Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: SB120175-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, lic. iur. Burger und Ersatzoberrichter lic. iur. Amacker sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 17. August 2012

in Sachen

A._____,
Beschuldigte und Berufungsklägerin

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. und Widerruf**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 29. November 2011 (DG110242)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 10. Juni 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 12).

Urteil der Vorinstanz:

1. Auf die Anklage wird nicht eingetreten, soweit der rechtswidrige Aufenthalt der Beschuldigten vom 14. September 2010 bis 7. Dezember 2010 angeklagt ist.

2. Die Beschuldigte ist schuldig

   - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a sowie

   - der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.

3. Der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 8. September 2009 wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel gewährte teilbedingte Strafvollzug wird widerrufen und der Strafanteil von 18 Monaten vollzogen.

4. Die Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 81 Tage durch Haft erstanden sind). Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Beschuldigte seit dem 20. Juni 2011 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

5. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

6. Die mit Verfügung vom 14. Juli 2011 der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautionsnummer … deponierten Mobiltelefone "Nokia" IMEI-Nr. … und "No-

kia" IMEI-Nr. … werden der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen.

7. Das mit Verfügung vom 14. Juli 2011 der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautionsnummer … deponierte Notizbüchlein wird der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen.

8. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Auslagen betragen:

Fr.	6'162.00	Kosten Kantonspolizei
Fr.	13'982.00	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	4'820.00	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens (inkl. der Kosten der amtlichen Verteidigung) werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 42 und 44)

1. Die Ziffern 2 Abs. 2 [recte: Abs. 1] und 4 seien aufzuheben.

2. A._____ sei der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen.

3. A._____ sei der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG frei zu sprechen.

4. A._____ sei der mehrfachen einfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g schuldig zu sprechen.

5. Der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 8. September 2009 wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gewährten teilbedingte Strafvollzug sei zu widerrufen und der Starfanteil von 18 Monaten sei zu vollziehen.

6. A._____ sei mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten zu bestrafen.

7. Die Verfahrenskosten seien dem Staat aufzuerlegen.

8. Die amtliche Verteidigerin sei gemäss der noch einzureichenden Honorarnote aus der Staatskasse zu entschädigen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:
(schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

1. a) Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich (1. Abteilung) vom 29. November 2011 wurde die Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig gesprochen und mit 18 Monaten Freiheitsstrafe unbedingt bestraft. Im Weiteren wurde der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich

vom 8. September 2009 gewährte (teil)bedingte Strafvollzug widerrufen und der Strafanteil von 18 Monaten vollzogen. Ausserdem wurden zwei sichergestellte Mobiltelefone und ein Notizbuch der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen (Urk. 30 S. 21 f.).

b) Gegen das gleichentags mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil (Prot. I S. 13) liess die Beschuldigte mit Eingabe vom 29. November 2011 fristgerecht die Berufung anmelden (Urk. 21). Das begründete Urteil wurde von der Verteidigung am 9. März 2012 entgegengenommen (Urk. 28/1). Mit Eingabe vom 29. März 2012 liess die Beschuldigte innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO die Berufungserklärung einreichen (Urk. 31). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 35).

2. a) Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (Niklaus Schmid, Handbuch StPO, Zürich/St. Gallen 2009, N 1557). Mit Berufungserklärung vom 29. März 2012 beschränkte die Beschuldigte ihre Berufung auf die Dispositivziffern 2 bis 5 (Urk. 31). Anlässlich der Berufungsverhandlung schränkte sie ihre Berufung noch weiter ein; auf die Dispositivziffer 2 Abs. 2 [recte: Abs. 1] und die Dispositivziffer 4. Im Übrigen anerkannte sie das vorinstanzliche Urteil ausdrücklich. Insbesondere liess sie beantragen, sie sei vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG freizusprechen; jedoch sei sie der mehrfachen einfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g schuldig zu sprechen. Sie sei mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von acht Monaten als Zusatzstrafe zum Strafmandat der Staatsanwaltschaft Baden vom 9. Juni 2011 zu bestrafen (Urk. 42 und 44).

