

# ZH\_OBERGERICHT SB200368 vom 13. April 2021

ZH Obergericht, 2021-04-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB200368](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200368)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB200368 du 13 avril 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT SB200368 del 13 aprile 2021

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil vom 10. Juni 2020 sprach das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, die Beschuldigte in einem Abwesenheitsverfahren des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig. Gleichzeitig widerrief es den bedingten Vollzug des Anteils von 14 Monaten Freiheitsstrafe der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 6. November 2012 ausgefallenen Freiheitsstrafe sowie den bedingten Vollzug der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2016 ausgefallenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten. Unter Berücksichtigung der widerrufenen Strafen setzte es eine Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren fest. Weiter entschied es über beschlagnahmte Gegenstände und Vermögenswerte und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 84 S. 60 ff.).

### E. 1.1

Am 1. Januar 2018 sind die neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts) gemäss der Änderung vom 19. Juni 2015 in Kraft getreten (AS 2016 1249). Die Beschuldigte hat

- 20 - die zu beurteilenden Straftaten vor Inkrafttreten des neuen Rechts verübt. Nach Art. 2 Abs. 1 StGB wird nach neuem Recht nur beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten des neuen Rechts begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, ist das neue Recht anzuwenden, wenn es für den Täter milder ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Ob das neue Recht das mildere ist, hat das Gericht nach der konkreten Methode zu ermitteln (DONATSCH, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], Kommentar zum StGB, 20. Aufl. 2018, Art. 2 N 10).

### E. 1.2

Wie noch aufzuzeigen sein wird (vgl. E. IV.6.2.), sind zwei bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafen zu widerrufen. Da gleichzeitig nebst dem schweren Fall (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG) auch für das Vergehen eine Freiheitsstrafe (und nicht eine altrechtlich bis 360 Tagessätze mögliche Geldstrafe; vgl. E. IV. 1.3 am Ende) auszusprechen sein wird, ist in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB mit den zu widerrufenden Strafen eine Gesamtstrafe zu bilden (Art. 46 Abs. 1 StGB). Durch die Gesamtstrafenbildung profitiert die Beschuldigte von einem Strafrabatt, weshalb sich diesbezüglich das neue Recht als milder erweist. Die negative Legalprognose erlaubt zudem hier nicht – obwohl altrechtlich grundsätzlich möglich –, die früheren Strafen zu widerrufen und für die neuen Straftaten eine (teil-)bedingte Freiheitsstrafe auszufällen (vgl. E. IV 6.2). Auch insoweit ist nicht das alte Recht, sondern das neue Recht milder. Dieses gelangt nach dem Grundsatz der *lex mitior* (Art. 2 Abs. 2 StGB) zur Anwendung.

### **E. 1.3**

Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit der Betroffenen eingreift bzw. die sie am wenigsten hart trifft (BGE 138 IV 120 E. 5.2; BGE 134 IV 97 E. 4.2.2; BGE 134 IV 82 E. 4.1). Für den schweren Fall (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG) steht einzig eine Freiheitsstrafe zur Diskussion. Die übrigen Delikte (Dossier 3) betreffen ebenfalls den verbo-

- 21 -  
- 21 - tenen Umgang mit Kokain. Sie stehen zum qualifizierten Kokainhandel thematisch in engem Zusammenhang. Die Beschuldigte wurde wegen (mehrfacher) qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Jahre 2012 mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe und im Jahre 2016 mit einer bedingten Freiheitsstrafe von je 24 Monaten verurteilt. Die neuen Delikte beging sie während zweier Probezeiten und teilweise während laufender Untersuchung. Die früheren Strafverfahren und die damals verbüsste Untersuchungshaft von 78 und 17 Tagen zeigten keine genügende Warnwirkung. Aufgrund der neuen mehrfachen Delinquenz und der einschlägigen Vorstrafen bestehen deshalb erhebliche Zweifel an der spezialpräventiven Wirkung einer Geldstrafe. Bei separater Beurteilung jeder Tat scheint es geboten, für jedes der begangenen Delikte (Vergehen und Verbrechen) je eine Freiheitsstrafe auszufällen. Dies gilt selbst dann, wenn man berücksichtigt, dass unter altem Recht noch bis zu 360 Tagessätze Geldstrafe ausgesprochen werden konnten. Das alte Recht erweist sich auch in diesem Punkt nicht als milder.

