

ZH_OBERGERICHT SB170176 vom 9. Oktober 2017

ZH Obergericht, 2017-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170176

FR: ZH_OBERGERICHT SB170176 du 9 octobre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT SB170176 del 9 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Mit obenerwähntem Urteil der Vorinstanz vom 13. März 2017 (Urk. 47) wurde der Beschuldigte des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d und Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. b und c BetmG sowie des vorsätzlichen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten (abzüglich 216 Tage Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug) bestraft (Dispositiv-Ziffern 1-3). Weiter wurde die mit Urteil vom 29. Juli 2015 des Kriminalgerichts des Kantons Luzern bedingt ausgefallte Freiheitsstrafe von 15 Monaten widerrufen (Dispositiv-Ziffer 4) und über die Einziehung diverser beschlagnahmter Gegenstände resp. des beschlagnahmten Barbetrags entschieden (Dispositiv-Ziffern 5-7). Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt (Dispositiv-Ziffer 9). Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden unter dem Nachforderungsvorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen (Dispositiv-Ziffer 10, Urk. 47).

E. 1.2

Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 13. März 2017 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Urk. 37). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 25. April 2017 zugestellt (Urk. 44), woraufhin die Verteidigung mit Eingabe vom 2. Mai 2017 fristgerecht die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht einreichte (Urk. 49).

- 6 -

E. 1.3

Mit Präsidialverfügung vom 15. Mai 2017 wurde der Anklagebehörde Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 54). Darauf beantragte die Anklagebehörde in ihrer Eingabe vom 24. Mai 2017 fristgerecht die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 56).

E. 2

Die Vorinstanz würdigte das Verhalten des Beschuldigten als Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d und Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. b und c BetmG (Urk. 47 S. 5-11), dies im Unterschied zum Antrag der Staatsanwaltschaft, welche die Tatbestände in Art. 19 Abs. 1 lit. b und c BetmG nicht in Verbindung mit lit. g (Anstalten treffen) derselben Bestimmung

setzte (Urk. 17 S. 3, Urk. 33 S. 2).

E. 2.1

Vorliegend stehen – wie oben gesehen – sowohl Betäubungsmitteldelikte als auch Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz zur Debatte.

E. 2.2

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, welche Bestimmung sich sowohl auf verschiedene als auch auf mehrfach begangene, gleichartige Delikte bezieht, zu der Strafe der schwersten Straftat (Einsatzstrafe) und erhöht sie in Anwendung des Asperationsprinzips an- gemessen (Gesamtstrafe). Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Das Gericht kann auf eine Gesamt- freiheitsstrafe nur erkennen, wenn es für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe ausfällen würde (vgl. BGE 138 IV 120 E. 5.2.; 137 IV 249 E. 3.4.2).

- 10 - Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vor- sehen, genügt nicht (vgl. BGE 138 IV 120 E. 5.2 mit Hinweisen). Freilich ist auch dann, wenn mehrere Delikte theoretisch mit separaten Strafarten bestraft werden könnten, eine einheitliche Freiheitsstrafe zu verhängen, wenn beispielsweise die notwendige Zweckmässigkeit der Strafe und generalpräventive Gründe nach ei- ner Freiheitsstrafe als Sanktionsart verlangen. Dies kann der Fall sein, wenn der Beschuldigte in der Vergangenheit bereits mit einer Geldstrafe sanktioniert wurde und diese ihn offensichtlich nicht genügend beeindruckt hat. Zu berücksichtigen sind ferner auch Delinquenz während einer Probezeit oder einer laufenden Unter- suchung (Entscheid des Bundesgerichtes 6B_416/2015 vom 7. Oktober 2015, E. 1.4.2.).

E. 2.3

Die früheren Verfehlungen und Sanktionierungen des Beschuldigten (vgl. nachfolgend) zeigen, dass vorliegend die Voraussetzungen zur Ausfällung einer einheitlichen Freiheitsstrafe (mithin zur Bildung einer Gesamtstrafe) vorlie- gen. Die Vorinstanz hat den gesetzlichen Strafrahmen für die qualifizierten Wider- handlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz von einem Jahr bis zu zwanzig Jahren, wobei die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe verbunden werden kann, korrekt abgesteckt. Eine Überschreitung dieses Strafrahmens ist per definitionem nicht möglich. Ebenso wenig kommt vorliegend eine Unterschreitung des Straf- rahmens – dies selbst unter Berücksichtigung der Kann-Vorschrift von Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG – in Frage (so im Ergebnis auch Vorinstanz in Urk. 47 S. 12 f. mit Verweisen).

