

ZH_OBERGERICHT SB170510 vom 13. März 2018

ZH Obergericht, 2018-03-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170510

FR: ZH_OBERGERICHT SB170510 du 13 mars 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB170510 del 13 marzo 2018

Erwägungen

E. 1

Frühere Verfahren Mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Mai 2014 wurde der Beschuldigte im abgekürzten Verfahren wegen qualifizierter 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 schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft bestraft. Der Vollzug der Strafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt (Vorakten DG140027-K, Urk. 25). Der Beschuldigte wurde in der Folge mit einem Einreiseverbot belegt (Akten der Staatsanwaltschaft Winterthur Unterland B-3/2015/10009963, Urk. 3). Nachdem der Beschuldigte in Missachtung der verfügten Einreisesperre am 10. März 2015 in die Schweiz eingereist und sich bis zum 17. März 2015 hier aufgehalten hatte, wurde er mit Strafbefehl vom 18. März 2015 der vorsätzlichen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG sowie des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gesprochen. Er wurde bestraft mit einer (unbedingten)

- 5 - Freiheitsstrafe von 45 Tagen, wobei ein Tag Haft angerechnet wurde. Auf den Widerruf des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Mai 2014 wurde verzichtet, jedoch wurde die in jenem Urteil angeordnete Probezeit um die Hälfte, d.h. ein Jahr, verlängert (B-3/2015/10009963, Urk. 7).

E. 1.1

Am 1. Januar 2018 ist die Teilrevision des Strafgesetzbuches (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 19. Juni 2015 in Kraft getreten. Nach neuem Recht wird grundsätzlich nur beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Delikt begangen hat (Art. 2 Abs. 1 StGB). Hat jedoch der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung - auch in einem Rechtsmittelverfahren - erst nachher, so ist dieses neue Gesetz anzuwenden, wenn es für den Täter das mildere ist (lex mitior; Art. 2 Abs. 2 StGB). In der Schweiz folgen Lehre und Rechtsprechung bei der Beurteilung der lex mitior der konkreten Methode, d.h. es wird geprüft, nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade zu beurteilende Tat besser wegkommt. Die gleichzeitige Anwendung von altem und neuem Recht auf ein und dieselbe Tat ist jedoch ausgeschlossen (Urteil des Bundesgerichts 6B_538/2007 vom 2. Juni 2008 E. 2.2 sowie Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, 3. Aufl. 2016, Nr. 6 Art. 2 StGB N 2 S. 516 mit Verweisen auf BGE 134 IV 87 und BGE 134 IV 129).

- 8 -

E. 1.2

Gemäss dem revidierten Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ist neuerdings in sinnvoller Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden, wenn eine Strafe zu widerrufen

ist und sowohl diese widerrufen Strafe wie auch die neue Strafe gleicher Art sind. Anders als in der früheren Fassung, die als Kann- Vorschrift formuliert war, ist die Bildung einer Gesamtstrafe demnach zwingend im genannten Fall der gleichartigen Strafen. Freiheitsstrafen, Geldstrafen und Bus- sen sind verschiedene Strafarten. Die Vollzugsart spielt dahingegen bei der Beur- teilung, ob gleichartige Strafen vorliegen, entgegen der Argumentation der Vertei- digung (Urk. 44 S. 3), keine Rolle (OFK/StGB-Stefan Heimgartner, 20. Aufl. 2018, Art. 49 StGB N 4). Da bei der Bildung einer Gesamtstrafe das Asperationsprinzip zum Tragen kommt, sind die zu widerrufende und die neue Strafe nicht zu addie- ren. Folglich wird nach neuem Sanktionenrecht voraussichtlich eine mildere Strafe resultieren, weshalb dieses anzuwenden ist. 2. Gesamtstrafe

E. 2

Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren

E. 2.1

Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer beding- ten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Besonders günstige Umstände liegen etwa vor, wenn frühere und spätere Tat nicht demselben Verhaltensmuster entsprechen, oder wenn in der Zwischenzeit eine deutlich positive Wandlung der Lebensumstände des Täters eingetreten ist. Führt die neue Tat zum Widerruf eines bedingten Strafvollzugs muss seine Auswirkung auf die Prognose mitberücksichtigt werden. Die Gewäh- rung des bedingten Strafvollzuges kommt nur in Betracht, wenn eine Gesamtwür- digung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat begründete Aussicht auf Bewährung besteht (BSK StGB I - Schneider/ Garré, a.a.O., Art. 42 N 97 mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung).

