

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB160452-O/U/ag

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Stiefel und Ersatz-oberrichter lic. iur. Kessler sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Rissi

## Urteil vom 25. April 2017

in Sachen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

vertreten durch Staatsanwalt Dr. Fischbacher,  
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

**A.\_\_\_\_\_,**

Beschuldigte und Berufungsbeklagte

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom  
6. September 2016 (DG160149)**

### **Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Mai 2016 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 19).

### **Urteil der Vorinstanz:**

1. Die Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Der Beschuldigten werden Fr. 3'375.– als Genugtuung für zu unrecht erlittene Haft aus der Gerichtskasse zugesprochen.
3. Folgende bei der Stadtpolizei Zürich, KA-FA-PLE-BMA, BM-Lagernummern ... und ..., sichergestellte Betäubungsmittel und -utensilien werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
  - 5 Gramm Kokain (Asservat-Nr. A009'172'025; BM-Lagernummer ...)
  - 629,6 Gramm Kokain (Asservat-Nr. A009'171'748; BM-Lagernummer ...)
  - 1 Knittersack mit weissem Pulver (Asservat-Nr. A009'171'759; BM-Lagernummer ...)
  - 147,8 Gramm Streckmittel (Asservat-Nr. A009'171'760; BM-Lagernummer ...; fälschlicherweise als Kokain bezeichnet)
  - 89,4 Gramm Kokain (Asservat-Nr. A009'171'771; BM-Lagernummer ...)
  - 23,8 Gramm Streckmittel (Asservat-Nr. A009'171'782; BM-Lagernummer ...)
  - 1 Fläschchen mit Flüssigkeit für Kokain-Vortest (Asservat-Nr. A009'171'793; BM-Lagernummer ...)
  - 1 schwarze Tasche mit diversen Utensilien (Asservat-Nr. A009'171'806; BM-Lagernummer ...)
  - 3,3 Gramm Marihuana (Asservat-Nr. A009'171'817; BM-Lagernummer ...)
  - 1 Feinwaage MYCO (Asservat-Nr. A009'171'828; BM-Lagernummer ...)

- 1 Feinwaage „Mini Swiss Check Scale 100“ (Asservat-Nr. A009'171'839; BM-Lagernummer ...)
  - diverse leere Minigrip (Asservat-Nr. A009'171'840; BM-Lagernummer ...)
  - 2980,9 Gramm Streckmittel (Asservat-Nr. A009'171'851; BM-Lagernummer ...)
  - Diverse Taschen als Verpackungsmaterial für BM-Utensilien (Asservat-Nr. A009'171'862; BM-Lagernummer ...)
  - diverse Streck- und Mischutensilien (Asservat-Nr. A009'171'873; BM-Lagernummer ...)
  - diverse Behältnisse mit verschiedenen Flüssigkeiten (Asservat-Nr. A009'171'884; BM-Lagernummer ...)
  - diverse gebrauchte Gummihandschuhe in Knittersack (Asservat-Nr. A009'171'895; BM-Lagernummer ...)
  - SIM-Karte aus Nokia (IMEI-Nr. ...).
4. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellte Barschaft von CHF 120.– wird der Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben.
5. Folgende bei der Stadtpolizei Zürich unter der Sachkautionsnummer ... sichergestellte Gegenstände werden der Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft innerhalb von zwei Monaten auf erstes Verlangen herausgegeben:
- 1 Mobiltelefon Apple iPhone 6 (IMEI-Nr. ..., inkl. SIM-Karte)
  - 1 Mobiltelefon Nokia (IMEI-Nr. ..., inkl. SIM-Karte)
  - 1 Mobiltelefon Nokia (IMEI-Nr. ...)
  - 1 SIM-Karten-Halterung „Lebara“
  - Diverse Kärtchen und Notizen.
- Werden die Sachen von der Beschuldigten innert Frist nicht herausverlangt, werden sie der Stadtpolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
6. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.

7. Der Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 10'059.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

**Berufungsanträge:**

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 37 S. 1f.)