E. 2.4

Zu den konkreten Kriterien der Strafzumessung gemäss Art. 47 StGB sowie zur Unterscheidung zwischen Tat- und Täterkomponente hat die Vorinstanz de- taillierte theoretische Ausführungen gemacht. Darauf ist vorweg zu verweisen (vgl. Urk. 47 S. 13 ff. und S. 20, Art. 82 Abs. 4 StPO).

- 11 - 3. Tatkomponente

E. 3

Die Verteidigung qualifiziert den relevanten Sachverhalt letztlich (jedoch in anderer Reihenfolge) gleich wie die Vorinstanz mit der Ausnahme, dass sie in Bezug auf Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG einen Freispruch beantragt (Urk. 49 S. 1, Urk. 53, Urk. 62 S. 5 f.).

E. 3.1

Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz Beim Beschuldigten wurden 220 Gramm Heroingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 26% und somit gesamthaft 56,5 Gramm reines Heroin sichergestellt. Bei Heroin handelt es sich bekanntlich um eine äusserst gesundheitsschädliche Droge mit hohem Abhängigkeitspotential. Die Vorinstanz wies zutreffend und unter Angabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie Literaturstellen darauf hin, dass die Grenze zum schweren Fall bei 12 Gramm Heroin liegt, dass durch die Menge von 56,5 Gramm reinem Heroin eine abstrakte Gefahr für eine Vielzahl von Menschen geschaffen wurde, dass die jeweilige Drogenmenge und der Reinheitsgrad umso weniger entscheidend sind, als man sich von der besagten Grenze zu einem schweren Fall entfernt, und dass auch der vorliegend gegebene, soweit unauffällige Reinheitsgrad für die Bestimmung der Schwere des Verschuldens nicht von Bedeutung ist (vgl. im Detail Urk. 47 S. 16). Fest steht, dass vorliegend die Grenze zum schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG deutlich und zwar um ein Mehrfaches überschritten wurde. Zwar liegen keine Hinweise vor, wonach der Beschuldigte vom konkreten Reinheitsgehalt und von der genauen Menge der von ihm aufbewahrten Drogen Kenntnis hatte (vgl. dazu Urk. 3 S. 3 zu Frage 24). Daraus kann indessen nichts zu seinen Gunsten abgeleitet werden. Denn der Beschuldigte hatte aufgrund seiner Vorstrafe (dazu nachfolgend) Erfahrung im Umgang mit Betäubungsmitteln und wusste daher, dass in den vier von ihm übernommenen "Packungen Heroin" (vgl. Urk. 3 S. 3 zu Frage 24) keine unbedeutende Menge sein musste. Damit muss davon ausgegangen werden, dass dem Beschuldigten die genaue Drogenmenge letztlich gleichgültig war. Die Vorinstanz erwog korrekt, dass die Erfüllung mehrerer Tatbestände, nämlich die Aufbewahrung sowie die Vorbereitung für das Befördern und Veräusern von Heroin, dem Beschuldigten erschwerend anzurechnen ist (Urk. 47 S. 16 f.). Wenn der Beschuldigte das Heroin auch nicht selber an die Abnehmer zu verkaufen beabsichtigte, so steht selbst nach seiner Darstellung fest, dass dieses zur Weitergabe bestimmt war und durch eine weitere Person in Umlauf gekommen wäre. Entsprechend und insbesondere aufgrund des Anstaltentreffens

- 12 - zur Weitergabe ist von einem hohen Gefährdungspotential auszugehen. Das Anstaltentreffen kann somit vorliegend dem Unrechtsgehalt der übrigen in Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG aufgeführten Verhaltensweisen gleichgestellt werden und ist nicht strafmindernd zu berücksichtigen (vgl. BGE 121 IV 201 f.). Es trifft zu, dass das Heroin den Machtbereich des Beschuldigten nie verliess und demnach keine direkte Gefährdung verursachte, der Beschuldigte verzichtete jedoch nicht von sich aus auf die Ausführung von weiteren Handlungen, sondern wurde zuvor durch die Polizei verhaftet, womit ihm deswegen wiederum keine Strafminderung zugestanden werden kann. Leicht strafmindernd ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte "nur" einen Inland-Drogentransport hätte durchführen sollen und weitere Transporte nicht geplant waren (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Kommentar BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 47 N 44). Ferner bestehen mit der Vorinstanz tatsächlich zu wenig Anhaltspunkte, welche den Beschuldigten in eine bestimmte Hierarchiestufe einordnen liessen (vgl. Urk. 47 S. 17). Dennoch ist zu präzisieren, dass der Tatbeitrag des Beschuldigten nicht auf der absolut

untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels anzusiedeln ist, wie beispielsweise derjenigen von abhängigen Strassendealern. Seine Funktion im Drogenhandelsgefüge darf daher – dies entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 34 S. 9, Urk. 62 S. 8) – nicht bagatellisiert werden, wenn auch festzuhalten ist, dass er keine Drahtzieherfunktion hatte, sondern nur ausführend tätig war. Die objektive Tatschwere ist aufgrund des oben Ausgeführten – dies unter Berücksichtigung des weiten Strafrahmens – als noch leicht einzustufen (vgl. Vorinstanz in Urk. 47 S. 17). In subjektiver Hinsicht ist vorab zu erwähnen, dass der nicht drogenabhängige Beschuldigte (vgl. Urk. 35 S. 8) die besagten Betäubungsmittel offensichtlich in vollem Bewusstsein aufbewahrte mit der Absicht, diese weiterzugeben. Er handelte somit direktvorsätzlich. Zudem ist anzumerken, dass der Beschuldigte geltend macht, aufgrund seiner misslichen finanziellen Verhältnisse und der schlechten Arbeitsmarktsituation in Albanien in die Schweiz gekommen zu sein, um hier Arbeit zu finden (Urk. 35 S. 2 ff. und S. 7 f., Urk. 61 S. 5 und S. 10). Zudem führt der Beschuldigte an, dringend Geld für die Medikamente seiner herzkranken Mutter und die Rückzahlung von Schulden resultierend aus einer Operation der Mutter zu benötigen (Urk. 61 S. 6). Gemäss seinen Aussagen vor Vor- und Berufungs-

- 13 - instanz war ihm bewusst, dass er in der Schweiz nicht ohne Weiteres und auf legale Weise eine Arbeit finden würde (Urk. 35 S. 7 f., Urk. 61 S. 6). Somit musste er auch in Kauf genommen haben, dass er hier weitere Schulden anhäufen bzw. wirtschaftlich abhängig sein würde. Der Beschuldigte erwähnte erst in der Einvernahme vom 21. Oktober 2016 (vgl. Urk. 6 S. 3) von "B._____" mit dem Tod bedroht worden zu sein für den Fall, dass er jenem das zuvor ausgeliehene Geld für die Zimmermiete nicht sofort zurückgibt. Diese Darstellung ist, nachdem der Beschuldigte in den ersten zwei Einvernahmen und auch vor Vor- und Berufungsinstanz diese Drohung nicht erwähnte, wenig überzeugend. Hinzu kommt, dass sich der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung bei seinen Aussagen betreffend Entgelt für seine Mitwirkung in Widersprüche verwickelte. Zunächst gab er an, er sei nicht sicher gewesen, ob ihm B._____ die weiteren, als Gegenleistung für den Transport versprochenen Fr. 800.-- geben würde, erklärte dann aber, die in seinem Zimmer sichergestellten Fr. 880.-- habe B._____ (zusätzlich zu den für die Miete übergebenen Fr. 800.--) für ihn in der Wohnung gelassen, nachdem er zuvor noch angab, diese in die Schweiz mitgenommen zu haben (Urk. 61 S. 12 f.). Indessen kann ihm nicht widerlegt werden, dass er beim Entschluss zu seinen Taten möglicherweise unter gewissem Druck seines Geldgebers stand, was jedoch letztlich die Folge seines Entscheids war, unerlaubterweise (vgl. dazu nachfolgend) in die Schweiz zu kommen und hier sein Glück zu versuchen. Auch wenn es unter den gegebenen Umständen – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht leicht gewesen sein mag, der Versuchung und möglicherweise auch dem Druck seines Auftraggebers zu widerstehen, hat sich der Beschuldigte doch im Ergebnis aus rein pekuniären Interessen für die Mitwirkung am Drogenhandel entschieden. Denn nach der Darstellung des Beschuldigten wurden ihm von "B._____" nicht nur die Schulden im Umfange von Fr. 800.-- erlassen, sondern im Voraus noch weitere Fr. 800.-- bzw. Fr. 880.-- für seine Drogenhandelsdienste ausgehändigt (vgl. Urk. 3 S. 3 zu Frage 21 und S. 4 zu Frage 35, Urk. 5 S. 4 zu Frage 21, Urk. 6 S. 6 zu Frage 28, Urk. 61 S. 12 f.). Der Vorinstanz, welche dem Beschuldigten eine gewisse kriminelle Energie zuschreibt (Urk. 47 S. 18), ist daher – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 62 S. 10 f.) – ohne weiteres

- 14 - zuzustimmen. Das subjektive Tatverschulden vermag daher an der objektiven Tatschwere nichts zu ändern. Zusammenfassend ist das Tatverschulden mit Bezug auf den Besitz und die Vorbereitung für das Befördern und Veräussern von Heroin mit der Vorinstanz insgesamt als noch leicht einzustufen. Die hypothetische Freiheitsstrafe aufgrund der Tatkomponente bewegt sich damit im Bereich von 20 Monaten Freiheitsstrafe.

