

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170240-O/U/jv

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. Ch. Prinz sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Leuthold

Urteil vom 16. Oktober 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. M. Kehrli,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 31. Januar 2017

(DG160021)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 19. Oktober 2016 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 10).

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 39 S. 21 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das BetmG im Sinne Art. 19 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG,
 - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG,
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten, wovon 174 Tage durch Haft erstanden sind.

Es wird festgestellt, dass sich der Beschuldigte seit dem 4. Oktober 2016 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmte Barschaft (Asservat Nr. A009'207'403) im Betrag von Fr. 1'000.– (Deliktserlös) wird eingezogen.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmte Barschaft im Betrag von Fr. 800.– (Fr. 950.– abzüglich des mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 5. Juli 2016 freigegebenen Betrages von Fr. 150.–; Asservat Nr. A009'207'403) und EUR 160.– (Asservat Nr. A009'207'425) wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmten und sich bei den Akten befindlichen Gegenstände werden eingezogen und der Bezirksgerichtskasse Hinwil zur Vernichtung überlassen:

- 2 SIM-Karten, Vodafone & Lycamobile (Asservat Nr. A009'207'447)
 - 1 Mobiltelefon Samsung, schwarz (Asservat Nr. A009'207'458)
 - 1 Mobiltelefon Nokia, schwarz (Asservat Nr. A009'207'469)
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmten div. Notizen / Quittung aus Portemonnaie (Asservat Nr. A009'207'436) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen hin herausgegeben.
- Verlangt der Beschuldigte obgenannte Gegenstände nicht innert drei Monaten ab Rechtskraft des Urteils heraus, so werden diese der Gerichtskasse zur Vernichtung überlassen.
8. Die am 14. April 2016 polizeilich sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservate-Triage, unter der Lagernummer B01520-2016 gelagerten Betäubungsmittel (Asservat Nr. A009'207'367 und A009'207'378) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich, Asservate-Triage, zur Vernichtung überlassen.
9. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
- | | | |
|-----|----------|---|
| Fr. | 3'500.– | ; die weiteren Auslagen betragen: |
| Fr. | 2'100.– | Gebühr für das Vorverfahren |
| Fr. | 600.– | Auslagen (Gutachten) |
| Fr. | 9'052.90 | Entschädigung amtliche Verteidigung (inkl. Fr. 1'214.70 Barauslagen und MwSt) |
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Im Umfang von Fr. 800.– sowie EUR 160.– (entsprechend Fr. 170.20, total Fr. 970.20) sind sie durch die beschlagnahmte Barschaft getilgt.
11. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
12. (Mitteilungen)
13. (Rechtsmittel)
14. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 46 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei angemessen – mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten – zu bestrafen, unter Anrechnung der Polizei- und Untersuchungshaft.
2. Dem Beschuldigten sei unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren der bedingte Strafvollzug zu gewähren.
3. Die mit Beschlagnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 Ziff. 1 lit. c-f vorläufig beschlagnahmten Gegenstände seien dem Beschuldigten herauszugeben.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 50, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 31. Januar 2017 wurde der Beschuldigte A._____ anklagegemäss des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetzes sowie der Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz schuldig gesprochen und mit 36 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wobei ihm der bedingte Strafvollzug verweigert wurde (Urk. 39 S. 21). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte durch seine amtliche Verteidigerin mit Eingabe vom 3. Februar 2017 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 26). Die Berufungserklärung der Verteidigung ging

ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 46). Die Anklagebehörde hat mit Eingabe vom 27. Juni 2017 innert Frist mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung verzichtet wird (Urk. 50; Art. 400 Abs. 2 f. und Art. 401 StPO). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 46 und 50). Die Verteidigung hat die Berufung in ihrer Berufungserklärung ausdrücklich auf den Strafpunkt sowie die Einziehung zweier Mobiltelefone beschränkt (Urk. 46; Prot. II S. 4; Art. 399 Abs. 4 StPO). Die Anklagebehörde beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides (Urk. 50).

