

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170151-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Ruggli, Präsident, und lic. iur. Stiefel, Ersatz-
oberrichter lic. iur. Muheim sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. Leuthard

Urteil vom 27. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom
22. November 2016 (DG160186)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 14. Juni 2016 (Urk. 11) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 39 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 161 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die sichergestellten Betäubungsmittelutensilien (Waage, Minigrip-Säcklein; Asservatenummer A008'326'930) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
5. Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger aus der Gerichtskasse wie folgt entschädigt:

Leistungen mit 8.0 % MwSt (ab 1. Januar 2011)

Honorar:	9174.00		
Barauslagen:	591.40		
Zwischentotal:	9765.40	781.23	10546.63
			<hr/>
Entschädigung total inkl. MwSt (gerundet):			Fr. 10'546.65
			<hr/> <hr/>

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 3'000.– Gebühr Strafuntersuchung

Fr. 16'370.– Auslagen Untersuchung

Fr. 10'546.65 amtliche Verteidigung (RA X1.____)

Fr. 5'869.60 amtliche Verteidigung (RA X2.____)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 41 S. 2)

1. A.____ sei der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen (Anklageziffer 1.2 und 1.3; Anklageziffer 1.4; Anklageziffer 5.2; Anklageziffer 10).
2. Es sei A.____ mit einer Freiheitsstrafe von maximal 16 Monaten zu bestrafen.
3. Die Freiheitsstrafe von maximal 16 Monaten sei unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren bedingt aufzuschieben.
4. Es sei der amtliche Verteidiger gemäss eingereichter Honorarnote zu entschädigen.
5. Die Verfahrenskosten seien Herrn A.____ aufzuerlegen.

b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(schriftlich, Urk. 35)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Berufungsanmeldung und -erklärung

Mit Eingabe vom 24. November 2016 (Poststempel) liess der Beschuldigte über seinen Verteidiger rechtzeitig Berufung gegen das eingangs zitierte erstinstanzliche Urteil vom 22. November 2016 einlegen (Urk. 23, Prot. I S. 15 ff.; Art. 399 Abs. 1 StPO, Art. 90 Abs. 2 StPO). Am 5. April 2017 nahm die Verteidigung das begründete Urteil entgegen (Urk. 29/2). Die Berufungserklärung gab sie - wiederum fristgerecht - am 24. April 2017 zur Post (Urk. 31; Art. 399 Abs. 3 StPO).

Kein Rechtsmittel ergriff die Staatsanwaltschaft (Urk. 35).

2. Teilrechtskraft

In der Berufungserklärung erklärt die Verteidigung, der Beschuldigte fechte das bezirksgerichtliche Urteil im Schuldpunkt insoweit an, als er „im bisherigen Verfahren nicht geständig war“ (Urk. 31 S. 2). Das betrifft einen grossen Teil des ihm zur Last gelegten Sachverhalts. Soweit er sich in einzelnen Anklagepunkten geständig zeigte, bezog sich dies mitunter nur auf einen Teil des jeweiligen Vorwurfs. Die Ausscheidung eines bereits rechtskräftigen Teils des erstinstanzlichen Schuldspruchs ist unter diesen Umständen nicht möglich. Dispositivziffer 1 ist daher als gesamthaft angefochten zu betrachten.

Beanstandet werden auch Strafhöhe und Vollzug (Dispositivziffern 2 und 3): Die Freiheitsstrafe sei auf 16 Monate zu reduzieren. Sodann sei der bedingte Strafvollzug zu gewähren, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.

Unangefochten und damit bereits rechtskräftig ist das Urteil immerhin hinsichtlich der Ziffern 4 (Einziehung) sowie 5 bis 7 (Kostendispositiv). Das ist mittels Beschluss festzustellen.

3. Dispensation

Das Gesuch der Staatsanwaltschaft um Dispensation von der Berufungsverhandlung wurde bewilligt, nachdem von Seiten des Beschuldigten kein Einwand dagegen erhoben worden war (Urk. 35 und 37).

4. Beweisergänzungsanträge

Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt.

5. Anklageprinzip

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht vor, mehrfach gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG verstossen zu haben (Urk. 11 S. 4).

Im Sachverhaltsteil (S. 2 f.) umschreibt sie, welches tatsächliche Verhalten nach ihrem Dafürhalten zu dieser Qualifikation führt. Dabei beschränkt sie sich auf eine kurze, aber hinreichend präzise Darstellung der Vorgänge, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Insbesondere nennt sie Ort, Datum (ein Tippfehler wurde durch die Vorinstanz korrigiert, Urk. 30 S. 5) und Zeit der strafbaren Handlungen, führt die Beteiligten an und bezeichnet Art und - soweit möglich - Menge der Drogen. Der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel konnte mangels Sicherstellung nicht ermittelt werden. Eine Schätzung musste nicht Eingang in die Anklageschrift finden, sondern war dem Gericht zu überlassen, zumal klar war, dass selbst bei tiefstmöglichem realistischen Reinheitsgrad die Voraussetzungen für die Annahme eines schweren Falles im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erfüllt sein würden.

Nur dort, wo eine vollendete Straftat nach Art. 19 Abs. 1 lit. b bis d BetmG (und nicht nur Vorbereitungshandlungen oder ein Versuch) behauptet wird, eine Angabe zur Drogenmenge (oder Art) jedoch fehlt, so dass diese nicht einmal (wie dies etwa bei einer Heroinprobe möglich ist) abgeschätzt werden kann, mangelt es der Anklageschrift an einer Essentiale und ist das Verfahren einzustellen (Art. 329 Abs. 4 StPO). Das ist vorliegend bei Ziffer 4 Absatz 2 der Anklageschrift der Fall, wo dem Beschuldigten die Übernahme einer „nicht genauer bekannten Heroinmenge“ vorgeworfen wird.

Ansonsten wurde der Beschuldigte wie gezeigt genügend über die Anklagevorwürfe ins Bild gesetzt, um zu erkennen, was ihm vorgeworfen wird. Er konnte und kann sich somit wirksam verteidigen.

II. Schuldpunkt

1. Vorbemerkungen

1.1. Verklausulierte Kommunikation

Als Vorbemerkung zur Sachverhaltswürdigung ist bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass der Beschuldigte mit seinem Teilgeständnis (vgl. insb. Urk. 2/10 S. 16 f. und 2/12 S. 3 f.) unter anderem zugegeben hat, dass die Kommunikation unter den am Drogenhandel Beteiligten stets verschlüsselt geführt wurde. Das ergibt sich aus seinen Aussagen in Verbindung mit unbestrittenen Aufzeichnungen der Telefonüberwachung. So anerkannte der Beschuldigte, dass mit der Bezeichnung „Baklava“ nicht das orientalische Süßgebäck gemeint war, sondern 5 Gramm Heroin. Zugegebenermassen konnte auch „Fr.“ als Synonym für „Gramm Heroin“ (Urk. 2/7 S. 9 f.; vgl. auch unten Ziff. 4 = Anklageziffer 3) stehen. Je nach Lieferant/Abnehmer, und manchmal auch bloss zur besseren Verschleierung, wechselten die verwendeten Begriffe. Indes ergibt sich aus dieser Erkenntnis noch nicht, dass jegliche Textauffälligkeiten ohne Weiteres als Code für Drogenhandelsaktivitäten bzw. Mengenangaben zu deuten sind. Vielmehr wird von Fall

zu Fall zu prüfen sein, ob und wie wahrscheinlich die Abweichung vom Üblichen einen legalen Hintergrund haben könnte.

1.2. Reinheitsgrad des Heroins

Ebenfalls bereits vorweg festzuhalten ist sodann, dass Messungen des Reinheitsgrads des gehandelten Heroins fehlen, da keine Sicherstellungen vorgenommen werden konnten. Mit Recht schätzte die Vorinstanz den Heroin-Base-Anteil auf 25 %. Sie berücksichtigte dabei die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Statistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin zum mittleren Betäubungsmittelgehalt für die Jahr 2013 und 2014. Auf ihre Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 30 S. 20).

2. Anklageziffer 1

2.1. Anlagevorwurf

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, am 30. Oktober 2013 mit B._____ eine kommende Heroinübergabe besprochen zu haben. Tags darauf habe er einen Abnehmer zur Besprechung getroffen, worüber er B._____ in Kenntnis gesetzt habe (Anklageziffer 1.1.). Am 2. November 2013 habe der Beschuldigte ein Treffen zwischen B._____ und dem Kunden vermittelt, bei welchem eine Heroinprobe übergeben worden sei (Ziff. 1.2. der Anklageschrift). Gleichentags habe B._____ dem Abnehmer 0.1 bis 1 kg Heroin geliefert (Ziff. 1.3.). Der Beschuldigte habe von diesem (dem Abnehmer) noch am selben Abend 20 bis 200 Gramm zum Weiterverkauf bestellt (Ziff. 1.4.). Am 7. November 2013 schliesslich habe der Beschuldigte den Abnehmer aufgefordert, den Kaufpreis für den Lieferanten bereitzumachen und am 8. erfahren, dass er soweit sei, worauf der Beschuldigte ein weiteres Treffen organisiert habe, bei dem alle drei anwesend gewesen seien (Ziff. 1.5.).

2.2. Sachverhaltswürdigung

Der Beschuldigte räumte bereits im Vorverfahren ein, ein Treffen zwischen dem Drogenlieferanten B._____ (alias: „B'._____“) und einem Abnehmer mit dem

Pseudonym „C'._____“ arrangiert zu haben, das am 2. November 2013 stattgefunden habe (Urk. 2/6 S. 2 f., Urk. 2/7 S. 7, Urk. 2/10 S. 16 f. und Urk. 2/12 S. 3). Noch am selben Tag sei er vom Abnehmer albanischer Herkunft (weitere Personalien unbekannt) per SMS und mündlich darüber informiert worden, dass die Zusammenkunft stattgefunden habe und er von B._____ „eines“ bzw. „1“, entsprechend 100 Gramm Heroin, erhalten habe (a.a.O.). Ebenfalls gleichentags habe der Beschuldigte dann „von diesen 100 g“ per SMS bei „C'._____“ zweimal fünf Gramm Heroin (die er als „Baklava“ bezeichnet habe) bestellt. Diese Betäubungsmittel habe er hernach einem anderen albanischen Abnehmer mit einem Gewinn von insgesamt Fr. 80.– verkauft (Urk. 2/2 S. 2, Urk. 2/6 S. 3, Urk. 2/7 S. 7; Urk. 2/10 S. 16, Urk. 2/12 S. 3).

