Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 765/2008

Urteil vom 7. April 2009
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Favre, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger, Ferrari, Mathys,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Carmine Baselice,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich, Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Widerruf; Strafzumessung, bedingter Strafvollzug,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 22. Mai 2008.

Sachverhalt:

A.
Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte X._____ am 11. April 2002 zweitinstanzlich wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu zwei Jahren und vier Monaten Gefängnis als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 6. November 1999 (60 Tage Gefängnis wegen Körperverletzung). Die dagegen erhobenen Rechtsmittel an das Bundesgericht blieben ohne Erfolg (vgl. Urteile 6P.117/2003 und 6S.247/2002 vom 3. März 2004).
X._____ trat die ausgefällte Strafe am 28. Juni 2004 an. Mit Entscheid des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 9. August 2005 wurde er auf den 27. August 2005 bei einer Probezeit von 3 Jahren bedingt aus dem Strafvollzug entlassen.
Vor Ablauf der Probezeit, d.h. am 14./15. März 2007, delinquierte X._____ erneut, indem er 56 Gramm reines Kokain kaufte und verkaufte.

B.
Mit Urteil vom 22. Mai 2008 stellte das Obergericht des Kantons Zürich im Berufungsverfahren die Rechtskraft des erstinstanzlichen Schuldspruchs wegen (erneuter) Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz fest. Es ordnete die Rückversetzung von X._____ in den Vollzug der am 11. April 2002 ausgefällten Freiheitsstrafe (Reststrafe: 284 Tage) an und bestrafte ihn unter Einbezug dieses Strafrests mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten als Gesamtstrafe. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es im Umfang von 12 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von fünf Jahren bedingt auf. Im Umfang von 12 Monaten erklärte es die Freiheitsstrafe als vollziehbar.

C.

X._____ gelangt mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich sei unter Kostenfolgen aufzuheben, auf die Rückversetzung in den Strafvollzug sei zu verzichten und die neu auszufällende Freiheitsstrafe sei auf maximal 15 Monate festzusetzen mit bedingtem Strafvollzug und einer Probezeit von drei Jahren. Eventuell sei das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.
Vernehmlassungen wurde keine eingeholt.

Erwägungen:

1.
In Anwendung der übergangsrechtlichen Regelung von Art. 388 StGB, ergänzt durch Ziff. 1 Abs. 3 der Schlussbestimmungen der Änderung des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002, hat die Vorinstanz die zu beurteilende Frage der Nichtbewährung bzw. Rückversetzung entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach neuem Recht beurteilt (Urteil des Bundesgerichts vom 6. Dezember 2007, 6B 303/2007 E. 4.3, mit Hinweis auf BGE 133 IV 201). Hiegegen sind in der Beschwerde zu Recht keine Einwendungen erhoben worden. Soweit der Beschwerdeführer vor Bundesgericht geltend macht, es hätten nicht nur die revidierten Bestimmungen zur Nichtbewährung gemäss Art. 89 StGB, sondern richtigerweise auch diejenigen zur Probezeit gemäss Art. 87 StGB angewendet werden müssen, kann ihm nicht beigepflichtet werden. Denn diejenigen Elemente einer altrechtlichen Sanktion, die - wie die Probezeit - keinen Einfluss auf die Organisation und den institutionellen Ablauf des Sanktionenvollzugs haben und von daher nicht das Vollzugsregime im Sinne von Art. 388 Abs. 3 StGB betreffen, unterstehen dem Grundsatz nach Art. 388 Abs. 1 StGB, also dem Vollzug nach altem Recht (siehe SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich 2007, S. 321 f.; TRECHSEL/LIEBER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, St. Gallen 2008, Art. 388 N. 3). Im Übrigen handelt es sich vorliegend - der Beschwerdeführer wurde am 9. August 2005 mit Verfügung des Justizvollzugs des Kantons Zürich bei einer Probezeit von drei Jahren bedingt aus dem Strafvollzug entlassen - um einen Verwaltungsakt, der unter der Herrschaft des alten Rechts ergangen und unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. Dieser Akt bleibt vollständig - d.h. auch in Bezug auf die Dauer der verhängten Probezeit - bestehen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat das neue Recht hier nicht zur Folge, dass die bereits rechtskräftig beurteilte Frage der Dauer der Probezeit im Sinne von Art. 87 StGB in Wiedererwägung zu ziehen wäre. Anders zu argumentieren hiesse, dass mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts sämtliche laufenden Probezeiten für bedingt Entlassene hätten überprüft und nötigenfalls neu angesetzt werden müssen. Das entspricht nicht der Meinung des Gesetzgebers (vgl. BBl 1999 S. 2183). Die Vorinstanz ist nach dem Gesagten deshalb zutreffend von der Massgeblichkeit der unter der Herrschaft des alten Rechts am 9. August 2005 verfügten und in Rechtskraft erwachsenen dreijährigen Probezeit
ausgegangen.