2. Demnach sind im Berufungsverfahren nicht angefochten
 - der vorinstanzliche Schuldspruch (Urteilsdispositiv-Ziff. 1.)
 - die vorinstanzliche Regelung betreffend beschlagnahmte Gegenstände und Betäubungsmittel mit Ausnahme eines Teils der Regelung in Ziff. 6 (Urteilsdispositiv-Ziff. 4-5, 6 [teilweise] und 7-8) sowie
 - die vorinstanzliche Kostenregelung (Urteilsdispositiv-Ziff. 9-11).

Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 StPO).

II. Sanktion

1. Der Beschuldigte ist im Sinne des Anklagesachverhalts geständig,
 - am 12. April 2016 trotz seines Wissens um eine gültige Einreisesperre in die Schweiz eingereist und sich hier bis zu seiner Verhaftung am nächsten Tag rechtswidrig aufgehalten zu haben, sowie
 - am 13. April 2016 im Auftrag eines Unbekannten für einen Lohn von Fr. 1'000.-- zwei Heroinblöcke mit insgesamt 191,4 Gramm Netto-Gewicht transportiert zu haben (Urk 10 S. 2 f.; Prot. I S. 15; Urk. 65 S. 14).
2. Die Anklagebehörde hat im Hauptverfahren eine Sanktion von 36 Monaten Freiheitsstrafe beantragt (Urk. 10 S. 4); die Verteidigung beantragte im Hauptverfahren wie heute eine Bestrafung mit 24 Monate Freiheitsstrafe (Urk. 39 S. 3;

Urk. 46 S. 2 und Urk. 66 S. 2). Die Vorinstanz hat eine Freiheitsstrafe gemäss dem Antrag der Anklagebehörde ausgefällt (Urk. 39 S. 21).

3. Zur Bemessung des anwendbaren Strafrahmens und zu den theoretischen Grundsätzen der Strafzumessung wird auf die diesbezüglich zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen (Urk. 30 S. 5-7; Art. 82 Abs. 4 StPO), die durch die Verteidigung auch nicht gerügt werden (Urk. 46; Urk. 66).

4.1. Die Vorinstanz hat zur Tatkomponente der schwersten zu beurteilenden Tat und dort zur objektiven Tatschwere erwogen, der Beschuldigte habe 191,4 Gramm und damit eine erhebliche Menge reines Heroin besessen und transportiert und dadurch zumindest mittelbar eine potentielle Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen geschaffen. Er sei nicht Drahtzieher einer kriminellen Organisation, sondern vielmehr blosser Kurier und damit in einer untergeordneten hierarchischen Stellung gewesen (Urk. 39 S. 7 f.). Dies trifft zu. Wenn die Vorinstanz an falscher Stelle (zur subjektiven statt zur objektiven Tatschwere) erwägt, die kriminelle Energie des Beschuldigten sei "hoch" gewesen (Urk. 39 S. 9), ist dies zu streng; zu bagatellisieren ist diese allerdings in der Tat nicht. Entgegen der Verteidigung ist der Beschuldigte nämlich nicht auf der niedrigsten Hierarchiestufe anzusiedeln (vgl. Urk. 66 S. 6). In diese Kategorie fallen vielmehr (süchtige) Täter in der Endverbraucherszene, vor allem Gassendealer. Sie haben keine Unterstellten, keine selbstständigen Entscheidungsbefugnisse, müssen ihre Verkaufserlöse sofort weitergeben und erzielen nur einen geringen (meist pauschalen) Verdienst (vgl. Eugster/Frischknecht, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, in: AJP 2014 S. 327, S. 366 ff.). Schliesslich wird dem Beschuldigten entgegen seinen eigenen Ausführungen auch keine führende Rolle vorgeworfen, zumal die Strafe in diesem Fall deutlich höher ausgefallen wäre (Urk. 65 S. 14).