Mit diesem Teilgeständnis, das sich mit den Erkenntnissen aus der Telefonüberwachung (vgl. die Anhänge zu Urk. 2/1) deckt, hat der Beschuldigte die Kernvorwürfe von Anklageziffer 1, nämlich die Vermittlung von 100 Gramm Heroin und den eigenhändigen Verkauf eines Zehntels davon eingestanden.

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwog, lässt sich hingegen mit Bezug auf Ziffer 1 der Anklage nicht nachweisen, dass der Beschuldigte sich mit mehr Heroin am Drogenhandel beteiligte, was er bestreitet. Ebenso wenig kann mithilfe der Ergebnisse aus der Telefon- und der Personenüberwachung - welche die einzigen Beweismittel bilden - rechtsgenügend erstellt werden, dass

- sich der Beschuldigte schon am 30. Oktober 2013 mit B._____ und am 31. mit „C'._____“ zur Vorbesprechung einer (oder gar dieser) Heroinübergabe getroffen hatte,
- anlässlich einer Zusammenkunft aller Beteiligten am 2. November eine Heroinprobe übergeben wurde,
- der Beschuldigte am 7. November 2013 den Abnehmer aufforderte, den Kaufpreis für das Heroin (für B._____) bereitzumachen und
- er das unbestrittenermassen stattgefundenere Treffen im Restaurant ... in D._____/ZG vom 8. November 2013, bei dem alle drei anwesend waren, zum Zweck der Übergabe von Drogengeld organisierte und eine solche dort erfolg-

te (vgl. dazu auch den Wahrnehmungsbericht der Kantonspolizei Zürich, Urk. 1/2).

Zu mehrdeutig und dabei kontextbezogen durchaus mögliche legale Handlungsvarianten enthaltend (wie etwa das gemeinsame Kaffeetrinken unter Freunden oder das Interesse an einem Autokauf beim Garagisten B._____) sind die Äusserungen in den SMS und Gesprächsaufzeichnungen und zu wenig aussagekräftig die Beobachtungen der Polizei. Im Einzelnen kann auf die überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 30 S. 8 bis 11). Nicht weiter nachgegangen zu werden braucht unter diesen Umständen den Fragen, inwieweit diesen Vorgängen überhaupt eine selbständige strafrechtliche Bedeutung zukäme und gegebenenfalls, inwiefern das Verschlechterungsverbot der Annahme einer intensiveren als der zugegebenen Beteiligung entgegenstände.

2.3. Rechtliche Würdigung

In rechtlicher Hinsicht hat der Beschuldigte durch das Verschaffen von 100 Gramm Heroin (für „C'._____") und den Verkauf von 10 Gramm davon (auf eigene Rechnung) gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG verstossen. Dabei liegt hinsichtlich der Quantität des vermittelten Heroins Eventualvorsatz vor. Der Erwerb und der Besitz des von „C'._____" übernommenen Heroins sind dem Verkauf dienende Handlungen. Sie sind gewissermassen Entwicklungsstufen derselben deliktischen Tätigkeit. Entsprechend braucht lit. d von Art. 19 Abs. 1 BetmG infolge Subsidiarität nicht ins Schulddispositiv aufgenommen zu werden (vgl. dazu Fingerhuth/Schlegel/Jucker: Kommentar BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, N 157 und 159 zu Art. 19 BetmG, mit Verweisen).

3. Anklageziffer 2

Die Vorinstanz hat den Sachverhalt, der dem Beschuldigten unter Ziffer 2 der Anklageschrift zur Last gelegt wird, als nicht erstellt erachtet, womit auch kein Schuldspruch erfolgte (Urk. 30 S. 11). Dabei hat es jedenfalls aufgrund des Verbots der reformatio in peius sein Bewenden zu haben.

4. Anklageziffer 3

4.1. Anklagevorwurf

Laut Anklageschrift soll der Beschuldigte am 9. November 2013 von einer unbekannt Person 300 Gramm gestrecktes Heroin übernommen und am selben Tag ein Treffen zwischen dem Abnehmer und B._____ vermittelt haben (Urk. 11 S. 3).

4.2. Sachverhaltswürdigung

Aus den Protokollen der Telefonkontrolle ergibt sich Folgendes: Am 9. November 2013, 10.04 Uhr, ersucht der Beschuldigte per SMS eine unbekannte männliche Person (sinngemäss ins Deutsche übersetzt): „Schau, dass du mir heute Fr. 300 geben kannst. Ich brauche es.“ (Urk. 2/4 Anhang 20). Zur Begründung gibt er in der Kurznachricht an, weil er (der Beschuldigte) krank sei, habe ihm der Chef den Lohn noch nicht „geschickt“. Der Vorgesetzte habe ihm gesagt, dass er ihm „gegen 20 den Lohn schicken“ werde. Alsdann schlägt der Beschuldigte verschiedene Treffpunkte vor, unter anderem ein türkisches Geschäft, in dem er 10 Minuten später sein werde. Der Adressat antwortet jedoch erst knapp 1 ¾ Stunden später, um 11.41 Uhr, er habe die SMS nun gelesen (Urk. 2/4 Anhang 21). Um 12.31 Uhr erklärt der Beschuldigte, zu ihm zu kommen (Anhang 22). Rund 80 Minuten später meldet er seine Ankunft beim Hauseingang des Lieferanten (Anhang 23 f.).

Die Erklärung des Beschuldigten, Fr. 300.– zu benötigen, weil er infolge Krankheit das Salär verspätet (gegen 20) erhalten werde, erscheint als frei erfundene Geschichte zur Tarnung des wahren Zwecks der SMS-Kommunikation. Der Erhalt des Lohns per Ende Monat ist hierzulande nicht abhängig vom Gesundheitszustand des Arbeitnehmers. Das Vorbringen des Beschuldigten wäre deshalb höchstens dann plausibel, wenn Barauszahlung des Salärs vereinbart gewesen wäre und der Beschuldigte aufgrund seiner Abwesenheit am Arbeitsplatz die Aushändigung verpasst hätte. Aus seiner SMS geht jedoch gerade hervor, dass dort jeweils keine physische Lohnübergabe erfolgte („noch nicht geschickt“). Auch in der delegierten Einvernahme vom 25. Juni 2015 gab er an, er habe seines Wissens den Lohn „auf mein Konto ausbezahlt“ erhalten (Urk. 2/4 S. 4).

Selbst wenn man davon ausginge, der Beschuldigte habe (aus anderem als dem vorgeschützten Grund) tatsächlich 300 Franken gebraucht, würde nicht einleuchten, weshalb er, der damals mit mehreren Familienmitgliedern zusammenwohnte, die ein eigenes Einkommen erzielten, für diesen relativ bescheidenen Betrag eine Drittperson hätte angehen sollen (Urk. 2/1 S. 2; zwei Monate zuvor konnte sich die Familie denn auch den Kauf eines Hauses für fast Fr. 1.2 Mio. leisten).

Hätte die SMS-Anfrage einen legalen Hintergrund gehabt, wäre im Übrigen zu erwarten gewesen, dass der Beschuldigte seinen Gesprächspartner unter der eigenen Rufnummer um Hilfe gebeten hätte und nicht unter einer, die auf eine fiktive Person (E._____) registriert war.

Dass sodann die Bezeichnung „Fr.“ als Synonym für „Gramm Heroin“ stand, hat der Beschuldigte bei der Befragung zu anderen Anklagevorwürfen zweimal eingeräumt (Urk. 2/7 S. 9 f. und Urk. 2/8 S. 4 betr. Anklageziffer 5.2 und 5.3; vgl. unten Ziff. II.6). Bedürfte es überhaupt noch eines weiteren Nachweises für den Gebrauch von „Fr.“ als Codewort, wäre dieser mit der SMS-Korrespondenz vom 3. Dezember 2013 erbracht; dort stellt ein potentieller Drogenabnehmer, der „Fr. 50“ braucht, die andernfalls geradezu absurde Frage, wie teuer Fr. 50 seien (Urk. 2/7 Anhang 10).

Festzuhalten ist schliesslich, dass der Beschuldigte nur eine Woche vor dem vorliegenden Vorfall über die gleiche Empfängernummer Drogenhandel betrieben hatte.

Nach alledem bestehen keine ernsthaften Zweifel, dass der Beschuldigte vorliegend kein Darlehen über Fr. 300.– erlangen wollte, sondern es ihm darum ging, 300 Gramm Heroin zu erwerben.

Dass die Drogen tatsächlich die Hand wechselten, lässt sich jedoch nicht nachweisen. Der Beschuldigte fuhr zwar nach D.____ (Urk. 2/4 Anhang 24). Über das weitere Geschehen fehlen jedoch jegliche Informationen. Nachdem die angefragte Person die Lieferung (noch) nicht zugesagt hatte, steht nicht fest, dass sie das

Heroin besorgen konnte. Denkbar ist auch, dass es nicht zu einer Übergabe kam, weil sich die beiden nicht über den Kaufpreis einigen konnten.

Sodann arrangierte der Beschuldigte zwar noch für den selben Abend ein Treffen zwischen B._____ und einer Person, die Ersterer schon am frühen Nachmittag getroffen hatte (Anhang 25 f. zu Urk. 2/4). Ein Zusammenhang mit den soeben beschriebenen Vorgängen ist jedoch nicht erstellt. Es kann beispielsweise sein, dass dort eine andere Drogenübergabe oder eine Zahlung für früher bezogenes Heroin erfolgte.

4.3. Rechtliche Würdigung

Rechtlich ist die Tat des Beschuldigten als Anstaltentreffen zum Erwerb einer grossen Menge Heroin im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG zu qualifizieren.

