hatte, wurde unterbrochen und anschliessend am 30. Mai 2016 fortgesetzt. Rechtsanwalt lic. iur. X2._____ stellte seinen diesbezüglichen Aufwand korrekt zum jeweils entsprechenden Anteil unter dem 23. Mai 2016 und unter dem 30. Mai 2016 in Rechnung (Urk. 47 S. 2).

2.3.3 Da der Beschuldigte somit stets genügend verteidigt war und sich seine Einvernahmen nicht infolge ungenügender Verteidigung als unverwertbar erweisen, erübrigt sich eine erneute Befragung des Beschuldigten durch die Staats-

anwaltschaft. Entsprechend besteht entgegen den Anträgen der derzeitigen Ver-

- 15 - teidigung auch weder Anlass, die Sache zur rechtsgenügenden Durchführung einer Strafuntersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen noch die Befragungsprotokolle des Beschuldigten aus den Akten zu entfernen (Urk. 175 S. 2, 4 f.). 3. Nebst dem Beizug der Akten der gegen die Mitbeschuldigten C._____ und B._____ geführten Strafverfahren liess der Beschuldigte im Rahmen des Berufungsverfahrens zusätzlich beantragen, diese beiden Mitbeschuldigten zu befragen (Urk. 132 S. 1 f.; Prot. II S. 9). In Anbetracht dessen, dass die Einvernahme des Beschuldigten vom 6. Juli 2016 bereits in Anwesenheit von C._____ und B._____ stattfand, besteht keine Veranlassung diese beiden erneut zu befragen. Der Beschuldigte konnte seine Teilnahmerechte ausüben. Er war während des gesamten Verfahrens genügend verteidigt. 4. Weiter liess der Beschuldigte beantragen, es seien die Audio-Aufzeichnungen der überwachten Telefongespräche zu den Akten zu nehmen und der Verteidigung in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen (Urk. 132 S. 1 f. und S. 14; Prot. II S. 9). Diese Audioaufnahmen wurden dem Beschuldigten sowie seiner damaligen Verteidigung im Laufe der Untersuchung vorgespielt (Urk. 3/4 S. 1 ff.). Dass die Transkription oder deren Übersetzung falsch wären, wurde zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht, wobei erneut festzuhalten ist, dass der Beschuldigte während des gesamten Verfahrens genügend verteidigt war. Wie zu zeigen sein wird, ergibt sich die Teilnahme des Beschuldigten an diesen Gesprächen bereits aufgrund weiterer Umstände, welche aus den Akten hervorgehen. Der Beizug der Tonbänder der Telefonüberwachungen ist somit nicht erforderlich. 5. Hinsichtlich des durch den Beschuldigten gestellten Beweisantrags, es sei der Reinheitsgrad der beim Beschuldigten am 11. Februar 2015 in La Chaux-de-Fonds beschlagnahmten 5,8 Gramm Heroingemisch festzustellen (Urk. 132 S. 1 f. und S. 14 f.; Prot. II S. 9), ist zu bemerken, dass Abklärungen dazu nicht mehr möglich sind. Dieses Heroingemisch kann nicht mehr erhältlich gemacht werden, da mit rechtskräftigem Strafbefehl des Ministère public / Parquet régional Chaux-de-Fonds - Greffe vom 13. Februar 2015 bereits dessen Einziehung und Vernich-

- 16 - tung angeordnet wurde (Urk. 13/1). Auf weitere Abklärungen hinsichtlich der Reinheitsgrade des Heroins ist daher zu verzichten. 6.1 Im Rahmen seines Plädoyers sowie in seiner Eingabe vom 15. November 2018 machte der amtliche Verteidiger im Berufungsverfahren zudem geltend, die Audio-Aufzeichnungen der überwachten Telefongespräche bzw. deren Transkription dürften nicht verwertet werden, da die Genehmigung dieser Zufallsfunde nicht gesetzeskonform eingeholt worden sei. Gemäss Art. 278 Abs. 3 StPO müsse die Genehmigung für Zufallsfunde unverzüglich eingeholt werden. Dadurch, dass die Staatsanwaltschaft zwar schon Ende 2014/Anfang 2015 Kenntnis dieser Telefonüberwachung gehabt habe, sie deren Genehmigung als Zufallsfunde aber erst nach der Verhaftung des Beschuldigten am 25. April 2016 beantragt habe, sei diese Genehmigung nicht "unverzüglich" im Sinne von Art. 278 Abs. 3 StPO erfolgt. Da es sich bei der Bestimmung zur Genehmigung von Zufallsfunden nicht um eine blosse Ordnungsvorschrift handle, sei in analoger Anwendung von Art. 141 Abs. 2 StPO die Unverwertbarkeit der Audio-Aufzeichnungen anzunehmen (Urk. 132 S. 13 f.; Urk. 175 S. 2, 5 ff.). 6.2 Die Strafverfolgungsbehörden wurden auf den Beschuldigten aufmerksam, weil dieser im Zeitraum vom 20. Oktober 2014 bis am 11. Februar 2015 mehrmals mit C._____ und B._____, deren Telefonanschlüsse im Rahmen eines Betäubungsmittel-Ermittlungsverfahrens (Aktion E._____) überwacht wurden,

kommunizierte. Dies geht aus dem Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 8. September 2015 hervor (Urk. 1 S. 3 und S. 5 f.). Diesem ist ebenfalls zu entnehmen, dass gleichzeitig mit dem Rapport die Ausschreibung des Beschuldigten, welcher sich zu jenem Zeitpunkt auf freiem Fuss befand, wegen des Vorwurfs des Handels mit grossen Mengen Betäubungsmitteln veranlasst wurde (Urk. 1 S. 5). Der Beschuldigte war mithin zum Zeitpunkt seiner Verhaftung am 25. April 2016 nicht – wie durch den derzeitigen amtlichen Verteidiger behauptet (Urk. 132 S. 13) – lediglich wegen einer Einreisesperre, sondern auch wegen des Verdachts einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ausgeschrieben. Aus diesem Grund lag auch ein Vorführbefehl der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vor (Urk. 1 S. 5; Urk. 11/1 S. 2). Nach der Verhaftung des Beschuldigten

- 17 - vom 25. April 2016 beantragte die Staatsanwaltschaft am 26. April 2016 beim Zwangsmassnahmengerecht des Obergerichts des Kantons Zürich, es sei die Verwendung des Zufallsfonds aus den Überwachungen der Aktion E._____ auch in Bezug auf die neuen Erkenntnisse gegen den Beschuldigten im Verfahren wegen Widerhandlung gegen das BetmG zu genehmigen (Urk. 9/1). Die entsprechende Genehmigung, die aus den Überwachungen der Aktion E._____ gewonnenen den Beschuldigten belastenden Erkenntnisse im gegen ihn geführten Strafverfahren zu verwenden, wurde der Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 28. April 2016 erteilt (Urk. 9/2). Ob der am Tag nach der Verhaftung des Beschuldigten gestellte Antrag um Genehmigung der Verwendung der Zufallsfunde auch unverzüglich im Sinne von Art. 278 Abs. 3 StPO erfolgte, ist zu prüfen. 6.3 Hinsichtlich der im Gesetz verlangten unverzüglichen Einleitung des Genehmigungsverfahrens (Art. 278 Abs. 3 StPO) ist zu beachten, dass sich die Beweislage über die Dauer der Überwachung stetig verdichten kann, sodass auch im Nachhinein nicht genau definiert werden kann, wann der richtige Moment gewesen wäre, um das Genehmigungsverfahren einzuleiten (HANSJAKOB, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar StPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 278 N 19; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 278 N 27). Wesentlich (und im Hinblick auf den Rechtsschutz der Betroffenen ausreichend) ist jedoch, dass das Genehmigungsverfahren eingeleitet wird, bevor die Überwachungsergebnisse für die Anordnung weiterer Ermittlungen verwendet oder dem Verdächtigen vorgehalten werden (HANSJAKOB, in: Art. 278 N 19; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, a.a.O., Art. 278 N 27). Ist die Verwertung von Zufallsfunden sofort erforderlich, muss z.B. unverzüglich zur Verhaftung des Verdächtigen geschritten werden, dann kann die Genehmigung auch nachträglich innert der Frist von Art. 274 Abs. 1 StPO (24 Stunden) eingeholt werden (HANSJAKOB, a.a.O., Art. 278 N 20; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, a.a.O., Art. 278 N 27). 6.4 Am 8. September 2015, als jener Polizeirapport erstellt wurde, aus welchem hervorgeht, dass aufgrund der Auswertung der Ergebnisse der Überwachungsmassnahmen der Aktion E._____ bezüglich dem Beschuldigten der Ver-

- 18 - dacht bestehe, er sei von B._____ bzw. C._____ mit mindestens 900 Gramm Heroin beliefert worden, befand sich der Beschuldigte noch auf freiem Fuss (Urk. 1/1 S. 5 f.). Zu jenem Zeitpunkt stand demnach noch nicht fest, ob er überhaupt verhaftet werden würde. Entsprechend war offen, ob ihm die Ergebnisse der Überwachungsmassnahmen vorgehalten bzw. weitere Ermittlungen gegen ihn angeordnet werden würden. Bis zur Verhaftung des Beschuldigten am 25. April 2018 wurden keine weiteren Ermittlungshandlungen gegen den Beschuldigten vorgenommen. Vor der Verhaftung des

Beschuldigten bestand damit kein Anlass, eine Genehmigung der Verwertung der Zufallsfunde gegen den Beschuldigten aus der Aktion E._____ zu beantragen. Das Zuwarten bis nach der Verhaftung des Beschuldigten ist daher nicht zu beanstanden. Dies gilt um so mehr, als es sich bei der Verhaftung des Beschuldigten vom 25. April 2016 nicht um einen von langer Hand geplanten Zugriff handelte. Im Zusammenhang mit der Verhaftung am 25. April 2016 (Urk. 11/1) bzw. der am Folgetag durchgeführten Hausdurchsuchung im Zimmer des Beschuldigten in der Notunterkunft F._____ (Urk. 4/1) und der polizeilichen Befragung am selben Datum (Urk. 3/1) bestand sodann Zeitdruck. Dass die Erkenntnisse aus den überwachten Telefonverbindungen von C._____ und B._____ dem Beschuldigten bereits zu seinen Lasten verwertet wurden, bevor eine entsprechende Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts vorlag, hat demnach noch nicht von vornherein die Unverwertbarkeit der so erlangten Beweismittel zur Folge. Die Genehmigung der Zufallsfunde wurde schliesslich am 26. April 2016 und mithin innerhalb von 24 Stunden seit der Verhaftung des Beschuldigten am 25. April 2016 um 17.47 Uhr beantragt (Urk. 9/1; Urk. 11/1). Da somit die Frist gemäss Art. 274 Abs. 1 StPO, welche zur Anwendung gelangt, wenn die Verwertung von Zufallsfunden sofort erforderlich war, eingehalten wurde, erfolgte der Antrag betreffend die Genehmigung der Verwertung der Zufallsfunde unverzüglich im Sinne von Art. 278 Abs. 3 StPO. Der Verwertbarkeit der Audio-Aufzeichnungen der überwachten Telefongespräche bzw. deren Transkription auch zulasten des Beschuldigten steht daher nichts entgegen.