- 18 -

E. 2.2

Das Bundesgericht hielt dazu folgendes fest (Urteil 6B_522/2010 vom 23. September 2010, E. 4): In der Beurteilung der Bewährungsaussichten im Falle des Widerrufs ist zu berücksichtigen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Das Gericht kann zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühe- re Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird. Auch das Umgekehrte ist zulässig: Wenn die frühere Strafe widerrufen wird, kann unter Berücksichtigung ihres nachträgli- chen Vollzugs eine Schlechtprognose für die neue Strafe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB ver- neint und diese folglich bedingt ausgesprochen werden. Liegt allerdings der Fall von Art. 42 Abs. 2 StGB vor und fehlt es an den "besonders günstigen Umständen", so muss die neue Strafe vollzogen werden. Ferner wird die Prognose für den Entscheid über den Widerruf umso eher negativ ausfallen, je schwerer die während der Probezeit begangenen Delikte wiegen (BGE 134 IV 140 E. 4.5.). 3. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, liegen keine besonders güns- tigen Umstände vor: Der Beschuldigte wurde bereits im Jahre 2014 wegen qualifi- zierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu 18 Monaten Frei- heitsstrafe bedingt verurteilt. Obwohl er im Zusammenhang mit der ersten Verur- teilung 116 Tage in Haft verbracht hatte, reiste er nicht einmal ein Jahr später trotz Einreisesperre wieder in die Schweiz ein und wurde wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigem Aufenthalt zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 45 Tagen verurteilt. Die Probezeit der mit Urteil vom 22. Mai 2014

ausgefällten Freiheitsstrafe wurde mit Strafbefehl vom 18. März 2015 um 1 Jahr verlängert. Und auch trotz des Umstandes, dass er diese 45 Tage Freiheitsstrafe verbüsst hatte, kam der Beschuldigte anfangs März 2017 - und somit während noch laufender Probezeit - erneut in die Schweiz und ging hier wiederum dem Betäubungsmittelhandel nach. Dies zeugt von grosser Uneinsichtigkeit und Unverbesserlichkeit: Offensichtlich machten die verbüsst 116 Tage Untersuchungshaft sowie der Vollzug der 45 Tage Freiheitsstrafe sowie die laufende Probezeit auf den Beschuldigten überhaupt keinen Eindruck. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass die Ausführungen des Beschuldigten, er habe gedacht, die Probezeit für die ursprünglich ausgesprochene bedingte Strafe sei bereits im Januar 2017, d.h. drei Jahre nach seiner ersten Verhaftung, abgelaufen, als Schutzbehauptungen zu qualifizieren sind. Dieser "Rechtfertigungsgrund" wurde vom Beschuldigten und der Verteidigung denn auch erstmals anlässlich der erstinstanzli-