5. Anklageziffer 4

5.1. Absatz 1

5.1.1. Anklagevorhalt

Im ersten Absatz von Ziffer 4 der Anklageschrift wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, am 15. November 2013 300 Gramm Heroin bei einem albanischen Abnehmer bestellt zu haben (Urk. 11 S. 3).

5.1.2. Sachverhaltswürdigung

Der Beschuldigte schrieb diesem Adressaten (sinngemäss übersetzt): "Was machst du Bruder? Gut? Er ist gestern Abend nicht gekommen, ich habe ihm gesagt, er soll heute am Abend kommen. Er hat mir noch nicht geantwortet. Schau mach 300 kele damit ich es nach der Arbeit holen kann. Gruss vom Bruder" (Urk. 2/4 Anhang 31).

Das Wort „kele“ ist in der albanischen Sprache offensichtlich nicht gebräuchlich. Sonst wäre es schon im Rahmen der ursprünglichen Übersetzung der TK-

Protokolle - wie alles andere - ins Deutsche übertragen worden, spätestens aber bei der Einvernahme des Beschuldigten, bei welcher der Dolmetscher aufgefordert wurde, falsche oder fehlerhafte Übersetzungen der SMS und Telefongespräche zu melden (Urk. 2/4 S. 1 f. und 6). Eine Internet-Recherche führt zum Ergebnis, dass „kele“ international meist einen Vornamen oder Ort bezeichnet und im Hoch-Chinesischen (Mandarin) für „Cola“ steht. Dass der Beschuldigte nun aber mit seiner SMS chinesisch 300 Cola (nota bene ohne Angabe einer Flaschengrösse) oder ebenso viele „kele“-Namens- oder -Ortskärtchen/-schildchen bestellt haben soll, ist so unrealistisch, dass es ausgeschlossen werden kann.

Als allein plausibel erscheint dagegen (nicht zuletzt auch unter Berücksichtigung der vorangegangenen, an B._____ gerichteten, aber unbeantwortet gebliebenen SMS des Beschuldigten, Urk. 2/4 Anhang 27 ff.), dass der Beschuldigte dringend Heroin benötigte und dieses nun von der Person liefern lassen wollte, bei der er schon 6 Tage sowie knapp 2 Wochen zuvor Drogen derselben Art bestellt und teilweise auch erhalten hatte.

Ob das Kunstwort „kele“ dabei einem Silbentausch der albanischen Währung Leke entsprang, wie die Vorinstanz vermutet (Urk. 30 S. 13), kann dahingestellt bleiben. So oder anders ist der eingeklagte Sachverhalt erstellt, der im Übrigen keine tatsächliche Übergabe behauptet, welche auch nicht nachweisbar wäre.

5.1.3. Rechtliche Würdigung

Rechtlich ist die Tat des Beschuldigten als Anstaltentreffen zum Erwerb einer grossen Menge Heroin im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG zu qualifizieren.

5.2. Absatz 2

Diesbezüglich kann auf die Erwägungen zum Anklageprinzip verwiesen werden (oben Ziff. I.5). Das Verfahren ist in diesem Anklagepunkt einzustellen.

Angemerkt sei am Rande, dass auch die Vorinstanz, wenn auch mit anderer Begründung, hier nicht zu einem Schuldspruch gelangte (Urk. 30 S. 13).

6. Anklageziffer 5

6.1. Anlagevorwurf

Laut Anklageschrift bezog der Beschuldigte am 18. November 2013 200 Gramm Heroin von einem albanischen Lieferanten in D._____, nachdem er auf die vorgängige Bestellung bei B._____ keine Antwort erhalten hatte (Anklageziffer 5.1.). Je 50 Gramm davon soll er dann am 3. und 5. Dezember albanischen Abnehmern verkauft haben (Anklageziffern 5.2. f.).

6.2. Sachverhaltswürdigung

6.2.1. Anklageziffer 5.1.

Am 18. November 2013 liess der Beschuldigte zunächst B._____ folgende SMS zukommen (übersetzt): "Freund, wo bist du? Komm melde dich. Ich brauche dich, um Kaffee zu trinken ++" (Urk. 2/7 Anhang 1). B._____ meldete sich erst andern- tags, entschuldigte sich und stellte ein Treffen für den 20. November 2013 in Aus- sicht. Der Beschuldigte nannte daraufhin den Treffpunkt und beendete seine Kurznachricht mit „Sag mir die Zeit, ich warte auf dich ++ ciao“.

Mit dem Vorwurf konfrontiert, die Zeichenfolge bedeute die Bestellung von 200 Gramm Heroin, erklärte der Beschuldigte, es handle sich bloss um eine Gruss- formel; darauf hingewiesen, dass er teilweise zusätzlich mit einem Wort gegrüsst habe, gab er an, das Doppelplus bzw. Doppelkreuz bedeute eben (ergänzend) „herzliche“ Grüsse (Urk. 2/7 S. 8 und 11, Urk. 2/8 S. 2 und 8 f., Urk. 2/10 S. 9 f.).

Diese Erklärungen erweisen sich bei näherer Betrachtung als Schutzbehauptun- gen. Nicht nur stösst man in den zahlreichen SMS, die der Beschuldigte und B._____ austauschten, nur vereinzelt (nämlich in den die Anklageziffern 5 und 6 beschlagenden SMS vom 18. bis 20. November 2013 und vom 6. bis zum 8. De- zember 2013) auf das „++“, sodass dies keine unter ihnen übliche Grussformel darstellen kann. Ausserdem verwendete der Beschuldigte die Zeichenfolge teils auch mitten im Text, wo niemandem in den Sinn käme, zu grüssen (vgl. dazu un- ten Ziff. II.7).

Angesichts dessen, dass

- der Beschuldigte im hier interessierenden Zeitraum bereits in kurzen Zeitabständen zuvor eine erhebliche Drogenhandelsaktivität entwickelt hatte,
- dabei vom Beschuldigten verschiedene Bezeichnungen für die Menge „Heroin“ verwendet worden waren („Fr.“, „kele“, „Baklava“),
- hier mit „++“ sehr ungewöhnliche Zeichen, die weder Grusswörter noch Schreibfehler darstellen können, benutzt wurden,
- B._____ offenbar immer 100 Gramm oder ein Mehrfaches davon lieferte, weshalb ++ für eine Bestellung von 200 Gramm Sinn macht,

liegt schon sehr nahe, dass der Beschuldigte 200 Gramm Heroin benötigte.

Hinzu kommt nun, dass er sich - nachdem die Anfrage an B._____ nicht die gewünschte Wirkung gezeitigt hatte - noch am 20. November 2013 verzweifelt an seinen zuvor schon mehrfach kontaktierten albanischen Lieferanten in D._____ wandte. Er schrieb (übersetzt): „Wie geht es dir Bruder? Schau mach für mich Fr. 200 bereit. Ich komme heute Nachmittag es holen. Ich brauche es. Ich bin in Not. Gruss Bruder.“ (Urk. 2/7 Anhang 4). Wie schon mehrfach ausgeführt, bedeutete der Begriff „Fr.“ „Gramm Heroin“. Der Beschuldigte hat im vorliegenden Strafverfahren nichts vorgebracht, was eine andere Deutung plausibel machen würde.

Damit ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte an diesem Tag sowohl bei B._____ als auch beim Albaner mit dem auf „F._____“ lautenden Anschluss versucht hat, (ein Mal) 200 Gramm Heroin erhältlich zu machen.

Ein Beweis dafür, dass der Beschuldigte die Drogen tatsächlich in Besitz genommen hat, findet sich allerdings in den Akten nicht. Insbesondere existiert kein dies bestätigender SMS-Verkehr. Dass der Beschuldigte rund zwei Wochen später, am 3. Dezember 2013, Heroin auslieferte, wie sogleich zu zeigen sein wird, ist ebenfalls kein hinreichender Beleg für den Erhalt des hier bestellten Rauschgifts, zumal der Beschuldigte am 20. November 2013 angab, in Not zu sein, was auf Dringlichkeit einer Lieferung an einen Dritten hindeutet. Das anfangs Dezember

vom Beschuldigten ausgelieferte Heroin kann durchaus auch bei anderer Gelegenheit beschafft worden sein.

6.2.2. Anklageziffer 5.2.

Der Beschuldigte ist bezüglich dieses Anklagepunkts insoweit geständig, als er zugibt, 50 Gramm Heroin mit und für „C'._____“ zum Abnehmer transportiert zu haben (Urk. 2/7 S. 9 f., Urk. 2/10 S. 16, Urk. 2/12 S. S. 3). Als Verkäufer will er hier aber nicht aufgetreten sein.

Wie sich aus den SMS-TK-Protokollen ergibt, führt der Beschuldigte am 2./3. Dezember 2013 Verkaufsverhandlungen mit einer unbekanntem Person über 50 bis 100 Gramm Heroin und liefert 50 Gramm aus (Anhang 5/1 ff. zu Urk. 2/7). Dabei erteilt der Beschuldigte dem Interessenten zunächst Auskunft über den Verkaufspreis (a.a.O. Anhang 10 und 11: Frage: „Wie teuer sind Fr. 50?“ Antwort: „1.8“, was offensichtlich Fr. 1'800.– entspricht). Daraufhin bestellt der Unbekannte 50 Gramm der Droge, lieferbar an den „Cousin“, und fügt an, der Beschuldigte solle wenn möglich 100 Gramm bringen, wobei dann vorerst eine Teilzahlung erfolge (Anhang 12). In weiteren SMS willigt der Beschuldigte ein und vereinbart die Übergabezeit. In der letzten Kurznachricht dieses Tages an den Unbekannten bestätigt er, „Fr. 50 dorthin gebracht“ zu haben, weil „dieser“ nicht mehr gebracht habe (Anhang 16).

Der Beschuldigte hat somit nicht nur Drogen transportiert, wie er zugibt, sondern massgeblich am Verkauf derselben mitgewirkt.

6.2.3. Anklageziffer 5.3.

Gemäss Anklageschrift lieferte der Beschuldigte am 5. Dezember 2013 einem unbekanntem Albaner weitere 50 Gramm Heroin aus.

