Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 1048/2010

Urteil vom 6. Juni 2011
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys,
Gerichtsschreiber Boog.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, Frey-Herosé-Strasse 12, Wielandhaus, 5001 Aarau,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, vom 21. Oktober 2010.

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Aarau erklärte X._____ mit Urteil vom 17. Juni 2009 des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes gemäss Art. 19a BetmG schuldig und verurteilte ihn zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 16 Monaten, unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft, sowie zu einer Busse von Fr. 300.–, bei schuldhafter Nichtbezahlung umwandelbar in eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen. In einem Punkt sprach es ihn von der Anklage des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz frei. Das Verfahren bezüglich der vor dem 17. Juni 2006 begangenen Konsumhandlungen stellte es zufolge Eintritts der Verfolgungsverjährung ein. Ferner widerrief es den mit Urteil des Bezirksgerichts Aarau vom 10. Dezember 2003 für eine Strafe von 12 Monaten Gefängnis abzüglich 11 Tage Untersuchungshaft gewährten bedingten Vollzug und ordnete die Verbüssung der Gefängnisstrafe an. Diese bildet zusammen mit der Strafe für die neuen Delikte die Gesamtfreiheitsstrafe von 16 Monaten. Schliesslich zog das Bezirksgericht die beschlagnahmten Betäubungsmittel zur Vernichtung ein. Von der Erhebung einer Ersatzforderung sah es ab.
Das Obergericht des Kantons Aargau ergänzte mit Urteil vom 21. Oktober 2010 in teilweiser Gutheissung einer vom Beurteilten geführten Berufung Ziff. 3 des erstinstanzlichen Urteils und ordnete gestützt auf Art. 63 StGB eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme an. Im Übrigen wies es die Berufung ab.

B.

X._____ führt Beschwerde beim Bundesgericht mit dem Antrag, er sei in Abänderung des angefochtenen Urteils zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, mit bedingtem Strafvollzug, sowie zu einer Busse von Fr. 300.– zu verurteilen, die ausgestandene Untersuchungshaft sei auf die Geldstrafe anzurechnen, und es sei auf den Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichts Aarau vom 10. Dezember 2003 ausgefällten Gefängnisstrafe von 12 Monaten zu verzichten sowie die Probezeit um 2 Jahre zu verlängern. Eventualiter beantragt er, die Vorinstanz sei anzuweisen, ein aktuelles Gutachten zur Frage der Bewährungsaussichten einzuholen und hernach neu zu urteilen. Schliesslich ersucht er sinngemäss um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

C.
Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau haben unter Hinweis auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.
1.1 Dem Beschwerdeführer wird die Weitergabe von 1 Gramm Heroin und einer nicht genau bestimmbaren Menge Kokain (maximal 13 Gramm) über einen Zeitraum von etwas mehr als 2 Jahren vorgeworfen. Ausserdem habe er Kokain und Heroin zum Eigenkonsum erworben (angefochtenes Urteil S. 8 f.; erstinstanzliches Urteil S. 5 ff.).

1.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe keine Betäubungsmittel verkauft, sondern lediglich mit einer Person Heroin gegen Kokain getauscht. Die Vorinstanz sei von einer zu grossen Menge verkaufter Drogen ausgegangen (Beschwerde S. 2 f.).

1.3 Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz wendet, genügt seine Beschwerde den Anforderungen an die Beschwerdebegründung nicht. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht. Die Rüge der offensichtlich unrichtigen, d.h. willkürlichen Feststellung des Sachverhalts prüft das Bundesgericht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nur insoweit, als sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet worden ist. In der Beschwerde muss im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der angefochtene Erlass an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 136 II 489 E. 2.8; 133 IV 286 E. 1.4). Was der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vorbringt, erschöpft sich in einer appellatorischen Kritik am angefochtenen Urteil. Auf eine solche tritt das Bundesgericht nicht ein. Im Übrigen genügt für die Begründung von Willkür, unter welchem Gesichtspunkt das Bundesgericht eine geltend gemachte Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel prüft, praxisgemäss nicht, dass
das angefochtene Urteil mit der Darstellung des Beschwerdeführers nicht übereinstimmt oder eine andere Lösung oder Würdigung vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre (BGE 135 II 356 E. 4.2.1; 134 I 140 E. 5.4).
Auf die Beschwerde kann in diesem Punkt nicht eingetreten werden.