- 19 - chen Hauptverhandlung vorgebracht (Prot. I S. 9, D1 Urk. 22 S. 6). Überdies wäre die angebliche Vorstellung des Beschuldigten nicht massgebend für den effektiven Lauf der Probezeit: da diese dem Beschuldigten eröffnet und ihm das Urteil übersetzt sowie erläutert worden war, begann sie am 22. Mai 2014 zu laufen und endete erst drei Jahre später (Vorakten DG140027 Urk. 25 und Prot. S. 10). Ebenso war der Strafbefehl mit der Verlängerung der Probezeit um 1 Jahr dem Beschuldigten persönlich übersetzt und ausgehändigt worden (Beizugsakten Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland B-3/2015/10009963 Urk. 8). Aber auch sonst liegen keine besonders günstigen Umstände vor, welche auf ein künftiges Wohlverhalten des Beschuldigten schliessen oder zumindest hoffen lassen: Insbesondere hat sich die Situation des Beschuldigten im Vergleich zur Tatzeit in keiner Weise verbessert respektive verändert. So liess er zwar geltend machen, seine Familie habe ein kleines Geschäft, wo sie im Sommer Sonnenschirme und Liegestühle sowie wenige Zimmer an Touristen vermiete und eine Art Take Away betreibe; sie seien auf seine Unterstützung angewiesen (Urk. 22 S. 5 und Prot. I S. 11, Prot. II S. 6 ff.). Dies war jedoch schon nach der ersten Verurteilung der Fall und der Beschuldigte gab in der Befragung vor Vorinstanz an, er habe während den Sommerferien der Familie geholfen, nachdem er die Schweiz das letzte Mal verlassen habe. Im Winter habe er jede Arbeit gemacht, die sich angeboten habe. Er sei in die Schweiz gekommen und hier geblieben wegen familiären Schwierigkeiten, der Situation als solcher in Albanien, er habe gedacht, er könne der Familie helfen, mit einer Arbeit in Italien oder sonst irgendwie, er sei mit ehrlichen Absichten in die Schweiz gekommen, er habe Arbeit finden wollen (Prot. I S. 10 und 12). Der Beschuldigte befindet sich somit nach wie vor in instabilen wirtschaftlichen Verhältnissen. Es ist daher nicht zu erwarten, dass allein der Vollzug der heute zu widerrufenden 18 monatigen Freiheitsstrafe den Beschuldigten von weiterer Delinquenz abhalten wird. Gesamthaft muss das Vorliegen besonders günstiger Umstände somit verneint werden. Die heute ausgesprochene Gesamtstrafe ist folglich zu vollziehen.

- 20 - IV. Kosten 1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'400.- festzusetzen. 2. Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Nach Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO können einer Partei, die ein Rechtsmittel ergriffen und einen für sie günstigen Entscheid erwirkt hat dennoch die Kosten auferlegt werden, wenn der angefochtene Entscheid nur unwesentlich geändert wird. Eine unwesentliche Änderung liegt insbesondere dann vor, wenn die Vorinstanz ihr Ermessen anders gewichtet hat, so beispielsweise bei der Bemessung der Strafe (BSK StPO - Domesen, 2. Aufl., Basel 2014,

Art. 428 N 21). 3. Der Beschuldigte beantragte im Berufungsverfahren eine mildere Strafe sowie allenfalls eine teilbedingte Ausfällung der Strafe (Urk. 36). Heute erfolgt lediglich aufgrund der per 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Änderung im Sanktionenrecht eine faktische Strafreduktion um 3 Monate. Es ist deshalb angemessen, die Kosten des Berufungsverfahrens - mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung - dem Beschuldigten aufzuerlegen und die Kosten der amtlichen Verteidigung im Betrag von pauschal Fr. 4'500.- inkl. Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 43, aufgerundet aufgrund der längeren Dauer der Berufungsverhandlung) auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Betrag von Fr. 4'350.- (Fr. 4'500.- abzüglich Fr. 150.- Dolmetscherkosten) ist vorzubehalten. Es wird beschlossen:

E. 3

Berufungsverfahren

E. 3.1

Strafrahmen / Strafzumessungskriterien a) Die Vorinstanz hat sich grundsätzlich zutreffend zum Strafrahmen und zu den allgemeinen theoretischen Grundlagen der Strafzumessung geäußert, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen vorab verwiesen werden kann (Urk. 34 S. 9 f. lit. A). Zu ergänzen ist, dass die Bildung einer Gesamtstrafe nur bei gleichartigen Strafen möglich ist, wenn eine Person mehrere Straftaten begangen hat, die in echter Konkurrenz zueinander stehen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen sind sodann nur erfüllt, wenn das Gericht konkret für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfällen würde. Insbesondere genügt dafür nicht, dass die gesetzlichen Strafbestimmungen für die echt konkurrierenden Taten abstrakt gleichartige Strafen vorsehen. Die konkrete Methode verhindert, dass bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe für das eine Delikt für die weiteren Straftaten, welche Freiheits- oder Geldstrafe androhen, automatisch auch auf eine Freiheitsstrafe erkannt werden muss, selbst wenn für diese für sich alleine betrachtet eine Geldstrafe angemessen erscheint (BGE 138 IV 120; MARKO CESAROV, Zur Gesamtstrafenbildung nach der konkreten Methode, forum-poenale 02/2016, S. 97 ff. m.w.H.). Dabei sind diejenigen Täterkomponenten, die die Wahl der Strafart beeinflussen oder die nur einzelne Delikte betreffen (z.B. bei nur teilweise Geständnis oder nur teilweise einschlägi-

- 11 - gen Vorstrafen), bereits bei der Einzelstrafzumessung zu berücksichtigen, während der Einbezug der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB) erst ganz am Ende der Strafzumessung zu erfolgen hat (CESAROV, a.a.O., S. 98). Da indessen die Wahl der Strafart Freiheitsstrafe durch die Vorinstanz für jeden zu beurteilenden Straftatbestand von der Verteidigung nicht beanstandet wurde und sich dies vorliegend als sachgerecht und angemessen erweist, muss auf die Wahl der Strafart nicht mehr näher eingegangen werden. b) Auszugehen ist folglich mit der Vorinstanz zur Festlegung des Strafrahmens von der für die für Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG vorgesehenen Strafandrohung von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis 20 Jahre Freiheitsstrafe, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Weiter ist der Strafschärfungsgrund der Deliktsmehrheit zu berücksichtigen. Indessen ist der Strafrahmen nach oben begrenzt (das Höchstmass der Strafart Freiheitsstrafe beträgt gemäss Art. 40 StGB 20 Jahre), so dass die Deliktsmehrheit praxisgemäss innerhalb des Strafrahmens strafferhöhend zu berücksichtigen ist.

E. 3.2

Konkrete Strafzumessung / Einsatzstrafe für die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz a) Innerhalb des Strafrahmens von einem bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe bestimmt sich die Einsatzstrafe zunächst nach dem Verschulden, wobei das Gericht das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse und die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters berücksichtigt (Art. 40 StGB i.V.m. Art. 26 BetmG; Art. 47 StGB). Für die weiteren allgemeinen Zumessungskriterien wird auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (Urk. 34 S. 10 f. lit. B. Ziff. 4). Die Kriterien der Strafzumessung für Betäubungsmitteldelikte im Speziellen hat das erstinstanzliche Gericht ebenfalls richtig aufgezeigt (Urk. 34 S.11 f. lit. B. Ziff. 5 und 6).