4.2. Zur subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, der Beschuldigte hätte der Delinquenz leicht widerstehen können und aus rein finanziellen Motiven gehandelt, wobei er sich nicht in einer eigentlichen Notlage befunden habe (Urk. 39 S. 8). Der Beschuldigte hat selber zugegeben, er habe Albanien nicht aus ökonomischen Gründen verlassen müssen (Prot. I S. 11; Urk. 65 S. 16). Die Geschichte mit der ihm in Albanien drohenden Blutrache ist nicht rechtserheb-

lich und entlastet ihn nicht: Einerseits gibt er freimütig zu, diese Gefahr durch die gewalttätige Verletzung anderer Personen selber verursacht zu haben (Prot. I S. 11; Urk. 65 S. 12 f.), andererseits soll sich die "Situation" beruhigt haben (Prot. I S. 12; Urk. 65 S. 12). Seine Tat in Deutschland erfolgte im Mai 2012 (Urk. 9/14 S. 11); seine aktuelle Tat beging er im April 2016 und seine Aussage, die Situation habe sich beruhigt, erfolgte erstmals bereits im Oktober 2016.

Im weiteren widerspricht sich die Vorinstanz, wenn gemäss ihrer Erwägung der Beschuldigte "eventualvorsätzlich in Kauf nahm, Drogen zu besitzen" aber unmittelbar darauf "der Beschuldigte mit direktem Vorsatz in den Besitz der Drogen gelangte" (Urk. 39 S. 8). An der Hauptverhandlung sowie auch an der Berufungsverhandlung hat der Beschuldigte nicht mehr bestritten, eigentlich gewusst – und nicht nur in Kauf genommen zu haben –, für einen Drogentransport angeworben worden zu sein (Prot. I S. 17 f.; Urk. 65 S. 14 u. 17). Alles andere wäre für eine Person, die eben eingereist am Wirtshaustisch für einen simplen Fahrdienst Fr. 1'000.-- als Entlohnung nicht nur angeboten, sondern sogar ausbezahlt bekommt, auch weltfremd. In seiner ersten polizeilichen Befragung sagte er sodann wörtlich aus, "um ehrlich zu sein, ich bin hierher gekommen, weil ich mit dem Transportieren von Drogen Geld verdienen wollte" (Urk. 2/1 S. 2). In einer weiteren Einvernahme hat er diese Aussagen bestätigt, er habe die Wahrheit gesagt (Urk. 2/3 S. 2). Wenn er nun anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte, er sei in einem Schockzustand gewesen und wisse nicht, ob das stimme, er glaube es nicht (Urk. 65 S. 15), so ist das als reine Schutzbehauptung zu werten, zumal er nicht abstritt, gewusst zu haben, dass in den Paketen Drogen waren (Urk. 65 S. 16 f.). Auch die Verteidigung selber argumentiert, "Drogenkuriere reisen regelmässig aus finanziellen Motiven *zwecks* Drogentransport in die Schweiz ein" (Urk. 46 S. 3; vgl. auch Urk. 66 S. 7). Betreffend die Reinheit der Drogen nahm der Beschuldigte fraglos in Kauf, dass diese höher als lediglich Gassenqualität war: Die Drogen waren noch nicht end-portioniert und der Beschuldigte weist im Umgang mit Drogen einschlägige Erfahrungen auf (Urk. 44). In seiner Schuldfähigkeit war der Beschuldigte in keiner Weise eingeschränkt; seine Behauptung, er habe bei der Anwerbung "etwas Alkohol getrunken gehabt" (Prot. I S. 19), entlastet ihn nicht.

4.3. Die Vorinstanz hat nach der Beurteilung der Tatkomponente der schwersten Tat eine Einsatzstrafe von 24 Monaten Freiheitsstrafe bemessen (Urk. 39 S. 10), was mit den vorstehenden Präzisierungen zur Begründung im Resultat nicht zu kritisieren ist.

4.4. In Abgeltung der rechtswidrigen Einreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts hat die Vorinstanz die Einsatzstrafe um 5 Monate Freiheitsstrafe erhöht (Urk. 39 S. 10 f.). Die Verteidigung rügt dies – unsubstantiiert – als unangemessen (Urk. 46 S. 3; Urk. 66 S. 7).