2.
2.1 Der Beschwerdeführer wendet sich in der Hauptsache gegen die Strafzumessung, den Widerruf der bedingt aufgeschobenen Vorstrafe und die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges. Er macht geltend, das Ausmass der ihm angelasteten Widerhandlungen rechtfertige keine unbedingte Freiheitsstrafe von 4 Monaten. Er leide an einer emotional instabilen Persönlichkeitsstörung vom Typ Borderline und sei im Zeitpunkt der Taten schwer drogenabhängig gewesen. Aufgrund dessen habe er keiner geregelten Arbeit im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses nachgehen können. Seine Vorstrafen im Zusammenhang mit Drogendelikten lägen weit zurück (Jahre 2000 und 2003) und die im zu beurteilenden Verfahren zur Last gelegten Handlungen seien in ihrem Ausmass nicht mit der Schwere der früheren Taten vergleichbar (Beschwerde S. 2 f.).
In Bezug auf die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges bringt er vor, seine Verhältnisse hätten sich seit der Verurteilung im Jahr 2003 erheblich verbessert. Er lebe in gefestigten familiären Verhältnissen, sei drogenfrei und habe mit grossem Einsatz ein Unternehmen aufgebaut. Die selbständige Erwerbstätigkeit entspreche seiner

aufgrund seiner Erkrankung eingeschränkten Leistungsfähigkeit viel besser als eine Arbeit im Angestelltenverhältnis. Ein Vollzug der Strafe würde ihn aus seinem mühsam erarbeiteten Sicherheitsnetz herausreissen. Seine Resozialisierungsbemühungen würden dadurch zerschlagen. Ausserdem habe die Vorinstanz ohne ein aktuelles Gutachten über seine Prognose befunden (Beschwerde S. 3).

2.2

2.2.1 Die Vorinstanz nimmt an, die gehandelte Drogenmenge erreiche zwar die Schwelle zum qualifizierten Fall gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG nicht, sie dürfe aber auch nicht bagatellisiert werden. Dass dem Beschwerdeführer keine Gewinnsucht nachgewiesen werden könne und die Betäubungsmitteldelikte zur Finanzierung seines Eigenkonsum gedient hätten, sei nicht strafmindernd zu berücksichtigen. Leicht straferhöhend fielen die lange Deliktsdauer sowie die Mehrzahl der vom Beschwerdeführer seit der letzten Verurteilung begangenen Delikte ins Gewicht. Erheblich straferhöhend zu gewichten sei überdies die erneute Straffälligkeit trotz zweier einschlägiger Vorstrafen aus den Jahren 2000 und 2003. Der Beschwerdeführer habe sich nicht angestrengt, das geschehene Unrecht wieder gutzumachen. Insofern habe er keine Reue gezeigt. Hingegen habe er durch seine teilweisen Geständnisse, die Entschuldigung für sein Verhalten anlässlich der Hauptverhandlung, seine zum Ausdruck gebrachte Behandlungswilligkeit sowie den Antrag auf eine ambulante Massnahme eine gewisse Einsicht in das Unrecht seiner Taten bewiesen, was leicht strafmindernd zu gewichten sei. Nicht strafmindernd berücksichtigt werden könnten demgegenüber die geltend gemachten stabilen
familiären Verhältnissen. Dass er bei seinen Eltern wohne, lasse in Anbetracht seines Alters nicht auf gefestigte soziale Verhältnisse schliessen. Hingegen sei strafmindernd zu gewichten, dass er heute seinen Lebensunterhalt selber finanziere und seine Schulden zurückbezahle. Nur leicht strafmindernd berücksichtigt werden könne der Wiedereinstieg ins Berufsleben durch die Gründung einer Kollektivgesellschaft im Werbebereich, da diese erst seit kurzer Zeit existiere und noch nicht mit Sicherheit gesagt werden könne, ob ihr Erfolg beschieden sein werde. Zudem habe er sich schon im Verfahren vor dem Bezirksgericht Aarau im Jahre 2003 hierauf berufen und sei dennoch nur kurze Zeit später wieder straffällig geworden. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände mit Einschluss der im Gutachten der Psychiatrischen Dienste Aargau vom 23. Februar 2003 attestierten knapp mittelgradig verminderten Schuldfähigkeit gewichtet die Vorinstanz das Gesamtverschulden des Beschwerdeführers als mittelschwer (angefochtenes Urteil S. 8 ff.).