- 19 - III. Sachverhalt 1.1 Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift vom 2. Dezember 2016 zusammengefasst vorgeworfen, im Zeitraum vom 20. Oktober 2014 bis zum 11. Februar 2015 insgesamt mindestens ca. 700 Gramm Heroingemisch mit unbekanntem Reinheitsgrad zu einem Preis von Fr. 38.– bis Fr. 40.– pro Gramm in Portionen von 100 bis zu 170 Gramm gekauft zu haben. Für dieses Heroin soll er B._____ insgesamt ca. Fr. 15'000.– bezahlt haben. Fr. 13'000.– sei er diesem aber noch schuldig geblieben. Das Heroin soll ihm anlässlich von insgesamt sieben Treffen in Winterthur, La Chaux-de-Fonds und Dietikon jeweils entweder von B._____ oder von C._____ übergeben worden sein. Von den insgesamt rund 700 Gramm Heroingemisch, die er übernommen habe, soll der Beschuldigte fortlaufend einen kleinen Teil konsumiert haben. Bezüglich des restlichen Teils, ca. 600 Gramm Heroingemisch, wird ihm vorgeworfen, dieses portioniert und an diverse Abnehmer in La Chaux-de-Fonds sowie im Raum Winterthur für Fr. 43.– bis Fr. 45.– pro Gramm verkauft zu haben. Zudem wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, im rechtlich relevanten Zeitraum bis zu seiner Verhaftung am 25. April 2016 in unregelmässigen Abständen im Raum Winterthur, La Chaux-de-Fonds und Zürich eine nicht mehr bestimmbare Menge Heroin konsumiert zu haben. 1.2 Im Laufe des Vorverfahrens zeigte sich der Beschuldigte hinsichtlich der ihm gemachten Vorwürfe teilweise geständig. So erklärte er beispielsweise, dass es zutreffe, dass er rund 900 Gramm Heroingemisch von B._____ bezogen und einen Teil davon verkauft habe, um seine Sucht zu finanzieren (Urk. 3/4 S. 6). Er gab auch zu, das Heroin jeweils zu einem Preis von Fr. 38.– bis Fr. 40.– pro Gramm gekauft und anschliessend für Fr. 5.– mehr verkauft zu haben (Urk. 3/4 S. 13). Zudem bestätigte er, dass die Übergaben ein- oder zweimal in Winterthur und zwei- bis dreimal im Kanton Neuenburg stattgefunden hätten (Urk. 3/5 S. 5). Vor Vorinstanz sowie im Berufungsverfahren bestritt er die ihm gemachten Vorwürfe jedoch und gab an, seine umfangreichen früheren Zugeständnisse seien nur unter Druck seines früheren amtlichen Verteidigers erfolgt. Dieser habe ihm

- 20 - gesagt, er solle einfach "jaja" sagen bei der Polizei (Prot. I S. 12). Ausserdem machte er geltend, bereits im Kanton Neuenburg wegen dieser Vorwürfe bestraft worden zu sein (Urk. 3/4 S. 1; Prot. I S. 22 und S. 29). Dennoch räumte er vor Vorinstanz wiederum ein, kleine Pakete gemacht zu haben und ein bisschen Heroin erhalten zu haben, um damit Geld zu erlangen für seinen Konsum (Prot. I S. 18, S. 26 und S. 29 f.). Nie in Abrede gestellt hat er dagegen, bis zu seiner Verhaftung am 25. April 2016 immer wieder Heroin konsumiert zu haben (Urk. 3/1 S. 2; Urk. 3/2 S. 3 und S. 5; Urk. 3/5 S. 10; Prot. I S. 15 f.). 1.3 In Anbetracht dessen, dass der durch die Vorinstanz erfolgte Schuldspruch hinsichtlich des Vorwurfs der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz durch den Beschuldigten angefochten wird (Urk. 132 S. 2; Urk. 175 S. 1), ist der diesbezügliche anklagegegenständliche Sachverhalt aufgrund der Akten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemeingültigen Beweisregeln zu erstellen. 2.1 Die Vorinstanz gelangte zur Erkenntnis, dass sich der Beschuldigte an den in der Anklageschrift aufgeführten Daten jeweils mit den ebenfalls aufgeführten Personen zu Heroinübergaben getroffen habe. Ausserdem kam sie zum Schluss, dass der Beschuldigte von C._____ und B._____ insgesamt rund 650 bis 700 Gramm Heroingemisch zu Fr. 35.– bis Fr. 40.– pro Gramm erhalten habe und er davon rund 500 Gramm zu einem Preis von Fr. 43.– bis Fr. 45.– verkauft habe. Den restlichen Teil habe er selbst für seinen Konsum verbraucht (Urk. 86 S. 25 ff.). Auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz kann - vorbehaltlich der nachfolgenden Anmerkungen und Ergänzungen - verwiesen werden (Urk. 86 S. 6 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). 2.2 Im angefochtenen Urteil wurden die bei der richterlichen Beweis- und Aussagenwürdigung anzuwendenden rechtstheoretischen Grundsätze und Regeln vollständig aufgeführt und die Aussagen des Beschuldigten bei der Polizei, im Vorverfahren und vor Vorinstanz korrekt wiedergegeben. Darauf ist zu verweisen (Urk. 86 S. 6 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

- 21 - 3.1 Noch in der polizeilichen Einvernahme vom 26. April 2016 sowie in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 27. April 2016 bestritt der Beschuldigte, mit dem Verkauf von Heroin Geld verdient zu haben (Urk. 3/2 S. 3). Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 23. Mai 2016, welche am 30. Mai 2016 fortgesetzt worden war, erklärte er hingegen nach einer kurzen Besprechung mit seinem damaligen Verteidiger, reinen Tisch machen zu wollen. In der Folge räumte er ein, insgesamt ca. 900 Gramm Heroin von B._____ (genannt B'._____) bezogen zu haben. Er sei stark heroinsüchtig gewesen und habe daher einen Teil des bezogenen Heroins selbst konsumiert. Den anderen Teil habe er verkaufen müssen, um seine Sucht finanzieren zu können (Urk. 3/4 S. 6). Ausserdem gab er preis, dass er das Heroingemisch jeweils für Fr. 38.– bis Fr. 40.– pro Gramm gekauft und es dann für Fr. 43.– bis Fr. 45.– pro Gramm weiterverkauft habe (Urk. 3/4 S. 13). Zur Portionengrösse des verkauften Heroingemischs machte der Beschuldigte ebenfalls Angaben. So erklärte er, so kleine gemacht zu haben, damit er diese so habe verkaufen können. Er habe es jeweils in Portionen von 100 Gramm oder 30 Gramm in Pulverform in einem Pack erhalten. Dann habe er es auf die Bestellungen aufgeteilt, das heisst in Portionen von 0,3, 0,5 oder auch von 5 Gramm (Urk. 3/4 S. 17). Auch noch im Rahmen der Konfrontationseinvernahme mit B._____ und C._____ gab der Beschuldigte an, C._____ habe ihm Heroin geliefert (Urk. 3/5 S. 5). Ausserdem wiederholte er, dass er das Heroin zu einem Preis von Fr. 40.– pro Gramm übernommen habe und die Übergaben ein- oder zweimal in Winterthur und bis zu dreimal in Neuenburg stattgefunden hätten (Urk. 3/5 S. 5 und S. 8). Zum Bezahlmodus erklärte er ausserdem, dass er das Heroin verkauft und dann später bezahlt habe (Urk. 3/5 S. 8). Überdies räumte er auf

die Frage hin, ob er bei B'._____ Heroin bestellt habe, ein, bei diesem gefragt zu haben. B'._____ habe ihm dann gesagt, dass er schauen könne (Urk. 3/5 S. 6). Im Gegensatz zu seinem Geständnis vom 23. Mai 2016 warf er in der Konfrontationseinvernahme vom 6. Juli 2016 bereits die Frage auf, wie man denn darauf komme, dass er 900 Gramm Heroingemisch hätte beziehen sollen (Urk. 3/5 S. 7). 3.2.1 Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gab der Beschuldigte dann an, dass anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 6. Juli 2016

- 22 - nicht die Wahrheit gesagt worden sei (Prot. I S. 19). Er gab zwar nach wie vor zu, eine ganz kleine Menge erhalten zu haben, nicht aber 900 Gramm Heroingemisch (Prot. I S. 22, S. 26). Bezüglich seiner früheren Eingeständnisse brachte er vor, er sei von seinem damaligen amtlichen Verteidiger und der Polizei unter Druck gesetzt worden. Sein Verteidiger habe ihm gesagt, er solle einfach "jaja" sagen bei der Polizei, obwohl er die ihm vorgeworfenen Taten gar nicht begangen habe (Prot. I S. 12, S. 21, S. 27 und S. 32). Sein Verteidiger habe ihm auch gesagt, dass er nach einer Woche wieder in Freiheit sei, wenn er die Fragen der Polizei mit "ja" beantworte (Prot. I S. 20). Ausserdem brachte der Beschuldigte vor, dass bei ihm keine Betäubungsmittel sichergestellt worden seien und er auch keine Strafe akzeptiere, da nur eine Strafe ausgefällt werden könne, wenn auch etwas sichergestellt worden sei (Prot. I S. 20 und S. 27). Er machte zudem geltend, dass er ja zugegeben habe, dass er ein bisschen etwas gemacht habe, dass er dafür aber bereits in Neuenburg bestraft worden sei (Prot. I S. 22 und S. 29). Da der Beschuldigte somit von seinen früheren weitergehenden Zugeständnissen Abstand nahm, stellt sich die Frage, ob er sich ursprünglich fälschlicherweise selbst stärker belastete. 3.2.2 Aus dem Protokoll der polizeilichen Einvernahme des Beschuldigten, welche am 23. Mai 2016 begonnen und am 30. Mai 2016 fortgesetzt worden war, geht hervor, dass dem ersten Eingeständnis des Beschuldigten eine kurze Besprechung mit seinem Verteidiger vorausging (Urk. 3/4 S. 6). Anzeichen dafür, dass im Rahmen dieser Besprechung oder im weiteren Verlaufe des Verfahrens seitens des damaligen Verteidigers oder der Strafverfolgungsbehörden Druck auf den Beschuldigten ausgeübt worden wäre, ein falsches Geständnis abzulegen, liegen jedoch entgegen dem Vorbringen des Beschuldigten keine vor. So handelte es sich bei den Zugeständnissen des Beschuldigten entgegen dem Vorbringen seiner Verteidigung (Urk. 132 S. 7) meist gerade nicht um einsilbige Bejahungen der ihm gemachten Vorhalte, sondern vielmehr um konkrete Schilderungen von Geschehenem. Beispielsweise gab er bekannt, dass er jeweils für Fr. 38.– bis Fr. 40.– pro Gramm Heroingemisch gekauft und es dann für Fr. 43.– bis Fr. 45.– pro Gramm weiterverkauft habe (Urk. 3/4 S. 13). Ausserdem erklärte er, das Heroingemisch in kleine Portionen aufgeteilt zu haben, damit er es so habe weiter-

- 23 - verkaufen können (Urk. 3/4 S. 17). Zudem gab er an, sich daran zu erinnern, dass er bei einer in Aussicht gestellten Übergabe von 200 Gramm Heroingemisch nur 170 Gramm erhalten habe. Da sie ihm einerseits zu wenig und andererseits schlechte Qualität gegeben hätten, habe dies zu Streit geführt (Urk. 3/5 S. 6). Diese Detailliertheit sowie der Umstand, dass er beispielsweise die Kauf- und Verkaufspreise, welche nicht aus den Telefonprotokollen hervorgingen, von sich aus schilderte, sprechen dafür, dass es sich um tatsächlich vorgefallene Vorgänge handelt und er nicht bloss bestätigte, was ihm vorgehalten wurde, um schneller aus der Untersuchungshaft entlassen zu werden. Darauf, dass es sich um wahrheitsgemässe Angaben handelte, weist sodann auch der Umstand hin, dass der Beschuldigte einzelne Geständnisse mehrmals wiederholte. Auch anlässlich der

erstinstanzlichen Hauptverhandlung räumte der Beschuldigte erneut ein, kleine Pakete gemacht zu haben (Prot. I S. 18). Ausserdem bestätigte er auch damals noch, dass er Heroin für Fr. 35.– bis Fr. 40.– pro Gramm gekauft habe (Prot. I S. 29). Zu berücksichtigen ist zudem, dass er sich offensichtlich anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung frei fühlte, darüber zu berichten, dass in den vorgehenden Einvernahmen Druck auf ihn ausgeübt worden sei. Auch vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass der Beschuldigte nicht nur deshalb angab, Heroin verkauft zu haben, weil er sich durch seinen Verteidiger oder die Strafverfolgungsbehörden unter Druck gesetzt fühlte. Andernfalls hätte er, da er sich nicht gehemmt fühlte, sich über den angeblich auf ihn ausgeübten Druck zu beschweren, im Rahmen der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wie zu Beginn der Untersuchung wieder sämtliche Vorwürfe abstreiten und erneut geltend machen können, er habe nie mit dem Verkauf von Heroin Geld verdient (Urk. 3/2 S. 3). Es entsteht daher der Eindruck, der Beschuldigte habe durch dieses Vorbringen versucht, seine weitergehenden Eingeständnisse zu entkräften, um sich für dieses Verfahren wieder eine bessere Ausgangslage zu verschaffen. Auf einen Versuch, seine Rolle im Drogenhandel zu verschleiern, weisen sodann auch die teilweisen Widersprüche in seinen Aussagen hin. So erklärte er beispielsweise zunächst, nicht zu wissen, wer C._____ sei (Urk. 3/1 S. 6; Urk. 3/2 S. 4). Anlässlich der Konfrontationseinvernahme mit diesem vom 6. Juli 2016 räumte er hingegen ein, ihn zu kennen (Urk. 3/5 S. 4). Zusätzlich gab er an, dass ihm dieser ein- oder zweimal

- 24 - etwas gebracht habe und er auch ein- oder zweimal bei ihm in Neuenburg gewesen sei. Er habe aber schlechtes Material gebracht, weshalb es Probleme mit den Kunden gegeben habe (Urk. 3/5 S. 4). Auch diese detaillierten Schilderungen weisen einerseits darauf hin, dass er C._____ tatsächlich kannte und dieser ihm Heroin lieferte. Andererseits zeigt dieser Umstand gerade, dass der Beschuldigte zunächst noch zu verbergen versuchte, dass er etwas mit dem Drogenhandel zu tun hatte.