Der Beschuldigte behauptet, es handle sich bei diesem Vorwurf um die gleiche Sache bzw. Bestellung wie unter Anklageziffer 5.2. eingeklagt (Urk. 2/12 S. 3).

Wie oben dargelegt, hat der Beschuldigte jedoch schon am 3. Dezember 2013 per SMS die Auslieferung des Heroins, das Gegenstand von Anklageziffer 5.2 ist, bestätigt.

Erst zwei Tage später erhält er vom gleichen Anschluss die SMS-Anfrage, ob er nach der Arbeit Fr. 100 (= 100 Gramm Heroin) zum „Cousin“ des Absenders bringen könne (Urk. 2/8 Anhang 9). Der Beschuldigte antwortet, er könne das Rauschgift bei einem Freund organisieren, doch sei es von der gleichen - vom Abnehmer als schlecht monierten - Qualität (Anhang 10). Der SMS-Gesprächspartner zeigt sich wenig erfreut, aber dennoch weiter an einer Bestellung interessiert, und erklärt, er werde es (in diesem Fall) ohne Gewinn weitergeben, um „die Leute“ nicht zu verlieren (Anhang 11). Der Beschuldigte nimmt den Auftrag an und verspricht, seinem Lieferanten zu schreiben, doch sei dieser „viel weg“ (Anhang 12). Der Besteller des Beschuldigten bittet um Benachrichtigung (Anhang 13).

Knapp zwei Stunden später, um 16.50 Uhr, ruft der Besteller wieder an und führt aus, sie hätten das Geld (für den Drogenkauf) nicht; er fragt, ob der Beschuldigte nicht nach Basel fahren und einen Freund von ihm treffen könne. Der Beschuldigte solle sagen, wie viel er „dafür“ wolle. Dieser gibt kurz danach an, gerade woanders unterwegs zu sein. Es sei zu spät für diesen Tag (Anhang 15).

Um 18.45 Uhr meldet der Besteller dann allerdings, „die Jungs“ hätten 3 und 500 und will wissen, ob der Beschuldigte „heute Hundert bringen“ könne (Anhang 17). Offensichtlich handelt es sich hierbei um Fr. 3'500.-, die nun doch aufgetrieben werden konnten, sodass eine Lieferung von 100 Gramm Heroin sofort bezahlt werden könnte. Der Beschuldigte gibt 10 Minuten später zur Antwort, er könne an diesem Abend nur 50 besorgen und bringen. Er werde von seinem momentanen Standort zurückkehren, um diese Menge zu holen, wenn der Abnehmer es wolle. Der Interessent solle Bescheid geben, solange der Beschuldigte in der Nähe sei (Anhang 18). Eine Minute später erklärt sich der Besteller damit einverstanden, worauf der Beschuldigte um 18.56 Uhr meldet: „Ok ich gehe“ (Anhang 19 f.). Um ca. 19.30 Uhr fährt der Beschuldigte tatsächlich (mit seiner Ehefrau) von G._____ nach D._____, wo er um 19.50 Uhr geortet wird (Urk. 2/8 Anhang 22 f.). 5 Minu-

ten später wird er von der Polizei allein beim Verlassen eines Hauses in D._____ beobachtet. Laut Wahrnehmungsbericht bestand eine Vermutung, dass dort ein albanischer Abnehmer wohnte. Schliesslich steigt der Beschuldigte in das Auto, in dem seine Frau wartet (Urk. 1/4 S. 2).

Nach alledem verbleiben keine ernsthaften Zweifel, dass der Beschuldigte die hier interessierenden 50 Gramm Heroin tatsächlich ausgeliefert hat. Der Abnehmer benötigte die Drogen dringend, der Beschuldigte war in der Lage, 50 Gramm zu liefern und fuhr tatsächlich nach D._____, und man war sich auch über den Preis einig.

6.3. Rechtliche Würdigung

Der Beschuldigte traf vom 18. bis zum 20. November 2013 Anstalten, 200 Gramm Heroin zu erwerben. Am 3. und 5. Dezember 2013 veräusserte er je 50 Gramm Heroin.

Er hat sich dadurch der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und teilweise g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gemacht.

7. Anklageziffer 6

7.1. Anklagevorwurf

Dem Beschuldigten wird zur Last gelegt, am 6. Dezember 2013 bei B._____ 200 Gramm Heroin bestellt zu haben, welches er zwei Tage später im Raum D._____/ZG übernommen habe.

7.2. Sachverhaltswürdigung

An diesem Nikolaustag schreibt der Beschuldigte schon kurz nach Mitternacht B._____: "Komm morgen am Abend gegen 6 Uhr zum H._____ Laden, damit wir zusammen Kaffee trinken ++ aber du sollst sicher kommen, damit ich auf dich warten kann" (Urk. 2/8 Anhang 27). B._____ bestätigt um 06.10 Uhr. Der Beschuldigte macht nun Angaben zur Übergabe: „... nach fünf Uhr dreissig am

Abend ++. Melde es mir, wenn du kommst. Damit ich auf dich warten kann.
Gruss.“ (Anhang 29).

In diesen SMS, in denen das „++“ zweimal mitten im Text auftaucht (wie auch in Urk. 2/8 Anhang 56), zeigt sich abermals mit aller Deutlichkeit, dass das Doppelplus kein Grussbegriff war, sondern ein schon anlässlich des letzten Bestellversuchs bei B._____ (vgl. oben Ziff. 6.2.1. betr. Anklageziffer 5.1) verwendeter Code, der sich auf eine Menge von 200 Gramm Heroin bezog. Damit steht fest, dass der Beschuldigte diese Menge bestellte.

Die Übergabe verzögerte sich bis zum 8. Dezember 2013 (vgl. Urk. 2/7 Anhang 31 bis 34, 36 bis 41, 52 bis 67; B._____ benutzte hier zwei verschiedene Anschlüsse, da einer davon offenbar zeitweise schlecht funktionierte, Anhang 39). Die beiden Drogenhändler trafen sich um ca. Viertel vor Zwölf (Anhang 65 f.). Eine Viertelstunde später erkundigte sich B._____ nach dem Befinden des Beschuldigten und seiner „Familie“, worauf der Beschuldigte antwortete, es sei alles in Ordnung; der „Familie“ gehe es gut (Anhang 67 f.). Letzteres diente offenkundig der Nachfrage, ob die Drogen sicher angekommen seien. Daraus folgt, dass die Drogen dem Beschuldigten tatsächlich übergeben wurden.

7.3. Rechtliche Würdigung

Mit dem Erwerb von 200 Gramm Heroin machte sich der Beschuldigte der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG schuldig.

8. Anklageziffer 7

8.1. Anklagevorwurf

Die Staatsanwaltschaft geht davon aus, der Beschuldigte habe am 17. Dezember 2013 einen neuen Abnehmer getroffen, worüber er B._____ vorgängig in Kenntnis gesetzt gehabt habe, und er habe auf seine entsprechende Bestellung bei B._____ am 18. Dezember 2013 in G._____/LU von diesem 200 Gramm Heroin

erhalten. Davon habe der Beschuldigte seinem Abnehmer gleichentags eine Probe ausgeliefert, welcher in der Folge die gute Qualität bestätigt habe.

8.2. Sachverhaltswürdigung

8.2.1. Lieferung einer Heroinprobe

Aus dem SMS-Verkehr des Beschuldigten mit dem Anschluss von „I.____“ vom 19. und 20. Dezember 2013 ist zu schliessen, dass der Beschuldigte mit einem bisher nicht in Erscheinung getretenen Abnehmer im Hinblick auf eine baldige Drogenlieferung Kontakt hatte (Urk. 2/10 Anhänge 23 ff.). Diesen traf der Beschuldigte offenbar am 19. Dezember 2013 nach 18.30 Uhr, teilte er dem Interessenten doch seine Ankunft mit (wörtlich, ohne Übersetzung): „Bruder, kom da drausen ich bihn schon da“ und sprach er später von einer „antwort auf gestern abend“ (Anhang 23 und 26). Denkbar ist zwar auch, dass der Abnehmer zum Treffen mit dem Beschuldigten nicht erschien und der Interessent die Probe am selben Abend von einer anderen in das Geschäft involvierten Person (z.B. „C'.____“, mit dem der Beschuldigte wie gezeigt bereits früher Drogenhandel betrieben hatte) erhalten hat. Das spielt jedoch insofern keine Rolle, als der Beschuldigte jedenfalls informiert war und die Reaktion des Abnehmers auf die Versuchsportion entgegenzunehmen hatte. Am anderen Tag schrieb er den Interessenten denn auch zunehmend ungeduldig werdend am Vor- und frühen Nachmittag insgesamt drei Mal an und bat um eine Antwort (Anhang 24 bis 26). Dabei erklärte er zuletzt, er sei ein Kollege von „C'.____“ und müsse ihm „weiter sagen ist gut oder nicht“ (Anhang 26). Kurz vor 19.00 Uhr antwortete der Angeschriebene endlich und erklärte verklausuliert, aber dennoch unmissverständlich, „die Braut“ (womit fraglos die Probe gemeint war) sei „sehr gut gewesen“, und der Beschuldigte solle ihm sagen, „wann wird er kommen, damit wir alles organisieren können“; diese seien „in die Ferien gefahren“ (Anhang 27). Der Beschuldigte schreibt zurück (übersetzt), er „werde schauen, diesen zu kontaktieren“; danach werde er sich wieder bei ihnen melden „auf wann“.

Diese Aktivitäten des Beschuldigten sind Vorbereitungshandlungen für einen Drogendeal, bei denen er zumindest als Mittäter beteiligt war. Das ist jedoch nicht

eingeklagt. Die Anklage behauptet nur die Abgabe einer Heroinprobe, deren Mindestgrösse zwar entgegen der Ansicht der Vorinstanz geschätzt werden könnte (weshalb auch das Anklageprinzip nicht verletzt ist), jedoch vom Bezirksgericht nicht mit einem Schuldspruch geahndet wurde (Urk. 30 S. 17 f. und 19 [Zusammenfassung]). Das Verschlechterungsverbot bei alleiniger Appellation des Beschuldigten lässt im Berufungsverfahren keinen anderen Entscheid zu.