2.2.2 In Bezug auf den Widerruf des bedingten Strafvollzuges für die mit Urteil des Bezirksgerichts Aarau vom 10. Dezember 2003 ausgesprochene Gefängnisstrafe von 12 Monaten nimmt die Vorinstanz an, der Beschwerdeführer habe die neuen Straftaten innerhalb der Probezeit von 5 Jahren begangen. Materiell scheitere der Verzicht auf den Widerruf an der ungünstigen Legalprognose des Beschwerdeführers. Es bestehe die erhöhte Gefahr der Begehung weiterer Straftaten (angefochtenes Urteil S. 15).

Aus demselben Grund gelangt die Vorinstanz zum Schluss, die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges für die neue Strafe wären auch im Falle eines Verzichts auf den Widerruf des bedingten Strafvollzugs für die frühere Strafe nicht erfüllt. Der Beschwerdeführer weise zwei einschlägige Vorstrafen auf, und der vom Bezirksgericht Aarau mit Urteil vom 10. Dezember 2003 angeordnete Widerruf des bedingten Strafvollzuges für die vom Obergericht des Kantons Aargau am 25. Mai 2000 ausgesprochene Vorstrafe von 5 Monaten Gefängnis habe ihn nicht von weiterer Delinquenz abzuhalten vermocht. Sein Rückfall sei bei der Prognosestellung stark negativ zu gewichten. Positiv anzurechnen sei dem Beschwerdeführer, dass er gemäss eigenen Angaben seit 2½ Jahren drogenfrei lebe und seither nicht mehr straffällig geworden sei. Doch ergebe sich die schlechte Prognose aus dem Umstand, dass er selber eine ambulante Behandlung beantrage. Im Falle des Rückfalls in die Drogensucht sei ernsthaft mit erneuter Delinquenz zu rechnen. Besonders günstige Umstände, welche den Aufschub der neuen Strafe zuliessen, seien daher nicht ersichtlich. Der unbedingte Strafvollzug sei zwingend notwendig, um den Beschwerdeführer von der Begehung weiterer
Delikte abzuhalten (angefochtenes Urteil S. 12 ff.).

2.2.3 Schliesslich nimmt die Vorinstanz an, da der bedingte Strafvollzug für die Vorstrafe widerrufen werden müsse, sei in Anwendung von Art. 46 Abs. 1 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. Diese sei vorliegend in der Form einer Freiheitsstrafe auszufällen, da das Höchstmass der Geldstrafe bei 360 Tagessätzen liege und dieses bereits durch die zu widerrufende Gefängnisstrafe von 12 Monaten ausgeschöpft werde. Die von der ersten Instanz ausgesprochene Gesamtstrafe von 16 Monaten Freiheitsstrafe erscheine als angemessen (angefochtenes Urteil S. 12).

3.

3.1
3.1.1 Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Die Bewertung des Verschuldens richtet sich gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung nach der Schwere der Verletzung oder der Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.
Dem Sachgericht steht bei der Gewichtung der verschiedenen Strafzumessungsfaktoren ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin in die Strafzumessung nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat.
Gemäss Art. 50 StGB hat das Gericht, sofern es sein Urteil zu begründen hat, die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Es hat seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (BGE 134 IV 17 E. 2.1; 129 IV 6 E. 6.1; mit Hinweisen).
3.1.2 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu der Strafe der schwersten Straftat, d.h. derjenigen Tat, die mit der schwersten Strafe bedroht ist, und erhöht sie angemessen (Asperationsprinzip). Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden.