3.2.3 Die Glaubhaftigkeit der Zugeständnisse des Beschuldigten in Bezug auf den Handel mit Heroin wird dadurch verstärkt, dass seine diesbezüglichen Angaben jeweils eine Entsprechung in den aufgezeichneten Telefon- und SMS-Verbindungen zwischen ihm und B._____, C._____ sowie F._____ finden. Aus diesen Aufzeichnungen geht beispielsweise hervor, dass sich der Beschuldigte in einer SMS-Nachricht vom 2. Januar 2015 bei B._____ über eine schlechte Drogenqualität beschwerte. So schrieb er, dass er neue Ware brauche, da die alte nicht gehe. Sie werde von den anderen nicht genommen (Urk. 1/1/71). Dadurch zeigt sich, dass es sich beispielsweise bei den Angaben des Beschuldigten dazu, dass er teilweise Heroin von schlechter Qualität erhalten habe (Urk. 3/4 S. 20; Urk. 3/5 S. 6 f.), nicht bloss um eine Behauptung handelte, mit der er sich unter Druck fälschlicherweise des Heroinhandels selbst belastete, sondern sich dies zuvor tatsächlich so zugetragen hatte. Dasselbe gilt für die Gramangaben und Preise, welche in den aufgezeichneten Unterhaltungen jeweils diskutiert wurden. Die Zugeständnisse, welche der Beschuldigte im Rahmen der polizeilichen Einvernahme vom 23. und vom 30. Mai 2017 tätigte, überzeugen somit nicht nur durch deren Originalität, sondern auch dadurch, dass sie durch die objektiven Beweismittel der aufgezeichneten Gespräche zwischen ihm und seinen mutmasslichen Heroinlieferanten bestätigt werden. Es ist daher auf die umfangreichen Eingeständnisse des Beschuldigten aus der polizeilichen Einvernahme vom 23. und vom 30. Mai 2016 abzustellen, gemäss welchen ihm nicht nur eine kleine Menge Heroin zum Weiterverkauf übergeben worden sei, sondern er mehrmals Portionen von 30 bis zu 170 Gramm Heroingemisch zum teilweisen Eigenkonsum sowie zum Weiterverkauf erhalten

habe.

- 25 - 3.2.4 Eine Verurteilung wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz schliesslich entgegen der Auffassung des Beschuldigten nicht voraus (Prot. I S. 20 und S. 27), dass entsprechende Betäubungsmittel auch sicher gestellt wurden. 3.3.1 Die Vorinstanz kam aufgrund der Auswertung der Protokolle der Telefongespräche zwischen dem Beschuldigten, B._____, C._____ und F._____ sowie den Angaben des Beschuldigten zu diesen Telefonprotokollen zum Schluss, dass die Treffen zwischen dem Beschuldigten und B._____ sowie C._____, wie in der Anklageschrift aufgeführt, stattgefunden haben. Auf diese sorgfältigen und zutreffenden Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 86 S. 16 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). 3.3.2 Da feststeht, dass sich der Beschuldigte an diesen Daten mit den beiden Mitbeschuldigten traf, ist zu prüfen, ob anlässlich dieser Treffen, wie in der Anklage vorgeworfen, auch Heroin an den Beschuldigten übergeben wurde. Während der gesamten Zeitspanne vom 20. Oktober 2014 bis am 11. Februar 2015 fanden immer wieder telefonische Kontakte zwischen dem Beschuldigten, B._____ sowie C._____ statt. Die Gesprächsprotokolle dieser Telefonate sowie die versandten Textnachrichten liegen vor (Urk. 1/1/4 ff.). Dass es sich bei einer der abgehörten Rufnummern, der Nummer ... [Handynummer], um seinen Telefonanschluss handelte, stritt der Beschuldigte nicht ab (Urk. 3/2 S. 3; Prot. I S. 19). Gegenstand dieser geführten Gespräche bildeten neben der Aushandlung von Ort und Zeit von bevorstehenden Treffen auch Mengenangaben. Es war von Euro, Lira, Stück, Taschengeld oder auch von Papieren die Rede, die gemacht, gewechselt oder vorbereitet hätten werden sollen (Urk. 1/1/4; Urk. 1/1/19; Urk. 1/1/22; Urk. 1/1/48; Urk. 1/1/54a). Nicht nur, da weder die Währungsangaben noch beispielsweise die Aufzählung einer bestimmten Anzahl Papiere innerhalb der aufgezeichneten Gespräche einen Sinn ergeben, sondern insbesondere auch, da teilweise von "Gramm" gesprochen wurde (Urk. 1/1/54a), liegt der Schluss nahe, dass durch die Verwendung dieser Begriffe Gespräche über Drogenmengen zu verschlüsseln versucht wurden. Dass mit "Stück" Heroin bezeichnet worden sei, bestätigte denn auch der Beschuldigte (Urk. 3/4 S. 18). Ausserdem räumte er

- 26 - ein, dass es um Heroin gegangen sei, wenn er so mit B._____ verhandelt habe wie beispielsweise in der SMS-Nachricht vom 28. November 2014 (Urk. 3/4 S. 16). Dass es sich bei diesen Gesprächen um die Verhandlungen zu Heroinübergaben handelte, steht vor diesem Hintergrund ausser Frage. Der Beschuldigte bestätigte mehrmals, dass ihm ein- oder zweimal in Winterthur und zwei- bis dreimal in Neuenburg Heroin übergeben worden sei (Urk. 3/4 S. 16; Urk. 3/5 S. 5 f. und S. 8). Ausserdem erklärte er, dass er mit "Neuenburg" jeweils La Chaux-de-Fonds gemeint habe (Prot. I S. 19). Sowohl die durch den Beschuldigten genannten Orte als auch die Anzahl durchgeführter Drogenübergaben stimmen somit weitgehend mit den in der Anklageschrift umschriebenen Angaben überein. Auch aufgrund dieser Übereinstimmungen bleiben keine Zweifel daran, dass sich der Beschuldigte an den in der Anklageschrift aufgeführten Daten nicht ohne Grund mit B._____ oder C._____ traf, sondern dass anlässlich dieser Treffen jeweils Heroin an den Beschuldigten übergeben wurde. 3.3.3 Hinweise darauf, welche Heroinmengen der Beschuldigte anlässlich der einzelnen Treffen übernahm, ergeben sich zunächst aus den Aufzeichnungen der Gespräche zwischen dem Beschuldigten und B._____ sowie C._____. Demgemäss wurden dem Beschuldigten am 20. Oktober 2014 100 Gramm Heroingemisch ausgehändigt. So erklärte B._____ dem Beschuldigten im Rahmen eines aufgezeichneten Telefonats am 20. Oktober 2014: "Ich habe alles bereit gemacht, mach 100

Papiere bereit!" (Urk. 1/1/4). Aus den Gesprächen im Vorfeld der darauffolgenden Heroinübergabe vom 2. November 2014 geht hervor, dass für den Beschuldigten erneut 100 Gramm Heroingemisch bereitgestellt wurden: In einem Telefongespräch vom 1. November 2014 mit dem Beschuldigten erklärte B._____: "Hör gut zu, wir haben nur von der gemischten, die wir vorbereitet haben. Wir haben nur diese, 100 Papiere. Die anderen sind noch nicht bereit." (Urk. 1/1/11a). Einem Telefonat vom 6. November 2014 zwischen C.____ und dessen Vater, F.____, ist zu entnehmen, dass sich C.____ durch seinen Vater, welcher mit B.____ in Kontakt war, versichern liess, dass er 150 Gramm Heroingemisch für die Übergabe an den Beschuldigten am selben Tag bereitstellen sollte. Demnach fragte C.____ seinen Vater: "Ich habe es schon gefragt, aber, soll ich 100 Euro oder 150 Euro wechseln, was soll ich machen?", worauf dieser ant-

- 27 - wortete: "Er sagt, du sollst 150 wechseln" (Urk. 1/1 S. 12; Urk. 1/1/19). Am 30. November 2014 wurde ein Gespräch zwischen dem Beschuldigten und C.____ aufgezeichnet, welches diese während einer gemeinsamen Fahrt im Auto von C.____ führten. Aus jenem Gespräch geht hervor, dass Letzterer dem Beschuldigten 200 Gramm Heroingemisch aushändigte und ihm gleichzeitig Anweisungen zur weiteren Verwendung gab: C.____ sagte: "200 Gramm macht es so wie ich es gesagt habe. Wenn es nicht klappen sollte, hole ich dich ab, dann gehen wir, sonst macht es kein Sinn" (Urk. 1/1 S. 28; Urk. 1/1/62). Während in den aufgezeichneten Gesprächen rund um das Treffen zwischen C.____ und dem Beschuldigten vom 24. Dezember 2014 keine Informationen zur ausgehändigten Drogenmenge ausgetauscht wurden, zeigt sich aufgrund der Angaben, welche der Beschuldigte am 24. Dezember 2014 gegenüber B.____ machte, dass er Fr. 3'500.– für das übernommene Heroin bezahlte: Der Beschuldigte erklärte: "Der Junge war hier. Ich habe ihm 3,5 gegeben." (Urk. 1/1 S. 34; Urk. 1/1/70). Kurz vor der Drogenübergabe vom 3. Februar 2015 und kurz danach wurden SMS-Nachrichten zwischen dem Beschuldigten und B.____ ausgetauscht. Zwar sind diesen keine Angaben zur ausgehändigten Drogenmenge zu entnehmen, jedoch zeigen die Beanstandungen der Qualität durch den Beschuldigten, dass eine Übergabe stattgefunden hat. So kündigte B.____ am 3. Februar 2015 um 13.01 Uhr an: "Ich bin in 10 Minuten bei der Bäckerei" (Urk. 1/1/87)." Um 13.17 Uhr antwortete der Beschuldigte: "Die Hälfte ist schlecht" (Urk. 1/1 S. 36; Urk. 1/1/88). Auch bezüglich des Treffens vom 10. Februar 2015 geht aus den Besprechungen zwischen dem Beschuldigten und B.____ lediglich hervor, dass Drogen für eine Übergabe bereit gemacht wurden, über die bereitgestellte Menge wurde hingegen nicht gesprochen: Der Beschuldigte fragte: "Hast du es gemacht?", worauf B.____ antwortete: "Es gibt kein Problem, es ist bereit. Kein Problem.", anschliessend bestätigte der Beschuldigte: "Ich werde morgen dorthin kommen, um es abzuholen." (Urk. 1/1/94). Diese Aufzeichnungen sowie die überzeugenden Interpretationen derselben durch die Untersuchungsbehörden wurden dem Beschuldigten im Laufe der Untersuchung vorgehalten, worauf er jeweils Stellung dazu nahm. Zum Vorhalt, dass aus diesen Aufzeichnungen hervorgehe, dass er am 20. Oktober 2014 von C.____ in Winterthur 100 Gramm

- 28 - Heroingemisch übernommen habe, gab er am 23. Mai 2016 an, dass dies so gewesen sein könne (Urk. 3/4 S. 7). Den Vorwurf, am 2. November 2014 eine Menge von 100 Gramm Heroingemisch von B.____ in Winterthur übernommen zu haben, bejahte er am 30. Mai 2016 mit einem Nicken (Urk. 3/4 S. 8). Dadurch, dass der Beschuldigte bestätigte, dass das Heroin, welches er am 6. November 2014 erhalten habe, von schlechterer Qualität

als das zuvor bezogene gewesen sei, anerkannte er implizit, auch am 6. November 2014 Heroin gekauft zu haben. Dazu, wie viel Heroingemisch er damals übernommen habe, machte er hingegen keine Angaben (Urk. 3/4 S. 12). Bezüglich der Übergabe vom 30. November 2014 bestätigte der Beschuldigte ebenfalls, dass es stimme, dass er damals Heroingemisch erhalten habe. Er glaube, es seien 200 Gramm gewesen (Urk. 3/4 S. 16 f.). Anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 6. Juli 2016 erklärte er jedoch hinsichtlich dieser Übernahme, geschaut und festgestellt zu haben, dass es statt der 200 Gramm nur 170 Gramm gewesen seien (Urk. 3/5 S. 6), wovon zugunsten des Beschuldigten ohne Weiteres auszugehen ist. Sowohl bezüglich der Übergabe vom 24. Dezember 2014 als auch hinsichtlich jener vom 3. Februar 2015 in La Chaux-de-Fonds gab er an, nicht mehr zu wissen, wie viel Heroin es gewesen sei, das er entgegengenommen habe (Urk. 3/4 S. 20 f.). Daraus folgt, dass der Beschuldigte somit am 20. Oktober 2014, am 2. November 2014 sowie am 30. November 2014 eine Gesamtmenge von mindestens 370 Gramm Heroingemisch übernahm. Hinzu kommt das Heroingemisch, welches dem Beschuldigten am 6. November 2014, am 24. Dezember 2014 sowie am 3. und am 10. Februar 2015 ausgehändigt wurde. Dazu, wie gross die Mengen jeweils waren, die er anlässlich dieser Treffen erhalten hatte, machte der Beschuldigte keine konkreten Angaben. 3.3.4 Hinweise auf die Gesamtmenge, die der Beschuldigte entgegennahm, ergeben sich jedoch aufgrund von Angaben, welche der Beschuldigte an anderer Stelle machte. So wurde dem Beschuldigten im Rahmen der polizeilichen Einvernahme vom 30. Mai 2016 vorgehalten, dass er im Gespräch vom 30. November 2014, welches er in einem Auto mit C._____ geführt habe und welches aufgezeichnet wurde, gesagt habe, er hätte bis jetzt 400 Stück verkauft (Urk. 3/4 S. 18; Urk. 1/1/62c). Auf entsprechende Frage räumte der Beschuldigte diesbezüglich