8.2.2. Erwerb von 200 Gramm Heroin

Durch das Bezirksgericht ins Recht gefasst wurde der Beschuldigte jedoch für den Erwerb von 200 Gramm Heroin von B. _____ am 18. Dezember 2013, also einen Tag vor der Probenübergabe.

8.2.2.1. Heroinbedarf des Beschuldigten

Dass zwischen dem Beschuldigten und der Person unter dem Anschluss „I. _____“ schon vor dem 19. Dezember 2013 ein SMS-Kontakt bestand, steht nicht fest. Zwar findet sich ein SMS-Verkehr zwischen Ersterem und einem Abonnenten mit mazedonischem Provider vom 16. Dezember 2013 (Urk. 2/10 Anhänge 7 bis 10) und ein solcher zwischen ihm und einer Abonnentin mit dem (fiktiven) Namen „J. _____“ vom 17. Dezember 2013 (Anhänge 11 bis 13), doch ist nicht nachweisbar, dass es sich bei diesen beiden SMS-Partnern um „I. _____“ handelt. Ausserdem ergibt sich aus diesen SMS nicht mehr, als dass mit dem ersten SMS-Teilnehmer ein Treffen geplant war und mit dem zweiten ein solches wahrscheinlich stattfand. Worum es dabei ging, erhellt aus den Kurznachrichten nicht; insbesondere enthalten sie keine Drogenbestellung. Es kann somit nicht nachgewiesen werden, dass im Zeitpunkt, in dem der Beschuldigte laut Anklageschrift 200 Gramm Heroin bei B. _____ bestellt und bezogen haben soll (d.h. am 18. Dezember 2013), beim Beschuldigten eine konkrete Bestellung vorlag, die einen Bedarf für einen Drogenbezug von B. _____ erklären würde.

Nun könnte der Beschuldigte auch auf Vorrat, in Erwartung einer baldigen Verkaufsgelegenheit, Heroin von B. _____ bezogen haben. Dass dieses für das Drogengeschäft mit „I. _____“, das am 20. Dezember 2013 nach positivem Bericht

über die Qualität einer Heroinprobe in die Wege geleitet wurde, bestimmt gewesen sein könnte, ist aber wiederum höchst unsicher. Aus dem Inhalt der SMS mit dem Abnehmer ist nämlich viel eher zu schliessen, dass jenes Heroin über „C'._____“ und nicht über B._____ beschafft werden sollte (Urk. 2/10 Anhang 26).

Gleichwohl nehmen sowohl die Kantonspolizei in der delegierten Einvernahme vom 14. September 2013 als auch die Vorinstanz an, dass der Beschuldigte in einer SMS vom 15. Dezember 2013 B._____ nicht berichten wollte, er habe eine Verabredung mit einem Mädchen für ein sexuelles Abenteuer, sondern ihn vielmehr darüber informierte, dass er sich mit einem neuen Drogenabnehmer treffen werde, mit dem man lukrative Geschäfte machen könne (Urk. 2/10 S. 2 f., Urk. 30 S. 17). Die beiden hätten sich ja des Öfteren einer codierten Sprache bedient, unter anderem auch des Wortes „Mädchen“, um Drogengeschäfte zu vertuschen. In der Tat könnte angesichts der weiteren, wenn auch hinsichtlich einer Bestellung unergiebigem, SMS grundsätzlich ein anderer Interessent (z.B. die Person mit dem Anschluss „J._____“) existiert haben.

Um die von der Anklägerin und der Vorinstanz vorgenommene Interpretation beurteilen zu können, ist ein Blick in den damaligen SMS-Verkehr erforderlich: Am 14. Dezember 2013 wollte B._____ vom Beschuldigten wissen, wie es ihm gehe und was er so mache (Urk. 2/10 Anhang 1). Einige Minuten später fragte B._____ auf gleichem Weg an, wann sie Kaffee trinken gehen würden (Anhang 3). Die Person, die antwortete, erklärte (übersetzt): „Herr, Freund ist nicht hier. Ich werde es ihm ausrichten, wenn er kommen wird“ (Anhang 2). Am Nachmittag schreibt B._____ noch einmal: Er sei in der Nähe des Beschuldigten (wohl: seines Hauses). Tags darauf, am 15. Dezember 2013, entschuldigte sich der Beschuldigte dafür, dass er sich nicht gemeldet habe und begründete dies damit, dass er zu Besuch in Frankreich gewesen sei (Anhang 5). Seine Freundin habe ihm (B._____) geschrieben. Er wisse nicht, ob B._____ die Nachricht erhalten habe. Es gehe ihm gut. Es gebe nichts Neues. Am Mittwoch werde er das Mädchen treffen. Er werde auch mit ihr schlafen und süssen Sex machen, weil sie ihm sehr gefalle. Am frühen Morgen des 16. Dezember 2013 bestätigte B._____ per SMS, er habe die Nachricht bekommen und schrieb weiter, sie würden sich am Mittwoch

(18. Dezember 2013) zum Kaffee treffen (Anhang 6). An diesem Mittwoch teilt B._____ dem Beschuldigten um 13.56 Uhr per SMS mit: „Wo bist du mein Freund, welche Zeit trinken wir Kaffee und wo?“ (Anhang 16), und der Beschuldigte antwortet: „Freund, komm nach G._____, zum H._____ um 20.00 Uhr“ (Anhang 15). Darauf B._____: „Ok abgemacht.. Gruss.“ (Anhang 17). Um 19.31 Uhr meldet B._____: „Freund, ich komme in 10 Min. an.“ (Anhang 21), und der Beschuldigte bestätigt mit „Ok“ (Anhang 22).

Es trifft zu, dass der Beschuldigte in anderem Zusammenhang ebenfalls von und über „Mädchen“ sprach und damit „Drogenabnehmer“ bzw. „Drogengeschäfte“ meinte (vgl. dazu etwa die Ausführungen der Vorinstanz in Urk. 30 S. 6). Die Umstände, dass der Beschuldigte im vorliegenden SMS-Zeitraum im Drogenhandel tätig war und von einer auf einen fiktiven Abonnenten eingelösten Nummer anrief, schüren tatsächlich zunächst den Verdacht, dass es hier nicht anders war. Dennoch darf auch bei Drogenhändlern nicht bei jedweder Erwähnung eines Mädchens auf einen Zusammenhang mit Drogenhandel geschlossen werden. Vorliegend fällt nun bei näherer Betrachtung der SMS-Korrespondenz auf, dass B._____ sich nach dem Befinden des Beschuldigten und seinen Aktivitäten erkundigte und ihn für einen Kaffee treffen wollte, dieser aber nicht zurückschrieb. An seiner Stelle antwortete aber eine andere Person per SMS, die den Beschuldigten - eher schüchtern wirkend - mit „Herr“ ansprach und erklärte, der Beschuldigte sei gerade nicht da, sie werde ihn aber auf die Nachricht aufmerksam machen, wenn er zurückkomme. Dazu passt nun bündig, dass der Beschuldigte später, als er sich bei B._____ dafür entschuldigte, nicht erreichbar zu sein, erklärte, seine Freundin habe B._____ geantwortet. Dass er dann B._____ auch erzählte, dass ihm diese Frau gefällt und er mit ihr bald (wieder) „süssen Sex“ haben werde (auch wenn er gleichzeitig verheiratet war), erscheint bei einer Unterhaltung unter Freunden nicht als unglaubhaft.

Dass der Beschuldigte, wie von Anklagebehörde und Vorinstanz angenommen, von B._____ Heroin bezogen hätte, weil bei ihm bereits eine (aus den Akten ersichtliche) Bestellung vorlag oder weil er sich einen Vorrat für ein unmittelbar bevorstehendes (B._____ mitgeteiltes) Geschäft mit einem neuen Abnehmer anle-

gen wollte, kann nach dem Gesagten nicht belegt werden. Damit entfällt ein nicht unwesentliches Indiz für den eingeklagten Heroinerwerb. Es bliebe nur noch die Variante, dass der Beschuldigte sich ohne Neugeschäft mit Heroin hätte eindenken wollen.

8.2.2.2. Das Zeichen „..“ als Indiz für die Drogenlieferung B. _____ s an den Beschuldigten

Die Staatsanwaltschaft führte in ihrem Plädoyer vor Vorinstanz - wohl einem Irrtum erlegen - aktenwidrig aus, der Beschuldigte habe bei B. _____ „das Heroin mit den beiden Punkten im SMS“ bestellt (Urk. 20 S. 4). Der Beschuldigte hat jedoch B. _____ in keinem Zeitpunkt eine SMS mit zwei aufeinanderfolgenden Punkten zukommen lassen. Vielmehr war es B. _____, der dem Beschuldigten nach der Terminierung des Treffens schrieb: „Ok abgemacht.. Gruss.“ (Urk. 2/10 Anhang 17, vgl. auch Anhang 6).

Eine Analogie zur Verwendung des Doppelzeichens „++“ ziehend schliessen Anklagebehörde und Vorinstanz nun aus dem doppelten Punkt („..“), dass der Beschuldigte von B. _____ 200 Gramm Heroin erhalten habe.

Nicht nachvollziehbar ist dabei freilich schon, weshalb aus dem Vorhandensein zweier Punkte auf eine Menge von 200 Gramm Heroin geschlossen wurde. Denn selbst wenn sich erstellen liesse, dass ein Punkt 100 Gramm Drogen symbolisierte, wäre zu beachten gewesen, dass einer der beiden Punkte semantisch richtig als Satzzeichen gesetzt worden sein konnte („OK abgemacht.. Gruss.“). Also wäre lediglich von einer Bestellung und Lieferung von 100 Gramm auszugehen.