E. 3.2

Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz Der Beschuldigte reiste ca. am 5. Juli 2016 ohne Einreisebewilligung und in Kenntnis über das bestehende Einreiseverbot bei Chiasso TI in die Schweiz ein. Mit der Vorinstanz ist dabei in objektiver Hinsicht von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen (vgl. Urk. 47 S. 19). Der Beschuldigte hielt sich ca. vom 5. Juli 2016 bis zu seiner Verhaftung am

E. 3.3

Die Bewertung des Tatverschuldens in Bezug auf die Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz als insgesamt noch leicht erscheint aufgrund des ausgeführten vertretbar und eine Erhöhung der Einsatzstrafe von 20 Monaten auf 23 Monate als angemessen (vgl. Urk. 47 S. 20). 4. Täterkomponente

E. 4

Die Vorinstanz führte die Tatbestandsmerkmale von Art. 19 Abs. 1 BetmG auf und wies zutreffend darauf hin, dass der Beschuldigte unbestrittenermassen das in der Anklageschrift erwähnte Heroin besessen habe, um es zum Verkauf durch einen Dritten weiterzugeben, namentlich nach Darstellung des Beschuldigten um es nach Luzern zu befördern und dieses dort einer bestimmten Person zu übergeben. Unbestritten und anerkannt sei demnach, dass der Beschuldigte das bei ihm gefundene und beschlagnahmte Heroin im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG besessen resp. aufbewahrt habe (vgl. Urk. 47 S. 6 f.). Dies ist korrekt und wird auch von der Verteidigung anerkannt (Urk. 62 S. 5). Unbestritten ist sodann, dass aufgrund der vom Beschuldigten besessenen Menge reinen Heroins (56,5 Gramm) eine qualifizierte Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG vorliegt (so auch die Verteidigung in Urk. 34 S. 8, Urk. 62 S. 6 f.). Weiter wies die Vorinstanz richtigerweise darauf hin, dass der Beschuldigte gemäss Sachverhalt das Heroin weder transportiert, noch einem anderen übergeben hat (Urk. 47 S. 7), womit eine selbständige Qualifikation im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und c – wie von der Staatsanwaltschaft geltend gemacht – nicht in Betracht kommt (vgl. auch Urk. 47 S. 8 Ziffer 2.7.). Zu prüfen ist jedoch mit der Vorinstanz, ob sich der Beschuldigte des Anstaltentreffens zur Beförderung und Weitergabe schuldig gemacht hat.

E. 4.1

Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten betrifft, so ist vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz mit den entsprechenden Aktenhinweisen zu verweisen (vgl. Urk. 47 S. 20 f.). An der Berufungsverhandlung ergänzte der Beschuldigte im Wesentlichen, im Gefängnis jeden Tag zu arbeiten, wobei er sich mit elektrischen Sachen befasse (Urk. 61 S. 2). Seine Mutter sei herzkrank, nehme jetzt aber Medikamente (Urk. 61 S. 3 und S. 14). Sein Vater arbeite gelegentlich in der Baubranche und seine Schwestern seien verheiratet und hätten Kinder (Urk. 61 S. 3 f.). Eine stark erhöhte Strafempfindlichkeit aufgrund einer familiären Notlage, wie sie die Verteidigung geltend macht, ist angesichts dessen nicht ersichtlich. Überdies ist anzumerken, dass es dem Beschuldigten aufgrund seiner Vorstrafen bewusst sein musste,

welches Risiko er durch die erneute Delinquenz einging. Von jungem Alter und Naivität kann angesichts dessen nicht gesprochen werden (vgl. Argumentation Verteidigung Urk. 62 S. 11 und S. 13).

- 16 - Das Fazit der Vorinstanz, dass im persönlichen Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ersichtlich sind, kann damit übernommen werden.