Grundsätzlich kann das Gericht nur auf eine Gesamtfreiheitsstrafe erkennen, wenn es für jede Tat eine Freiheitsstrafe ausfällen würde (konkrete Methode, BGE 138 IV 120 E. 5.2). Wenn nicht ein deutlich schwereres Delikt zusammen mit einer oder wenigen weiteren, leichter wiegenden Nebentat(en) zu sanktionieren ist, ist es jedoch ausnahmsweise angebracht, die Delikte und die kriminelle Energie in einem Gesamtzusammenhang zu betrachten. Diesfalls ist es nicht angezeigt, für jeden Normenverstoss einzeln eine (hypothetische) Strafe zu ermitteln (Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 1.8). Sind verschiedene Straftaten zeitlich und sachlich derart eng miteinander verknüpft, dass sie sich nicht sinnvoll auftrennen und für sich allein beurteilen lassen, verletzt es gemäss der Rechtsprechung zudem kein Bundesrecht, wenn das Gericht nicht für jedes Delikt eine hypothetische Strafe festsetzt, sondern diese in einem Gesamtzusammenhang würdigt (Urteile des Bundesgerichts 6B_210/2017 vom 25. September 2017 E. 2.2.1; 6B_1011/2014 vom 16. März 2015 E. 4.4). Vorliegend erfolgte die illegale Einreise sowie der illegale Aufenthalt einzig, um in der Schweiz Betäubungsmitteldelikte zu begehen, weshalb es sich rechtfertigt, die Delikte in einem Gesamtzusammenhang zu betrachten und zu würdigen.

Auch die Vorinstanz hat erwogen, der Beschuldigte habe die AuG-Vergehen nur begangen, um in der Schweiz Betäubungsmitteldelikte zu begehen (Urk. 39 S. 11). Dabei stützt sie sich auf das frühe Geständnis des Beschuldigten, welches seine nachgeschobenen – und unrealistischen – Bestreitungen, er habe hier eine legale Arbeit suchen wollen, widerlegt: So behauptet der Beschuldigte, er habe nach kurzem Aufenthalt in der Schweiz festgestellt, dass er hier keine Perspek-

tiven habe und er habe wieder nach Frankreich zurück reisen wollen, sei jedoch verhaftet worden (Prot. I S. 16 f.). Angesichts der Tatsache, dass er schon am Tag nach seiner Einreise bei einem Drogentransport verhaftet wurde, ist dies höchst unglaublich. Das Verschulden betreffend die illegale Einreise wiegt daher keineswegs leicht, dasjenige betreffend den illegalen Aufenthalt von lediglich einem Tag wiegt allerdings noch leicht. Die Erhöhung der Einsatzsatzstrafe um 5 Monate ist somit angesichts des Strafrahmens sowie insbesondere des Umstandes, dass der Beschuldigte bereits zum dritten Mal illegal in die Schweiz einreiste, entgegen der Verteidigung vertretbar.

4.5. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeführt (Urk. 39 S. 11 f.). An der Berufungsverhandlung wurde aktualisiert, er habe keine gesundheitliche Probleme. Er sei immer noch verlobt, habe aber aufgrund des Gefängnisaufenthaltes Probleme mit seiner Verlobten. Er wisse nicht, ob sie die Verlobung auflösen wolle, hoffe aber, dass sie heiraten würden (Urk. 65 S. 2 ff.). Die persönlichen Verhältnisse wiegen entgegen der Verteidigung strafzumessungsneutral: Ein 33 Jahre alter Drogendelinquent kann nicht ernsthaft entlastend geltend machen, ihm habe als Halbweise das väterliche Vorbild gefehlt (Urk. 46 S. 3; Urk. 66 S. 3)! Die Tätigkeit als Hilfsarbeiter im Ausland teilt er ferner mit einer Vielzahl von albanischen Landsleuten. Auch eine gesteigerte Strafempfindlichkeit ist in keiner Weise ersichtlich. Allein ein Heirats- und Kinder-Wunsch (Prot. I S. 19; Urk. 46 S. 4; Urk. 65 S. 6) genügt dazu selbstredend nicht. Das massgebliche Heroin wie die Bezahlung für den Transport trug der Beschuldigte bei der Verhaftung auf dem Leib (Urk. 5/1 S. 2). Es blieb dem Beschuldigten somit gar nichts anderes übrig, als Besitz und Transportabsicht zu gestehen. Somit wiegt das Geständnis entgegen der Verteidigung in der Tat nur leicht strafmindernd (Urk. 46 S. 3, Urk. 66 S. 7). Wenn er heute Einsicht und Reue behauptet, lässt sich ihm dies nicht gerade widerlegen; es mutet jedoch aufgrund seiner Vorverurteilungen als Lippenbekenntnis an: In der Schweiz weist der Beschuldigte eine einschlägige Vorstrafe betreffend Betäubungsmitteldelikten aus dem Jahr 2010 und zwei einschlägige Vorstrafen betreffend AuG-Delikte aus den Jahren 2009 und 2010 auf (Urk. 44). Selbst wenn ihm das Urteil aus dem Jahr 2010 erst im Strafvollzug in Deutschland