### **E. 2**

Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 25) liess die Beschuldigte rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 79; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil wurde der Verteidigung am 27. August 2020 zugestellt (Urk. 83/2). Mit Eingabe vom 15. September 2020 liess die Beschuldigte der erkennenden Kammer rechtzeitig die schriftliche Berufungserklärung einreichen (Urk. 86; Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 90 StPO).

#### **E. 2.1**

Die Gegenstände, welche mit der Asservaten-Nummer "A009" beginnen, wurden anlässlich der Hausdurchsuchung bei der Beschuldigten vom 14. März 2016 sichergestellt (Urk. D1/15/7). Zu diesen Mobiltelefonen führte die Beschuldigte aus, dass das iPhone 6 ihr gehöre, sie benutze es immer. Das Samsung GT-E2600 gehöre ebenfalls ihr. Sie benutze es jedoch nur mit Leuten, denen sie ihre persönliche Nummer nicht bekannt geben wolle. Von den beiden

- 31 -  
- 31 - anderen Samsung-Geräten habe eines ihre Mutter bei ihr liegen gelassen und das andere habe ein Freund bei ihr vergessen (Urk. D1/7/1 S. 3 f.).

#### **E. 2.2**

Die restlichen Mobiltelefone wurden anlässlich der Hausdurchsuchung vom 16. September 2017 sichergestellt (Urk. D1/16/4). Die Beschuldigte erklärte, dass die iPhones ihr gehörten. Eines davon habe aber keine SIM-Karte und werde nur von ihrem Sohn zum Trickfilme schauen benutzt. Das Huawei-Mobiltelefon habe ein Kunde im Restaurant liegen gelassen. Das Nokia benutze sie, um nach J. \_\_\_\_\_ [Stadt in H. \_\_\_\_\_] anzurufen. Sie

habe es aber schon lange nicht mehr gebraucht (Urk. D1/7/11 S. 7 ff.).

### **E. 2.3**

Nebst den Aussagen der Beschuldigten, welche keinen Hinweis darauf geben, dass die Mobiltelefone zur Begehung einer Straftat gedient haben, sind auch die konkreten Umstände der von der Beschuldigten begangenen Delikte zu berücksichtigen. Zu Dossier 2 sagte die Beschuldigte aus, dass eine Person namens K.\_\_\_\_\_ das Kokain zu ihr nach Hause gebracht habe (Urk. D1/7/7 S. 2). Wie genau dieser Kontakt entstanden ist, geht aus den Akten nicht hervor. Auch betreffend Dossier 3 sind die näheren Umstände nicht bekannt. Das Kokain habe sie im Restaurant an eine ihr unbekannt Person übergeben (Urk. D1/7/11).

### **E. 2.4**

Aufgrund der vorstehend dargelegten Umstände kann nicht mit hinreichender Sicherheit gesagt werden, dass die beschlagnahmten Mobiltelefone, oder ein Teil davon, zur Begehung einer Straftat verwendet wurden. Sie wurden von der Staatsanwaltschaft wohl auch deshalb nicht zur Einziehung, sondern in Anwendung von Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO einzig zu Beweis Zwecken beschlagnahmt (Urk. D1/16/10). Sie sind der Beschuldigten deshalb ab Eintritt der Vollstreckbarkeit dieses Urteils bis spätestens drei Monate danach auf erstes Verlangen hin herauszugeben bzw. der Lagerbehörde nach unbenutztem Ablauf dieser Frist zur Vernichtung respektive gutscheinenden Verwendung zu überlassen. VI. 1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Ge-

- 32 -  
bührenverordnung des Obergerichts). Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Die Beschuldigte obsiegt mit ihren Anträgen betreffend Freispruch, einer mildereren Bestrafung (teilweise) und der Herausgabe der Mobiltelefone. Demgegenüber unterliegt sie bezüglich der Widerrufe. Vor diesem Hintergrund erscheint es angemessen, der Beschuldigten die Kosten zu einem Drittel aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine allfällige Rückerstattungspflicht im Umfang von einem Drittel bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO). 2. Die amtliche Verteidigung der Beschuldigten macht ein Honorar von Fr. 4'546.60 geltend (Urk. 98), was ausgewiesen und angemessen ist. Die amtliche Verteidigung ist daher, unter Berücksichtigung des Aufwands für die Berufungsverhandlung, welche kürzer als erwartet ausfiel, und eine Nachbesprechung, mit insgesamt Fr. 4'500.– zu entschädigen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 10. Juni 2020 bezüglich der Dispositivziffern 5-9, 11-12, 14 (Entscheidung über die beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte) und 15-16 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) sowie der gleichentags ergangene Beschluss in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Die Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig – des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie

- 33 - – des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG. 2. Die Beschuldigte wird freigesprochen vom Vorwurf des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d in Verbindung

mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG betreffend Dossier 4. 3. Der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 6. November 2012 ausgefallte bedingte Strafanteil von 14 Monaten Freiheitsstrafe wird widerrufen. 4. Die mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 20. Januar 2016 bedingt ausgefallte Freiheitsstrafe von 24 Monaten (abzüglich 17 Tage erstandener Haft) wird widerrufen.