3.2 Die Vorinstanz gewichtet das Verschulden des Beschwerdeführers in Abwägung der wesentlichen schuldrelevanten Tat- und Täterkomponenten insgesamt als mittelschwer. Sie folgt in ihren Erwägungen zur Strafzumessung indes nicht dem von der Rechtsprechung vorgezeichneten methodisch korrekten Vorgehen. Insbesondere berücksichtigt sie nicht, dass bei mehrfacher Tatbegehung das als schwerste Tat beurteilte Delikt ausgeschieden und hiefür eine Einsatzstrafe festgesetzt werden muss. Ob sie die Strafe für die neu beurteilten Straftaten unter angemessener Würdigung aller massgeblichen Gesichtspunkte bemessen hat, lässt sich daher nicht nachprüfen. Das angefochtene Urteil genügt insofern den Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung gemäss Art. 50 StGB nicht.
Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die Festsetzung einer Strafe von 4 Monaten für die neuen Delikte im Lichte der Gewichtung des Verschuldens als mittelschwer angesichts eines ordentlichen Strafrahmens von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu theoretisch möglichen 4 ½ Jahren nicht als plausibel erscheint. Auf der anderen Seite ist die Gewichtung des Verschuldens in Anbetracht der geringfügigen Menge weitergegebener Drogen und unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Beschwerdeführer nur zur Finanzierung des Eigenkonsums gehandelt hat, nicht nachvollziehbar. Bei der erneuten Strafzumessung wird die Vorinstanz das Verschulden neu bewerten müssen. Aufgrund des Verbots der reformatio in peius nach bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheiden wird sie zudem für die neuen Delikte keine höhere als die bisher ausgesprochene Strafe ausfällen dürfen (BGE 135 IV 97 E. 6, S. 97).

4.
4.1 Gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht und deshalb zu erwarten ist, dass er weitere Straftaten verüben wird. Es kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden.
Nach der Rechtsprechung kommt beim Widerruf der bedingt ausgesprochenen Vorstrafe die Bildung einer Gesamtstrafe für die früheren und für die während der Probezeit verübten neuen Delikte nicht in Betracht, wenn die widerrufene Strafe und die neue Strafe gleichartig sind. Die Bildung einer Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip lasse den straferhöhend zu wertenden Umstand, dass der Täter die neuen strafbaren Handlungen (teilweise) während der Probezeit nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer bedingten Strafe begangen habe, bei der Strafzumessung zu Unrecht ausser Acht (BGE 134 IV 241 E. 4.3 und 4.4).
4.2
4.2.1 Die kantonalen Instanzen nehmen an, wegen des Widerrufs des mit Urteil des Bezirksgerichts Aarau

vom 10. Dezember 2003 für die Strafe von 12 Monaten Gefängnis gewährten bedingten Strafvollzuges sei zusammen mit der neu auszufällenden Strafe in Anwendung von Art. 46 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe auszusprechen (angefochtenes Urteil S. 11; erstinstanzliches Urteil S. 14). Diese Auffassung hält vor Bundesrecht nicht stand. Die Ausfällung einer Gesamtstrafe kommt gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB nur in Betracht, wenn die frühere bedingt aufgeschobene und die für die neuen Straftaten auszufällende Strafe nicht gleichartig sind. Die Vorinstanz nimmt zu Recht an, die für die neuen Schuldsprüche auszufällende Strafe falle unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschwerdeführers und seiner in mittlerem Grade verminderten Schuldfähigkeit in den Bereich der Geldstrafe (angefochtenes Urteil S. 12). Dies ergibt sich hier schon daraus, dass bei einem von den kantonalen Instanzen festgesetzten Strafmass von 4 Monaten (Gesamtstrafe von 16 Monaten abzüglich der Vorstrafe von 12 Monaten) gemäss Art. 40 StGB in der Regel keine Freiheitsstrafe in Betracht kommt. Dass die Voraussetzungen für eine kurze unbedingte
Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 41 Abs. 1 StGB erfüllt wären, ist nicht ersichtlich.
Bei dieser Sachlage verletzt die Auffassung der Vorinstanz, die Gesamtstrafe müsse in der Strafart der Freiheitsstrafe ausgesprochen werden (angefochtenes Urteil S. 12), Bundesrecht. Denn bei Ausfällung einer Geldstrafe für die neu zu beurteilenden Delikte im vorliegenden Fall ist die Ausfällung einer Gesamtstrafe trotz der unterschiedlichen Strafart ausgeschlossen. Art. 46 Abs. 1 StGB erlaubt für die Bildung einer Gesamtstrafe lediglich die Änderung der widerrufenen Strafe. Die Umwandlung der neu auszusprechenden Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe ist somit nicht möglich. Die Änderung der Vorstrafe in eine Geldstrafe scheidet ebenfalls aus, da das Höchstmass der Geldstrafe gemäss Art. 34 StGB schon durch die zu widerrufende Gefängnisstrafe von 12 Monaten ausgeschöpft wird.
4.2.2 Indem die Vorinstanz dessen ungeachtet eine Gesamtstrafe ausspricht, unterlässt sie es zudem, bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten im Rahmen der Gesamtwürdigung auch die Frage zu prüfen, ob und inwieweit sich der Vollzug der Vorstrafe oder der neuen Strafe gegebenenfalls auf die Legalprognose des Beschwerdeführers auswirkt. Denn nach der Rechtsprechung kann der Richter zum Schluss gelangen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzuges für die frühere Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollstreckt wird. Widerruft er die frühere Strafe, kann er umgekehrt auch unter Berücksichtigung des nachträglichen Vollzuges dieser Vorstrafe eine ungünstige Prognose für die neue Strafe verneinen und für die neue Strafe den bedingten Strafvollzug gewähren (BGE 134 IV 140 E. 4.5; vgl. hiezu unten E. 5.2). Dies gilt auch, wenn für die Vorstrafe und die neue Strafe unterschiedliche Strafarten gewählt werden.
Im Übrigen berücksichtigt die Vorinstanz nicht, dass mit der Aussprechung einer Gesamtstrafe dem Beschwerdeführer die Möglichkeit verschlossen würde, die allfällig zu vollziehende Freiheitsstrafe in der Form der Halbgefangenschaft zu verbüssen (Art. 77b StGB).