2.
Die Beschwerde richtet sich gegen die vorinstanzliche Strafzumessung und die Verweigerung des bedingten Vollzugs der Strafe für die neue Straftat, die Rückversetzung in den Strafvollzug und schliesslich gegen das Vorgehen der Vorinstanz bei der Bildung und Anordnung der Gesamtstrafe.

2.1 Für die neu verübte Straftat des Beschwerdeführers - den Drogenverkauf von 56 Gramm reinen Kokains - erachtet die Vorinstanz im angefochtenen Urteil eine Freiheitsstrafe von 18 bis 20 Monaten als angemessen, wobei sie in Bezug auf die Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzugs besonders günstige Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB verneint. Sie spricht sich daher für den Vollzug der neu ausgefällten Freiheitsstrafe aus.
2.1.1 Die Vorinstanz legt ihren Strafzumessungserwägungen im Wesentlichen die entsprechenden Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil zugrunde. Sie geht dabei von einem nicht mehr leicht zu nehmenden Verschulden des Beschwerdeführers aus. Er habe aus rein finanziellen Motiven gehandelt. Hinweise dafür, dass er sich zur Tat irgendwie habe überreden lassen, bestünden nicht. Deutlich straferhöhend falle die einschlägige, allerdings weit zurückliegende Vorstrafe ins Gewicht. Zu berücksichtigen sei zudem eine zweite, nicht einschlägige

Vorstrafe (Strafbefehl wegen Körperverletzung). Ebenso sei zu seinen Ungunsten die erneute Straffälligkeit während der Probezeit in Rechnung zu stellen. Entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers werde ihm dadurch nicht zweimal derselbe Umstand zur Last gelegt, handle es sich doch dabei um zwei unterschiedliche Straferhöhungsgründe. Von einer unzulässigen Doppelverwertung könne mithin nicht gesprochen werden. Strafmindernd sei das Geständnis des Beschwerdeführers in Rechnung zu stellen, ebenso seine Festanstellung seit November 2007 und der Umstand, dass er sich lediglich ein einziges Drogengeschäft habe zuschulden kommen lassen und er dabei einen verhältnismässig geringen Verdienst erzielt habe.
Insgesamt erscheine deshalb eine Bestrafung für das neu begangene Delikt mit 18 bis 20 Monaten als angemessen (angefochtenes Urteil, S. 6-10).
2.1.2 Diese Erwägungen der Vorinstanz halten sich im Rahmen von Art. 47 StGB und sind entgegen den Ausführungen in der Beschwerde nicht zu beanstanden. Aufgrund der aufgezählten Kriterien - dem selbstbestimmten Handeln aus rein finanziellen Motiven - durfte die Vorinstanz von einem nicht mehr leicht wiegenden Verschulden des Beschwerdeführers ausgehen. Soweit dieser vor Bundesgericht erneut einwendet, er sei nicht von sich aus aktiv geworden, sondern habe nur auf die Bitte seines Mittäters hin gehandelt, weicht er von den verbindlichen Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz ab. Darauf ist nicht einzutreten. Entgegen der Verteidigung ist auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die rein finanziellen Beweggründe des selbst nicht drogenabhängigen Beschwerdeführers unter Verschuldensgesichtspunkten straferhöhend gewürdigt hat. Schliesslich hat die Vorinstanz, ohne Bundesrecht zu verletzen, neben der bestehenden einschlägigen Vorstrafe aus dem Jahre 2002 auch die erneute Straffälligkeit des Beschwerdeführers während der Probezeit zu seinen Ungunsten berücksichtigen dürfen. Dass und inwiefern hierin eine unzulässige Doppelverwertung liegen sollte, ist entgegen der Beschwerde nicht ersichtlich, handelt es sich doch dabei - worauf
im angefochtenen Urteil zutreffend hingewiesen wird - um zwei selbständig zu berücksichtigende Straferhöhungsgründe. Die Vorinstanz hat auch die weiteren für die Strafzumessung wesentlichen Gesichtspunkte bundesrechtskonform gewürdigt. Die ausgefällte Strafe von 18 bis 20 Monaten liegt bei einem infolge von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG verschärften Strafrahmen von einem bis 20 Jahren Freiheitsstrafe, fakultativ verbunden mit einer Geldstrafe von einem bis zu 360 Tagessätzen, innerhalb des weiten sachrichterlichen Ermessens und ist in jeder Hinsicht nachvollziehbar begründet. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