- 12 - b) Tatkomponente aa) Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass die Qualifizierung der Tat unter Art. 19 Abs. 2 BetmG in casu über lit. a erfolgt, mithin die Menge der Betäubungsmittel, von welcher der Beschuldigte weiss oder annehmen muss, dass diese mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Das Bundesgericht hat dazu in langjähriger Praxis definiert, dass eine solche Gefährdung bei 12 Gramm Heroin, 18 Gramm Kokain, 200 Trips LSD oder 36 Gramm Amphetamin vorliegt (z.B. BGE 109 IV 143; 113 IV 32). Massgebend ist dabei immer die Menge des reinen Stoffes (BGE 119 IV 185). Vorliegend ist der Beschuldigte wegen Besitzes und teilweisen Verkaufs von rund 100 Gramm reinen Heroinhydrochlorids sowie wegen Aufbewahrens von 15 Kilogramm Marihuana schuldig gesprochen worden. Die Menge des vom Beschuldigten aufbewahrten und verkauften Heroins entspricht damit gut dem Achtfachen des Grenzwertes des schweren Falles bei Heroin. Sie bildet damit ein wichtiges, wenn auch nicht das einzige Element bei der Beurteilung des objektiven Tatverschuldens. Weiter ist - wie die Vorinstanz richtig aufgezeigt hat - zu berücksichtigen, dass es sich bei Heroin um eine sehr gefährliche Droge mit schweren gesundheitlichen Risiken (Nebenwirkungen) und mit sehr hohem Abhängigkeitspotential handelt. Ebenso fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte in relativ kurzer Zeit, während knapp eines Monats, eine grössere Menge Heroin an verschiedene Abnehmer verkaufte. Desweiteren handelt es sich bei dem vom Beschuldigten gelagerten Marihuana zwar nicht um eine Droge, welche geeignet ist, die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen, indessen war der Beschuldigte mit 15 Kilogramm in Besitz einer sehr grossen Menge. Das erstinstanzliche Gericht hat auch die Rolle des Beschuldigten zutreffend dargestellt. Er befand sich als Kleindealer und Gassenverkäufer praktisch auf der untersten Hierarchiestufe, war jedoch nicht nur ausschliesslich als Läufer eingesetzt, sondern portionierte die Drogen selber. Unter diesen Umständen ist das objektive Tatverschulden - im Rahmen des schweren Falles gemäss Art 19 Abs. 2 BetmG - gerade noch als leicht einzustufen.

- 13 - bb) In subjektiver Hinsicht ist massgebend, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Zudem war er selbst nicht abhängig von harten Drogen und befand sich auch nicht in einer eigentlichen Notlage. Er handelte aus rein finanziellen Motiven, gab er doch in der Untersuchung an, er sei aus wirtschaftlichen Gründen in die Schweiz gekommen, er habe sich ein besseres Leben verschaffen wollen (D1 Urk. 4 S. 3). Somit ergibt sich, dass das subjektive Tatverschulden das objektive Tatverschulden nicht zu relativieren vermag. c) Zusammengefasst erweist sich - unter Gewichtung der subjektiven und objektiven Tatschwere - das Verschulden gerade noch als leicht. Dieses Verschulden rechtfertigt - wie auch von der Vorinstanz festgesetzt - eine Einsatzstrafe von 24 Monaten, eine Strafe mithin im unteren, nicht aber im untersten Bereich, für den Besitz und Handel

mit Heroin und das Aufbewahren des Marihuanas. Auch die Verteidigung erachtete diese Einsatzstrafe als angemessen (Urk. HD 22 S. 3 und Urk. 44 S. 6).

E. 3.3

Erhöhung der Strafe unter Einbezug der Geldwäscherei und Widerhandlung gegen das Ausländergesetz a) Geldwäscherei Der Vorinstanz kann beigespflichtet werden, dass der Straftatbestand der Geldwäscherei vorliegend in echter Konkurrenz zur Betäubungsmittelwiderhandlung steht und als Nachtat zum Drogenhandel zwar strafbar ist, aber verschuldensmässig nur leicht ins Gewicht fällt neben dem Hauptdelikt. So hat der Beschuldigte mit Fr. 3'000.– einen relativ bescheidenen Betrag für seinen Lebensunterhalt verbraucht und sich damit keinen Luxus geleistet. Für die Geldwäscherei alleine wäre indessen - angesichts des Strafrahmens von Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe - doch eine Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten festzusetzen. Demnach erweist sich eine - in Anwendung des Asperationsprinzips und in leichter Abweichung der durch das erstinstanzliche Gericht vorgenommenen - Erhöhung der Einsatzstrafe um zwei Monate auf 26 Monate als gerechtfertigt.