### **E. 3**

Mit Präsidialverfügung vom 18. September 2020 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist für Anschlussberufung angesetzt (Urk. 88). Die Staatsanwaltschaft beantragte daraufhin mit Eingabe vom 24. September 2020 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 90). Da die Verteidigung damit einverstanden war (Urk. 93), wurde die Staatsanwaltschaft im Zuge der Vorladung von der Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. 92).

#### **E. 3.1**

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen Tat- und Täterkomponente. Als Gradmesser für die objektive Tatschwere dient das Mass der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts. Es lässt sich am Ausmass des verschuldeten Erfolges hinsichtlich Deliktobetrag, Gefährdung, Sachschaden etc. sowie anhand der Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, der Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und dessen Beweggründe bemessen. Weiter bedeutsam sind das Mass der Entscheidungsfreiheit beim Täter und die Intensität seines deliktischen Willens. Je leichter es für den Täter gewesen wäre, die ver-

- 23 - letzte Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen diese (HEIMGARTNER, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], StGB Kommentar, 20. Aufl. 2018, Art. 47 N 6 ff.; WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar StGB, 4. Aufl. 2019, Art. 47 N 85; TRECHSEL/THOMMEN, in: Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 47 N 17 ff.).

#### **E. 3.2**

Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist zu berücksichtigen, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf (BGE 118 IV 342 E. 2c; BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; Urteil 6B\_558/2011 des BGer vom 21. November 2011 E. 3.3.2). Der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel kann für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter (BGE 122 IV 299 E. 2c). Steht indes nicht fest, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle (BGE 121 IV 193 E. 2b/aa).

#### **E. 3.3**

Der Anklagevorwurf gemäss Dossier 4 stützt sich einzig auf die Aussagen von B.\_\_\_\_\_. Weitere Beweismittel liegen nicht vor. Die weiteren einvernommenen Personen (D.\_\_\_\_\_, Urk. D1/8/2; E.\_\_\_\_\_, Urk. D1/8/3 und F.\_\_\_\_\_, Urk. D1/8/4) konnten keine Angaben zum konkreten Sachverhalt machen. Da diese Personen nicht in Gegenwart der Beschuldigten einvernommen wurden und auch keine Konfrontation stattfand, sind ihre Ausführungen zudem nicht zulasten der Beschuldigten verwertbar. Somit sind die einzigen Beweismittel, welche für eine Beteiligung der Beschuldigten an Dossier 4 sprechen, mit der Verteidigung (Urk. 97 S. 9) nicht verwertbar. Die Beschuldigte ist folglich vom Vorwurf gemäss Dossier 4 freizusprechen. 4. Die Beschuldigte ist in Bezug auf Dossiers 2 und 3 vollumfänglich geständig. Es kann diesbezüglich auf die Erwägungen des vorinstanzlichen Gerichts verwiesen werden (Urk. 84 S. 13 ff.). Die Vorinstanz fasste die Delikte gemäss Dossiers 2 und 3 zusammen, da eine natürliche Handlungseinheit vorliege (Urk. 84 S. 36 f.).

#### **E. 4**

Die Berufungsverhandlung fand am 13. April 2021 in Anwesenheit der amtlichen Verteidigung der Beschuldigten statt. Die Beschuldigte ist unentschuldig nicht erschienen (Prot. II S. 3).

- 8 - II.

#### **E. 4.1**

Vorab ist zu erwähnen, dass im Gegensatz zum vorinstanzlichen Urteil kein Fall von retrospektiver Konkurrenz vorliegt, da die Delikte gemäss Dossiers 2 und 3 nach dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2016 begangen wurden (Urk. D1/24 S. 2, Urk. 85).