im Jahr 2012 eröffnet wurde (vgl. Urk. 65 S. 6), hatte er im Zeitpunkt der Begehung des vorliegend zu beurteilenden Deliktes im April 2016 zweifellos bereits Kenntnis von diesem Urteil. Sodann weist er eine Verurteilung in Deutschland wegen massiver Gewaltdelikte auf (Urk. 9/14). Aus den Akten ergibt sich ferner eine Verurteilung in Frankreich für Betäubungsmitteldelikte, die der Beschuldigte in den Jahren 2010 bis 2012 begangen haben soll (Urk. 9/13). Diesbezüglich führte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, er sei in Abwesenheit zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt worden. Als er davon erfahren habe, habe er ein Rechtsmittel ergriffen. Deswegen sei das Verfahren im Sommer neu aufgerollt worden, wobei er zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt worden sei. Hiergegen habe er aber ein Rechtsmittel ergriffen und er hoffe auf einen Freispruch vor der Rechtsmittelinstanz (Urk. 65 S. 6 ff.). Auf entsprechende Frage erklärte der Beschuldigte allerdings, er gebe zu, dass er Drogen konsumiert und mit einem Kollegen eine kleine Menge Drogen verkauft habe (Urk. 65 S. 11). Mithin ist unbestritten, dass der Beschuldigte sich auch in Frankreich deliktisch verhalten hatte. Wenn die Verteidigung ausführt, dieses Urteil sei nicht zu berücksichtigen, da es noch nicht rechtskräftig sei (Urk. 66 S. 5), gilt dies für die nachfolgende Prognosestellung, nicht jedoch für die vorliegende Strafzumessung: Der Beschuldigte wusste zum Zeitpunkt des aktuell zu beurteilenden Delikts zwar nicht um die Verurteilung und Bestrafung in Frankreich, aber er wusste um die Rechtswidrigkeit seiner früheren Taten; und dennoch entschied er sich, einschlägig rückfällig zu werden! Betreffend seinen schon notorischen Hang, Straftaten zu begehen, und entsprechend die Bedeutungslosigkeit seiner heutigen Beteuerungen zur Besserung lässt dies durchaus tief blicken. Schliesslich ist auch der Umstand, dass die Justizvollzugsanstalt Pöschwies dem Beschuldigten einen guten Führungsbericht ausgestellt hat (vgl. Urk. 64), entgegen der Verteidigung nicht strafmindernd zu berücksichtigen (vgl. Prot. II S. 7), da ein Wohlverhalten im Strafvollzug vorausgesetzt werden darf.

4.6. Insgesamt überwiegen die erschwerenden Momente der Täterkomponente die erleichternden massiv. Die nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessene Einsatzstrafe von 29 Monaten ist daher ganz erheblich zu erhöhen. Das

angefochtene Strafmass der Vorinstanz erweist sich somit – wenn auch mit präziser Begründung – nicht als überrissen und ist zu bestätigen.