b) Das Nichteintreten der Vorinstanz auf die Anklage bezüglich des Vorwurfes des rechtswidrigen Aufenthalts der Beschuldigten vom 14. September 2010 bis 7. Dezember 2010 (Dispositivziffer 1), der Schuldspruch wegen Widerhand-

lung gegen das Ausländergesetz (Dispositivziffer 2 Abs. 2), der Widerruf (Dispositivziffer 3), die Anordnung der Vernichtung von zwei beschlagnahmten Mobiltelefonen und eines Notizbuches (Dispositivziffern 6 und 7) sowie das Kostendispositiv (Dispositivziffern 8 und 9) blieben demzufolge unangefochten. Es ist somit vorab festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. November 2011 bezüglich Dispositivziffern 1, 2 Abs. 2, 3 und 6 - 9 in Rechtskraft erwachsen ist.

II.

1. Die Beschuldigte anerkannte den in der Anklageschrift vom 17. August 2011 wiedergegebenen Sachverhalt als richtig (Urk. HD 2/1 S. 3 ff.; Urk. 2/3 S. 4 ff.; 2/4 S. 2 f. und S. 5 f.; 2/5 S. 2 ff.; Urk. 18 S. 4; ND 1/1/2 S. 3 f.; Prot. I S. 7). Ihr Geständnis deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis, weshalb der eingeklagte Sachverhalt erstellt ist.

2. a) Die Vorinstanz würdigte das im Anklagevorwurf I lit. a und b umschriebene Verhalten der Beschuldigten als qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG. Dabei machte die Vorinstanz vorab zutreffende Ausführungen zum anwendbaren Recht. Auf die entsprechenden Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 30 S. 7 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Anwendbar ist somit das am 1. Juli 2011 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe.

b) Die Beschuldigte ist geständig, in den eingeklagten Fällen gemäss Anklagepunkt I lit. a Kokainverkäufe vermittelt zu haben (Urk. HD 2/1 S. 3 ff.; Urk. HD 2/3 S. 4 f. und 33 f.; Urk. HD 2/4 S. 2 und 6; Urk. HD 2/5 S. 2).

c) Wie bereits die Vorinstanz zutreffend darlegte, wurden im neuen, seit 1. Juli 2011 geltenden Betäubungsmittelgesetz die Tathandlungen inhaltlich nicht in dem Sinne eingegrenzt, dass das Vermitteln von Betäubungsmitteln neu straflos bleiben würde. Der Grundtatbestand wurde nur terminologisch und strukturell

überarbeitet. Inhaltlich wurden die Tatbestände eher weiter gefasst als eingegrenzt (vgl. Botschaft BBl 2006 S. 8611 f.). Somit ist davon auszugehen, dass die durch Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 aBetmG vormals erfasste Tathandlung des Vermittelns nun unter die Tatbestandsvariante des "Verschaffens" gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG zu subsumieren ist.

d) Anders als noch vor Vorinstanz wurde diese rechtliche Würdigung von der (neuen) Verteidigerin der Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung nicht mehr in Frage gestellt (Urk. 44 Ziff. 2.2).

e) Die Beschuldigte hat demnach mit den unter Anklagepunkt I lit. a umschriebenen Handlungen den Tatbestand gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG erfüllt.

f) Hinsichtlich des eingeklagten Vorganges vom 19. Januar 2011 gemäss Anklagepunkt I lit. b ist die Beschuldigte geständig, als Vermittlerin zu einem Kokainhandel zwischen "B._____" und einem unbekannten Abnehmer fungiert zu haben (Urk. HD 2/4 S. 2). Allerdings kam es nicht zum Verkauf, weil der vermittelte Drogenabnehmer nicht genügend Geld für den Kauf des Kokains aufbringen konnte (Urk. HD 2/3 S. 21; Urk. HD 2/4 S. 2 f. und 5 f., Urk. HD 2/5 S. 3). Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG strafbar macht, wer Anstalten trifft, einem anderen unbefugt Betäubungsmittel zu verschaffen. Der Tatbestand des Anstaltentreffens erfasst sowohl den Versuch im Sinne von Art. 21 f. StGB wie auch gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen zu den in Art. 19 Abs. 1 lit. a-f BetmG genannten Taten und wertet sie zu selbständigen Delikten auf (Fingerhuth/ Tschurr, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, 2. Aufl., Zürich 2007, N 93 zu Art. 19). Da der Drogenverkauf nicht abgewickelt werden konnte, hat die Beschuldigte im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Abs. 1 lit. c BetmG Anstalten getroffen, um einem anderen unbefugt Betäubungsmittel zu verschaffen.