#### **E. 4.2**

Die Beschuldigte bewahrte zwischen dem 9. und dem 14. März 2016 zwei Portionen Kokaingemisch bei sich in der Wohnung auf, um dieses bei Gelegenheit an Abnehmer zu verkaufen. Am 16. September 2017 hat die Beschuldigte wiederum Kokaingemisch bei sich gelagert und rund 1 Gramm an einen Abnehmer verkauft. Zwischen den beiden Vorgängen liegen rund eineinhalb Jahre, was einem sehr grossen Zeitraum entspricht. Während dieses Zeitraums hat sich die Beschuldigte wohlverhalten. Es fällt zudem ins Gewicht, dass sie sich ab dem 14. März 2016 für rund zwei Monate in Untersuchungshaft befand (Urk. D1/19/11; Urk. D1/19/18) und sich in diesem Zeitpunkt auch vorgenommen hatte, nicht mehr zu delinquieren (Urk. D1/7/7 S. 8), was ihr für eine gewisse Zeit auch gelang. Aufgrund der sehr geringen Kadenz und des langen Unterbruchs zwischen den Delik-

- 19 - ten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschuldigte bereits im März 2016 den Entschluss fasste, inskünftig über einen längeren Zeitraum Drogendelikte zu begehen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass beiden Delikten die gleiche Motivationslage zugrunde lag. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Beschuldigte im September 2017 bei einer sich bietenden Gelegenheit in alte Muster zurückfiel. Hierfür musste die Beschuldigte jedoch einen neuen Tatentschluss fassen. Nach dem Gesagten können die Taten nicht als natürliche Handlungseinheit zusammengefasst werden, sondern sie sind getrennt zu betrachten (ebenso die Verteidigung in Urk. 97 S. 9 f.).

#### **E. 4.2.1**

Zur objektiven Tatschwere des Verbrechens gegen das Betäubungs- mittelgesetz ist zu sagen, dass die Beschuldigte zwei Portionen Kokaingemisch bei sich in der Wohnung aufbewahrte. Dabei lagerte sie eine Portion Kokainge- misch von 85 Gramm mit einem Reinheitsgrad von 51%, entsprechend 43,4 Gramm reinem Kokain, und eine Portion Kokaingemisch von 65,8 Gramm mit ei- nem Reinheitsgrad von 82%, entsprechend 53,9 Gramm reinem Kokain. Ingsge- samt bewahrte sie damit 97.3 Gramm reines Kokain auf, was deutlich über dem Schwellenwert von 18 Gramm Kokain liegt, ab dem ein schwerer Fall angenom- men wird. Sie lagerte das Kokain während eines eher kurzen Zeitraums zwischen - 24 - dem 9. und dem 14. März 2016. Dies spielt jedoch nur eine untergeordnete Rolle, da die Beschuldigte den Besitz nicht freiwillig aufgab, sondern die Drogen anläss- lich einer Hausdurchsuchung sichergestellt wurden (Urk. D1/15/6). Erschwerend fällt jedoch ins Gewicht, dass die Beschuldigte vorhatte, das Kokain zu verkaufen (Urk. D1/7/14 S. 7). In Anbetracht sämtlicher Umstände ist das Verschulden der Beschuldigten im Rahmen des qualifizierten Falles als leicht zu qualifizieren.

#### **E. 4.2.2**

Zur subjektiven Tatschwere ist zu sagen, dass die Beschuldigte mit di- rektem Vorsatz handelte, da sie in einer schwierigen finanziellen Situation gewe- sen sei (Urk. D1/7/7 S. 8; Urk. D1/7/8 S. 2). Die Beschuldigte handelte damit aus einem egoistischen Motiv heraus. Sie lebte anlässlich der Tatbegehungen sicher- lich in eher knappen finanziellen Verhältnissen, zumal sie für zwei Söhne zu sor- gen hatte. 2016 wurde sie von der Sozialhilfe unterstützt, arbeitete aber auch zeitweise in Restaurants oder Läden (Urk. D1/7/1 S. 6, 10). Eine eigentliche Not- lage, welche das Verschulden zu relativieren vermag, ist aber nicht ersichtlich. Die objektive Tatschwere wird daher durch die subjektive Komponente nicht be- einflusst. Es erweist sich daher eine Einsatzstrafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

#### **E. 4.3**

Die Beschuldigte hat gemäss Dossier 2 insgesamt 97,3 Gramm reines Kokain bei sich aufbewahrt, in der Absicht, dieses in Verkehr zu bringen (Urk. D1/24 S. 2). Die Schwelle für einen schweren Fall der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz von 18 Gramm Reinsubstanz Kokain (BGE 145 IV 312, Regeste und E. 2.1.3; 138 IV 100 E. 3.2; 120 IV 334 E. 2a; BGE 109 IV 143 E. 3b; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 19 N 176 und N 181) wurde damit klar überschritten. Die Beschuldigte hat somit Betäubungsmittel unbefugt gelagert und besessen und sich daher des Verbrechens gegen das Betäubungs- mittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gemacht.