Doch auch am Bestehen einer solchen Order verbleiben ernsthafte Zweifel. Wohl trifft zu, dass der Beschuldigte bei B. _____ Bestellungen getätigt hatte, bei denen ein „++“ für 200 Gramm Heroin stand. Während kaum jemand ungewollt ein „+“ oder mehrere davon in einen Text setzt, ist notorisch, dass dies beim Satzzeichen „..“ immer wieder vorkommt, nicht nur, aber insbesondere bei Menschen, die Kurznachrichten auf der Handy-Tastatur schreiben. So hatte B. _____ dem Beschuldigten schon am 21. Oktober 2013 geschrieben: „Wo bist du Freund, wie

geht's, bist du noch am Leben.. Wann werden wir Kaffee trinken. Gruss.“ (Urk. 2/1 Anhang 1), ohne dass der Staatsanwalt (welcher dem Beschuldigten diesen Satz übrigens explizit vorhielt, weshalb er von ihm nicht übersehen worden sein kann) aus den beiden direkt aufeinander folgenden Punkten auf eine Lieferung von 100 oder 200 Gramm Heroin geschlossen hätte. Am 30. Oktober 2013 teilte B._____ per SMS - ins Deutsche übersetzt - mit: „Ich werde um 15.15 Uhr dort sein. Ist das gut für dich?“. In der Originalsprache hatte B._____s erster Satz gelautet: „Ja mozu u 15.15 tamu da budu.“ (Urk. 2/1 Anhang 4). Auch darin sah niemand einen entlarvenden Hinweis auf den Erwerb von hundert oder mehreren hundert Gramm harter Drogen. Am 4. Dezember 2013 schrieb B._____ dem Beschuldigten: „Damit wir morgen Kaffee trinken.. Gruss“ (Urk. 2/8 Anhang 3). Abermals leitet die Staatsanwaltschaft nichts Belastendes ab. Die Reihe der offensichtlich irrtümlich gesetzten, zu Recht nicht als beweisbildend betrachteten doppelten Punkte in SMS von B._____ lässt sich mit den Anhängen 25 und 53 von Urk. 2/8 fortsetzen. Übrigens unterlief selbst dem ansonsten aufmerksam und sorgfältig arbeitenden Dolmetscher bei der Abfassung der TK-Protokolle ein solches Missgeschick, setzte er doch bei einer SMS-Übersetzung aus Versehen zwei Punkte an das Ende eines Satzes, die in der Version in der Originalsprache nicht vorhanden sind (Urk. 2/4 Anhang 26).

Dass es sich bei der hier interessierenden - wie erwähnt von B._____, nicht vom Beschuldigten verwendeten - Zeichenfolge um einen Gruss handle, hat der Beschuldigte übrigens im Zusammenhang mit diesem Anklagewurf nicht geltend gemacht.

Die Wahrscheinlichkeit, dass es sich bei der Zeichenfolge „..“ (auch) in der vorliegend interessierenden SMS um einen blossen, ungewollten Vertipper B._____s, wie er bei ihm immer wieder einmal vorkam, handelt, ist damit zu gross, als dass von einem Synonym für die Lieferung von 100 oder 200 Gramm Heroin ausgegangen werden könnte.

Daran ändern auch die Treffen zwischen den beiden nichts, bezüglich welcher unbekannt ist, was gesprochen und getan wurde. Und auch aus dem zwischen-

durch erfolgten Kontakt zwischen B._____ und dessen Cousin lässt sich nicht ableiten, dass es dabei um Drogen für den Beschuldigten gegangen wäre.

Es ist sodann noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass es sich hier um eine ungefragte Offerte B._____s handeln würde, hatte der Beschuldigte zuvor doch in seinen SMS mit keinem Wort und keinem Zeichen signalisiert, dass er 200 Gramm Heroin bestellen wolle und hatte er B._____ vor dessen SMS mit dem doppelten Punkt auch nicht getroffen, sodass nicht angenommen werden kann, dass der Beschuldigte eine mündliche Order platziert hat. Es ist ferner wie gezeigt durch die Akten nicht hinreichend belegt, dass der Beschuldigte ein Interesse am Bezug von Heroin gehabt haben könnte, weil er einen neuen Abnehmer bedienen wollte. In den SMS findet sich denn auch kein Akzept des Beschuldigten für ein Angebot B._____s zur Heroinlieferung. Schliesslich findet sich auch kein Beweis für eine Übergabe.

Auch dafür, dass B._____ eine Direktbestellung vom Abnehmer erhalten haben könnte, fehlt ein Nachweis.

8.3. Rechtliche Würdigung

Der Beschuldigte ist nach dem Gesagten mangels erstelltem Sachverhalt in diesem Anklagepunkt nicht schuldig zu sprechen.

9. Anklageziffer 8

9.1. Anlagevorwurf

Folgt man mit der Vorinstanz der Anklageschrift, bestellte ein Unbekannter am 26. Dezember 2013 beim Beschuldigten 100 Gramm Heroin, worauf dieser bei B._____ die doppelte Menge bestellte und anderntags erhielt.

9.2. Sachverhaltswürdigung

9.2.1. Bestellung von 100 Gramm Heroin

Am 26. Dezember 2013, 13.18 Uhr, meldet „C'._____“ dem Beschuldigten per SMS, ein „Freund“ von ihm wolle „100 Fr.“ (Urk. 2/10 Anhang 41). Dass ein Franken in diesem Zusammenhang mit einem Gramm Heroin gleichzusetzen ist, wurde bereits mehrfach dargelegt. Insbesondere wurde dieser Begriff im SMS Verkehr mit „C'._____“ immer wieder für Heroin-Bestellungen verwendet.

Um 14.05 Uhr verspricht der Beschuldigte, in einer Stunde zu „C'._____“ zu kommen (a.a.O. Anhang 41). „C'._____“ ist einverstanden (Anhang 43). Um 16.28 Uhr informiert ihn der Beschuldigte, dass er in 5 Minuten in dessen Zimmer sein werde; er solle dem Freund sagen, dieser solle dort auf ihn warten (Anhang 44). Eine Minute später erklärt „C'._____“, er werde den „Freund“ anrufen, damit er komme. Es tritt jedoch eine Komplikation ein. Der „Freund“ versucht, den Beschuldigten anzurufen, doch dieser will nicht direkt mit ihm sprechen und nimmt nicht ab, was er um 18.00 Uhr „C'._____“ meldet (Anhang 46). Der Beschuldigte befürchtet offenbar, der Abnehmer könne nicht den ganzen Kaufpreis aufbringen und heisst „C'._____“, abzuklären, ob „es komplett ist oder nicht“. Drei Minuten später schreibt „C'._____“, der Freund wolle vis-à-vis (persönlich) mit dem Beschuldigten reden (Anhang 47). Der Beschuldigte kündigt um 18.40 Uhr per SMS an, später zu kommen; der „Freund“ solle bei ihm warten (Anhang 48 f). Um 21.10 Uhr will er wissen, ob der „Freund“ noch dort sei. Diesfalls werde er kommen, sonst nicht, er wolle sofortigen Bescheid. „C'._____“ antwortet lakonisch: „Ok, komm“.

Aus der vorstehend zitierten Konversation ist zu schliessen, dass der Beschuldigte entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft schon am 26. Dezember 2013 (und nicht erst nach einer Lieferung B._____s am 27. des Monats) über genügend Heroin verfügte, um die Bestellung sofort auszuliefern. Eine allfällige Lieferung B._____s am 27. Dezember 2013 hätte also damit keinen unmittelbaren Zusammenhang.

Der Beschuldigte zögerte am 26. Dezember 2013 denn auch erst, als er daran zweifelte, dass der (vollständige) Kaufpreis erlegt würde. Nach einer Bedenkzeit entschloss er sich aber doch, den „Freund“, der mittlerweile offenbar (wieder) bei „C'._____“ ist, zu treffen. Ob man sich dort über den Kaufpreis einig wurde und die Drogen übergeben wurden, ist unbekannt. Es erfolgte weder eine Observation, noch gibt der SMS-Verkehr darüber Aufschluss. Ein vollendeter Verkauf mit erfolgter Drogenübergabe ist aber auch nicht eingeklagt.

9.2.2. Erwerb von 200 Gramm Heroin

Noch am 26. Dezember 2013, um 22.13 Uhr, verabredet sich der Beschuldigte für den folgenden Abend mit B._____ und bittet ihn, „diese zwei Telefone“ mitzubringen (Urk 2/10 Anhang 51). Sicher ist nicht auszuschliessen, dass der Beschuldigte damit 200 Gramm Heroin bestellte, um seinen Vorrat wieder aufzufüllen oder zu erweitern. Denkbar ist jedoch auch, dass der Beschuldigte - wie er behauptet - tatsächlich zwei (Mobil-)Telefone über B._____ erhältlich machen wollte. Das Vorbringen der Anklägerin, wonach man „für Handys ... nun wirklich nicht ein derartiges Vorgehen wählen“ müsse (Urk. 20 S. 4), lässt unberücksichtigt, dass die Natel-Lieferung gleichzeitig eine auf einen fiktiven Namen eingelöste SIM-Karte beinhaltet haben könnte (wie sie sowohl der Beschuldigte als auch B._____ verwendeten); solche Karten sind im offiziellen Handel nicht ohne Weiteres erhältlich, besteht doch eine Ausweispflicht. Festzuhalten ist sodann, dass im Rahmen der Hausdurchsuchung beim Beschuldigten 4 Mobiltelefone sichergestellt wurden. Es ist damit nicht auszuschliessen, dass der Beschuldigte schon im Dezember 2013 das Handy (das über die weltweit nur einmal vergebene IMEI-Nummer identifiziert werden kann) ab und an wechselte, wobei dies primär zum Zwecke der Tarnung von Drogenhandel erfolgt sein dürfte, und nicht wegen Funktionsstörungen der Geräte, wie der Beschuldigte behauptete (Urk. 2/10 S. 9).

Kein starkes Indiz für ein Drogengeschäft ist sodann, entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 30 S. 18), dass der Beschuldigte aussagte, sich nicht mehr daran zu erinnern, um „welche beiden Geräte“ - nicht: um welche „Art von Geräten“, wie die Vorinstanz schreibt, denn der Beschuldigte erklärte klar, dass er „Handys“ bestellt habe (Urk. 2/12 S. 4) - es sich gehandelt habe und ob er diese

erhalten habe. Waren es 08/15-Mobiltelefone, die von Zeit zu Zeit gewechselt wurden, muss dem Beschuldigten das Design oder die Marke und das Modell nicht im Gedächtnis haften geblieben sein. Auch kann dann durchaus sein, dass sich der Beschuldigte bei wiederholtem Handy-Wechsel nicht mehr zu erinnern vermochte, ob B._____ die in diesem Zeitpunkt per SMS bestellten Geräte sofort, erst später oder am Ende gar nicht lieferte. Dem ihm vorgehaltenen SMS-Verkehr lässt sich im Übrigen auch nichts entnehmen, was ihm gedanklich auf die Sprünge hätte helfen müssen.