2.2 Die Verweigerung des bedingten Strafvollzugs begründet die Vorinstanz damit, dass keine besonders günstigen Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB vorlägen. Der Beschwerdeführer sei zweimal, einmal davon einschlägig, vorbestraft und habe sich trotz Verbüssens einer längeren Freiheitsstrafe nicht davon abhalten lassen, innerhalb der laufenden Probezeit wiederum mit Drogen zu handeln. Darüberhinaus lebe er nach wie vor nicht in besonders stabilen Verhältnissen. Zwar scheine er jetzt eine Festanstellung zu haben und auch Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Er lebe indessen nicht mehr mit seiner Ehefrau und den Kindern zusammen, die sich in Spanien aufhielten. Allein in der Schweiz zurückgelassen, scheine er zum Zahlvater degradiert worden zu sein. Jedenfalls habe er nicht plausibel erklären können, weshalb die Familie nicht mehr zusammenlebe bzw. weshalb ihn diese in der Schweiz nicht habe besuchen kommen können (angefochtenes Urteil, S. 12 f.).
2.2.1 Mit der Frage des bedingten Strafvollzugs und der "besonders günstigen Umstände" im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB hat sich das Bundesgericht bereits mehrfach eingehend auseinandergesetzt. Darauf kann verwiesen werden (statt vieler BGE 134 IV 1 E. 4 S. 4 ff., insbesondere E. 4.2.3 S. 6 f.).
2.2.2 Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 42 Abs. 2 StGB hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Gewährung des bedingten Strafvollzugs verweigern dürfen. Der Beschwerdeführer hat trotz Verbüssung eines Teils der Vorstrafe innerhalb der laufenden Probezeit nach der bedingten Entlassung erneut einschlägig delinquiert. Zwischenzeitlich haben sich seine Lebensumstände, insbesondere in beruflicher Hinsicht, zwar zum Positiven hin entwickelt. Sie sind aber nach den Feststellungen der Vorinstanz, namentlich was die familiäre Situation anbelangt, noch keinesfalls besonders stabil. Was der Beschwerdeführer dagegen einwendet, erschöpft sich in unbelegten Behauptungen und damit in appellatorischer Kritik. Von besonders günstigen Umständen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB kann insoweit entgegen der in der Beschwerde geäusserten Meinung jedenfalls nicht gesprochen werden, auch wenn der Beschwerdeführer durchaus glaubhaft beteuert, mit seiner Familie wieder zusammenleben zu wollen, und er gewillt und in der Lage sei, die eingetretene Verbesserung seiner Lebensumstände weiter aktiv voranzutreiben.