#### **E. 4.3.1**

Bei der objektiven Tatschwere des Vergehens gegen das Betäu- bungsmittelgesetz ist in Betracht zu ziehen, dass die Beschuldigte an ihrem Ar- beitsort, der ...-Bar in Zürich, 1,1 Gramm Kokaingemisch für Fr. 100.– an einen Abnehmer verkaufte und darüber hinaus 23,7 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von 64%, entsprechend 15,2 Gramm reinem Kokain, im Keller ihres Arbeitsortes aufbewahrte. Auch dieses Kokain war für den Verkauf bestimmt. Die Drogenmenge ist zudem relativ nahe an der Grenze zu einem schweren Fall. Dass sie dieses Delikt an ihrem Arbeitsort beging, zeugt von einer gewissen Skrupellosigkeit. Gesamthaft betrachtet ist das Verschulden der Beschuldigten (bei einem Strafraumen von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) als noch leicht zu

qualifizieren.

#### **E. 4.3.2**

Zur subjektiven Tatschwere kann grundsätzlich auf die Ausführungen unter E. IV.4.2.2. hiervor verwiesen werden, wobei hinzuzufügen ist, dass die Beschuldigte durch die Arbeit in dieser Bar einen Verdienst von rund Fr. 3'000.– er-

- 25 - wirtschaftete (Urk. D1/7/10 S. 5), weshalb nicht von einer finanziellen Notlage ausgegangen werden kann. Die subjektive Tatschwere relativiert die objektive Tatschwere daher nicht. Es erweist sich diesbezüglich eine Einzelstrafe von 10 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen. Für die Asperation und die Bemessung der Gesamtstrafe ist dem Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihrem Zusammenhang, ihrer grösseren oder geringeren Selbständigkeit sowie der Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen Rechnung zu tragen. Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts wird dabei geringer zu veranschlagen sein, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (Urteil 6B\_323/2010 des BGer vom 23. Juni 2010 E. 3.2). Ein enger zeitlicher Zusammenhang zum qualifizierten Betäubungsmitteldelikt im Jahre 2016 liegt hier nicht vor. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass die Beschuldigte im Jahre 2017 gleichartige Delikte in ähnlicher Weise verübte und in diesem Sinne an ihre frühere Delinquenz anknüpfte. Die Einsatzstrafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe ist in Anwendung des Asperationsprinzips um sechs Monate zu erhöhen.

#### **E. 4.4**

Weiter hat die Beschuldigte im September 2017 1,1 Gramm Kokaingemisch verkauft und 23,7 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von 64%, entsprechend 15,2 Gramm reinem Kokain, aufbewahrt (Dossier 3). Die Schwelle zu einem schweren Fall wurde hier also nicht erreicht. Die Beschuldigte hat sich daher des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG schuldig gemacht. IV.

#### **E. 5**

Die Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafen gemäss Ziff. 3 und 4 bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten als Gesamtstrafe, wovon 73 Tage aus dem vorliegenden sowie 17 Tage aus dem unter Ziff. 4 erwähnten Verfahren durch Untersuchungshaft erstanden sind.

#### **E. 5.1**

Zu den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten ist bekannt, dass sie ursprünglich aus G.\_\_\_\_ [Stadt] in der H.\_\_\_\_ [Staat] stammt, wo sie die Primarschule besucht hat. Mit 14 Jahren ist sie im Rahmen des Familiennachzugs der Mutter in die Schweiz gekommen (Urk. D1/7/14 S. 8; Urk. 75 S. 12). Sie hat zwei Söhne, welche unter der Woche in einem Heim bzw. Internat sind (Urk. D1/7/10 S. 5). Während ihrer Zeit in der Schweiz hatte die Beschuldigte diverse Arbeitsstellen in Restaurants und Verkaufsgeschäften (Urk. D1/7/1 S. 9 f.). Zurzeit wohnt die Beschuldigte im Raum I.\_\_\_\_ [Stadt in Italien], da sie aufgrund von migrationsrechtlichen Bestimmungen aus der Schweiz gewiesen wurde. Sie hat dort im lokalen Coop eine Teilzeitstelle gefunden, bei welcher sie ein monatliches Bruttoeinkommen von EUR 1'200.– erzielt. Zu ihren Ausgaben gehören Wohnkosten von monatlich EUR 540.–, Nebenkosten von ca. EUR 200.–, Abonnementskosten für den öffentlichen Verkehr von EUR 40.– und die weiteren üblichen Lebenskosten. Ihre Söhne,

welche mittlerweile acht und 20 Jahre alt sind, leben weiterhin in der Schweiz (Urk. 75 S. 8 und 11; Urk. 97 S. 10, 12). Im Übrigen kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 84 S. 49