4.7. Zu keinem anderen Ergebnis führt auch ein Vergleich mit dem Strafzumessungsmodell Fingerhuth/Schlegel/Jucker: Eine Delinquenz mit 190 Gramm reinem Heroin führt zu einer Einsatzstrafe von rund 28 Monaten Freiheitsstrafe (N 45). Die Tätigkeit als Kurier führt zu einer Reduktion von max. 30%, das Geständnis führt vorliegend nur zu einer marginalen Reduktion, hingegen wiegen die diversen und einschlägigen Vorstrafen bis 50% erhöhend (N 47 und 48). Hinzu kommt die Sanktionierung der AuG-Delikte.

4.8. Der Anrechnung der bis heute erstandenen 551 Tage Haft und vorzeitiger Strafvollzug steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

5. Die Vorinstanz hat den bedingten Strafvollzug verweigert (Urk. 39 S. 21). Die Verteidigung verlangt, es sei dem Beschuldigten der bedingte Vollzug zu gewähren (Urk. 46; Urk. 66 S. 8 ff.). Angesichts des auszufällenden Strafmasses ist einzig ein teilbedingter Vollzug zu diskutieren (Art. 43 Abs. 1 StGB). Gemäss Praxis sind die Kriterien für die Prognosestellung für den voll- und den teilbedingten Strafvollzug identisch (Urteil des Bundesgerichts 6B_1321/2016 vom 8. Mai 2017 E.2.2.2.). Die Verteidigung konzediert, dass in concreto aufgrund der Verurteilung in Deutschland (vgl. BSK StGB Schneider/Garré Art. 42 N 96) besonders günstige Umstände vorliegen müssten (Art. 42 Abs. 2 StGB; vgl. BSK StGB Schneider/Garré Art. 43 N 13 mit Verweisen) und behauptet Solches (Urk. 46 S. 4; Urk. 66 S. 9 ff.). Das Gegenteil ist in optima forma der Fall: Der Beschuldigte hat in Deutschland und der Schweiz über diverse Jahre schwere bis sehr schwere Straftaten begangen. Selbst wenn es sich bei der Verurteilung in Deutschland nicht um eine einschlägige handelt, ist diese bei der Prognosestellung zu berücksichtigen, zumal sämtliche Vorstrafen zu berücksichtigen sind (vgl. Trechsel/Pieth, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 42 N 10). Überdies handelte es sich dabei um zwei Gewaltdelikte. Verurteilungen, Inhaftierungen und ein mehrjähriger Strafvollzug haben ihn offensichtlich in keiner Weise beeindruckt und ebenso wenig davon abgehalten, massiv rückfällig zu werden. Es ist ihm daher rundweg eine exempla-

risch schlechte Legal-Prognose zu stellen. Wie hier allen Ernstes einzig gestützt auf ein allzu offensichtliches Lippenbekenntnis, er wolle nun häuslich werden und ein ruhiges Leben führen (Prot. I S. 19; Urk. 65 S. 8), noch von *besonders* günstigen Umständen für eine deliktfreie Zukunft des Beschuldigten ausgegangen werden soll, bleibt das Geheimnis der Verteidigung! Zur Behauptung, der Beschuldigte weise heute aufgrund des Wegfalls eines Blutrache-Risikos in der Heimat verbesserte Lebensumstände auf (Urk. 46 S. 4 f.; Urk. 66 S. 9), wurde bereits vorstehend das Notwendige erwogen.

Die angefochtene Verweigerung des Strafvollzugs (vgl. ergänzend: Urk. 39 S. 14-16) ist zu bestätigen.

III. Beschlagnahmung

1. Die Verteidigung verlangt die Herausgabe der beim Beschuldigten beschlagnahmten beiden Mobiltelefone (Urk. 46 S. 5). Die Vorinstanz hat die Vernichtung der fraglichen Geräte angeordnet (Urk. 39 S. 22).