1. Die Beschuldigte sei des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG, eventualiter der Gehilfenschaft dazu im Sinne von Art. 25 StGB, schuldig zu sprechen.
2. Sie sei mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der bisher erstandenen Haft, sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.–.
3. Der Beschuldigten sei der bedingte Strafvollzug zu gewähren, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Die Busse sei zu vollziehen.
4. Es sei eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse festzusetzen.
5. Die sichergestellte Barschaft von Fr. 120.– sei zur Deckung der Busse respektive der Verfahrenskosten zu verwenden.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschuldigten.

b) Der amtlichen Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 38 S. 1)

1. Sämtliche Anträge der Berufungsklägerin seien abzuweisen.
2. Es sei am Urteil der 1. Instanz vom 6. September 2016 festzuhalten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Eventualiter:

(Urk. 39 S. 1)

1. Die Berufungsbeklagte sei der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG und i.V.m. Art. 25 StGB zu bestrafen.
2. Die Beschuldigte sei angemessen, aber mit maximal 180 Tagessätzen à Fr. 10.– zu bestrafen.
3. Von der Ausfällung einer Busse sei abzusehen.
4. Die erstandene Polizei- und Untersuchungshaft sei auf diese Strafe anzurechnen.
5. Der Berufungsbeklagten sei der bedingte Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren zu gewähren.
6. Von den beschlagnahmten Fr. 120.– seien Fr. 100.– der Berufungsbeklagten auszuhändigen.
7. Von den drei beschlagnahmten Natels seien deren zwei, das Iphone 6 sowie das eine Nokia schwarz, der Berufungsbeklagten zu retournieren.
8. Es seien sämtliche Kosten des Verfahrens, inklusive Untersuchungskosten und Kosten der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

---

**Erwägungen:**

**I. Verfahrensgang**

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 6. September 2016 wurde die Beschuldigte vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz freigesprochen. Es wurde ihr eine Genugtuung für zu Unrecht erlittene Haft von Fr. 3'375.– zugesprochen. Die sichergestellten Betäubungsmittel und -utensilien wurden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. Weiter wurde auf Herausgabe des sichergestellten Bargeldes sowie weiterer Gegenstände an die Beschuldigte entschieden. Ausgangsgemäss wurden die Kosten auf die Gerichtskasse genommen und der Beschuldigten eine Prozessentschädigung von Fr. 10'059.– für anwaltliche Verteidigung zugesprochen (Urk. 31).

Mit Eingabe vom 7. September 2016 meldete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (nachfolgend Staatsanwaltschaft) innert Frist Berufung an (Urk. 26). Das vollständig begründete Urteil (Urk. 31) wurde von der Staatsanwaltschaft am 19. Oktober 2016 entgegengenommen (Urk. 30/1). Mit Eingabe vom 21. Oktober 2016 reichte die Staatsanwaltschaft fristgerecht die Berufungserklärung ein, welche nicht beschränkt wurde (Urk. 32). Mit Präsidialverfügung vom 2. November 2016 wurde der Beschuldigten unter Hinweis auf die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 33). Diese Verfügung wurde vom amtlichen Verteidiger am 9. November 2016 entgegengenommen (Urk. 34/2). Die Beschuldigte liess sich innert Frist nicht vernehmen. In der Folge wurde zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 35), welche am 25. April 2017 stattfand (Prot. II S. 3).

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf-schiebende Wirkung. Nachdem das vorinstanzliche Urteil bezüglich Dispositiv Ziff. 1 teilweise (Freispruch vom Vorwurf des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG) sowie bezüglich Dispositiv Ziff. 3 (Einzahlung Betäubungsmittel und -utensilien) und 5 (Herausgabe Mobiltelefone und Speicherkarten, diverse Kärtchen und Notizen) nicht angefochten wurde, ist festzustellen, dass es in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