g) Auch diese rechtliche Würdigung wird von der amtlichen Verteidigerin geteilt (Urk. 44 Ziff. 2.3).

h) Die Beschuldigte hat demnach mit den unter Anklagepunkt I lit. b umschriebenen Handlungen den Tatbestand gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. g BetmG erfüllt.

i) Die Beschuldigte stellt indes in Abrede, dass ihre Tathandlungen als schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu qualifizieren seien (Urk. 44 S. 3 ff.).

j) Das von der Beschuldigten vermittelte Kokain ist einer wissenschaftlichen Analyse nicht mehr zugänglich. Eingestanden und erstellt ist eine Bruttomenge von insgesamt ca. 90 Gramm Kokaingemisch, welche von der Beschuldigten vermittelt wurde (Anklagepunkt I lit. a), und von 10 Gramm Kokaingemisch, welches trotz Vermittlungshandlungen durch die Beklagte schlussendlich nicht verkauft wurde (Anklagepunkt I lit. b). Zu Recht verwies die Vorinstanz diesbezüglich auf die Praxis des Bundesgerichts, wonach in solchen Fällen, in denen keine Reinheitsanalyse durchgeführt werden kann, nach allgemeinem Erfahrungssatz auf einen Reinheitsgrad von 33⅓ % abzustellen ist (unter Verweis auf Fingerhuth/Tschurr, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, 2. Aufl., Zürich 2007, N 176 zu Art. 19 und dortige Verweisungen). Auf diesen Durchschnittswert darf – entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 44 S. 4) – zumindest im vorliegenden Fall noch immer abgestellt werden, auch wenn dieser vom Bundesgericht vor über 10 Jahren festgesetzt worden war. Nach der (im Internet greifbaren) Betäubungsmittelstatistik der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM), welche als tatzeitaktuelle Grundlage herangezogen werden kann, ergibt sich bei Kokain-Base, bei Mengen zwischen 10 und 100 g, ein Reinheitsgehalt von durchschnittlich 33% für das Jahr 2010 und 38% für das Jahr 2011. Bei Kokain-Hydrochlorid betragen die Werte sodann 37% für das Jahr 2010 und 41% für das Jahr 2011. Diese Durchschnittswerte liegen demnach grösstenteils gar über dem höchstrichterlich festgesetzten Erfahrungssatz. Ausgehend von letzterem vermittelte die Beschuldigte somit den Verkauf von ca. 30 Gramm reinem Kokain und versuchte den Verkauf von ca. 3,3 Gramm reinem Kokain zu vermitteln. Für Kokain hat das Bundesgericht die Grenze zu einem schweren Fall nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG bei 18 Gramm Reinsubstanz an-

gesetzt (BGE 109 IV 145). Von diesem Wert ist auch unter der neuen Gesetzgebung auszugehen. Die für einen schweren Fall geforderte Kokainmenge wurde durch die Beschuldigte somit klar überschritten. Im Übrigen ist anzumerken, dass der schwere Fall selbst dann erreicht würde, wenn von dem von der Verteidigung geltend gemachten durchschnittlichen Reinheitsgrad von 25% (Urk. 44 S 5 Ziff. 2.7) auszugehen wäre. Entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 44 S. 5 f. Ziff. 2.8) ist es sodann in einem Fall wie dem vorliegenden – d.h. angesichts der zweimaligen Vermittlung von einer jeweils beachtlichen Menge von 40 bzw. 50 Gramm Kokain – zulässig, auf Durchschnittswerte und nicht auf Minimalwerte abzustellen (vgl. Bundesgerichtsurteil 6B_892/2010, E. 1.4., vom 22. Dezember 2010).