- 26 - f.). Aus dem Werdegang und den aktuellen persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

### **E. 5.2**

Die Beschuldigte ist mehrfach einschlägig vorbestraft. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 6. November 2012 wurde sie zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt, wovon 14 Monate bedingt vollziehbar ausgesprochen wurden. Die Probezeit wurde auf fünf Jahre angesetzt und 2016 um zweieinhalb Jahre verlängert. Ebenfalls wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz wurde sie zudem mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2016 zu einer bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt, wobei eine Probezeit von fünf Jahren angesetzt wurde (Urk. 85). Die Beschuldigte beging die neu zu beurteilenden Delikte während dieser Probezeiten. Ins Gewicht fällt zudem, dass sie nur gerade zwei Monate nach dem Urteil vom 20. Januar 2016 wieder delinquierte und während der laufenden Strafuntersuchung zu den Vorgängen gemäss Dossier 2 die Delikte gemäss Dossier 3 beging. Die strafrechtliche Vorgeschichte der Beschuldigten führt zu einer deutlichen Straferhöhung.

### **E. 5.3**

Die Beschuldigte zeigte sich von Anfang an geständig, die Drogen bei sich in der Wohnung aufbewahrt zu haben (Urk. D1/7/1 S. 4 f.; Urk. D1/7/7 S. 2 ff.). In den ersten Einvernahmen erklärte sie noch, eine Drittperson habe die Drogen in einer Schachtel bei ihr gelassen. Als sie die Schachtel geöffnet und die Betäubungsmittel entdeckt habe, habe sie die Drogen in der Wohnung versteckt (Urk. D1/7/1 S. 4 f.). Sie habe vom Inhalt der Schachtel zuerst keine Kenntnis gehabt und damit nichts zu tun (Urk. D1/7/2 S. S. 3 f.). Ab der Einvernahme vom 12. Mai 2016 zeigte sich die Beschuldigte geständig, die Betäubungsmittel zum Zweck des Verkaufs gelagert zu haben (Urk. D1/7/7 S. 2; Urk. D1/7/8 S. 2 f.; Urk. D1/7/14 S. 7). Bezüglich des Verkaufs des Kokains im September 2017 war die Beschuldigte von Beginn weg geständig. Sie gab auch zu, dass das im Keller des Restaurants gefundene Kokain ihr gehöre und zum Verkauf bestimmt war (Urk. D1/7/11 S. 2, 5). Das Geständnis der Beschuldigten wirkt sich lediglich leicht strafmindernd aus, zumal sie in Bezug auf die Tat vom März 2016 erst ab der vierten Einvernahme vollständig geständig war. Die Beschuldigte beteuerte zwar mehrfach, dass sie einen Fehler gemacht hatte und zeigte sich reuig (Urk. D1/7/7

- 27 - S. 8; Urk. D1/7/8 S. 5). Nachdem sie rund ein Jahr später den Kokainhandel wieder aufgenommen hatte, war dies ein reines Lippenbekenntnis. Von echter Einsicht kann nicht ausgegangen werden.

### **E. 5.4**

Die straf erhöhenden Faktoren (mehrfache einschlägige Vorstrafen sowie Delinquenz während zweier Probezeiten und laufenden Verfahrens) überwiegen gegenüber den strafmindernden Faktoren (Geständnis). Dies führt zu einer Erhöhung der Einsatzstrafe auf gegen 30 Monate Freiheitsstrafe. Zu berücksichtigen ist jedoch auch die relativ lange Verfahrensdauer und insbesondere die Lücke von etwa 14 Monaten zwischen den Einvernahmen vom 18. Januar 2018 und vom 19. März 2019. Es erscheint daher

angemessen, die Freiheitsstrafe um zwei Monate zu reduzieren. Die Beschuldigte ist damit mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten zu bestrafen. Die von ihr bereits erstandene Untersuchungshaft von 73 Tagen ist ihr an die Freiheitsstrafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