## II. Prozessuales

1. Im vorliegenden Strafverfahren bestand gemäss Polizeirapport aufgrund von polizeilichen Ermittlungen der Verdacht, dass über die Mobiltelefon-Nummer 076... Kokain bestellt werden könne (Urk. 1 S. 2). In der Folge wickelte der polizeiliche Scheinkäufer (SK...) – seiner Ansicht nach gestützt auf § 32d Polizeigesetz – über diese Nummer mit der Beschuldigten einen Scheinkauf von 1 Portion Kokaingemisch à 5 Gramm (4.5 Gramm reines Kokain) ab (vgl. Urk. 6). In der Folge wurde die Beschuldigte verhaftet und es wurde in ihrer Wohnung an der B.\_\_\_\_-Strasse ... eine Hausdurchsuchung durchgeführt, anlässlich welcher insgesamt 695,6 Gramm Kokaingemisch bzw. 272 Gramm reines Kokain sowie mehrere Kilogramm Streck- und Arzneimittel sichergestellt wurden (Urk. 1 S. 3 f.; Urk. 12/1-8). Anlässlich der Hausdurchsuchung wurde auch der dort angetroffene C.\_\_\_\_ verhaftet (Urk. 1 S. 2). Er erklärte im Laufe der Untersuchung, dass das Kokain ihm gehöre und belastete die Beschuldigte dahingehend, dass sie vom Kokain in der Wohnung gewusst habe (Urk. 4/3 und 4/4).

2. Nachdem die Beschuldigte von der Vorinstanz vom Vorwurf der Veräusserung von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG freigesprochen wurde und das Urteil diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist, stellt sich vorliegend betreffend den Vorwurf der Aufbewahrung und des Besitzes von Betäubungsmitteln nach Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG die

Frage, ob die – infolge des polizeilichen Scheinkaufes – aufgrund der Hausdurchsuchung sichergestellten Beweise verwertbar sind oder nicht.

2.1. Die amtliche Verteidigung stellt sich auf den Standpunkt, die aufgrund des Scheinkaufes erhobenen Beweise seien das Ergebnis eines illegalen Polizeieinsatzes und deshalb nicht verwertbar (Urk. 24 S. 2 f., Urk. 38 S. 3 f.).

2.2. Die Staatsanwaltschaft macht im Wesentlichen geltend, die in der Wohnung aufgefundenen Betäubungsmittel dürften gestützt auf Art. 141 Abs. 2 StPO – unabhängig von der vorgängigen, unzulässigen verdeckten Fahndung – als Beweismittel in einem schweren Fall und somit auch vorliegend verwertet werden (Urk. 32, Urk. 37 S. 2 ff.).

3.1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Ergebnisse des Scheinkaufes und der Hausdurchsuchung nicht als Beweismittel verwertet werden dürfen. Sie erwog zusammengefasst, dass es sich beim Scheinkauf um eine verdeckte Fahndung nach Art. 298a StPO handelte und für diese entgegen den gesetzlichen Vorschriften keine schriftliche Anordnung durch die Staatsanwaltschaft oder Polizei ausgestellt worden sei. Des Weiteren fehle es vorliegend an einer hinreichend dokumentierten Verdachtslage. Es sei unbekannt, wie die Polizei zu dieser Rufnummer für BM-Bestellung gelangt sei und seitens der Polizei auch unsicher gewesen, ob unter dieser Nummer überhaupt Drogen bestellt werden könnten und wer der Besitzer dieser Rufnummer sei. Der Hinweis, es bestehe aufgrund polizeilicher Ermittlungen ein Verdacht, sei zu wenig konkret. Weiter erwog die Vorinstanz unter Hinweis zum Mass der zulässigen Einwirkung auf die Zielperson im Zuge einer verdeckten Ermittlung, dass aus den Akten nicht ersichtlich sei, ob die Beschuldigte womöglich tatgeneigt gewesen sei und schliesst daraus, dass von einer unzulässigen Einwirkung auf die Beschuldigte auszugehen sei. Schliesslich würden jegliche Angaben fehlen, dass jenem Einsatz erfolglose Ermittlungshandlungen (Subsidiarität der Massnahme) vorangegangen seien (Urk. 31 S. 5-15).

3.2. Weiter erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 141 Abs. 4 StPO, dass vorliegend sämtliche Aussagen und Auswertungen der Hausdurchsuchung aufgrund des Fernwirkungsverbotes unverwertbar seien, da alle infolge des illegalen



Scheinkaufes erhoben worden seien. Auch ein weiterer Beweis, der durch einen Beweis, der nicht verwertet werden dürfe, erhoben wird, sei nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (conditio sine qua non). Ergänzend erwog die Vorinstanz, dass die Beschuldigte sich ohnehin nicht wegen Besitz bzw. Aufbewahrung von Drogen schuldig gemacht habe, da sie das Kokain in der gemeinsamen Wohnung durch den Mitbewohner nur geduldet und keine Garantenstellung gehabt habe (Urk. 31 S. 16-18).