E. 4.2

In Bezug auf die deliktische Vergangenheit des Beschuldigten wies die Vorinstanz zutreffend auf die beiden Vorstrafen vom 29. Juli 2015 resp. vom 3. Juni 2016 hin (Urk. 47 S. 21 f.). Der Beschuldigte wurde mit Entscheid des Kriminalgerichts des Kantons Luzern vom 29. Juli 2015 wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten bestraft und mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft 2 des Kantons Luzern vom 3. Juni 2016 wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz, Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs sowie Hinderung einer Amtshandlung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen und einer unbedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.-- verurteilt (Urk. 14/1 und Urk. 51). Auf die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Bedeutung von Vorstrafen in Bezug auf die Strafzumessung kann verwiesen werden (Urk. 47 S. 21 f., Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass die erste Verurteilung darauf basierte, dass sich der Beschuldigte im Besitz von 390 Gramm reinem Heroin befand, welches er anschliessend verkaufen wollte resp. dies auch teilweise bereits getan hatte, und dass die zweite Verurteilung mit Strafbefehl im Wesentlichen erfolgte, weil der Beschuldigte trotz Einreiseverbots in die Schweiz einreiste und sich hier auch für eine gewisse Dauer aufhielt (vgl. Urk. 47 S. 22 f. mit Verweisen auf die jeweiligen Beizugsakten). Die Vorinstanz gewichtete diese beiden klar einschlägigen Vorstrafen korrekt als strafferhöhend, wobei zu präzisieren ist, dass diesbezüglich eine starke Straferhöhung angezeigt ist. Hinzu kommt dabei wiederum erschwerend, dass der Beschuldigte die jüngsten Verfehlungen gerade mal zwei Monate nach seiner letzten Verurteilung zu einer unbedingten dreissigtägigen Freiheitsstrafe und der darauf erfolgten Ausschaffung beging (vgl. Urk. 1 S. 3, Urk. 51, Beizugsakten der Staatsanwaltschaft 2 des Kantons Luzern, Akten-Nr. SA2 16 4206 21, Strafbefehl vom 3. Juni 2016).

- 17 -

E. 4.3

Der Umstand, dass der Beschuldigte während laufender Probezeit der teilbedingten Vorstrafe des Kriminalgerichts des Kantons Luzern vom 29. Juli 2015 erneut delinquierte, ist mit der Vorinstanz ebenfalls und zwar spürbar strafferhöhend zu veranschlagen. Zutreffend wurde im vorinstanzlichen Entscheid auf die bundesgerichtliche Praxis verwiesen, wonach nicht gegen das Doppelverbot verstossen wird, wenn die erneute Straffälligkeit während laufender Probezeit neben der Vorstrafe als weiterer Straferhöhungsgrund berücksichtigt wird (vgl. Urk. 47 S. 23 mit Verweis).

E. 4.4

Bezüglich des Nachtatverhaltens des Beschuldigten können die vorinstanzlichen Erwägungen grundsätzlich übernommen werden (vgl. Urk. 47 S. 23 f., Art. 82 Abs. 4 StPO). In Bezug auf die Frage der Bewertung des Geständnisses ist festzuhalten, dass das

sichergestellte Heroin klar dem Beschuldigten zugeordnet resp. direkt bei diesem sichergestellt werden konnte. Sein Geständnis hat nur insofern zur Wahrheitsfindung beigetragen, als er angab, beabsichtigt zu haben, das Heroin nach Luzern zu befördern und einer unbekannt Person namens B. _____ zu übergeben. Andererseits hätte er den Besitz des sichergestellten Bargeldbetrags von Fr. 880.--, welchen er angeblich als Entgelt für den Transport erhalten habe, nicht begründen können. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist das Geständnis minim strafmindernd zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Beschuldigte bereits in den früheren Verfahren immer wieder beteuerte, nicht mehr straffällig zu werden, erscheinen seine in diesem Verfahren abgegebenen Reuebekundungen als reine Lippenbekenntnisse. Zudem kann auch angesichts der fragwürdigen Aussagen des Beschuldigten an der Berufungsverhandlung, er wisse nicht genau, dass Drogen schwerst gesundheitsschädlich sind (Urk. 61 S. 8), keineswegs von Reue und Einsicht die Rede sein. Schliesslich kann ein vorbildliches Verhalten des Beschuldigten in der Zeit seiner Inhaftierung entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht besonders zu dessen Gunsten gewertet werden (vgl. Urk. 62 S. 13). Tadelloses Verhalten wird vorausgesetzt.

- 18 -

E. 4.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Strafe aufgrund der Täterkomponente, insbesondere aufgrund der kurze Zeit vor den heute zu beurteilenden Straftaten ergangenen einschlägigen Vorstrafen, aber auch aufgrund der Begehung während laufender Probezeit erheblich – und entgegen der Vorinstanz nicht nur leicht, Urk. 47 S. 24 – zu erhöhen ist. Die Strafminderung aufgrund des Geständnisses fällt dabei kaum mehr ins Gewicht. 5. Gesamtwürdigung Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe der Tat- und Täterkomponente ist die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 30 Monaten als angemessen zu beurteilen und entsprechend zu bestätigen. Der Anrechnung von 426 Tagen Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute steht im Übrigen nichts entgegen (Art. 51 StGB). Eine Verbindungsgeldstrafe gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG kommt schon wegen des Verschlechterungsverbot nicht in Betracht. IV. Vollzug Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass angesichts der verhängten Freiheitstrafe von 30 Monaten eine bedingte Strafe nicht in Frage komme, dass jedoch ein teilbedingter Vollzug der Strafe im Sinne von Art. 43 StGB zu prüfen sei (Urk. 47 S. 27). Auf die theoretischen Ausführungen der Vorinstanz zu den Voraussetzungen hierfür ist zur Verhinderung von Wiederholungen zu verweisen (Urk. 47 S. 27, Art. 82 Abs. 4 StPO). Ebenso können die vorinstanzlichen Erwägungen zur Legalprognose des Beschuldigten übernommen werden (Urk. 47 S. 28). Insbesondere angesichts der zwei einschlägigen Vorstrafen und der erneuten Tatbegehung während laufender Probezeit kann dem Beschuldigten keine günstige Prognose gestellt werden, was im Übrigen auch die Verteidigung nicht bestreitet (vgl. Urk. 62 S. 14). Eine teilbedingte Strafe kommt deshalb vorliegend nicht in Frage. Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen.