- 29 - ein, mit den "400 Stück" damals 400 Gramm Heroin gemeint zu haben (Urk. 3/4 S. 18). Während der Beschuldigte somit gestützt auf diese Mengenangabe, welche in den Gesprächsaufzeichnungen eine Entsprechung findet und somit entgegen dem Vorbringen der Verteidigung nicht alleine auf einem Eingeständnis des Beschuldigten basiert (Urk. 175 S. 9), vor dem 30. November 2014 bereits mindestens 400 Gramm Heroingemisch entgegengenommen haben musste, weisen weitere seiner Aussagen darauf hin, dass er auch danach noch mehr Heroingemisch gekauft hatte. Dies geht insbesondere aus einem Gespräch hervor, welches er am 24. Dezember 2014 mit B._____ führte. Damals sprach der Beschuldigte davon, an jenem Tag Fr. 3'500.- bezahlt zu haben. Weiter sagte er, mit diesen Fr. 3'500.- insgesamt Fr. 13'000.- bezahlt zu haben, wobei er noch weitere Fr. 13'000.- schuldig sei (Urk. 1/1/70). Dass es sein könne, dass er damals gemeint habe, an jenem Tag Fr. 3'500.- für das Heroingemisch und insgesamt bereits Fr. 13'000.- bezahlt zu haben, wobei weitere Fr. 13'000.- noch ausstehend seien, räumte der Beschuldigte anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 30. Mai 2016 ein (Urk. 3/4 S. 20). Dass der Beschuldigte bis zu jenem Zeitpunkt tatsächlich insgesamt Fr. 13'000.- an B._____ bzw. an C._____ bezahlte, lässt sich auch mit den Angaben in Einklang bringen, welche der Beschuldigte während der Autofahrt vom 30. November 2014 gegenüber C._____ machte. Damals erwähnte er unter anderem einen Betrag von Fr. 7'600.-, welchen er ihm beim letzten Mal gegeben habe, sowie einen Betrag von Fr. 2'000.-. Diese beiden Beträge addierte er (Urk. 1/1/62c). Wird diese Summe von Fr. 9'600.-, welche er anlässlich der 4. Übergabe erwähnte, mit dem Betrag von Fr. 2'000.-, welchen er anlässlich der 5. Übergabe vom 24. Dezember 2014 bezahlte, addiert, resultiert eine Summe von knapp Fr. 13'000.-. Dass der Beschuldigte somit tatsächlich bis und mit dem 24. Dezember 2014 Fr.

13'000.– für Heroin bezahlte und er angesichts des noch geschuldeten Betrags von weiteren Fr. 13'000.– insgesamt Heroin für Fr. 26'000.– bezog, erweist sich somit auch vor diesem Hintergrund als erstellt. In Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte stets erklärte, das Heroin zu Fr. 38.– bis Fr. 40.– pro Gramm erworben zu haben, resultiert aufgrund des Kaufpreises von insgesamt Fr. 26'000.– eine Gesamtmenge von mindestens 650 Gramm Heroingemisch, das der Beschuldigte bis zum 24. Dezember 2014 übernommen hat-

- 30 - te. Nach dem 24. Dezember 2014 fanden am 3. und am 10. Februar 2015 noch zwei weitere Übergaben statt, wobei keine konkreten Hinweise auf die damals ausgehändigten Drogenmengen vorliegen. Davon ausgehend, dass der Beschuldigte selbst erklärte, jeweils Pakete von 30 bis zu 170 Gramm Heroingemisch erhalten zu haben (Urk. 3/4 S. 17), ist zu seinen Gunsten für die beiden Übernahmen jeweils die Mindestmenge von 30 Gramm anzunehmen, was eine Gesamtmenge von 710 Gramm bzw. die der Anklage zugrundeliegende Menge von "insgesamt mindestens ca. 700 Gramm Heroingemisch" ergibt. Wenn die Vorinstanz von einer vom Beschuldigten übernommenen Menge von 650 bis 700 Gramm ausgeht (Urk. 86 S. 27), ist das unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots somit zu übernehmen. 3.3.5 Der Beschuldigte erklärte stets, dass er einen Teil des so erworbenen Heroins selbst konsumiert habe und er den verbleibenden Teil für Fr. 5.– pro Gramm über dem Einkaufspreis weiterverkauft habe, um so seinen Eigenkonsum zu finanzieren (Urk. 3/4 S. 6 und S. 13). Davon ausgehend, dass er somit das für Fr. 40.– pro Gramm gekaufte Heroingemisch für maximal Fr. 45.– pro Gramm verkaufte, erzielte er einen maximalen Gewinn von 12,5 %. Entsprechend hätte er es sich auch höchstens leisten können, rund 12,5 % der insgesamt ca. 650 bis 700 Gramm Heroingemisch, für den Eigenkonsum zu verbrauchen, also zwischen ca. 82 und 90 Gramm. Ferner ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschuldigte bis am 24. Dezember 2014 jedenfalls total 478 Gramm Heroingemisch verkauft hatte (Urk. 86 S. 27). An diesem Tag fand sodann eine weitere Übergabe statt, so dass von einer bis zu diesem Zeitpunkt übernommenen Menge von rund 650 Gramm auszugehen ist (vgl. oben E. III. 3.3.4). In der Folge kam es zu weiteren Verkäufen, wobei die offenbar eher bescheidene Qualität der Drogen zu Absatzschwierigkeiten und Beschwerden der Abnehmer führte (vgl. Urk. 1/1/70 f.) und sich das Problem nach der Übernahme vom 3. Februar 2015 erneut zeigte und zur weiteren Übergabe vom 10. Februar 2015 führte (vgl. Urk. 1/1/88 ff.). Bei seiner Verhaftung am 11. Februar 2015 war der Beschuldigte noch im Besitz von 30,6 Gramm Heroingemisch, das er zu verkaufen beabsichtigte, wofür er mit Strafbefehl des Ministère public, Parquet régional Chaux-de-Fonds - Greffe vom 13. Februar 2015 bestraft wurde (Urk. 13/1). Vor diesem Hintergrund ist der Vor-

- 31 - instanz zu folgen, wenn sie annimmt, dass der Beschuldigte rund 500 Gramm Heroingemisch verkaufte. 3.3.6 Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Zeitraum vom 20. Oktober 2014 bis zum 11. Februar 2015 bei sechs Gelegenheiten insgesamt ca. 650 bis 700 Gramm Heroingemisch kaufte. Die zuletzt übernommene Menge Drogengemisch (Annahme zugunsten des Beschuldigten: rund 30 Gramm; vgl. E.III.3.3.4), besass er am 11. Februar 2015 noch. In diesem Zusammenhang wurde er bereits wegen des Besitzes harter Drogen zwecks Weiterverkaufs verurteilt. Gedanklich sind der heutigen Verurteilung daher lediglich die fünf Drogenübernahmen im Zeitraum vom 20. Oktober 2014 bis zum 3. Februar 2015 und damit eine erworbene Gesamtmenge von ca. 620 bis 670 Gramm Heroingemisch zugrunde zu legen. Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass die Verurteilung nicht (auch) wegen Erwerbs von Heroin

erfolgte (vgl. nachfolgend E. IV.2). Davon verkaufte er bis am 24. Dezember 2014 478 Gramm und insgesamt rund 500 Gramm. Im Übrigen hatte er die Drogen selber konsumiert.

3.3.7 Sind die Reinheitsgrade gewisser Betäubungsmittelportionen unbekannt, darf das Gericht gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts vernünftigerweise davon ausgehen, dass die Drogen von mittlerer Qualität sind, solange es keine Hinweise auf eine besonders reine oder gestreckte Substanz gibt (BGE 138 IV 100 E. 3.5.;

FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 19 BetmG N 187). Aus den aufgezeichneten Telefongesprächen des Beschuldigten sowie aus gewisser seiner SMS-Nachrichten geht hervor, dass er sich insbesondere über die schlechte Qualität der Heroinlieferungen vom 2. November 2014, vom 24. Dezember 2014 sowie vom 3. Februar 2015 beschwerte (Urk. 1/1/32; Urk. 1/1/71; Urk. 1/1/88; Urk. 3/4 S. 12 und S. 20 f.). Während bezüglich des anlässlich dieser Treffen bezogenen Heroins, und somit (zugunsten des Beschuldigten) bei rund der Hälfte, nicht mehr von Heroin mittlerer Qualität ausgegangen werden kann, steht dieser Annahme bezüglich der übrigen Lieferungen, deren Qualität nicht bemängelt wurde, nichts entgegen. Gemäss der Statistik der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) lag der Medianwert für Heroinkon-

- 32 - fiskate zwischen 100 Gramm und einem Kilogramm Heroin (Base) im Jahre 2014 bei 24 % (vgl. FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 19 BetmG N 183 ff.).

Während es sich somit rechtfertigt, bezüglich 310 bis 335 Gramm des bezogenen Heroins von einem Reinheitsgrad von 24 % auszugehen, ist anzunehmen, dass die weiteren 310 bis 335 Gramm einen deutlich tieferen Reinheitsgrad von rund 15 % aufwiesen. Aufgrund dieser Berechnung resultiert somit eine Menge von insgesamt zwischen rund 120 und 130 Gramm Reinsubstanz Heroin (74,4 Gramm und 46,5 Gramm [Ausgangswert 620 Gramm]/80,4 Gramm und 50,25 Gramm [Ausgangswert 670 Gramm]), die der Beschuldigte von B._____ und C._____ übernommen hat. Von der übernommenen Reinsubstanz gelangten zwischen 75% und 80% in den Verkauf (500 Gramm der erworbenen Gesamtmenge von ca. 620 bis 670 Gramm Heroingemisch; vgl. E. X.3.3.6), was einer Menge Reinsubstanz von mindestens 90 Gramm entspricht, und wurde vom Beschuldigten im Übrigen im Rahmen seines Eigenkonsums verbraucht. IV. Rechtliche Würdigung 1. Der Anklagebehörde folgend würdigte die Vorinstanz den dem Beschuldigten in der Anklageschrift unter lit. A vorgeworfenen Sachverhalt als mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Urk. 15; Urk. 86 S. 28 f.). 2. Der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG macht sich strafbar, wer Betäubungsmittel unbefugt veräussert, verordnet, auf andere Weise einem anderen verschafft oder in Verkehr bringt und wer Betäubungsmittel besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder auf andere Weise erlangt. Die Tatvariante des Veräusserns umfasst die vorsätzliche Übertragung der Verfügungsmacht über Betäubungsmittel an eine andere Person, wobei der Rechtsgrund nicht massgebend ist (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 19 BetmG N 52). Die Tathandlung des Besitzens ist als Auffangtatbestand konzipiert und gelangt deshalb im Verhältnis zu anderen vom Ge-

- 33 - setz erfassten Erwerbs- und Weitergabehandlungen bloss subsidiär zur Anwendung (ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes, 3. Aufl., Bern 2016, Art. 19 BetmG N 177; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 19 BetmG N

159). In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wo- bei Eventualvorsatz genügt (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 19 BetmG N 114). 2.1. Beim Heroingemisch handelt es sich um ein Betäubungsmittel im Sinne dieses Gesetzes (Art. 2 lit. a BetmG; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 2 N 130 ff.). Dadurch, dass der Beschuldigte rund 500 Gramm Hero- ingemisch weiterverkaufte, sind die Voraussetzungen der Tatbestandsvariante der Veräusserung erfüllt. Zwar hat der Beschuldigte diese Betäubungsmittel zu- nächst übernommen und bis zum Weiterverkauf auch besessen, da diese Tatbe- standsvariante in Bezug auf die Veräusserung von Betäubungsmitteln lediglich subsidiär zur Anwendung kommt, fällt eine Strafbarkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG für das Heroin, welches er anschliessend weiterverkaufte, aber ausser Betracht. 2.2 Dass der Beschuldigte, der selbst Heroin konsumierte und bereits frü- her unter anderem wegen des Verkaufs von Heroins der qualifizierten Widerhand- lung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen wurde (Urk. 89; Beizugsakten Tribunal correctionnel du district de La Chaux-de-Fonds, 2008.247/CORCF 2009.21, Urk. 6/4), vorsätzlich handelte, bedarf keiner weiteren Erläuterung. 2.3. Einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG macht sich strafbar, wer weiss oder an- nehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Eine Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG wird ab einer Personenanzahl von mindestens 20 oder ab einer Reinsubstanz von mindestens 12 Gramm bei Heroin angenommen (BGE 121 IV 332 E. 2a; BGE 109 IV 143 E. 3b; FINGER- HUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N 176 und N 181 zu Art. 19 BetmG).