2.3 Die Vorinstanz hält den Widerruf der bedingten Entlassung und damit die Rückversetzung des Beschwerdeführers in den Strafvollzug aus den gleichen Gründen, aus welchen sie den bedingten Vollzug verweigert, für angezeigt. In Anbetracht seiner erneuten einschlägigen Delinquenz während der Probezeit und der noch ungenügenden Stabilität seiner Lebensumstände sei nicht zu erwarten, dass er künftig nicht wieder straffällig werde. Sie hat deshalb auch den Vollzug der Reststrafe angeordnet (vgl. angefochtenen Entscheid mit Verweis auf erstinstanzliche Urteilserwägungen, S. 13).
2.3.1 Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so ordnet das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht die Rückversetzung an (Art. 89 Abs. 1 StGB). Ist trotz des während der Probezeit begangenen Verbrechens oder Vergehens nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf eine Rückversetzung (Art. 89 Abs. 2 Satz 1 StGB).
2.3.2 Zwar führen während der Probezeit begangene Verbrechen oder Vergehen nicht zwingend zum Widerruf der bedingten Entlassung. Ein solcher Widerruf bzw. die Rückversetzung in den Strafvollzug soll aber erfolgen, wenn aufgrund der erneuten Straffälligkeit des Verurteilten von ungünstigen Bewährungsaussichten auszugehen ist, mithin eine eigentliche Schlechtprognose besteht (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.3 zur analogen Regelung von Art. 46 Abs. 2 StGB).
2.3.3 In die Beurteilung der Bewährungsaussichten ist im Falle des Widerrufs der bedingten Entlassung miteinzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Das Gericht kann zum Schluss kommen, dass vom Widerruf der bedingten Entlassung und der Rückversetzung in den Strafvollzug abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird. Auch das Umgekehrte ist zulässig: Wird der Täter in den Strafvollzug zurückversetzt, die bedingte Entlassung also widerrufen, kann unter Berücksichtigung der zu erwartenden Wirkungen des Vollzugs der Reststrafe eine Schlechtprognose für die neue Strafe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB allenfalls verneint und diese folglich bedingt vollzogen 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 (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.4 und 4.5 f).
2.3.4 Die Vorinstanz geht im angefochtenen Urteil von einer ungünstigen Prognose aus. Ins Zentrum ihrer Erwägungen stellt sie dabei insbesondere die einschlägige Vorstrafe des Beschwerdeführers, dessen erneute Straffälligkeit während der Probezeit und seine insgesamt noch immer eher unstabilen Lebensverhältnisse. Insoweit lässt sich die vorinstanzliche Würdigung nicht beanstanden, zumal die dargestellten Umstände in ihrer Gesamtheit in der Tat eher eine ungünstige Prognose nahe legen. Davon, dass die Vorinstanz der einschlägigen Vorstrafe des Beschwerdeführers bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten vorrangige Bedeutung eingeräumt haben soll, kann im Übrigen keine Rede sein. Allerdings geht die Vorinstanz in ihrem Entscheid entgegen der aufgezeigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht darauf ein, ob der Vollzug der neuen Strafe allenfalls eine günstige Wirkung auf den Beschwerdeführer haben könnte, so dass sich bei einer Gesamtwürdigung eine Schlechtprognose und damit ein Widerruf der bedingten Entlassung nicht mehr begründen liesse. Indem sich die Vorinstanz mit dieser Frage nicht befasst, verletzt sie Art. 89 StGB. Das Urteil ist insoweit fehlerhaft. Der fragliche Fehler wirkt sich indessen nicht zum Nachteil des
Beschwerdeführers aus: Hätte vom Widerruf der bedingten Entlassung und der Rückversetzung mangels Schlechtprognose nämlich abgesehen werden können, wäre die unbedingt ausgefällte Freiheitsstrafe für die neuen Taten von mindestens 18 Monaten zu vollziehen gewesen, was für den Beschwerdeführer - mit Blick auf den von der Vorinstanz für vollziehbar erklärten Teil (12 Monate) der Gesamtstrafe - keineswegs vorteilhafter gewesen wäre.