Gesamthaft betrachtet verbleiben trotz vorhandener Belastungsmomente ernsthafte Zweifel daran, dass die (in den zahlreichen TK-Protokollen zuvor wie danach nie verwendete) Bezeichnung „zwei Telefone“ die Bestellung von 200 Gramm Heroin bedeutete.

Auch dass B._____ am 27. Dezember 2013 - nachdem er mit dem Beschuldigten ein Treffen vereinbart hatte und sie beide bereits unterwegs und kurz vor der Ankunft waren - einmal mehr eine SMS mit zwei Punkten „..“ sandte (Urk. 2/10 Anhang 66), reicht nicht aus, um den Beschuldigten des vorliegend behaupteten Drogenerwerbs zu überführen. Es kann diesbezüglich auf die bereits unter Ziff. II.8.2.2.2. erfolgten Erwägungen verwiesen werden. Die Staatsanwaltschaft erwähnte diese SMS-Punkte denn auch mit keinem Wort in ihrem Plädoyer vor Bezirksgericht zu diesem Anklagevorwurf, und auch die Vorinstanz zog sie nicht als Indiz heran (Urk. 20 S. 4, Urk. 30 S. 18). Eine Ankündigung, 200 Gramm Heroin zu bringen, hätte in diesem Zeitpunkt, unmittelbar vor dem Treffen, auch keinen Sinn mehr gemacht. Im Vorverfahren dazu befragt, warum ihm B._____ zwei Punkte geschickt habe, erklärte der Beschuldigte denn auch mit einer durchaus nachvollziehbaren Ratlosigkeit: „Das weiss ich nicht. Vielleicht wollte er mich einfach begrüßen, dass er hier ist.“ (Urk. 2/10 S. 11).

Schliesslich fehlen auch hinreichende Anhaltspunkte für eine Übergabe der angeblich bestellten Drogen an den Beschuldigten.

9.3. Rechtliche Würdigung

Der Beschuldigte hat nach dem Gesagten Anstalten getroffen, 100 Gramm Heroin zu verkaufen, womit er sich der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gemacht hat.

Vom Vorwurf des Erwerbs von 200 Gramm der Droge ist er jedoch mangels zweifelsfrei erstelltem Sachverhalt freizusprechen.

10. Anklageziffer 9

10.1. Anklagevorwurf

Gemäss Anklageziffer 9 soll B. _____ dem Beschuldigten am 6. Januar 2014 200 Gramm Heroin angeboten haben, welche dieser am 25. Januar 2013 übernommen habe.

10.2. Sachverhaltswürdigung

Belegt werden soll die Offerte durch folgende Nachricht B. _____s an den Beschuldigten vom 6. Januar 2014: „Gruss.. Kann ich dir Geschenk für Weihnachten bringen? Bitte, schreib mir nur um welche Zeit. Ok?“ (Urk. 2/10 Anhang 77).

Am 6./7. Januar feiern die orthodoxen Christen Weihnachten. 2/3 der Bevölkerung von Mazedonien, aus welchem Land der Beschuldigte ursprünglich stammt, gehören dieser Religion an. Die Idee, dem Beschuldigen als Freund (und Kunden im Drogengeschäft) ein (legales oder illegales) Weihnachtsgeschenk zu bringen, war also jedenfalls nicht abwegig, weshalb sich daraus nichts Belastendes ableiten lässt.

Sodann findet sich im SMS-Verkehr und den weiteren Akten kein Hinweis auf ein Akzept betreffend die angebliche Offerte. Das verwundert hier umso mehr, als die Ware laut Anklageschrift nicht wie in den anderen Fällen sofort oder innert weniger Tage geliefert worden sein soll, sondern erst nach fast drei Wochen (genau: 19 Tagen). Um zu diesem „Liefertermin“ zu gelangen, griff die Staatsanwaltschaft übrigens einfach auf das nächste vereinbarte Treffen zwischen dem Beschuldig-

ten und B._____ zurück. Solche Treffen konnten aber, wie auch die Vorinstanz in ihren Erwägungen erwähnte (Urk. 30 S. 11), sehr wohl einen legalen Hintergrund haben; viele Männer südländischer Herkunft treffen sich gern „auf einen Schwatz“, selbst wenn sie an anderen Tagen miteinander Drogenhandel betreiben.

Gesamthaft bestehen zwar einmal mehr Anzeichen dafür, dass der Beschuldigte an einem Drogengeschäft mitgewirkt hat. Es verbleiben aber mehr als theoretische Zweifel am Anklagesachverhalt, weshalb der Beschuldigte in dubio pro reo freizusprechen ist.

11. Anklageziffer 10

11.1. Anklagevorwurf

Unter der letzten Anklageziffer wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, er habe via (seine) Ehefrau am 8. März 2014 in G._____/LU beim dortigen H._____ 100 Gramm Heroin für Fr. 2'600.– an einen unbekanntem Abnehmer ausliefern lassen.

11.2. Sachverhaltswürdigung

Der Beschuldigte anerkannte, hier mithilfe seiner Ehefrau maximal 100 Gramm Heroin verkauft zu haben (Urk. 2/10 S. 16, Urk. 2/12 S. 4). Das Geständnis deckt sich mit der übrigen Aktenlage.

11.3. Rechtliche Würdigung

Der Beschuldigte hat einem Dritten über seine Ehefrau 100 Gramm Heroin verschafft. Mit diesem Verhalten hat er sich der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gemacht.

12. Fazit

Rekapitulierend setzt sich der Schuldspruch wie folgt zusammen:

<u>Ankl. Ziff.</u>	<u>Zentrale Tat</u>	<u>Heroin- gemisch</u>	<u>Rechtliche Würdigung</u>
1.2. 1.3.	Vermittlung und teilweise eigenhändiger Verkauf	100 g 10 g	Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG
3.	Anstalten treffen zum Erwerb	300 g	Art. 19 Abs. 1 lit. d und g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG
4.	Anstaltentreffen zum Erwerb	300 g	Art. 19 Abs. 1 lit. d und g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG
5.1. 5.2. 5.3.	Anstaltentreffen zum Erwerb Veräußerung Veräußerung	200 g 50 g 50 g	Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und teilweise g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG
6.	Erwerb	200 g	Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG
8.	Anstaltentreffen zum Verkauf	100 g	Art. 19 Abs. 1 lit. c und g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG
10.	Verschaffen	100 g	Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG

Der Beschuldigte ist somit wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und teilweise g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit a BetmG schuldig zu sprechen. Eine mehrfache Tatbegehung liegt nach der vorliegend bindenden Auffassung der Vorinstanz nicht vor (Urk. 30 S. 20 f.), ist doch davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte Ende Oktober / Anfang November 2013 dazu entschlossen hat, fortan bei jeder Gelegenheit dem Drogenhandel nachzugehen, er also nicht für jede Tat einen neuen Entschluss gefasst hat.

Nicht zusätzlich (nach Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG) zu ahnden ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz die zwischenzeitliche Aufbewahrung der Drogen durch den Beschuldigten. Die Tathandlung des Besitzes ist als Auffangtatbestand konzipiert und gelangt deshalb im Verhältnis zu anderen vom Gesetz erfassten Erwerbs- und Weitergabehandlungen bloss subsidiär zur Anwendung (vgl. dazu schon oben Ziff. II.2.3, ferner Fingerhuth/Schlegel/Jucker: Kommentar BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, N 159 zu Art. 19 BetmG, mit Verweisen).

III. Strafzumessung

1. Allgemeines

Die Vorinstanz hat die gesetzlichen und teilweise durch bundesgerichtliche Rechtsprechung verdeutlichten Grundsätze der Strafzumessung zutreffend aufgezeigt und den Strafraumen korrekt abgesteckt. Auf diese Erwägungen kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden (Urk. 30 S. 21 f.).

2. Konkrete Strafzumessung

2.1. Tatkomponente

2.1.1. Objektive Tatschwere

Der Beschuldigte betätigte sich während rund vier Monaten im Drogenhandel. Er handelte in zahlreichen Einzelhandlungen mit etwas über 1'400 Gramm Heroingemisch, entsprechend gut 350 Gramm des reinen Wirkstoffes, wobei es bei 2/3 der Menge beim Anstaltentreffen blieb (zum Reinheitsgrad vgl. die Erwägungen unter Ziff. II.1.2).

Dabei begann er mit der (vollendeten) Vermittlung von 100 Gramm Heroingemisch. Anschliessend übernahm er vom Abnehmer einmal 10 Gramm, um sie auf eigene Rechnung zu verkaufen. Im Verlaufe der Zeit erwarb er weitere 200 Gramm und verkaufte insgesamt (weitere) 200 Gramm des gefährlichen Rauschgifts bzw. verschaffte dieses einem Abnehmer. Hinsichtlich des eigenhändigen

Kauf und Verkauf von Drogen überschneiden sich die Mengen nicht; insbesondere ist nicht anzunehmen, dass die 100 Gramm Heroin, welche der Beschuldigte am 8. März 2014 über seine Ehefrau einem Abnehmer verschaffen liess, aus den bereits drei Monate zuvor beschafften 200 Gramm stammen.

Anstalten traf der Beschuldigte zum Erwerb von 800 Gramm Heroingemisch und zum Verkauf von 100 Gramm. Dazu ist festzuhalten, dass er umtriebig alles vorkehrte, was in seiner Macht stand, um diese Geschäfte zum Gelingen zu führen. So kontaktierte er etwa nötigenfalls mehrmals zwei Lieferanten (B._____ und „C'._____“), um an benötigte Drogen zu gelangen. Mangels anderweitiger Beobachtungen und SMS-Inhalte ist indes anzunehmen, dass externe Faktoren (Liefer- oder Zahlungsschwierigkeiten) eine Übergabe verhinderten. Eine Strafreduktion im Sinne von Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG rechtfertigt sich nur aufgrund des Umstands, dass dieses Heroin nicht zu den Konsumenten gelangte. Der Beschuldigte leistete hierzu aber keinen massgeblichen Beitrag. Die Minderung fällt entsprechend gering aus.