6.1. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 StGB). Erneute Delinquenz bildet demnach einen Widerrufgrund. Ein Widerruf hat allerdings erst dann zu erfolgen, wenn von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, d.h. aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht (BGE 134 IV 140 E. 4.2 f.). Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet das Gericht in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe (Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB). Diese Regelung, welche seit dem 1. Januar 2018 in Kraft ist, stellt im Gegensatz zum alten Recht die mildere Regel dar, weshalb sie vorliegend zur Anwendung gelangt (vgl. vorne E. IV.1.2.). Bei der Gesamtstrafenbildung hat das Gericht methodisch von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausfällt. Anschliessend ist diese mit Blick auf die zu widerrufende Vorstrafe angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe. Bilden die "Einsatzstrafe" für die neu zu beurteilenden

- 28 - Probezeitdelikte und die Vorstrafe ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Gericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung Rechnung tragen (BGE 145 IV 146 E. 2.4.2).

6.2. Mit Urteil vom 6. November 2012 wurde die Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt, wobei der Strafteil von 14 Monaten bedingt ausgesprochen wurde mit einer Probezeit von 5 Jahren. Die Probezeit wurde am 20. Januar 2016 um 2,5 Jahre verlängert und lief daher bis im Mai 2020. Eine bedingte Freiheitsstrafe von 24 Monaten wurde am 20. Januar 2016 ausgesprochen und die Probezeit auf 5 Jahre festgelegt (Urk. 85). Die Beschuldigte hat somit beide neuen Taten in den vorgenannten Probezeiten begangen. Es fällt ins Gewicht, dass die Beschuldigte einschlägig delinquierte und wieder Drogendelikte beging. Sie hat die ihr in der Vergangenheit gewährten Chancen mehrmals nicht genutzt. So wurde der teilbedingte Vollzug ihrer ersten Strafe trotz ihrer erneuten Straffälligkeit mit Urteil vom 20. Januar 2016 nicht widerrufen, sondern nur die Probezeit verlängert. Auch, dass mit vorgenanntem Urteil eine zweijährige Freiheitsstrafe vollständig bedingt ausgesprochen wurde, war nochmals eine Gelegenheit für die Beschuldigte, sich zu bewähren, welche sie nicht genutzt hat. Das Delikt im März 2016 verübte sie nur rund zwei Monate später. Das Delikt im September 2017 beging sie zudem während laufender Strafuntersuchung zur Straftat vom März 2016, obwohl sie rund ein Jahr zuvor beteuert hatte, nie mehr Drogen anfassen zu wollen (Urk. D1/7/7 S. 8). Auch sind die Lebensumstände der Beschuldigten heute nicht grundlegend anders. Die Beschuldigte hatte bereits im Tatzeitpunkt zwei Kinder, für die sie zu sorgen hatte. Bereits 2016 und 2017 stand sie finanziell auf eigenen Beinen, ist von der Sozialhilfe losgekommen und dennoch im September 2017 wieder rückfällig geworden. Die Bewährungsaussichten sind daher stark getrübt und es ist von einer ungünstigen Prognose auszugehen. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass sich die Beschuldigte durch den Vollzug der neu auszufällenden Strafe vor weiterer Delinquenz abhalten liesse. Die Beschuldigte hat aufgrund des Urteils vom 6. November 2012 bereits 10 Monate Freiheitsstrafe verbüsst. Im vorliegenden Verfahren befand sie sich über zwei Monate in Untersuchungshaft und sie hat trotz der Haft