2.4 Die Vorinstanz bildet aus der Strafe von mindestens 18 und höchstens 20 Monaten, die sie für die neue Tat allein ausfällen würde, unter Einbezug des Vorstrafenrests von 284 Tagen bzw. rund 9 ½ Monaten in "Anwendung des Asperationsprinzips" (Art. 49 Abs. 1 i.V.m Art. 89 Abs. 6 StGB) eine Gesamtstrafe von 24 Monaten (angefochtener Entscheid, S. 10 f.). Sie gewährt hierfür den teilbedingten Strafvollzug, im Wesentlichen unter Zugrundelegung der Urteilserwägungen der ersten Instanz, welche davon ausging, dass der Beschwerdeführer aus dem Vollzug eines Teils der Gesamtstrafe die nötigen Lehren ziehen würde, weshalb ihm hinsichtlich des verbleibenden Rests die nötige günstige bzw. besonders günstige Prognose zu stellen sei (angefochtener Entscheid, S. 14). Den unbedingt und den bedingt vollziehbaren Teil der Strafe setzt sie auf je 12 Monate fest.
2.4.1 Sind auf Grund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt und trifft diese mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammen, so bildet das Gericht in Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe (Art. 89 Abs. 6 Satz 1 StGB). Aus dieser Formulierung ergibt

sich zunächst, dass die Bildung einer Gesamtstrafe überhaupt nur in Betracht fällt, wenn die Reststrafe und die neu ausgefällte Freiheitsstrafe für die Probezeitdelikte zu vollziehen sind. Ist dies der Fall, so hat das Gericht gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB eine solche Gesamtstrafe in "Anwendung von Art. 49 StGB" zu bilden. Wie das im Einzelnen geschehen bzw. was damit genau gemeint sein soll, ist nicht ohne weiteres einsehbar. Die Lehre hat sich dazu soweit ersichtlich nicht geäussert. In der Botschaft des Bundesrates wird (lediglich) ausgeführt, dass die vorgeschlagene Bestimmung das Zusammentreffen eines durch Widerruf vollziehbaren Strafrests mit einer neuen (unbedingt vollziehbaren) Freiheitsstrafe "sachgerechter" regle als das bisherige Recht: Der Richter kumuliere nicht einfach wie bisher beide Strafen, sondern bilde aus ihnen eine Gesamtstrafe, auf welche die Regeln der bedingten Entlassung erneut anwendbar
seien (Botschaft 1999 II 2123; vgl. BGE 134 IV 241 zum Widerruf des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 46 StGB).
Sollte Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB zum Ausdruck bringen wollen, dass das Gericht für die der teilweise bereits verbüssten Vorstrafe und die der neuen Strafe zugrunde liegenden Taten eine Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip bilden soll, wie wenn es alle Straftaten gleichzeitig zu beurteilen hätte, erscheint dies als nicht sachgerecht. Das Gericht müsste in einem solchen Fall unter Zugrundelegung sämtlicher Straftaten - also derjenigen, welche der Täter nach Entlassung aus dem Strafvollzug während der Probezeit begangen hat, als auch derjenigen, für die er rechtskräftig verurteilt wurde und die Strafe bereits teilweise verbüsst hat - den Strafrahmen für die schwerste Tat festlegen, innerhalb dieses Strafrahmens die Einsatzstrafe für die schwerste Tat festsetzen, diese unter Einbezug aller anderen Straftaten angemessen zur Gesamtstrafe erhöhen und schliesslich feststellen, dass diese Strafe im Umfang des verbüssten Teils der Vorstrafe bereits vollzogen ist. Das macht wenig Sinn. Der Fall eines Täters, der aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung einen Teil seiner Strafe bereits verbüsst hat und nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug während der Probezeit erneut delinquiert, unterscheidet
sich ganz massgeblich vom Fall des Täters, der sämtliche Taten begangen hat, bevor er wegen dieser Taten (Art. 49 Abs. 1 StGB zur Konkurrenz) beziehungsweise zumindest wegen eines Teils dieser Taten (Art. 49 Abs. 2 StGB zur retrospektiven Konkurrenz) verurteilt wird. Eine Gleichstellung dieser Fälle bei der Strafzumessung erscheint deshalb als sachfremd, zumal damit auch die straferhöhend zu wertenden Kriterien, dass der Täter bereits vorbestraft ist und einen Teil der Taten während der Probezeit nach der bedingten Entlassung verübt hat, bei der Zumessung der Strafe zu Unrecht unberücksichtigt bleiben müssten.
Offenkundig kann es deshalb nicht die mutmassliche Meinung des Gesetzgebers (gewesen) sein, das System von Art. 49 StGB bei der Gesamtstrafenbildung im Rückversetzungsverfahren unbesehen zu übernehmen. Ebenso wenig soll es insoweit aber zulässig sein, den Vorstrafenrest und die ausgefällte Strafe für die neuen Straftaten gemäss dem Kumulationsprinzip wie bisher einfach zu addieren (vgl. Botschaft, a.a.O.). Es kann deshalb im Rahmen von Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB nur darum gehen, dem Täter bei der Festlegung der Sanktion in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips - im Vergleich zum Kumulationsprinzip - eine gewisse Privilegierung zu gewähren, wenn sowohl die Freiheitsstrafe für das neue Delikt als auch die konkrete Reststrafe zum Vollzug anstehen. Das Gericht hat dabei methodisch stets von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausgefällt hat. Das gilt insbesondere deshalb, weil sich der noch zu vollziehende Vorstrafenrest in der Regel keiner, also auch nicht einer allfällig schwersten Tat, zuordnen lässt, da insbesondere bei Vorliegen mehrerer Straftaten nicht gesagt werden
kann, welche Delikte des Täters durch Strafverbüssung bereits "abgegolten" bzw. welche noch "offen" sind. Die für die neuen Straftaten ausgefällte Freiheitsstrafe bildet als Einsatzstrafe die Grundlage der Asperation. Das Gericht hat diese folglich mit Blick auf den Vorstrafenrest angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren.
2.4.2 Dass die im Verfahren nach Art. 89 Abs. 6 StGB gebildete Gesamtstrafe unbedingt anzuordnen und damit in jedem Fall vollständig zu vollziehen ist, ergibt sich ohne weiteres daraus, dass eine solche überhaupt nur gebildet werden kann, wenn die Voraussetzungen für einen unbedingten Vollzug der neuen Freiheitsstrafe vorliegen und die Reststrafe ebenfalls für vollziehbar erklärt worden ist. Die Gewährung sowohl des bedingten (Art. 42 StGB) als auch des teilbedingten Strafvollzugs (Art. 43 StGB) fällt bei einer gemäss Art. 89 Abs. 6 StGB gebildeten Gesamtstrafe mithin ausser Betracht.
2.4.3 Die Vorinstanz ist bei der Bildung der Gesamtstrafe methodisch insgesamt korrekt vorgegangen. Sie hat insbesondere entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung separat geprüft, ob die neue Freiheitsstra-