- 14 - b) Verstösse gegen das Ausländergesetz Indessen wiegt das Verschulden bei den Verstössen gegen das Ausländergesetz nicht mehr leicht, sondern ist angesichts der Aufenthaltsdauer von immerhin knapp drei Monaten als mittelschwer einzustufen. Die Vorinstanz erwähnte die Unbelehrbarkeit des Beschuldigten beim Tatverschulden unter Hinweis darauf, dass dieser bereits einmal wegen Missachtung der Reisesperre bestraft worden sei. Nachdem bei den Täterkomponenten nachfolgend eine Straferhöhung wegen der einschlägigen Vorstrafen vorzunehmen ist, ist dies im Rahmen des Tatverschuldens nicht zusätzlich erhöhend zu veranschlagen. Somit wäre wohl für die Verstösse gegen das Ausländergesetz allein eine Strafe von rund vier Monaten Freiheitsstrafe auszusprechen. Die - wiederum in Nachachtung des Asperationsprinzips - vorzunehmende Straferhöhung erweist sich mit drei Monaten als angemessen. Es resultiert somit eine vorläufige Strafe von 29 Monaten Freiheitsstrafe.

E. 3.4

Täterkomponenten a) Hierzu kann vorab wiederum auf die weitgehend zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlich urteilenden Gerichts verwiesen werden (Urk. 34 S. 14 f. Ziff. 11 ff.). Der Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wurden im Urteil der Vorinstanz richtig zusammengefasst. Daraus lässt sich nichts für die Strafzumessung Relevantes entnehmen. Heute wurde in diesem Zusammenhang nichts Neues vorgebracht (Prot. II S. 5 ff.). b) Das Vorleben, insbesondere die beiden einschlägigen Vorstrafen fallen stark strafferhöhend ins Gewicht. Der Beschuldigte wurde nämlich bereits mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Mai 2014 wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Strafe von 18 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. Mit Strafbefehl vom 18. März 2015 wurde er sodann zu 45 Tagen Freiheitsstrafe verurteilt wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts, wobei die Strafe vollzogen wurde. Ebenso wurde die ursprünglich auf 2 Jahre festgesetzte Probezeit für die früher ausgefallte Strafe von 18 Monaten Freiheitsstrafe um 1 Jahr verlängert. Ebenfalls strafferhöhend wirkt sich demnach das Handeln des Beschuldigten während dieser laufenden Probezeit aus.

- 15 - c) Unter dem Titel Nachtatverhalten ist das Geständnis des Beschuldigten als Strafminderungsgrund, der erheblich ins Gewicht fällt, zu werten. Tatsächlich hätten dem

Beschuldigten wohl nur der Besitz der sichergestellten Restmenge von 171 Gramm Heroingemisch sowie der 15 Kilogramm Marihuana (D1 Urk. 12/1 und 12/4) nachgewiesen werden können, hätte er nicht eingeräumt, deutlich mehr Heroingemisch zum Verkauf übernommen zu haben. d) Entgegen der Ansicht der Vorinstanz überwiegen indessen die strafehöhenden Komponenten (einschlägige Vorstrafen und Handeln während laufender Probezeit) leicht über den Reduktionsgrund des Geständnisses. Eine Straferhöhung um mehr als 1 Monat verbietet sich indessen aufgrund des Gebots der reformatio in peius ohnehin, abgesehen davon, dass sich eine Strafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe für die heute zu beurteilenden Delikte insgesamt als durchaus angemessen erweist.

E. 4

Widerruf Strafe vom 22. Mai 2014 und Festsetzung Gesamtstrafe

E. 4.1

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe (Art. 46 Abs. 1 StGB). Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf. Es kann den Verurteilten verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern. Für die Dauer der verlängerten Probezeit kann das Gericht Bewährungshilfe anordnen und Weisungen erteilen (Art. 46 Abs. 2 StGB).

E. 4.2

Nachdem der Beschuldigte während laufender um ein Jahr, d.h. bereits um die Hälfte, verlängerter Probezeit und obwohl er die mit Strafbefehl vom 18. März 2015 ausgefallte Strafe (45 Tage Freiheitsstrafe) verbüsst hatte, erneut einschlägig straffällig wurde, muss leider erwartet werden, dass er auch in Zukunft weitere Straftaten verüben wird. Auf einen Widerruf könnte höchstens dann verzichtet werden, wenn die Probezeit bei gleichzeitigem Vollzug der neuen Strafe noch-

- 16 - mals deutlich verlängert werden könnte. Dies ist jedoch nicht möglich, denn auch bei mehreren Verlängerungen darf die Dauer der Probezeit die ursprüngliche Probezeit nicht um mehr als die Hälfte überschreiten (BSK StGB I - Schneider/Garré, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 46 N 52).