im März 2016 im Septem-

- 29 - ber 2017 wieder delinquent. Angesichts dessen ist nicht zu erwarten, dass der Vollzug der neu auszufällenden 28 Monate Freiheitsstrafe eine genügende abschreckende Wirkung auf die Beschuldigte hätte. Auch das Umgekehrte ist auszuschliessen. Bereits im Jahre 2012 wurde der Beschuldigten eine teilbedingte Freiheitsstrafe von 24 Monaten auferlegt und damit zum Ausdruck gebracht, dass der Aufschieben eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erforderte, dass der andere Teil unbedingt ausgesprochen wurde. Die der Beschuldigten damit und wiederholt zugebilligten positiven Bewährungsaussichten wurden gleichermaßen wiederholt nicht erfüllt. Es kann ebenfalls nicht angenommen werden, dass eine Schlechtprognose für die neue Strafe verneint und diese (teil-)bedingt ausgesprochen wird, wenn der bedingte Vollzug der früheren Strafen widerrufen wird. Von der Zweckmässigkeit dieser (altrechtlich möglichen) Variante respektive einer genügenden Warnungswirkung ist nicht auszugehen. Der bedingte Vollzug des Anteils von 14 Monaten Freiheitsstrafe der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, ausgefallten Freiheitsstrafe ist daher zu widerrufen. Ebenso ist der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 20. Januar 2016 gewährte bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe von 24 Monaten (unter Anrechnung von 17 Tagen Untersuchungshaft) zu widerrufen. Anzuführen ist, dass im Strafregisterauszug fälschlicherweise vermerkt ist, dass die 4. Abteilung den Entscheid gefällt habe; korrekterweise war es die 2. Abteilung (vgl. Urk. D1/22/5/1). 6.3. Da die vormals bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafen zu widerrufen sind, ist aus diesen und der neu auszufällenden Freiheitsstrafe aus den dargelegten Gründen eine Gesamtstrafe zu bilden. Die neu auszufällende Strafe ist daher auch zwingend zu vollziehen. Es ist von der neu auszufällenden Strafe von 28 Monaten Freiheitsstrafe als "Einsatzstrafe" auszugehen. Es erscheint angemessen, die aufgrund der Widerrufe zu vollziehenden Strafen von 14 und 24 Monaten Freiheitsstrafe zu etwa zwei Dritteln anzurechnen. Die "Einsatzstrafe" ist daher um 26 Monate zu erhöhen. Die Beschuldigte ist nach dem Gesagten mit einer Gesamtstrafe von 54 Monaten bzw. 4 Jahren und 6 Monaten zu bestrafen.

- 30 - V. 1. Gemäss Art. 263 Abs. 1 StPO kann der Untersuchungsbeamte Gegenstände und Vermögenswerte, die als Beweismittel oder zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen gebraucht werden oder zur Einziehung in Frage kommen, in Beschlag nehmen. Über beschlagnahmte Gegenstände und Vermögenswerte wird bei Abschluss des Verfahrens entschieden (Art. 267 Abs. 3 StPO). Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Das Gericht kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 StGB; Sicherungseinziehung). 2. Bei der Beschuldigten wurden im Laufe des Verfahrens die folgenden Mobiltelefone sichergestellt und mit Verfügung vom 20. März 2019 beschlagnahmt (Urk. D1/16/10): – A009'133'453, Mobiltelefon Samsung GT-E2600 – A009'133'420, Mobiltelefon iPhone 6 – A009'133'475, Mobiltelefon Samsung GT-E2200 – A009'133'599, Mobiltelefon Samsung GT-E1200i – A009'133'624, Datenträger für Telefon – A010'777'421, Mobiltelefon Huawei – A010'777'443, Mobiltelefon iPhone rosa – A010'777'465, Mobiltelefon Nokia C2 – A010'777'476, Mobiltelefon iPhone S

## **E. 6**

Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. März 2019 beschlagnahmten und bei der Kasse des Bezirksgerichtes Zürich unter Sach-Kautionsnummern 31835 und 33214 lagernden Gegenstände werden der Beschuldigten ab Eintritt der Vollstreckbarkeit des Urteils bis spätestens 3 Monate danach auf erstes Verlangen hin herausgegeben. Nach ungenutztem Ablauf dieser Frist werden die Gegenstände der Lagerbehörde zur Vernichtung respektive gutscheinenden Verwendung überlassen: – A009'133'453, Mobiltelefon – A009'133'420, Mobiltelefon – A009'133'475, Mobiltelefon – A009'133'599, Mobiltelefon – A009'133'624, Datenträger für Telefon – 34 – A010'777'421, Mobiltelefon – A010'777'443, Mobiltelefon – A010'777'465, Mobiltelefon – A010'777'476, Mobiltelefon

## **E. 7**

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 4'500.– amtliche Verteidigung

## **E. 8**

Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten zu einem Drittel auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von einem Drittel vorbehalten.

## **E. 9**

Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat – 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 Lagerbehörden gemäss Disp.-Ziff. 5-9, 11-12 und 14 des vorinstanzlichen Urteils) – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

- 35 - – die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG) – das Bezirksgericht Zürich, in die Akten von Geschäfts-Nr. DG120268-L und DG150315-L, betr. Disp.-Ziff. 3 bis 5 – die Kasse des Bezirksgerichtes Zürich betr. Disp.-Ziff. 6 – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und B.

## **E. 10**

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, vom Empfang 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, 13.

April 2021 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter lic. iur. Stiefel MLaw  
Wolter

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