- 19 - V. Widerruf 1. Wie schon im erstinstanzlichen Verfahren beantragt die Verteidigung auch anlässlich des Berufungsverfahrens, auf den Widerruf des mit Urteil des Kriminalgerichts des Kantons Luzern vom 29. Juli 2015 gewährten bedingten Vollzugs eines Strafteils von 15 Monaten sei zu verzichten (Urk. 34 S. 17, Urk. 49 S. 2, Urk. 62 S. 2 und S. 14 f.). 2. Die Begehung eines Vergehens oder Verbrechens (Art. 10 StGB) während der Probezeit wie hier bildet einen möglichen Widerrufsgrund. Allerdings führt ein während der

Probezeit begangenes Vergehen oder Verbrechen nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Dieser soll nach Art. 46 Abs. 1 StGB nur erfolgen, wenn wegen der Begehung des neuen Delikts zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten verüben wird. Das heisst, dass die Prognose seines künftigen Legalverhaltens in einem solchen Fall erneut gestellt werden muss (BGE 134 IV 140 E. 4.2 mit zahlreichen Hinweisen). Dabei steht dem Richter ein Ermessensspielraum zu (BGE 133 IV 201 E. 2.3 zur bedingten Entlassung). Vom Widerruf soll abgesehen werden können, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten begehen wird. Mit anderen Worten ist eine bedingte Strafe oder der bedingte Teil einer Strafe nur zu widerrufen, wenn von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, d.h. aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht (BGE 134 IV 140 E. 4.3 mit Hinweisen). 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. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides zu berücksichtigen (BGE 134 IV 140 E. 4.4 mit Hinweisen).

- 20 - 3. Der Beschuldigte verfügt wie erwähnt über zwei einschlägige Vorstrafen aus den Jahren 2015 und 2016. Obwohl er bereits in den diesbezüglichen Strafverfahren erklärte, dass er einen Fehler gemacht habe und sich schuldig fühle, respektive dass er nie wieder solche Fehler machen werde (vgl. Bezugsakten des Kriminalgerichts des Kantons Luzern, Urk. 19 S. 2 f.; Bezugsakten der Staatsanwaltschaft 2 des Kantons Luzern, Polizeiliche Einvernahme vom 3. Juni 2016, Ziff. 27 und 33 f.), hat er gerade einmal 13 Monate nach der ersten und einen guten Monat nach der zweiten Verurteilung erneut und einschlägig delinquent. Von einer Einsicht in das Unrecht seiner Taten ist angesichts dessen auch im vorliegenden Verfahren nicht auszugehen. Zumal sich auch die finanziellen Verhältnisse seiner Familie sowie die Arbeitsmarktsituation in seinem Heimatland zwischenzeitlich kaum gebessert haben und der Anreiz eines Verdiensts durch Beteiligung am Betäubungsmittelhandel nach wie vor besteht, ist von einem hohen Rückfallrisiko auszugehen. Dem Beschuldigten kann daher keinesfalls eine gute Prognose gestellt werden. Zu beachten ist, dass der Beschuldigte heute zwar bereits mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten bestraft wird. Da ihn jedoch die Verbüssung der Freiheitsstrafe von 15 Monaten aufgrund des Urteils vom 29. Juli 2015 offensichtlich unbeeindruckt liess (die mit Strafbefehl vom 3. Juni 2016 ausgesprochene Freiheitsstrafe von 30 Tagen hat der Beschuldigte gemäss seinen Aussagen an der Berufungsverhandlung nicht verbüsst, Urk. 61 S. 4), scheint ein Verzicht auf den Widerruf der 15 Monate Freiheitsstrafe, wie ihn die Verteidigung geltend macht, nicht angezeigt. Vielmehr ist heute von einer Schlechtprognose auszugehen, was ein Verzicht auf den Widerruf der teilbedingt ausgesprochenen Strafe nicht zulässt. 4. Der mit Urteil des Kriminalgerichts des Kantons Luzern vom 29. Juli 2015 für einen Strafteil von 15 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren (welche am 3. Juni 2016 von der Staatsanwaltschaft 2 des Kantons Luzern um ein Jahr verlängert wurde) gewährte bedingte Strafvollzug ist somit in Bestätigung des angefochtenen Urteils zu widerrufen.