Unerheblich ist sodann, ob der Täter die Betäubungsmittel in einer einzigen grossen Portion oder in vielen kleinen Teilmengen, bzw. ob er sie gestützt auf einen einzigen oder mehrere Willensentschlüsse vermittelt bzw. verschafft. Entscheidend ist allein, dass sich die Handlungen insgesamt auf eine Menge von Betäubungsmitteln beziehen, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann (Fingerhuth/Tschurr, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, 2. Aufl., Zürich 2007, N 158 zu Art. 19). Das Bundesgericht hielt in BGE 114 IV 164 fest, dass wenn durch mehrere Handlungen insgesamt eine Betäubungsmittelmenge umgesetzt wird, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, ein schwerer Fall auch dann gegeben ist, wenn zwischen den einzelnen Geschäften nicht Fortsetzungs-, sondern Wiederholungszusammenhang besteht. Dabei handelt es sich allerdings, anders als bei fortgesetzter Begehung, nicht um einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG, sondern um einen in der beispielhaften Aufzählung in Art. 19 Ziff. 2 aBetmG – bzw. neu: Art. 19 Abs. 2 BetmG – nicht ausdrücklich geregelten schweren Fall.

j) Die Beschuldigte ist aufgrund obiger Ausführungen somit der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs 1 lit. c und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 BetmG schuldig zu sprechen.

III.

1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung zutreffend dargelegt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden kann vorab auf die entsprechenden Ausführungen in den vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 30 S. 12 f.).

2. a) Bei der objektiven Tatschwere bezüglich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ist zu berücksichtigen, dass im breiten Spektrum eines schweren Falles im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG die Tathandlungen der Beschuldigten noch am unteren Rand anzusiedeln ist. Die Beschuldigte beschränkte sich auf das Vermitteln bzw. Verschaffen von Bruttomengen Kokaingemisch von ca. 40 bzw. ca. 50 Gramm und traf bezüglich 10 Gramm Anstalten dazu. Selber erzielte sie nur eine geringfügige Summe von Fr. 100.-- als Vermittlerlohn. In der Hierarchie des Betäubungsmittelhandels ist die Beschuldigte auf unterer Stufe anzusiedeln, zumal sie nur als Vermittlerin fungierte und keine Entscheidungskompetenzen hatte. Die objektive Tatschwere wiegt deshalb noch leicht.

b) Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass die Beschuldigte selber nicht süchtig ist und einzig wegen des erhofften finanziellen Gewinnes handelte. Zu ihrem Tatmotiv gab sie an, die Drogengeschäfte aus Geldnot vermittelt zu haben. Sie sei alleinerziehende Mutter und werde nur von der Caritas und der Kirche unterstützt (Urk. HD 2/3 S. 34; Urk. HD 2/4 S. 8). Sie erhalte zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes im Asylheim Fr. 22.50 pro Tag für sich und die Kinder (Urk. ND1 1/2 S. 3). Das Hauptmotiv der Beschuldigten, im Drogenhandel aktiv zu werden, dürfte somit ihre schwierige finanzielle Situation gewesen sein. Insgesamt ist die Tatschwere als noch leicht zu bezeichnen.

3. a) Die objektive Tatschwere betreffend die Widerhandlung gegen das Ausländergesetz ist mit der Vorinstanz als gerade noch leicht zu bezeichnen, zumal aufgrund des Nichteintretens auf die Anklage bezüglich der Periode vom

14. September 2010 bis 7. Dezember 2010 nur eine relativ kurze Deliktsdauer vom 7. Dezember 2010 bis zum Ende Februar 2011 gegeben ist, da die Beschuldigte nach dem Vollzug einer 30-tägigen Freiheitsstrafe im Kanton Aargau direkt nach der Entlassung aus dem Gefängnis … am 31. März 2011 erneut verhaftet und mit Verfügung vom 1. April 2011 des Bezirksgerichts Zürich in Untersuchungshaft versetzt wurde. Schliesslich verfügte die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich am 20. Juni 2011 die Bewilligung des vorzeitigen Strafvollzugs, der seither andauert.