fe unbedingt anzuordnen ist. In der Folge hat sie nicht einfach eine Strafe von mindestens 27 ½ bzw. höchstens 29 ½ Monaten ausgefällt, welche sich aus der Addition der ausgefällten Strafe von mindestens 18 und höchstens 20 Monaten für die neue Tat und des Strafrests von rund 9 ½ Monaten ergibt, sondern in Anwendung des Asperationsprinzips, ausgehend von der für die neue Straftat ausgefällten Freiheitsstrafe unter Einbezug des Vorstrafenrests zur angemessenen Erhöhung, eine Gesamtstrafe von 24 Monaten gebildet. Dagegen gibt es - auch mit Blick auf das weite Ermessen, das der Vorinstanz hier zukommt - nichts einzuwenden. Insoweit ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden. Allerdings hat die Vorinstanz den teilbedingten Strafvollzug angeordnet und die Strafe in einen unbedingt und einen bedingt vollziehbaren Teil von je 12 Monaten aufgeteilt. Wie ausgeführt kann die Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren indessen weder bedingt noch teilbedingt ausgesprochen werden. Das Urteil erweist sich deshalb auch in diesem
Punkt als mangelhaft, wobei sich der fragliche Mangel wiederum nicht zu Lasten des Beschwerdeführers auswirkt, sondern zu seinem Vorteil. Die Beschwerde ist daher insgesamt abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

3.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. April 2009
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Favre Arquint Hill