In der Hierarchie des Drogenhandels nahm der Beschuldigte zwar nicht die Position eines Grosshändlers ein. Bei Einheiten von bis zu 300 Gramm Heroingemisch pro Geschäft kann seine Rolle aber auch längst nicht mehr im niedrigsten Segment der Kleinhändler angesiedelt werden.

Wären alle Taten gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c und d vollendet worden, wäre die Einsatzstrafe bezogen auf das objektive Tatverschulden, das - innerhalb des bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmens - noch als leicht, aber nicht mehr sehr leicht einzustufen ist, auf 39 Monate anzusetzen gewesen.

Die Strafminderung aufgrund des teilweisen Anstaltentreffens ist auf 5 Monate festzulegen und führt demnach zu einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten.

2.1.2. Subjektive Tatschwere

Der Beschuldigte handelte fast immer direktvorsätzlich. Nur bei der ersten Tat, der Vermittlung von 100 Gramm Heroingemisch, ist hinsichtlich der Menge von Eventualvorsatz auszugehen.

Wie bei praktisch allen nicht süchtigen Drogendelinquenten war das Motiv des Beschuldigten finanzieller Natur. Dabei litt er nicht unter Geldnot. Er hatte eine Festanstellung mit geregelter Einkommen und lebte mit weiteren Familienangehörigen, die teilweise ebenfalls ein Einkommen erzielten, seit September 2013 (also kurz vor den Taten) in einem Haus, das über 1 Mio. Franken gekostet hatte (Urk. 2/1 S. 2).

Von einer ausserordentlichen kriminellen Energie ist beim Beschuldigten nicht auszugehen. Die Vorinstanz wirft ihm zwar vor, er habe „nicht davor zurückgeschreckt, seine Ehefrau für den Drogentransport einzubinden“ (Urk. 30 S. 23), doch ist nicht erstellt, dass es dazu irgendwelcher Überredungskünste oder gar Drohungen bedurft hätte.

Die subjektive Tatschwere ändert damit nichts an der Strafe.

2.2. Täterkomponente

Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des im Tatzeitraum bereits deutlich über 50 Jahre alten Beschuldigten ergibt sich nichts, was verschuldenserhöhend oder -mindernd zu werten wäre (Urk. 2/1 S. 2, Urk. 2/2 S. 5 f., Urk. 9/5 S. 1 f., Prot. I S. 6 ff., vgl. auch Urk. 30 S. 24).

Die beiden Vorstrafen betreffen das Strassenverkehrsgesetz und sind damit nicht einschlägig. Einer der Strafbefehle stammt vom 3. August 2012 (beigez. Akten der Staatsanwaltschaft Brugg-Zurzach, Gesch.Nr. ST.2012.2924). Der Beschuldigte beging die vorliegenden Taten innerhalb der damals angesetzten zweijährigen Probezeit für die Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 70.–, welche mit einer Busse von Fr. 1'200.– verbunden worden war. Die zweite Vorstrafe erging im November 2014 (Urk. 6 der beigez. Akten der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Unt.Nr. 2014/1379). Sie beinhaltet eine Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu Fr. 50.– sowie eine Busse von Fr. 500.–. Ausserdem wurde der mit obigem Strafbefehl gewährte bedingte Vollzug für die Geldstrafe widerrufen. Der Beschuldigte beging die zugrunde liegende Tat während der vorliegenden Delinquenz, am 11. Dezember 2013. Die Vorinstanz hat diese Vorstrafen und das teilweise Han-

deln während der Probezeit mit einer angemessenen Straferhöhung von 1 Monat berücksichtigt.

Beizupflichten ist der Vorinstanz auch, wenn sie das Teilgeständnis des Beschuldigten nur leicht strafmindernd in Anschlag bringt. Es betrifft nur einen verhältnismässig kleinen Teil der Taten und der Drogenmenge und erfolgte nicht aus völlig freien Stücken, sondern auf Diktat und damit Anraten des Verteidigers. Die Strafe ist um rund zehn Prozent zu senken.

Was die Verfahrensdauer angeht, so liegt diese noch weit entfernt von der Verjährung der Taten. Auch war im Vorverfahren eine Vielzahl von Protokollen aus der Überwachung mehrerer Telefonanschlüsse auszuwerten und dem Beschuldigten vorzuhalten, was lange und zeitaufwändige Einvernahmen zur Folge hatte. Der überwiegende Teil der Akten besteht denn auch aus Einvernahmen und TK-Protokollen. Minimal strafmindernd zu berücksichtigen ist indes dennoch, dass seit den hier zu beurteilenden Taten mittlerweile 3 ½ bis 4 Jahre vergangen sind.

Der Umstand, dass der Beschuldigte inzwischen seit rund 14 Monaten einer geregelten Arbeit nachgeht und aufgrund seines Alters die Gefahr bestehen könnte, dass er nach dem Vollzug einer Freiheitsstrafe keine Arbeit mehr findet (vgl. Urk. 41 S. 11 in Verbindung mit Prot. II S. 12), vermag keine erhöhte Strafempfindlichkeit zu begründen. Eine solche ist nach Rechtsprechung des Bundesgerichts nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu bejahen, da die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jede arbeitstätige und in ein familiäres Umfeld eingebettete Person mit einer gewissen Härte verbunden ist (Urteile 6B_748/2015 vom 29. Oktober 2015, 6B_375/2014 vom 28. August 2014, 6B_605/2013 vom 13. Januar 2014 und 6B_740/2011 vom 3. April 2012, je mit Hinweisen).

Nach dem Gesagten erweist sich eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten als angemessen. Der Anrechnung der erstandenen Haft von 161 Tagen steht nichts entgegen.

IV. Vollzug

1. Legalprognose

Während nach dem alten Recht für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs eine günstige Prognose erforderlich war, genügt nach dem geltenden (Art. 42 Abs. 1 StGB) das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Die Gewährung des bedingten Strafaufschubs setzt mit anderen Worten nicht die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, er werde es nicht tun.

Für Freiheitsstrafen von mehr als zwei und höchstens drei Jahren sieht das Gesetz neben dem Vollzug der gesamten Strafe nur noch den teilbedingten Vollzug vor (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB). Der Gesetzgeber geht bei Strafen in dieser Höhe davon aus, das Verschulden wiege derart schwer, dass der Täter zum Ausgleich mindestens ein Teil der Strafe zu verbüssen habe (BGE 134 IV 1, BGE 134 IV 241). Auch die teilbedingte Strafe gemäss Art. 43 StGB setzt aber das Fehlen einer ungünstigen Prognose voraus. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut, aber aus Sinn und Zweck der Bestimmung. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss der Vollzug zumindest eines Teils der Strafe bedingt aufgeschoben werden.

Besonders günstiger Verhältnisse bedarf es, wenn der Beschuldigte innerhalb der letzten 5 Jahre vor der neuen Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt wurde. Das ist beim Beschuldigten nicht der Fall, weshalb von der Vermutung einer günstigen Prognose auszugehen ist.

Dagegen spricht jedoch, dass der Beschuldigte nur 15 Monate nach dem ersten (allerdings nicht einschlägigen) Strafbefehl, während laufender Probezeit, die vorliegenden Delikte beging. Die Straftat, die zur zweiten Verurteilung führten, liegt im Zeitraum der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Indes handelt es sich hierbei um nicht einschlägige Delikte.

Legalprognostisch positiv zu werten ist, dass der Beschuldigte heute wieder einer geregelten Arbeitstätigkeit nachgeht und intakte Familienverhältnisse bestehen. Auch dürfte ihn die erlittene Haft von über fünf Monaten beeindruckt haben.

Angesichts all dessen kann von einer Schlechtprognose abgesehen und der teilbedingte Vollzug gewährt werden. Um den verbleibenden Bedenken Rechnung zu tragen, ist die Probezeit auf 3 Jahre festzusetzen.

2. Aufzuschiebender und zu vollziehender Teil der Freiheitsstrafe

Bei Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Ausserdem muss sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil der Freiheitsstrafe mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 Satz 1 StGB). Vorliegend sind somit zwischen 6 und 15 Monaten zu vollziehen. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat sind, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein (BGE 134 IV 97; BGE 134 IV 1).

Unter Berücksichtigung des im Rahmen der Strafzumessung dargelegten Verschuldens und der Legalprognose ist die Freiheitsstrafe im Umfang von 18 Monaten aufzuschieben, während 12 Monate zu vollziehen sind.

V. Kosten

1. Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren

Wie bereits eingangs erwähnt, ist die erstinstanzliche Kostenregelung unangefochten und damit rechtskräftig.

2. Berufungsverfahren

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, ohne diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen, was auch mit dem Antrag der Verteidigung übereinstimmt (Urk. 41 S. 12 und Prot. II S. 12).

Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Betrag von Fr. 7'400.– inkl. Mehrwertsteuer (Urk. 40 zuzüglich Aufwand für die Berufungsverhandlung und Weg, pauschal aufgerundet) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

VI. Berichtigung

In dem im Anschluss an die Berufungsverhandlung versandten Urteilsdispositiv hat sich ein Fehler in der Nummerierung eingeschlichen. Dieses offensichtlich kanzleitechnische Versehen ist in der vorliegenden begründeten Ausfertigung des Entscheides von Amtes wegen zu korrigieren (Art. 83 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 22. November 2016 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Einziehung) sowie 5 bis 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Verfahren wird in Bezug auf Ziffer 4 Absatz 2 der Anklageschrift eingestellt.
3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
4. Rechtsmittel:
Gegen Ziffer 2 dieses Beschlusses kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und teilweise g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 161 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'800.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'400.- amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
6. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- das Bundesamt für Polizei

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz [mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Lagerbehörde]
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 27. Oktober 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Ruggli

lic. iur. Leuthard