b) Im Rahmen der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass die Beschuldigte in den Einvernahmen angegeben hat, nicht ausreisen zu können, weil sie nicht wisse wohin und sie niemanden habe, der sie unterstützen könne (Urk. ND1 1/2 S. 3). Diese letztlich nicht überprüfbaren Angaben zum Motiv lassen das Tatverschulden bezüglich der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz insgesamt noch als eher leicht erscheinen.

4. Das Gesamtverschulden der Beschuldigten wiegt demzufolge noch leicht. In Anbetracht der unteren Strafrahmengrenze von einem Jahr Freiheitsstrafe (Art. 19 Abs. 1 lit. c und g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG) ist von einer Einsatzstrafe von rund 14 Monaten Freiheitsstrafe auszugehen.

5. Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. Aufl., Zürich 2010, N 14 zu Art. 47 mit zahlreichen Hinweisen).

a) Zu den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten hat die Vorinstanz ausführliche und zutreffende Ausführungen gemacht, welche von der Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung als im Wesentlichen unverändert bestätigt wurden (Urk. 43 S. 1 ff.) Auf die entsprechenden erstinstanzlichen Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 30 S. 16 f.).

b) Die Beschuldigte weist mehrere Vorstrafen auf (Urk. 32):

- Das Bezirksamt Aarau verurteilte die Beschuldigte am 16. Oktober 2006 wegen Widerhandlung (rechtswidrige Einreise) gegen das BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 14 Tagen, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.

- Der bedingt Vollzug der oben genannten Strafe wurde vom Bezirksamt Zofingen widerrufen und die Beschuldigte wegen Widerhandlung (rechtswidriger Aufenthalt) gegen das Ausländergesetz (AuG) mit Urteil vom 11. September 2008 zu einer Gesamtstrafe von 30 Tagen Freiheitsstrafe unbedingt verurteilt.

- Mit Urteil vom 8. September 2009 verurteilte das Bezirksgericht Zürich die Beschuldigte wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten, wovon 12 Monaten zu vollziehen waren, unter Ansetzung einer Probezeit für zwei Jahren. Diese Probezeit wurde mit Urteil vom Gerichtspräsidium Baden vom 4. Januar 2011 um ein Jahr verlängert.

- Sodann bestrafte das Bezirksamt Baden die Beschuldigte wegen Widerhandlung (rechtswidriger Aufenthalt) gegen das Ausländergesetz (AuG) mit Strafmandat vom 14. September 2010 mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen.

- Mit Strafmandat vom 9. Juni 2011 bestrafte die Staatsanwaltschaft Baden die Beschuldigte erneut wegen Widerhandlung (rechtswidriger Aufenthalt) gegen das Ausländergesetz (AuG) mit einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen. Hierbei handelt es sich nicht um eine Vorstrafe im technischen Sinne, da diese Verurteilung nach den hier zu beurteilenden Taten erging (vgl. Urk. 12). Somit ist vorliegend eine Zusatzstrafe auszufällen.

c) Die einschlägigen Vorstrafen wirken sich erheblich straferhöhend aus, ebenso die Tatbegehung während laufender Probezeit und kurz nach der Entlassung aus dem Strafvollzug.

d) Strafmindernd ist das bereits im polizeilichen Untersuchungsverfahren abgelegte Geständnis der Beschuldigten zu berücksichtigen. Zu erwähnen ist, dass die Beschuldigte von Anfang an die Vermittlung von Kokain eingestanden hat, ohne dass ihr die aufgezeichneten Telefongespräche zwischen ihr und dem Drogenhändler bzw. Drogenabnehmer vorgespielt werden mussten (Urk. HD 2/1 S. 3). Leicht strafmindernd wirken sodann die schwierigen persönlichen Lebensumstände der Beschuldigten.