E. 4.3

Mithin ist die mit Urteil vom 22. Mai 2014 bedingt ausgefallte Strafe - in Übereinstimmung mit den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 34 S. 17 f.) - zu widerrufen.

E. 4.4

Nunmehr ist somit in Anwendung des Asperationsprinzips, die für die heute zu beurteilenden Delikte errechnete Freiheitsstrafe von 30 Monaten angemessen zu erhöhen. Ehemals setzte das Bezirksgericht Winterthur im Urteil vom 22. Mai 2014 für die 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 (Besitz und teilweise Verkauf von insgesamt 315 Gramm Heroingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 18%, was einer Menge von 56,7 Gramm reinem Heroin entsprach) im abgekürzten Verfahren und somit mit

dem Einverständnis des Beschuldigten die Strafe auf 18 Monate Freiheitsstrafe fest. Vor dem Hintergrund, dass ein in der Probezeit delinquierender Täter nicht über Mass privilegiert werden soll, erscheint eine Erhöhung der für die neuen Delikte festgesetzten Strafe um 15 Monate auf 45 Monate Freiheitsstrafe als angemessen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_632/2009 vom 26. Oktober 2009). Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass zwar die Folgen des unbedingten Vollzugs auch nach neuem Recht innerhalb des normalen Strafrahmens zu berücksichtigen sind, namentlich dann, wenn eine Strafe vertretbar erscheint, welche die Grenzen für die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Strafvollzugs nicht überschreitet (Fingerhuth et. al., OFK-BetmG, a.a.O., Art. 47 StGB N 22 mit Verweis auf BGE 134 IV 22 ff.). Ein solcher Fall ist vorliegend indessen nicht gegeben, da eine Strafreduktion um (weitere) 9 Monate nicht als vertretbar erachtet werden kann.

E. 4.5

Wie die Vorinstanz festhielt, befand sich der Beschuldigte vom 29. Mai 2017 bis und mit 25. August 2017 in Untersuchungs- und Sicherheitshaft und wurde

- 17 - ihm am 25. August 2017 der vorzeitige Strafantritt bewilligt (Urk. 36 S. 16 lit. C Ziff. 17, D1 Urk. 14/1, Urk. 14/11 und Urk. 26). Damit sind dem Beschuldigten 289 Tage, welche er bis und mit heute durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden hat, an die Strafe anzurechnen. III. Vollzug der heute auszufällenden (Gesamt-)Strafe 1. In objektiver Hinsicht ist die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Strafvollzugs nicht möglich, da einerseits ein vollständiger Strafaufschub nur für Strafen bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe möglich ist (Art. 42 Abs. 1 StGB). Der teilbedingte Strafvollzug kommt sodann andererseits nur in Frage bei Strafen bis maximal drei Jahre Freiheitsstrafe (Art. 43 Abs. 1 StGB). Die heute auszufällende Freiheitsstrafe von 45 Monaten übersteigt diese Grenzen deutlich. Falls jedoch in subjektiver Hinsicht eine bedingte Strafe in Frage käme, wäre zu überprüfen, ob die Strafzumessung nach dem zur Tatzeit geltenden Recht doch zu einem für den Beschuldigten günstigeren Resultat führt; dann ist das frühere Recht das mildere und somit anwendbar. Dies wäre möglicherweise der Fall, wenn nur die Strafe aus dem Jahre 2014 zu widerrufen wäre und ein bedeutender Teil der heute auszusprechenden Strafe (30 Monate Freiheitsstrafe) bedingt ausgefällt werden könnte.

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