2. Die Vorinstanz erwägt, der Beschuldigte habe die Geräte zur Verübung der aktuell zu begehenden Straftat begangen und es bestehe die Gefahr, dass sich dies wiederhole (Urk. 39 S. 19). Dass die Vorinstanz erwägt, dies "anzunehmen", verleitet die Verteidigung zur Behauptung, es sei nur eine Mutmassung (Urk. 46 S. 5; Urk. 66 S. 10). Der Beschuldigte hat jedoch selber ausgesagt, er wäre mit den Drogen nach Basel gefahren und hätte dort seinen Auftraggeber kontaktiert, um den Abnehmer zu erfahren (Urk. 2/3 S. 3). Die Mobiltelefone waren somit in der Tat für die Begehung der Straftat vorgesehen. Einziehung und Vernichtung gestützt auf Art. 69 StGB sind folglich zu bestätigen.

IV. Kosten

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.-- festzusetzen.

2. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen vollumfänglich, weshalb ihm auch die Kosten dieses Verfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) aufzuerlegen sind (Art. 428 StPO).

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt einer Rückforderung nach Art. 135 Abs. 4 StPO.

3. Die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, reichte mit Eingabe vom 16. Oktober 2017 ihre Honorarnote für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren ein (Urk. 67). Die geltend gemachten Aufwendungen sind ausgewiesen und erweisen sich als angemessen. Zusätzlich ist der Verteidigerin der Aufwand für die Berufungsverhandlung von drei Stunden (zzgl. MWSt.; Prot. II S. 3 ff.) zu entschädigen. Mithin ist die amtliche Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, mit Fr. 3'859.05 (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 31. Januar 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der Beschuldigte ist schuldig

- des Verbrechens gegen das BetmG im Sinne Art. 19 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG,
- der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG,
- des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

2. (...)

3. (...)

4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmte Barschaft (Asservat Nr. A009'207'403) im Betrag von Fr. 1'000.– (Deliktserlös) wird eingezogen.

5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmte Barschaft im Betrag von Fr. 800.– (Fr. 950.– abzüglich des mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 5. Juli 2016 freigegebenen Betrages von Fr. 150.–; Asservat Nr. A009'207'403) und EUR 160.– (Asservat Nr. A009'207'425) wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmten und sich bei den Akten befindlichen Gegenstände werden eingezogen und der Bezirksgerichtskasse Hinwil zur Vernichtung überlassen:
 - 2 SIM-Karten, Vodafone & Lycamobile (Asservat Nr. A009'207'447)
 - (...)
 - (...)

7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmten div. Notizen / Quittung aus Portemonnaie (Asservat Nr. A009'207'436) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen hin herausgegeben.

Verlangt der Beschuldigte obgenannte Gegenstände nicht innert drei Monaten ab Rechtskraft des Urteils heraus, so werden diese der Gerichtskasse zur Vernichtung überlassen.

8. Die am 14. April 2016 polizeilich sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservate-Triage, unter der Lagernummer B01520-2016 gelagerten Betäubungsmittel (Asservat Nr. A009'207'367 und A009'207'378) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich, Asservate-Triage, zur Vernichtung überlassen.

9. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'500.–	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	2'100.–	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	600.–	Auslagen (Gutachten)
Fr.	9'052.90	Entschädigung amtliche Verteidigung (inkl. Fr. 1'214.70 Barauslagen und MwSt)

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Im Umfang von Fr. 800.– sowie EUR 160.– (entsprechend Fr. 170.20, total Fr. 970.20) sind sie durch die beschlagnahmte Barschaft getilgt.
 11. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO."
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 551 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 20. April 2016 beschlagnahmten und sich bei den Akten befindlichen Gegenstände werden eingezogen und der Bezirksgerichtskasse Hinwil zur Vernichtung überlassen:
 - 1 Mobiltelefon Samsung, schwarz (Asservat Nr. A009'207'458)
 - 1 Mobiltelefon Nokia, schwarz (Asservat Nr. A009'207'469).
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'859.05 amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse ge-

nommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- das Bundesamt für Polizei
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Bezirksgerichtskasse Hinwil
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

7. 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
I. Strafkammer

Zürich, 16. Oktober 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. S. Leuthold