Weiter ist der Beschuldigten eine gewisse Strafminderung aus familiären Gründen zuzubilligen: Die Verbüssung einer Freiheitsstrafe stellt für jeden in ein familiäres Umfeld eingebetteten Beschuldigten eine gewisse Härte dar. Als unmittelbare gesetzmässige Folge jeder Sanktion darf diese Konsequenz deshalb nur unter aussergewöhnlichen Umständen berücksichtigt werden (vgl. dazu BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, Art. 47 N 118). Solche aussergewöhnliche Umstände liegen hier insoweit vor, als es sich bei der Beschuldigten um eine alleinerziehende Mutter zweier kleiner Kinder handelt, welche momentan bei einer Pflegefamilie in der Schweiz untergebracht sind (vgl. Urk. 43 S. 3 und 4).

Zugunsten der Beschuldigten wirkt sich schliesslich ihre an der Berufungsverhandlung gezeigte Einsicht und Reue aus: So legte sie glaubhaft dar, dass sie durch den Kontakt mit Mithäftlingen, welche Drogen genommen hätten, gesehen habe, welchen Schaden dies ihren Körpern angerichtet habe. Dies habe in ihr grosse Schuldgefühle ausgelöst, weshalb es ihr sehr leid tue, was sie gemacht habe (Urk. 43 S. 5 f.)

6. Unter Berücksichtigung sämtlicher dargelegter Strafzumessungsgründe ist die von der Vorinstanz gefällte Strafe etwas zu reduzieren. Dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten angemessen erscheint eine Freiheitsstrafe von 16 Monaten, als Zusatzstrafe zum Strafmandat der Staats-

anwaltschaft Baden vom 9. Juni 2011. Anzurechnen sind insgesamt 512 Tage Untersuchungshaft (Art. 51 StGB) und vorzeitiger Strafvollzug.

7. Die Vorinstanz hat mit zutreffender Begründung, auf die vorab verwiesen werden kann, der Beschuldigten den bedingten Strafvollzug verweigert (Urk. 30 S. 19 f.). Hervorzuheben ist, dass die Beschuldigte mit Urteil vom 8. September 2009 wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten, wovon 18 Monate bedingt vollziehbar waren, verurteilt wurde. Da die Beschuldigte demgemäss in den letzten fünf Jahren vor der Tat zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt wurde, ist eine günstige Prognose nicht zu vermuten. Vielmehr müssen besondere Umstände vorliegen, damit der Beschuldigten dennoch der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe gewährt werden kann (Art. 42 Abs. 2 StGB). Die Beschuldigte weist im schweizerischen Strafregister vier einschlägige Vorstrafen auf. Ausserdem delinquierte sie kurz nach Entlassung aus dem Strafvollzug und während laufender Probezeit erneut. Somit sind keine besonders günstigen Umstände ersichtlich. Die Strafe ist deshalb zu vollziehen.

V.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Beschuldigte unterliegt mit ihren Anträgen vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, aufgrund ihrer misslichen finanziellen Verhältnisse allerdings sofort abzuschreiben sind. Auch die Kosten der amtlichen Verteidigung sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 29. November 2011 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Nichteintreten), 2 Absatz 2 (Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz), 3 (Widerruf), 6 und 7 (Anordnung der Vernichtung beschlagnahmter Gegenstände) sowie 8 und 9 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte A._____ ist ferner schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g in Verbindung mit Abs. 2 BetmG.

2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 16 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 512 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, als Zusatzstrafe zum Strafmandat der Staatsanwaltschaft Baden vom 9. Juni 2011.

3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

   Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
   Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrie-

ben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten(übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Anstalten in … (durch die zuführenden Polizeibeamten)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- Bundesamt für Polizei
- Bundesamt für Migration

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
- das Bezirksgericht Zürich in die Akten Proz.-Nr. DG090274
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B

7. 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, 17. August 2012

Der Präsident:	Der Gerichtsschreiber:
Oberrichter lic. iur. Spiess	lic. iur. Höfliger