- 21 - 5. Schliesslich ist festzuhalten, dass die zu widerrufende und die zu vollziehende Strafe gleichartig sind und dass unter diesen Voraussetzungen die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 StGB nicht statthaft ist (BGE 134 IV 241 E. 4; BGE 137 IV 249 E. 3 und 4). VI. Kosten 1. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich. Demnach sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen, jedoch angesichts der bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnisse einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. Art. 425 StPO). Die Kosten für die amtliche Verteidigung sind aus demselben Grund einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei der Rückforderungsvorbehalt nach Art. 135 Abs. 4 StPO anzubringen ist. 2. Der amtliche Verteidiger bezifferte seinen Aufwand für das Berufungsverfahren inklusive Berufungsverhandlung, Nachbesprechung und Weg auf Fr. 4'907.60 (Urk. 60). Da die Berufungsverhandlung etwas länger als die berechneten zwei Stunden dauerte (vgl. Prot. S. 9 und S. 9), ist der amtliche Verteidiger mit pauschal Fr. 5'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom

E. 5

Auf die korrekten theoretischen Ausführungen der Vorinstanz zum Tatbestand des Anstaltentreffens kann verwiesen werden (Urk. 47 S. 7 Ziffern 2.4 mit Verweisen, Art. 82 Abs. 4 StPO). Aufgrund der Aussagen des Beschuldigten ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass dieser das Heroin nur deshalb in seinem Besitz hatte, weil er beabsichtigte, dieses von ... ZH nach Luzern zu transportieren und dort einem Albaner namens B._____ zu übergeben, mithin wie in der Anklage aufgeführt, dieses weiterzugeben.

E. 5.1

Übereinstimmend mit der Verteidigung kam die Vorinstanz gestützt darauf zunächst zutreffend zum Schluss, dass das Verhalten des Beschuldigten als Anstaltentreffen zum Transport im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG zu qualifizieren ist (vgl. Urk. 47 S. 7 f., Urk. 62 S. 5).

E. 5.2

Der Beschuldigte hatte zudem wie erwähnt die Absicht, das Heroin weiterzugeben, nach seiner Darstellung namentlich in Luzern einem gewissen B._____ zu übergeben. Die Verteidigung macht hierzu geltend, der Beschuldigte hätte die Drogen weder im Sinne eines Veräusserns auf B._____ übertragen, noch zu einem anderen Zeitpunkt einen Verkauf oder eine Veräusserung beabsichtigt (Urk. 62 S. 6). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass indem der Beschuldigte den Besitz an den Drogen aufgegeben und diesen gleichzeitig an eine andere Person übertragen hätte, er diese bereits im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG "veräussert" hätte (vgl. Gustav Hug-Beeli, Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe, Basel 2016, Art. 19 N 412). Entgegen der Ansicht der Verteidigung wäre ein Transport ohne anschliessende Übergabe sehr wohl möglich gewesen, beispielsweise indem der Beschuldigte die Drogen nach Luzern gebracht und diese dort in einem Park versteckt hätte. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, hatte der Beschuldigte das Heroin nur dafür besessen, um dieses später zu übergeben, wozu es jedoch nicht mehr kam. Damit ist mit der Vorinstanz von einem direkten Vorsatz des Anstaltentreffens zur Veräusserung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit

Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG auszugehen (vgl. Urk. 47 S. 8 Ziffer 2.6.).

E. 6

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass der Besitz des Heroins einerseits als Vorbereitungshandlung für das Befördern sowie für die Weitergabe an einen Dritten (Übergabe in Luzern) anzusehen ist, andererseits diesbezüglich aber auch ein selbständiger Schuldspruch zu ergehen hat, weil der Besitz an sich durch eine

- 9 - Verurteilung wegen Anstaltentreffens zur Beförderung und Veräusserung nicht abgegolten wird (vgl. Urk. 47 S. 8 Ziffer 2.7. und S. 10 Ziffer 4.4.; Gustav Hug-Beeli, a.a.O., Art. 19 N 14). Es handelt sich mithin um verschiedene Angriffe auf das gleiche Rechtsgut, respektive um unterschiedliche Entwicklungsstadien, welche sich gegenseitig nicht abdecken (vgl. Vorinstanz Urk. 47 S. 10 Ziffer 4.4.).