- 34 - Diese Mindestmenge Reinsubstanz Heroin wird durch die ca. 90 Gramm Reinsubstanz Heroin, welche der Beschuldigte insgesamt verkaufte, um ein Viel- faches überschritten. Eine Qualifizierung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist daher zu bejahen. Zwar erhielt der Beschuldigte das Heroingemisch jeweils in grösseren Paketen zu 30 bis 170 Gramm, anschliessend portionierte er dieses je- doch zum Verkauf und veräusserte in der Folge gemäss seinen Angaben Portio- nen von 0,3 bis zu 5 Gramm (Urk. 3/4 S. 17). Mit einer einzelnen Veräusserungs- handlung wurden die Voraussetzungen eines schweren Falles im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG daher noch nicht erfüllt, sondern erst in der Summe al- ler Verkäufe. Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz liegt daher keine mehrfa- che qualifizierte Tatbegehung vor (Urk. 86 S. 28). 3. Demnach ist der Beschuldigte zusätzlich zum unangefochten gebliebenen Schuldspruch wegen der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG auch der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen. V. Rückversetzung 1. Gemäss Art. 89 Abs. 1 StGB ordnet das Gericht die Rückversetzung an, wenn der bedingt Entlassene während der Probezeit ein Verbrechen oder Verge- hen begeht. Auf eine Rückversetzung kann verzichtet werden, wenn trotz des während der Probezeit begangenen Verbrechens oder Vergehens nicht zu erwar- ten ist, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird (Art. 89 Abs. 2 StGB). 2. Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kan- tons Solothurn vom 7. März 2013 zu einer Freiheitsstrafe von fünf Monaten verur- teilt. Ausserdem wurde er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 17. September 2013 mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bestraft, wovon 2 Tage durch Untersuchungshaft bereits erstanden waren (Urk. 89). Mit Verfü- gung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich

vom 11. April 2014 wurde die bedingte Entlassung des Beschuldigten aus dem Vollzug der beiden mit Strafbefehl

- 35 - vom 7. März 2013 und vom 17. September 2013 ausgefallenen Freiheitsstrafen per 23. April 2014 angeordnet. Gleichzeitig wurde eine Probezeit bis am

E. 22

April 2015 mittlerweile bereits mehr als drei Jahre vergangen sind, kommt eine Rückversetzung des Beschuldigten nicht mehr in Frage. VI. Strafzumessung 1.1 Am 1. Januar 2018 sind die neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts) gemäss der Änderung vom 19. Juni 2015 in Kraft getreten (AS 2016 1249). Der Beschuldigte hat die zu beurteilenden Straftaten vor Inkrafttreten des neuen Rechts verübt. Das geltende (neue) Recht ist daher auf diese nur anzuwenden, sofern es für den Beschuldigten im konkreten Fall zu einem günstigeren Ergebnis führt (Art. 2 Abs. 2 StGB; DONATSCH, a.a.O., Art. 2 N 10). Während für einen Aufschub der Strafe gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB noch vor dieser Revision bereits besonders günstige Umstände erforderlich waren, wenn der Täter innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt wurde, sind solche besonders günstige Umstände nach dem geltenden (neuen) Sanktionenrecht erst ab einer entsprechenden Bestrafung von mehr als 6 Monaten gefordert (Art. 42 Abs. 2 StGB). Da der Beschuldigte innerhalb von 5 Jahren vor der vorliegend zu beurteilenden Tat zu einer Freiheitsstrafe von genau 6 Monaten verurteilt wurde, ist für ihn das neue Recht theoretisch milder. Allerdings scheitert die Gewährung des bedingten Strafvollzugs auch in Anwendung dieses für den Beschuldigten an sich günstigeren neuen Rechts an den subjektiven

- 36 - Voraussetzungen für den Strafaufschub (vgl. nachfolgend E. VII.2.2). Es bleibt daher bei der Anwendung des im Tatzeitpunkt gültigen Sanktionenrechts. 1.2 Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl des Ministère public / Parquet régional Chaux-de-Fonds - Greffe vom 13. Februar 2015 wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten verurteilt (Urk. 13/1; Urk. 89). Die heute zu beurteilende qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz beging der Beschuldigte vor dieser Verurteilung. Mit der Vorinstanz ist bei dieser Ausgangslage die vorliegend auszufällende Strafe daher als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Ministère public / Parquet régional Chaux-de-Fonds - Greffe vom 13. Februar 2015 auszufallen, zumal schon alleine aufgrund der für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG vorgesehenen Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe auch für das heute zu beurteilende Delikt nur diese Sanktionsart in Frage kommt. Dabei ist die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Methodik der Zusatzstrafenbildung zu berücksichtigen wie sie aus BGE 142 IV 265 hervorgeht. 1.3 Da die vor der Verurteilung vom 13. Februar 2015 begangene qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schwerer wiegt als das der Grundstrafe zugrundeliegende Delikt, ist bei der Strafzumessung zunächst eine Einsatzstrafe für diese vor der Verurteilung begangene Tat festzusetzen. Anschliessend ist diese um die Grundstrafe angemessen zu erhöhen (BGE 142 IV 265 E. 2.4.4). Dabei beschränkt sich das Ermessen des Gerichts auf die von ihm gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB vorzunehmende Asperation zwischen rechtskräftiger Strafe und der für die noch nicht beurteilten Taten auszusprechenden Strafe (BGE 142 IV 265 E. 2.4.2). Die für das vor der Verurteilung vom 13. Februar 2015

begangene Delikt auszufällende Zusatzstrafe ergibt sich danach aus der Differenz der hypothetischen Gesamtstrafe und der bereits ausgefallenen Strafe (BGE 142 IV 265 E. 2.4.4).
2.1 Bei der Ermittlung der Einsatzstrafe für das vor der Verurteilung vom 13. Februar 2015 begangene Delikt ist vom ordentlichen Strafrahmen auszugehen, welcher für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelge-

- 37 - setz vorgesehen ist. Gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erstreckt sich dieser von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren, wobei damit eine Geldstrafe verbunden werden kann. 2.2 Der ordentliche Strafrahmen ist trotz Vorliegens allfälliger Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe nur zu erweitern, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall zu hart, respektive zu milde erscheint. Da der obere Strafrahmen vorliegend bereits bei 20 Jahren Freiheitsstrafe liegt, kann er nicht mehr erweitert werden. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche (Art. 48, Art. 48a, Art. 49 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2, Art. 22 Abs. 1 StGB; BGE 136 IV 55 E. 5.8; Urteil des Bundesgerichts 6B_475/2011 vom 30. Januar 2012 E. 1.4.4). Das Gericht ist indessen verpflichtet, Strafschärfungsgründe zumindest strafferhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (BGE 116 IV 300 E. 2.a). Strafmilderungsgründe sind nicht gegeben. Wie zu zeigen sein wird (vgl. Erw. VI.4.2), war die Schuldfähigkeit des Beschuldigten im Tatzeitraum in Bezug auf den Handel mit Heroin nicht vermindert (Urk. 8/12 S. 44; Urk. 149 S. 3; Art. 19 Abs. 2 StGB). Andere aussergewöhnlichen Umstände, welche eine Erweiterung des Strafrahmens bis zu einem Tagessatz Geldstrafe rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich. Die Strafe ist vorliegend mithin innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu bemessen. 3. Die allgemeinen Regeln und Kriterien der Strafzumessung wurden im vorinstanzlichen Urteil unter Hinweis auf die Lehre und Rechtsprechung korrekt wiedergegeben (Urk. 86 S. 31 ff.). Dies braucht nicht wiederholt zu werden. Ergänzend ist jedoch auf die Strafzumessungskriterien des Betäubungsmittelstrafrechts hinzuweisen. 3.1. Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist zu berücksichtigen, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung

- 38 - der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf (BGE 118 IV 342 ff.; BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; Urteil des Bundesgerichts 6B_558/2011 vom 21. November 2011 E. 3.3.2). Es wäre verfehlt, im Sinne eines Tarifs überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu. Es ist nicht nebensächlich, ob jemand mit zwanzig oder zweihundert Gramm einer gefährlichen Droge handelt. 3.2. Der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel kann für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter (BGE 122 IV 299). Steht indes nicht fest, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren zudem an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit.

a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193 E. 2b/aa). 3.3. Die objektive Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der erwähnten eher sekundären Bedeutung der Drogenmenge (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc) und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung namentlich auch nach der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen (BGE 118 IV 342 E. 2c). Massgebend sind dabei u.a. die Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, die hierarchische Stellung sowie die Grösse der erzielten oder angestrebten Gewinne. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er mit dieser gemacht hat (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 47 StGB N 15 ff.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft beispielsweise den Transporteur einer bestimmten Drogenmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterver-

- 39 - kauft erwirbt (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Weiter beachtlich ist auch eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters, ob er ausschliesslich des Geldes wegen handelte, ohne sich in einer finanziellen Notlage zu befinden, oder ob er es ablehnt zu arbeiten, obwohl es ihm möglich wäre, und er es vorzieht, durch den Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 118 IV 342 E. 2e). Daraus ergibt sich, dass nicht einem einzelnen der aufgeführten Kriterien für die Beurteilung des Verschuldens eine überwiegende Bedeutung zukommt. Der Einbezug all dieser Kriterien und deren Gesamtwürdigung führt schliesslich zur Gewichtung der Tatschwere und des Verschuldens. 4.1 In Bezug auf die objektive Tatschwere der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte in einem eher kurzen Deliktszeitraum von knapp vier Monaten (ab dem 20. Oktober 2014 bis am 11. Februar 2015) eine beträchtliche Menge von insgesamt rund 500 Gramm Heroingemisch umsetzte. Dabei handelte es sich um insgesamt rund 90 Gramm Heroin-Hydrochlorid, wenn wie zuvor erwogen, von Reinheitsgraden von 24 % und von 15 % ausgegangen wird (vgl. Erw. III.3.3.6). Dadurch überschritt er die Menge von 12 Gramm Reinsubstanz, welche einen schweren Fall begründet (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 19 BetmG N 181; BGE 109 IV 143 E. 3b), um rund das Siebenfache. Er forderte das Heroin teilweise selbst an (Urk. 3/5 S. 6), portionierte und verkaufte es anschliessend in Portionen von 0,3 bis zu 5 Gramm (Urk. 3/4 S. 17). Er beteiligte sich damit relativ autonom auf unterster Stufe mit direktem Kontakt zu den Abnehmern am Drogenhandel. Die objektive Schwere dieser Tat ist daher im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als noch leicht zu qualifizieren. 4.2.1 In subjektiver Hinsicht ist zu beachten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Gemäss dem Massnahmegutachten von Dr. med. univ. D. _____ vom 12. Oktober 2016 litt der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt an einer mittelgradigen aktiven Abhängigkeit von Opioiden (Urk. 8/12 S. 36 und S. 43). Er gab denn auch an, Heroin verkauft zu haben, um seine eigene Sucht finanzieren zu können (Urk. 3/4 S. 6). Da weder Anzeichen dafür, dass sich der Beschuldigte mit dem Erlös aus dem Drogenhandel einen luxuriösen Lebensstil finanziert hätte,