5.
5.1
5.1.1 Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wesentliches Prognosekriterium in subjektiver Hinsicht ist die strafrechtliche Vorbelastung (ausführlich BGE 134 IV 1 E. 4.2.1). Für den bedingten Vollzug genügt das Fehlen einer ungünstigen Prognose, d.h. die Abwesenheit der Befürchtung, der Täter werde sich nicht bewähren (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2).
Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides miteinzubeziehen. Wie bei der Strafzumessung (Art. 50 StGB) müssen die Gründe im Urteil so wiedergegeben werden, dass sich die richtige Anwendung des Bundesrechts überprüfen lässt (BGE 134 IV 140 E. 4.4 mit Hinweisen).
Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahren vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, ist der Aufschub des Vollzugs für die neue Strafe gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen. Der früheren Verurteilung kommt mithin die Bedeutung eines Indizes für die Befürchtung zu, dass der Täter weitere Straftaten begehen könnte. Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kommt da-

her nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Das trifft etwa zu bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters (BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 mit Hinweisen). Fehlt es an besonders günstigen Umständen, so muss der Richter die neue Strafe als vollziehbar erklären (BGE 134 IV 140 E. 4.5 mit Hinweisen).
Das Bundesgericht hebt einen Entscheid der kantonalen Instanz nur auf, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder die relevanten Faktoren in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens unrichtig gewichtet hat (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1; 128 IV 193 E. 3a, je mit Hinweisen).
5.1.2 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 gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB die bedingt aufgeschobene Strafe oder den bedingt aufgeschobenen Teil der Strafe. Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit führt mithin nur zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs, wenn die Bewährungsaussichten wegen der neuen Straffälligkeit negativ eingeschätzt werden müssen.
Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht nach Abs. 2 derselben Bestimmung auf einen Widerruf. Es kann in diesem Fall den Verurteilten verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern. Besonders günstige Umstände, wie sie Art. 42 Abs. 2 StGB für den bedingten Strafaufschub bei entsprechender Vorverurteilung verlangt, sind für den Verzicht auf den Widerruf nicht erforderlich. Art und Schwere der erneuten Delinquenz sind jedoch insofern von Bedeutung, als diese Rückschlüsse auf die Legalbewährung des Verurteilten erlauben (BGE 134 IV 140 E. 4.4 und 4.5 mit Hinweisen).
Auch hier ist die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen, und steht dem Gericht ein Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesgericht nur eingreift, wenn das Gericht sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (BGE 134 IV 140 E. 4.2 mit Hinweisen).