E. 7

Der Beschuldigte ist damit in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a. i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d und Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. b und c BetmG schuldig zu sprechen. III. Sanktion 1. Vorbringen der Verteidigung Die Vorinstanz belegte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten. Die Verteidigung beantragt im Berufungsverfahren eine Freiheitsstrafe von 15 Monaten (Urk. 49, Urk. 62 S. 2 und S. 14, vgl. auch Urk. 34 S. 1 und S. 13). 2. Strafrahmen und Strafzumessungsregeln

E. 10

August 2016 ununterbrochen in der Schweiz auf. Der Erwägung der Vorinstanz, die Tatbestandsmässigkeit des Aufenthalts setze die Einreise voraus (Urk. 47 S. 19), kann nicht gefolgt werden, sind doch auch Fälle denkbar, in denen sich jemand aufgrund eines abgelehnten Asylgesuchs resp. abgelaufener Ausreisefrist rechtswidrig in der Schweiz aufhält. Vorliegend kann entgegen den Vorbringen der Verteidigung beim Aufenthalt auch nicht von einer mitbestraften Nachtat bezüglich der Einreise ausgegangen werden, da sich der Beschuldigte danach immerhin über einen Monat in der Schweiz aufhielt (vgl. dazu Andreas Zünd, OFK-Migrationsrecht, 4. Auflage, Zürich 2015, Art. 115 AuG N 7, wo als Untergrenze für die Annahme eines – selbständig zu betrachtenden – rechtswidrigen Aufenthalts die Faustregel von 24 Stunden genannt wird). Das Verschulden bezüglich des illegalen Aufenthalts fällt jedoch neben jenem betreffend die unrechtmässige Einreise nicht mehr massgeblich ins Gewicht, weshalb mit der Vorinstanz von einem noch eher leichten Verschulden auszugehen ist (vgl. Urk. 47 S. 19). In subjektiver Hinsicht ist zu festzuhalten, dass der Beschuldigte im Wissen um das Einreiseverbot und somit mit direktem Vorsatz gegen das Ausländergesetz

- 15 - verstossen hat. Angesichts der misslichen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten, dessen angeblichen Verpflichtung, für die Eltern zu sorgen, sowie der schwierigen Arbeitssituation im Heimatland ist von einer gewissen Einschränkung der Entscheidungsfreiheit bezüglich der vorliegenden Verstösse gegen das Ausländergesetz auszugehen. Der Vorinstanz ist allerdings beizupflichten, dass der Beschuldigte eine Delinquenz hätte verhindern und eine Arbeit in einem Nicht-Schengen-Staat hätte suchen können. Dennoch ist von einer leichten subjektiven Tatschwere auszugehen, welche das objektive Tatverschulden etwas relativiert (so auch Vorinstanz, vgl. Urk. 47 S. 19 f.).

E. 13

März 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig: - (...) - des vorsätzlichen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG. 2. (...)

- 22 - 3. (...) 4. (...) 5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. August 2016 beschlagnahmten und bei der Lagerbehörde aufbewahrten Gegenstände: - defektes Mobiltelefon aus Zigarettenspackung, Marke Samsung, IMEI ..., A009'553'133 - Mobiltelefon Marke Nokia, IMEI ..., A009'553'177 - Mobiltelefon Marke Nokia, IMEI ..., A009'553'188 - Mobiltelefon Marke Nokia, IMEI ..., A009'553'202 - 4 leere Prepaid Kartons, A009'553'213 - SIM-Karte Yallo, Kartennr. ..., A009'553'246 - SIM Karte Yallo, Kartennr. ..., A009'553'268 werden eingezogen und der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen. 6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. August 2016 beschlagnahmten Gegenstände: - 4 Portionen Heroin, A009'553'086, lagernd bei der Kantonspolizei Zürich unter der BM Lager-Nummer B0... - 1 Sack Streckmittel, A009'553'097, lagernd bei der Kantonspolizei Zürich unter der BM Lager-Nummer B0... - div. Minigrip, A009'553'1 00, lagernd bei der Kantonspolizei Zürich unter der BM Lager-Nummer B0... - Digitalwaage, A009'553'111, lagernd bei der Kantonspolizei Zürich unter der BM Lager-Nummer B0... werden eingezogen und der Lagerbehörde (Kantonspolizei Zürich, BM-Lager) zur Vernichtung überlassen. 7. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 10. August 2016 beschlagnahmte Barbetrag in Höhe von Fr. 880.– ist einzuziehen fällt an den Staat.

- 23 - 8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'500.– die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'100.– Gebühr für das Vorverfahren, Fr. 300.– Auslagen (Gutachten), Fr. 1'000.– Auslagen Polizei, Fr. 8'415.80 amtliche Verteidigung (inkl. 8% MwSt.), Fr. 14'315.80 Total Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten. 9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. 10. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. 11. (Mitteilungen) 12. (Rechtsmittel)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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