- 40 - noch für einen anderen Verwendungszweck vorliegen, ist ihm im Sinne von Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG leicht verschuldensmindernd zugute zu halten, dass er sich in erster Linie lediglich im Drogenhandel betätigte, um aufgrund seiner Abhängigkeit seinen Eigenkonsum zu finanzieren. 4.2.2 Von einer das subjektive Verschulden zusätzlich relativierenden verminderten Schuldfähigkeit hinsichtlich des Handels mit Heroin ist dem

eingeholten psychiatrischen Gutachten folgend dagegen nicht auszugehen (Urk. 8/12 S. 38, 44; Urk. 149 S. 4). In diesem wird überzeugend erwogen, dass der Erwerb von Heroin im vor- liegenden Umfang, das Verpacken zumindest eines Teils davon in Portionen von 0,3 Gramm sowie die Abwicklung der Drogendeals und die Verhandlungen mit den Drogendealern und den Abnehmern per Telefon oder SMS kognitive, logisti- sche und planerische Fähigkeiten erfordert hätten, welche beim Beschuldigten nicht vorhanden gewesen wären, hätte er sich über Monate hinweg in durchwegs drogenintoxiziertem Zustand befunden (Urk. 149 S. 2). Es habe sich gerade nicht um kurze abrupte Tatabläufe gehandelt wie beim reinen Konsumieren, welches innerhalb von Sekunden bis Minuten erfolgen könne. Ausserdem gebe es in den Handlungen des Beschuldigten mehrere Hinweise auf Vorsorge gegen Entde- ckung. So sei beispielsweise in den SMS und Telefonaten nicht konkret das Wort "Heroin" genannt worden. Überdies habe der Beschuldigte über mehre Aliasna- men, Aufenthalts- und Wohnorte sowie SIM-Karten verfügt (Urk. 149 S. 3). Wenngleich eine leichtgradig eingeschränkte Steuerungsfähigkeit betreffend Kon- sum von Heroin einzuschätzen sei, so könne dies betreffend Handel gerade nicht festgestellt werden. So könne es aufgrund der Methadonsubstitution bzw. der Möglichkeiten zur Anpassung des Methadons nicht sein, dass der Beschuldigte monatelang unter permanentem Suchtdruck und Entzugssystematik gestanden sei. Ausserdem habe seine Tätigkeit im Drogenhandel entsprechendes rationales, planmässiges, kontrolliertes und organisatorisches Vorgehen gezeigt (Urk. 8/12 S. 38; Urk. 149 S. 2 f.). Das psychiatrische Gutachten vom 12. Oktober 2016 sowie die Stellung- nahme der Gutachterin vom 9. März 2018 zu jenem Gutachten werden durch den

- 41 - Verteidiger kritisiert (Urk. 175 S. 11 ff.). Das Ergänzungsgutachten sei in ver- schiedener Hinsicht unbrauchbar. Es würden die elementaren Grundlagen für ei- ne Begutachtung fehlen. Das Gutachten sei nicht nachvollziehbar und durchsetzt von entwertend-moralischen Urteilen, die mit einer Fachbeurteilung nichts zu tun hätten (Urk. 175 S. 11). Bezüglich dieser Kritik ist zunächst zu entgegnen, dass es sich bei der gutachterlichen Stellungnahme vom 9. März 2018 nicht um eine Neubeurteilung eines bestimmten Sachverhaltes handelt (Urk. 149 S. 1). Die Gut- achterin legte in jener Stellungnahme vom 9. März 2018 ausführlicher und detail- lierter, als sie dies bereits im Gutachten vom 12. Oktober 2016 getan hatte, dar, aus welchen Gründen sie zu ihrer damaligen Schlussfolgerung betreffend die Be- urteilung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten gelangte und dass sie an dieser Einschätzung festhalte (Urk. 149 S. 1 ff.). Etwas anderes wurde von der Gutach- terin seitens des Gerichts auch nicht verlangt (Urk. 135 S. 3 f.). Überdies gab sie in ihrer Stellungnahme ebenfalls entgegen dem Vorbringen der Verteidigung an (Urk. 175 S. 11), dass sie ihre Erläuterungen nach nochmaliger Durchsicht der Aktenlage sowie des psychiatrischen Gutachtens erstattet habe (Urk. 149 S. 3). In formeller Hinsicht sind somit weder das Gutachten noch die ergänzende Stellung- nahme zu beanstanden. In inhaltlicher Hinsicht wird seitens des Verteidigers so- dann kritisiert, dass die Gutachterin dabei, dass sie beispielsweise ausführe, dass der Beschuldigte die Möglichkeit gehabt hätte, Methadon in angepasster Dosis einzunehmen, normative Vorwürfe mit der Frage der Schuldfähigkeit vermenge (Urk. 175 S. 12 ff.). So wird insbesondere beanstandet, dass die Gutachterin trotz der diagnostizierten mittelgradigen Opioidabhängigkeit bei ihrer Beurteilung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten davon ausgegangen sei, es hätte für ihn die Möglichkeit bestanden, anstatt mit Drogen zu handeln, seine Suchterkrankung fachgerecht behandeln zu lassen (Urk. 175 S. 12 ff.). Überdies sei gerade das Gutachten weder vollständig noch nachvollziehbar und es

bestünden erhebliche Zweifel an dessen Richtigkeit (Urk. 175 S. 15). Dieser Kritik ist zu entgegnen, dass die Gutachterin sowohl im Gutachten als auch in ihrer Stellungnahme darauf hinwies, dass sich der Beschuldigte in einem ärztlich überwachten Substitutionsprogramm befunden habe (Urk. 8/12 S. 38; Urk. 149 S. 2). Aufgrund dieser Methadonsubstitution habe der Beschuldigte gemäss der Gutachterin nicht perma-

- 42 - nent unter Suchtdruck und Entzugsproblematik gestanden (Urk. 149 S. 2). Da die Gutachterin somit davon ausging, dass die Symptome der Suchtproblematik aufgrund der Methadonsubstitution zumindest zwischenzeitlich ausblieben, ist kein Widerspruch darin ersichtlich, dass sie gleichzeitig davon ausging, der Beschuldigte habe die Möglichkeiten gehabt, das Methadon in der Dosierung so anpassen zu lassen, dass gar kein Beikonsum von Heroin mehr erforderlich gewesen wäre (Urk. 148 S. 3). Weiter hat die Gutachterin sowohl im Gutachten als auch in ihrer Stellungnahme aufgezeigt, dass zwischen dem Konsum von Heroin und dem Handel damit insofern ein Unterschied bestehe, als dass das reine Konsumieren innerhalb von Sekunden bis Minuten erfolgen könne, der Handel hingegen eine gewisse Tatzeit umfasse und sogenannte Tatvorbereitungen benötige (Urk. 8/12 S. 38; Urk. 149 S. 2). Da sie somit aufzeigt, dass der Handel mit Drogen andere Fähigkeiten voraussetzt als der Drogenkonsum, leuchtet auch ein, dass gestützt auf diese Unterschiede bezüglich derselben Person hinsichtlich verschiedener Tätigkeiten auch eine unterschiedliche Beurteilung der Steuerungsfähigkeit möglich ist. Die Ausführungen der Gutachterin erweisen sich somit als schlüssig und nachvollziehbar. Ausserdem stehen diese mit der Aktenlage in Einklang. Auf das Gutachten von Dr. med. univ. D. _____ vom 12. Oktober 2016 sowie auf ihre ergänzende Erläuterung vom 9. März 2018 kann daher ohne Weiteres abgestellt werden. Die Anordnung eines psychiatrischen Zweitgutachtens, wie dies die Verteidigung in der Stellungnahme vom 15. November 2018 beantragte (Urk. 175 S. 2), ist folglich nicht angezeigt. 4.2.3 Das Verschulden der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz wird durch die subjektive Schwere der Tat leicht gemindert. Insgesamt bleibt es jedoch dennoch bei einer Qualifikation des Verschuldens als noch leicht. 4.3 Bei nicht besonders schwerem Verschulden siedelt die schweizerische Praxis in aller Regel die Strafe im unteren bis mittleren Teil des vorgegebenen Strafrahmens an. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen, sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 19). Ausgehend von

- 43 - der Verschuldensbewertung im konkreten Fall erscheint vor diesem Hintergrund die von der Vorinstanz festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe im Bereich von

E. 24

Monaten Freiheitsstrafe innerhalb des weit gefassten Strafrahmens von nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als angemessen. 5.1 Der Beschuldigte wurde am tt. Juli 1978 in ... [Ortschaft], Türkei, geboren. Dort sei er in ärmlichen Verhältnissen bei seinen Eltern und seinen Geschwistern aufgewachsen. Bereits als Kind habe er in den Bergen Kühe hüten müssen. Die Schule habe er nur während etwa drei oder vier Jahren besuchen können. Einen Schulabschluss habe er folglich nicht. Seine Eltern würden nach wie vor in der Türkei leben. Zu seinem Vater habe er in den letzten Jahren aber nur einmal telefonischen Kontakt haben können. Mehrere seiner Geschwister seien bei deren Geburt gestorben. Ausserdem sei es für ihn auch sehr belastend gewesen, als eine seiner Schwestern im Alter von 15 Jahren an einer Krankheit verstorben sei. Zwei weitere Schwestern leben derzeit

gemäss dem Beschuldigten in der Türkei und seien verheiratet. Auch sein Bruder lebe in der Türkei, zu ihm habe er allerdings keinen Kontakt mehr. Zudem habe er eine weitere Schwester, die in Deutschland lebe. Seine älteste Schwester befinde sich bereits seit ca. 20 Jahren in der Türkei im Gefängnis. Sie sei wegen Anschlusses an die PKK zu lebenslanger Haft verurteilt worden. Seine Familie habe allgemein unter der politischen Situation in der Türkei gelitten. Ein Teil seiner Verwandtschaft sei denn auch getötet worden. Auch jetzt herrsche noch die Angst, verhaftet zu werden. Aus politischen Gründen habe sein Vater im Jahre 1991 entschieden, ihn nach Deutschland zu schicken. Auf dem Weg nach Deutschland sei er jedoch in Bulgarien gestoppt worden. Wegen eines gefälschten Passes habe er dann wieder in die Türkei zurückreisen müssen. Danach habe er mehrmals versucht, die Türkei zu verlassen. Noch im Jahre 1991, als er 13 Jahre alt gewesen sei, sei es ihm gelungen, nach Deutschland zu kommen. Gemäss seinen Angaben habe er in Deutschland wiederholt Ablehnungen seiner Asylanträge erhalten und sei dort auch mehrmals im Gefängnis gewesen. In die Schweiz sei er im Jahre 2001 gekommen. Hier habe er auch ein Asylgesuch gestellt, welches jedoch abgewiesen worden sei. Er sei in der Folge wiederholt ausgewiesen worden. Als Grund dafür,

- 44 - weshalb er den wiederholten Wegweisungen nicht Folge geleistet habe, gab er an, dass er krank sei und in der Türkei wegen Mitgliedschaft der PKK ins Gefängnis kommen würde. Das erste Mal sei er in Deutschland mit Drogen in Kontakt geraten. Seinen Drogenkonsum habe er dann auch in der Schweiz fortgesetzt. Auch hier wurde er wiederholt straffällig. Mit Heroin sei er zum ersten Mal im Jahre 2006 in Kontakt gekommen. Er habe dieses geschnupft und nie gespritzt. Ausserdem habe er regelmässig Cannabis konsumiert (Urk. 8/12 S. 31 f.; Urk. 12/1; Urk. 12/3 S. 1 ff.). Zu seinen finanziellen Verhältnissen erklärte der Beschuldigte, im deliktsrelevanten Zeitraum jeweils Unterstützungsleistungen von Fr. 240.– pro Monat erhalten zu haben (Urk. 3/1 S. 3; Urk. 12/3 S. 6). Am 11. Februar 2015 wurde der Beschuldigte durch die Kantonspolizei Neuenburg einer Kontrolle unterzogen. Da sowohl ab seiner Person als auch im Rahmen einer anschliessend bei ihm durchgeführten Hausdurchsuchung Heroin sichergestellt wurde, wurde er in der Folge festgenommen und in Untersuchungshaft versetzt. Nachdem er mit Strafbefehl des Ministère public / Parquet régional Chaux-de-Fonds - Greffe vom 13. Februar 2015 wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen wurde, erfolgte gleichentags die Zuführung des Beschuldigten an die Kantonspolizei Zürich betreffend Ergreifung fremdenpolizeilicher Massnahmen (Urk. 1/1 S. 5). Da der Beschuldigte psychische Probleme geltend gemacht habe, sei er nach ärztlichen Abklärungen noch am selben Tag in die Psychiatrische Universitätsklinik Zürich überführt worden (Urk. 1/1 S. 5; Urk. 1/2 S. 1 f.). Da die für den Beschuldigten beantragte Ausschaffungshaft abgelehnt worden sei, verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich am 24. März 2015 die Haftentlassung des Beschuldigten mit der Aufforderung, die Schweiz bis spätestens am 31. März 2015 selbständig zu verlassen (Urk. 1/3). Da der Beschuldigte Kurde ist, habe er bis heute nicht in die Türkei ausgeschafft werden können. Er gelte daher trotz negativem Asylentscheid in der Schweiz als geduldet und habe Anrecht auf Notgeld und Unterkunft (Urk. 1/7 S. 3). Am

E. 25

April 2016 wurde der Beschuldigte sodann in Glattbrugg von einer Polizeipatrouille einer Kontrolle unterzogen. Da sich dabei herausstellte, dass er wegen des Vorwurfs des Handels mit grossen Mengen Betäubungsmitteln gesucht wurde, erfolgte schliesslich seine

Verhaftung durch die Kantonspolizei Zürich (Urk. 1/4 S. 3;