5.2 Wie in E. 4.2 hievor ausgeführt, ist in die Beurteilung der Bewährungsaussichten beim Entscheid über die Gewährung des bedingten Strafvollzuges bzw. über den Widerruf des bedingten Strafvollzugs einer Freiheitsstrafe im Rahmen der Gesamtwürdigung auch miteinzubeziehen, ob die frühere Strafe vollzogen bzw. ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Nach ständiger Rechtsprechung muss bei der Stellung einer Legalprognose die mögliche Warnwirkung des Vollzuges der neu zu vollziehenden Strafe mitberücksichtigt werden (BGE 134 IV 140 E. 4.5; 116 IV 177 je mit Hinweisen; SCHNEIDER/GARRÉ, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 42 N 74 und Art. 46 N 36 je mit Hinweisen).
Indem die Vorinstanz es unterlässt, bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten auch die Warnwirkung der zu vollziehenden Vorstrafe bzw. des Vollzugs der neuen Strafe zu berücksichtigen, verletzt sie Bundesrecht.

6.
6.1 Die Vorinstanz begründet die negative Beurteilung der Bewährungsaussichten für den Beschwerdeführer u.a. mit dem Umstand, dass dieser im Berufungsverfahren die Anordnung einer ambulanten Therapie beantragt hat. Damit schliesse er selber einen Rückfall in seine Drogensucht nicht aus und stelle sich eine schlechte Prognose (angefochtenes Urteil S. 14). Für die Anordnung der ambulanten Massnahme im Sinne einer drogenspezifischen Therapie mit ergänzender psychotherapeutischer Behandlung der Persönlichkeitsstörung stützt sich die Vorinstanz auf das Gutachten der psychiatrischen Dienste des Kantons Aargau vom 23. Februar 2003 (ST.2003.50189) und auf das Ergänzungsgutachten der Psychiatrischen Klinik Königsfelden vom 8. März 2005 (ST.2004.50275). Sie nimmt an, der Beschwerdeführer habe die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz begangen, um seine Drogensucht zu finanzieren. Es sei zu erwarten, dass die Anordnung einer Massnahme die Gefahr der weiteren Tatbegehung zumindest stark eindämme, wenn nicht gar behebe, wozu die Strafe allein nicht geeignet wäre (angefochtenes Urteil S. 16 f.).

6.2 Gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB ist eine Massnahme anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen. Die Rechtsprechung nimmt gestützt hierauf an, die Anordnung der Massnahme bedeute zugleich eine ungünstige Prognose, so dass der bedingte oder teilbedingte Aufschub einer gleichzeitig ausgefällten Strafe ausgeschlossen sei. Dies gilt nach der Rechtsprechung auch, wenn eine ambulante Massnahme ausgesprochen wird (BGE 135 IV 180 E. 2.3; ferner Urteile des Bundesge-

richts 6B 342/2010 vom 9.7.2010 E. 3.5.2; 6B 141/2009 vom 24.9.2009 E. 1; 6B 268/2008 vom 2.3.2009 E. 6; 6B 724/2008 vom 19.3.2009 E. 3.1).
Sind die gesetzlichen Voraussetzungen einer ambulanten Massnahme erfüllt, ist diese in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 StGB zwingend anzuordnen. Das Gericht kann in diesem Fall gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe zugunsten der ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Ist die Anordnung einer ambulanten Massnahme gemäss Art. 63 Abs. 1 StGB nicht erforderlich, bedarf der Täter jedoch im Hinblick auf eine günstige Legalprognose einer therapeutischen Unterstützung, kann das Gericht ihn mit einer Weisung nach Art. 44 Abs. 2 StGB (bzw. Art. 94 StGB) zu einer geeigneten Behandlung anhalten. Dies bedingt allerdings, dass angenommen werden kann, der Täter werde sich unter Berücksichtigung der Therapie in Zukunft wohlverhalten, so dass die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges gemäss Art. 42 StGB erfüllt sind. In diesem Fall kann der bedingte Strafvollzug mit der Weisung verbunden werden, sich einer (ambulanten) Therapie zu unterziehen (SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, 8. Auflage, Zürich 2007, S. 132 FN 377; vgl. auch TRECHSEL/STÖCKLI, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2008, Art. 42 N 7; SCHNEIDER/GARRÉ,
a.a.O., Art. 42 N 24 f. und 78). Fällt die Prognose dagegen ungünstig aus, ist die Strafe unbedingt auszusprechen.