- 45 - Urk. 11/1). Es zeigte sich überdies, dass sich der Beschuldigte in der Zeit zwischen seiner Haftentlassung im März 2015 und seiner erneuten Festnahme in der Notunterkunft F._____ aufhielt (Urk. 1/6 S. 3). Aus dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine Besonderheiten, aus welchen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen. 5.2.1 Hingegen fallen die Vorstrafen des Beschuldigten ins Gewicht. Dem Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister des Beschuldigten gehen für den Zeitraum zwischen dem 11. Dezember 2009 und dem 13. Februar 2015 insgesamt 4 Verurteilungen hervor (Urk. 89): - Urteil des Tribunal correctionnel de La Chaux-de-Fonds vom 11. Dezember 2009: Bestrafung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 3 Jahren wegen Verbrechens und Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes; - Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 7. März 2013: Bestrafung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 5 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 100.– wegen rechtswidriger Einreise sowie wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes; - Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 17. September 2013: Bestrafung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 300.– wegen rechtswidriger Einreise, rechtswidrigem Aufenthalt sowie wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes; - Strafbefehl des Ministère public / Parquet régional Chaux-de-Fonds - Greffe vom 13. Februar 2015: Bestrafung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz. 5.2.2 Da der Beschuldigte die mit Strafbefehl vom 13. Februar 2015 bestrafte Tat nach dem heute zu beurteilenden Delikt beging, stellt diese Verurteilung in Bezug auf die vorliegende Tat keine Vorstrafe dar. Sämtliche der übrigen Verurteilungen erfolgten jeweils unter anderem aufgrund von Übertretungen des Be-

- 46 - täubungsmittelgesetzes. Im Fall der Verurteilung vom 11. Dezember 2009 handelt es sich gar um eine einschlägige Vorstrafe. Da auch die nicht einschlägigen Vorstrafen auf eine gewisse Gleichgültigkeit und Unbelehrbarkeit des Beschuldigten, was die geltende Rechtsordnung betrifft, hinweisen, sind auch diese und nicht nur die einschlägige Vorstrafe strafe erhöhend zu berücksichtigen. Straferhöhend wirkt sich zudem auch der Umstand aus, dass der Beschuldigte innerhalb der im Zusammenhang mit der bedingten Entlassung vom 23. April 2014 angesetzten Probezeit delinquierte (Urk. 89). Insgesamt sind die Vorstrafen und das Delinquieren während laufender Probezeit merklich strafe erhöhend zu gewichten. Weitere Straferhöhungsgründe sind nicht ersichtlich. 5.3 Zwar zeigte sich der Beschuldigte im Laufe des Vorverfahrens in Bezug auf die ihm gemachten Vorwürfe im Zusammenhang mit dem Handel von Heroin weitgehend geständig, da er dieses Geständnis im Laufe des Verfahrens jedoch relativierte und er die ihm gemachten Vorwürfe im Berufungsverfahren gänzlich bestritt, sind seine früher erfolgten Zugeständnisse lediglich leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Weitere Strafminderungsgründe sind nicht ersichtlich. 5.4 Da die strafe erhöhende Wirkung der teilweise einschlägigen Vorstrafen und der Delinquenz während laufender Probezeit die strafmindernde Wirkung des teilweisen Geständnisses überwiegt, wirkt sich die Täterkomponente insgesamt leicht strafe erhöhend auf die Einsatzstrafe aus. 5.5 Die hypothetische Einsatzstrafe für die heute zu beurteilende qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ist damit auf insgesamt

Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen. 5.6 Die somit für das heute zu beurteilende Delikt gebildete hypothetische Einsatzstrafe ist nun in Anwendung des Asperationsprinzips unter Berücksichtigung der bereits rechtskräftigen Grundstrafe angemessen zu erhöhen. Gegenstand der Verurteilung mit Strafbefehl vom 13. Februar 2015 bildete der Besitz von 30,6 Gramm Heroingemisch zum späteren Verkauf (Urk. 13/1). Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, handelt es sich sowohl in zeitlicher als auch sachlicher Hinsicht bei jenem Sachverhalt sowie beim vorliegend zu beurteilenden Anklage-

- 47 - sachverhalt um einen Deliktkomplex, wobei sich der Besitz von 30,6 Gramm Heroingemisch bei einer gemeinsamen Beurteilung nicht merklich auf die Strafhöhe ausgewirkt hätte (Urk. 86 S. 37). Dass die Vorinstanz auf eine Erhöhung der hypothetischen Gesamtstrafe aufgrund der rechtskräftigen Grundstrafe verzichtete, ist daher nicht zu beanstanden. Die für die vor der Verurteilung begangene Tat festzusetzende Zusatzstrafe ergibt sich aus der Differenz der hypothetischen Einsatzstrafe, welche im vorliegenden Fall bei 26 Monaten Freiheitsstrafe bleibt, sowie der bereits ausgefallten Strafe von 4 Monaten Freiheitsstrafe und beträgt folglich 22 Monate Freiheitsstrafe. 5.7 Zusammengefasst ist der Beschuldigte daher mit einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Ministère public / Parquet régional Chaux-de-Fonds - Greffe vom 13. Februar 2015 zu bestrafen. Einer Anrechnung der erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie des vorzeitigen Strafvollzugs von 590 Tagen steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). 6. Die Vorinstanz hat sich mit der Bemessung der Höhe der Busse für die mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zutreffend auseinandergesetzt, indem sie die im Massnahmegutachten vom 12. Oktober 2016 attestierte leichtgradige Verminderung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten in Bezug auf seinen eigenen Heroinkonsum strafmindernd berücksichtigte (Urk. 8/12 S. 44; Urk. 86 S. 37). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass dennoch ins Gewicht fällt, dass der Beschuldigte über einen längeren Zeitraum von rund 1 ½ Jahren (vom 20. Oktober 2014 bis zu seiner Verhaftung am 25. April 2016) regelmässig Heroin konsumierte. Die von der Vorinstanz festgesetzte Busse von Fr. 300.- erweist sich vor diesem Hintergrund auch unter Berücksichtigung der sehr knappen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten als seinem Verschulden und seinen finanziellen Verhältnissen angemessen (Urk. 86 S. 37). Sie ist zu bestätigen und die Ersatzfreiheitsstrafe praxisgemäss auf drei Tage festzusetzen.

- 48 - VII. Strafvollzug 1. Bereits die Vorinstanz wies auf die rechtstheoretischen Grundlagen zum bedingten Vollzug hin. Dies braucht nicht wiederholt zu werden (Urk. 86 S. 37 f.). 2.1 Aufgrund der Strafhöhe von 22 Monaten Freiheitsstrafe sind die objektiven Voraussetzungen für die Ausfällung einer bedingten Strafe grundsätzlich erfüllt. Es stellt sich folglich die Frage, ob für den Beschuldigten auch die materiellen Voraussetzungen bejaht werden können. 2.2 Der Beschuldigte wurde innerhalb der letzten 5 Jahre vor der heute zu beurteilenden Delinquenz nicht im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB in der revidierten Fassung vom 1. Januar 2018 zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten verurteilt (Urk. 89). Daher gilt grundsätzlich die Vermutung einer günstigen Prognose im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB (HEIMGARTNER, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder, Kommentar zum StGB, 20. Aufl. 2018, Art. 42 N 16). Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden (HEIMGARTNER, a.a.O., Art. 42 N 6). Weder die bereits mehrmalige Verbüßung längerer Freiheitsstrafen wegen teilweise einschlägiger Delikte noch die mit der bedingten Entlassung vom 23. April 2014 angesetzte Probezeit vermochten den Beschuldigten von weiterer Delinquenz abzuhalten. Ferner

besteht beim Beschuldigten aufgrund seiner Suchtmittelabhängigkeit gemäss gutachterlicher Einschätzung ein deutlich erhöhtes Risiko für erneute Straftaten aus dem bisherigen Deliktsspektrum. Dem Beschuldigten muss daher eine eigentliche Schlechtprognose gestellt werden. Das schliesst die Gewährung eines vollständig bedingten Vollzugs selbst in Anwendung des für den Beschuldigten theoretisch günstigeren Art. 42 Abs. 2 StGB in der revidierten Fassung vom 1. Januar 2018 aus. 3. Erscheint die Prognose wie vorliegend zu ungünstig, um einen vollständigen Aufschub der Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 42 StGB zu gewähren, so gilt dies nicht notwendigerweise auch im Hinblick auf einen teilweisen Aufschub. Die Beurteilung nach Art. 43 StGB muss auf einer eigenständigen legalprognostischen Grundlage erfolgen. Bei einer Freiheitsstrafe, die teilweise vollzogen und

- 49 - teilweise aufgeschoben wird, kann die Einschätzung der Wiederholungsgefahr in zweifacher Hinsicht günstiger ausfallen als bei einer vollständig bedingten resp. vollständig unbedingten Freiheitsstrafe. So erhöht sich bei teilweisem Vollzug die Warnwirkung der Strafe gegenüber dem vollständigen Aufschub. Komplementär dazu bildet der zum anderen Teil ausgesetzte Vollzug einen Anreiz, nicht rückfällig zu werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.2.4). Der Beschuldigte verbüsste kurz vor der Begehung der heute zu beurteilenden Delinquenz mehr als 7 Monate einer insgesamt 11-monatigen Freiheitsstrafe, zu welcher er mit Strafbefehlen der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 7. März 2013 und der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 17. September 2013 verurteilt wurde (Urk. 89). Weder der unbedingte Vollzug einer Freiheitsstrafe von rund 7 Monaten noch die hinsichtlich des aufgeschobenen Vollzugs des Strafrechts von 113 Tagen angesetzte Probezeit von einem Jahr vermochten den Beschuldigten somit davon abzuhalten, die vorliegend zu beurteilende Tat zu begehen. Da der Beschuldigte aufgrund seiner Suchtproblematik weiterhin massnahmebedürftig ist und sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten insbesondere in finanzieller Hinsicht in der Zwischenzeit nicht merklich verbesserten, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Warnwirkung des Vollzugs lediglich eines Teils der auszufällenden Freiheitsstrafe von 22 Monaten den Beschuldigten von der Begehung weiterer einschlägiger Straftaten abzuhalten vermöchte. Da somit auch ein teilbedingter Vollzug der Freiheitsstrafe nicht in Frage kommt, ist diese zu vollziehen. 4. In Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils ist die Freiheitsstrafe von 22 Monaten daher zu vollziehen (Urk. 86 S. 38). VIII. Ambulante Massnahme 1. Mit dem vorinstanzlichen Urteil wurde für den Beschuldigten eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung Betäubungsmittel) angeordnet, wobei der Strafvollzug zu diesem Zweck nicht aufgeschoben wurde (Urk. 86 S. 39 ff.). Die Anordnung der ambulanten Massnahme gilt als mit-

- 50 - angefochten. Der Beschuldigte akzeptiert diese jedoch und wendet sich für den Fall der Verurteilung auch nicht gegen deren vollzugsbegleitende Anordnung. 2. Das Gericht kann eine ambulante Behandlung anordnen, wenn der Täter psychisch schwer gestört, von Suchtstoffen oder in anderer Weise abhängig ist, die verübte Tat damit in Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dass sich dadurch der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Taten begegnen lässt (Art. 63 Abs. 1 StGB). Dabei kann der Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe aufgeschoben werden, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 2 StGB). Die Art. 56 - 58 StGB enthalten die weiteren Grundsätze, welche bei der Anordnung einer Massnahme nach

Art. 59 ff. StGB zu beachten sind. 3.1 Der Beschuldigte machte sich unter anderem der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig, womit er eine mit Strafe bedrohte Tat im Sinne von Art. 63 Abs. 1 lit. a StGB begangen hat. 3.2

Vorliegend steht dem Gericht das Massnahmegutachten von Dr. med. univ. D. _____ vom 12. Oktober 2016 als Beurteilungsgrundlage zur Verfügung (Urk. 8/12). Dieses äussert sich sowohl zur Notwendigkeit und zu den Erfolgsaussichten einer Behandlung des Beschuldigten, zur Art und Wahrscheinlichkeit weiterer möglicher Straftaten sowie zu Möglichkeiten des Vollzugs der Massnahme. Ausserdem wurde das Gutachten – wie bereits erwogen (vgl. Erw. VI.4.2) – klar, verständlich und nachvollziehbar verfasst. Das Gutachten vom 12. Oktober 2016 kann folglich als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden. 3.3 Dem Gutachten ist zu entnehmen, dass beim Beschuldigten zur Zeit der Tatbegehung eine mittelgradige aktive Abhängigkeit von Opioiden bestanden hat (Urk. 8/12 S. 32 ff. und S. 43). Die Voraussetzung einer Abhängigkeit von Suchtstoffen des Täters ist somit erfüllt. Ausserdem hätten sich gemäss dem Gutachten aufgrund der drohenden Ausschaffung immer wieder depressive Symptome bzw. Anpassungsstörungen mit Suizidalität sowie akzentuierte Persönlichkeitsmerkmale mit dissozialen Zügen gezeigt (Urk. 8/12 S. 43). Des Weiteren

- 51 - ren bestand gemäss Ausführungen der Gutachterin ein direkter Zusammenhang zwischen der tatezeitaktuellen Suchtstoffabhängigkeit sowie der dissozialen Persönlichkeitsstruktur und dem Tatverhalten (Urk. 8/12 S. 37 und S. 45), womit auch diese Voraussetzung gegeben ist. 3.4. Sodann kommt die Gutachterin zum Schluss, dass das Risiko für erneute Straftaten aus dem bisherigen Deliktsspektrum beim Beschuldigten bei Entlassung aus dem Gefängnis ohne jegliche Massnahmen als deutlich erhöht einzustufen sei. Die Opioidabhängigkeit sowie die Suchtmittelproblematik würden weiterhin bestehen, obwohl beim Beschuldigten aufgrund des geschützten Rahmens im Gefängnis derzeit eine Drogenabstinenz vorliegen dürfte. Diese Rückfallgefahr bestehe insbesondere aufgrund der noch nicht erfolgreich durchgeführten Suchttherapie, der als desolat zu bezeichnenden sozialen Situation und der wahrscheinlich weiterhin vorhandenen psychischen Belastungen bei unklarem Aufenthaltsstatus. Für mangelndes Problembewusstsein, fehlende Motivation zur strikten Drogenabstinenz einhaltung und somit für erhöhte Rückfallgefahr spreche zudem auch, dass der Beschuldigte beispielsweise beim ersten Untersuchungstermin bei der Gutachterin den Übersetzer nach Drogen gefragt habe (Urk. 8/12 S. 39). Da der Beschuldigte keinen legalen Aufenthaltsstatus in der Schweiz habe und er daher aufgrund des illegalen Aufenthalts kaum über finanzielle Mittel verfüge, bestehe bei einem Drogenrückfall ein erhöhtes Risiko, wieder Handel mit Drogen zu betreiben, um den eigenen Drogenkonsum finanzieren zu können (Urk. 8/12 S. 39 und S. 44 f.). Die Gutachterin wies zudem darauf hin, dass sich aktuell keine Hinweise für eine qualitative Ausweitung des Deliktsspektrums finden würden. Aufgrund der dissozialen Persönlichkeitseigenschaften, der geringen Frustrationstoleranz, dem unklaren weiteren Verlauf des Asylverfahrens und der damit verbundenen Gefahr einer psychischen Dekompensation mit Suizidalität und impulsivem Verhalten, sei jedoch zukünftig auch ein fremdgefährdendes Verhalten des Beschuldigten nicht auszuschliessen (Urk. 8/12 S. 45). Es wurde im Gutachten aber darauf hingewiesen, dass es für die Suchtmittelabhängigkeit, die dissoziale Persönlichkeitsstruktur und die wiederkehrenden depressiven Episoden bzw. die Anpassungsstörungen vielversprechende Behandlungsmöglichkeiten gebe, sowohl in stationärer als auch in ambulanter Form. Aufgrund der ausrei-

- 52 - chend guten Deutschkenntnisse des Beschuldigten sei es grundsätzlich auch möglich, die Behandlung in deutscher Sprache durchzuführen, wobei eine Behandlung in dessen Muttersprache dennoch optimaler wäre. Oberstes Ziel einer Behandlung sei die Beibehaltung einer strikten Drogenabstinenz, das Erkennen von Rückfallfaktoren und sinnvollerweise auch eine Alkoholabstinenz. Aufgrund der Opioidabhängigkeit bedürfe es zudem vorerst weiterhin einer ärztlich überwachten Substitution, wobei mittelfristig ein Methadonabbau anzustreben sei (Urk. 8/12 S. 40 und S. 45 f.). Beim Beschuldigten liegt somit eine ungünstige Legalprognose vor, wobei es jedoch Behandlungsmöglichkeiten gibt, mit welchen dieser Gefahr der Begehung neuerlicher Straftaten begegnet werden kann.

3.5.1 In Anbetracht dessen, dass dem Beschuldigten ohne die Durchführung einer Massnahme eine erhöhte Rückfallgefahr für Betäubungsmitteldelikte attestiert wurde (Urk. 8/12 S. 39), ist die Erforderlichkeit einer Massnahme zu bejahen. Gemäss der Gutachterin wären die Erfolgsaussichten für den Beschuldigten aus rein psychiatrischer Sicht bei einer längerfristigen, stationären Suchtbehandlung mit anschliessend ambulanter Weiterbehandlung am grössten. Da der Beschuldigte die Anordnung einer stationären Behandlung aber vehement ablehne, bei einer Suchttherapie gerade aber die Therapiemotivation und die Behandlungsbereitschaft Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Behandlung seien, erweise sich eine stationäre Behandlung daher nicht als zweckmässig (Urk. 8/12 S. 40 f.). Zwar sei nicht auszuschliessen, dass eine Drogenabstinenz auch im Rahmen einer ambulanten Behandlung erreicht und beibehalten werden könne. Angesichts der langjährigen Drogenvorgeschichte und des bisherigen Therapieverlaufs erscheine eine rein ambulante Therapie bei gleichzeitiger Entlassung aus der Haft beim Beschuldigten aber nicht ausreichend für eine weitere Deliktsvermeidung und daher auch nicht zweckmässig. Diese Einschätzung rühre daher, dass die Kontrollmöglichkeiten, die Überprüfung der Drogenabstinenzhaltung, die therapeutischen Massnahmen und die eventuellen medikamentösen Anpassungen sowie vor allem der Methadonabbau im ambulanten Rahmen deutlich schwieriger durchzuführen seien. Eine ausschliesslich ambulante Massnahme müsse daher als klar nicht ausreichend bezüglich der Senkung des Rückfallrisikos eingestuft werden (Urk. 8/12 S. 41 und S. 47). Solange der Beschuldigte sich

- 53 - nicht legal in der Schweiz aufhalten dürfe, mache die Anordnung einer rein ambulanten Massnahme auch deshalb wenig Sinn, weil seine Motivation, das Methadon abzubauen, aufgrund der drohenden Ausschaffung eher gering sei (Urk. 8/12 S. 42). Der Beschuldigte bedürfe jedenfalls eines engen geschützten Rahmens, um der Gefahr weiterer Straftaten zu begegnen. Aus diesem Grund, sowie in Anbetracht dessen, dass eine stationäre Massnahme aufgrund der ausgesprochenen Verweigerungshaltung nicht zweckmässig sei, erscheint aus Sicht der Gutachterin einzig eine vollzugsbegleitende regelmässige suchttherapeutische Behandlung sinnvoll (Urk. 8/12 S. 41 und S. 47). Anzeichen dafür, dass sich eine ambulante Behandlung ohne gleichzeitigen Strafvollzug als ungeeignet erweisen könnte, bestehen neben der Einschätzung der Gutachterin auch aufgrund der Mitteilung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 5. Januar 2018 darüber, dass die Vollzugsbemühungen hinsichtlich der ambulanten Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB eingestellt worden seien, da die Voraussetzungen zum Vollzug einer vorzeitigen Massnahme nicht mehr vorgelegen hätten (Urk. 146/1 S. 1). So sei gemäss der Einschätzung der fallführenden Psychologin des Psychiatrisch-Psychologischen Diensts vom 20. Dezember 2017 beim Beschuldigten nur ansatzweise eine Therapiemotivation zu erkennen gewesen und eine Therapiefähigkeit

trotz klarer Bedürftigkeit zu jener Zeit habe ausgeschlossen werden müssen (Urk. 146/2 S. 2). Im Rahmen des vorzeitigen Massnahmenantritts seien insgesamt sechs Gespräche mit dem Beschuldigten zur Klärung von Therapiemotivation und Therapiefähigkeit durchgeführt worden. In sämtlichen Gesprächen habe er deutliche Externalisierungstendenzen aufgewiesen. Ab dem 22. September 2017 habe er therapeutische Einzelgespräche zudem kategorisch abgelehnt (Urk. 146/2 S. 1). Diese Einschätzung der fallführenden Psychologin des PPD liegt in der Zwischenzeit jedoch bereits knapp eineinhalb Jahre zurück. Gemäss dem weit aktuelleren ärztlichen Bericht des Externen Psychiatrischen Diensts ... vom 31. Januar 2019 befindet sich der Beschuldigte dort seit Februar 2018 in ambulanter Behandlung. Er komme wöchentlich zur Methadonabgabe, im Rahmen welcher oftmals ein kurzes Gespräch erfolge. Ausserdem komme er ca. vierwöchentlich zu einem ausführlicheren Gespräch. Zudem wird der Beschuldigte als immer sehr zuverlässig und der Situation angemessen be-

- 54 - geschrieben (Urk. 184 S. 1 f.). Der Beschuldigte nimmt demnach bereits seit längerer Zeit freiwillig regelmässig Behandlungstermine wahr. Ausserdem sind dem ärztlichen Bericht auch keine Hinweise dazu zu entnehmen, dass er Therapiegespräche verweigern würde. Da somit eine wesentliche Steigerung der Bereitschaft des Beschuldigten zur Wahrnehmung von Therapieterminen erkennbar ist, reduzieren sich die aufgrund der bisherigen Einschätzungen bestehenden Zweifel an der Zweckmässigkeit einer ambulanten Behandlung ohne gleichzeitigen Strafvollzug merklich. Das Erfordernis der Eignung ist daher aktuell nicht nur hinsichtlich einer vollzugsbegleitenden ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB, sondern auch für eine solche ohne gleichzeitigen Strafvollzug zu bejahen. Schliesslich stellt sich die Frage, ob sich die Anordnung einer solchen Massnahme auch als verhältnismässig im engeren Sinn erweist. Aus dem Gutachten geht hervor, dass der Beschuldigte wenig Einsicht in sein eigenes Fehlverhalten zeige und sich überwiegend als Opfer sehe. Diese Voraussetzungen würden eine Therapie erheblich erschweren (Urk. 8/12 S. 40). Gemäss der Gutachterin bestehe beim Beschuldigten hingegen zumindest eine Krankheitseinsicht bezüglich der Suchterkrankung und auch der depressiven Erkrankung (Urk. 8/12 S. 39). Im Rahmen der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erklärte der Beschuldigte denn auch, mit den Drogen aufhören zu wollen und dazu bereit zu sein, während des Strafvollzugs eine ambulante Therapie zu absolvieren (Prot. I S. 34). Ausserdem liess er die erstinstanzliche Anordnung der ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB im Berufungsverfahren ausdrücklich unangefochten (Urk. 132 S. 2 f.; Prot. II S. 8; Urk. 175 S. 1 f.). 3.6 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen sind die Voraussetzungen für die Anordnung einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB gegeben. Diese ist entsprechend anzuordnen. 4.1 Grundsätzlich stellt sich schliesslich noch die Frage, ob der Vollzug der Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben ist. Diese Frage ist vorliegend jedoch eher theoretischer Natur, zumal der Beschuldigte bereits zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung vom 5. Dezember 2017 rund 4/5 seiner Strafe durch Haft und vorzeiti-

- 55 - gen Strafvollzug erstanden hatte und er mit Präsidialverfügung desselben Datums auch aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen wurde (Urk. 137). 4.2 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Aufschub des Strafvollzuges nur dann gerechtfertigt, wenn eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet und diese durch den sofortigen Vollzug der Freiheitsstrafe klarerweise erheblich beeinträchtigt

würden. Dabei ist eine Beeinträchtigung nicht erst erheblich, wenn der Vollzug der Strafe die Behandlung verunmöglicht oder den Behandlungserfolg völlig in Frage stellt. Vielmehr geht die Therapie vor, sobald eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, welche durch den Vollzug der Freiheitsstrafe klarerweise verhindert oder vermindert würden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1250/2014 vom 29. September 2015 E. 5.2; BGE 129 IV 161 ff. E. 4.1; BGE 124 IV 246 ff. E. 2b). 4.3 In Anbetracht dessen, dass die Gutachterin insbesondere eine vollzugsbegleitende regelmässige suchttherapeutische Behandlung als sinnvoll erachtete (Urk. 8/12 S. 47), kann nicht von einer drohenden Beeinträchtigung guter Resozialisierungschancen durch den Vollzug der Freiheitsstrafe ausgegangen werden. Ein Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB kommt daher nicht in Frage. IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 7 und 8) zu bestätigen. 2.1 Der Beschuldigte obsiegt im Berufungsverfahren nur insoweit, als keine Rückversetzung angeordnet wird. Ihm sind die Kosten des Berufungsverfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, daher zu vier Fünfteln aufzuerlegen (Art. 428 Abs.1 StPO). Angesichts der schlechten finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten rechtfertigt es sich jedoch, ihm diese zu erlassen. Aus demselben Grund sind die Kosten der amtlichen Verteidigung definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 56 - 2.2 Für ihre Bemühungen im Berufungsverfahren sind der derzeitige amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X1._____, mit Fr. 15'628.70 und der mit Präsidialverfügung vom 12. September 2012 als amtlicher Verteidiger entlassene Rechtsanwalt lic. iur. X3._____ mit Fr. 3'894.50 (Urk. 123) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen:

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