6.3 Der Beschwerdeführer führt in seiner Berufungsschrift im Rahmen seines Antrags auf Gewährung des bedingten Strafvollzuges aus, er lebe sei 2 ½ Jahren drogenfrei und scheine seine Drogensucht überwunden zu haben. Ein Rückfall in den Drogenkonsum erscheine als eher unwahrscheinlich. Ausserdem habe er sowohl in persönlicher als auch beruflicher Hinsicht erhebliche Fortschritte erzielt. In diesem Zusammenhang beantragt er eine ambulante psychotherapeutische Behandlung zur Verminderung des restlichen Rückfallrisikos. Dabei stützt er sich auf das Ergänzungsgutachten der Psychiatrischen Klinik Königsfelden vom 8. März 2005 (Berufung S. 11/13, Akten des Obergerichts, nicht paginiert).
Der Beschwerdeführer beantragte im zweitinstanzlichen Verfahren zur Hauptsache die Gewährung des bedingten Strafvollzuges. Der Antrag auf Anordnung einer ambulanten Behandlung ist in diesem Licht zu würdigen. Er ist mithin im Sinne eines Antrags auf Anordnung einer unterstützenden Massnahme zur Verbesserung der Bewährungschancen des Beschwerdeführers während der Probezeit zu verstehen. Diesem Ansinnen hätte die Vorinstanz mit der Erteilung einer entsprechenden Weisung im Sinne von Art. 44 Abs. 2 StGB nachkommen müssen, auch wenn der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers dies nicht ausdrücklich beantragt hat. Der Antrag des Beschwerdeführers diente offensichtlich dem Zweck, der Vorinstanz gegenüber die Absicht zu unterstreichen, seine bisherige positive Entwicklung zu festigen und zu sichern. Der Schluss der Vorinstanz, mit dem entsprechenden Antrag stelle sich der Beschwerdeführer selber eine schlechte Prognose ist, vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Wenn die Vorinstanz dennoch die Anordnung einer ambulanten Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB in Erwägung hätte ziehen wollen, wäre sie gemäss Art. 56 Abs. 3 StGB verpflichtet gewesen, über die Frage der Notwendigkeit der Behandlung ein Gutachten einzuholen, zumal das
Ergänzungsgutachten vom 8. März 2008 mehrere Jahre vor die nunmehr erreichte Drogenabstinenz zurückreicht und über die Notwendigkeit einer ambulanten Massnahme keine Aussagen zu den veränderten aktuellen Verhältnissen enthält. Nach der Rechtsprechung ist die Einholung einer neuen Expertise unabdingbar, wenn frühere Gutachten mit Ablauf der Zeit und zufolge veränderter Verhältnisse an Aktualität eingebüsst haben (BGE 134 IV 246 E. 4.3; 128 IV 241 E. 3.4). Dieses Gutachten müsste sich allenfalls auch zu einem Aufschub des Strafvollzuges zugunsten der ambulanten Massnahme aussprechen.

7.
Die Beschwerde erweist sich insgesamt in mehrfacher Hinsicht als begründet und ist daher gutzuheissen. Die Vorinstanz wird in ihrem neuen Entscheid aufgrund der aktuellen Verhältnisse prüfen müssen, ob die für die neuen Delikte auszusprechende Strafe, welcher Art sie auch sein mag, der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann und ob die Vorstrafe zu widerrufen ist. Ausserdem wird sie, soweit sie die Anordnung einer ambulanten Behandlung in Betracht zieht, ein neues Gutachten einholen müssen.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird daher gegenstandslos. Da der obsiegende Beschwerdeführer nicht anwaltlich vertreten ist, sind ihm keine Kosten erwachsen. Von der Zusprechung einer Entschädigung ist daher abzusehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 21. Oktober 2010 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden weder Kosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Juni 2011

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Mathys Boog