4.1. Die Vorinstanz kam nach ausführlicher Auseinandersetzung über die Frage der Zulässigkeit der angewendeten verdeckten Fahndung und der Verwertbarkeit der vorliegenden Beweismittel zum Schluss, dass der Scheinkauf nach den Regeln der StPO durchzuführen gewesen wäre, er diesen Anforderungen nicht entspreche und die Erkenntnisse aus den sichergestellten Beweismitteln sowie die von der Beschuldigten und C.\_\_\_\_\_ in der Folge getätigten Aussagen daher einem Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO unterliegen würden. Ohne verwertbare Beweismittel könne der Beschuldigten der Besitz bzw. das Veräussern von Betäubungsmitteln nicht nachgewiesen werden, weshalb sie freizusprechen sei.

4.2. Vorab kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen und Unterscheidung der präventiven und repressiven verdeckten Ermittlung und Fahndung korrekt unter Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen sowie Literatur und Rechtsprechung wiedergegeben hat. Diese werden auch von der Staatsanwaltschaft nicht in Frage gestellt. Auf diese sorgfältigen und umfassenden Ausführungen kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO, Urk. 31 S. 5-9).

4.3. Weiter ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es sich vorliegend beim Scheinkauf um eine verdeckte Fahndung gemäss Art. 298a StPO handelte. Auch hierzu kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO, Urk. 31 S. 6-10). Eine verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 286 StPO entfällt schon mangels einer Legende des polizeilichen Scheinkäufers bzw. mangels Verwendung einer falschen Urkunde über seine wahre Identität (vgl. Art. 288 und 298a Abs. 2 StPO). Der Scheinkauf stellte

vorliegend sodann, wie von der Vorinstanz zutreffend begründet (Art. 82 Abs. 4 StPO, Urk. 31 S. 8 f.), nicht lediglich eine polizeiliche Zwangsmassnahme im Sinne von § 32d Abs. 1 PolG zur Prävention bzw. unmittelbaren Gefahrenabwehr dar, ging doch die Polizei davon aus, dass ein Tatverdacht gegeben sei und diene der Scheinkauf der Ermittlung der Täterschaft. Bereits das Vorliegen eines vagen Tatverdachts führt dazu, dass das Ermittlungsverfahren nach den Bestimmungen der StPO durchzuführen ist. Nicht erfasst von Art. 298a ff. StPO sind somit lediglich die rein präventiven Einsätze der Polizei (vgl. BGE 140 I 353; OGer ZH SB160065 vom 17. Juni 2016 m.H.; vgl. auch Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Art. 298a N 11). Sobald der Tätigkeit der Polizei der Charakter von Ermittlungen von Straftaten zukommt, finden die Bestimmungen der Strafprozessordnung Anwendung (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 306 N 1). Daran ändert nichts, dass die handelnden Polizeibeamten davon ausgingen, auf der Grundlage des Polizeigesetzes zu handeln, was sie entsprechend dokumentierten (Urk. 6). Es ist aber hervorzuheben, dass die Abgrenzung zwischen präventiver und repressiver verdeckter Fahndung – gerade im Hinblick auf die Verdichtung des Verdachtes – im konkreten Fall schwierig zu beantworten und oft heikel und unklar ist (vgl. dazu auch Thomas Hansjakob, *forumpoenale* 4/2013 S. 221).

4.4. Der Scheinkauf erfolgte somit im Rahmen einer verdeckten Fahndung nach den Art. 298a ff. StPO. Art. 298b StPO enthält keine Formvorschriften. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass die Anordnung in Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 76 StPO schriftlich verfügt werden muss. Die Anordnung hat zu umschreiben, welcher Verdacht Ausgangspunkt der Ermittlungen ist und worauf der Verdacht beruht, welcher Sachverhalt und welche mutmasslichen Straftatbestände durch die verdeckte Fahndung aufgeklärt werden sollen. Im Weiteren ist zu bestimmen, wer als verdeckter Fahnder eingesetzt werden soll, und es ist sicherzustellen, dass die eingesetzten Personen über die Rahmenbedingungen des Einsatzes und das Mass der zulässigen Einwirkungen schon vor dem Start der Aktion belehrt werden. Muss aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit auf eine schriftliche Anordnung verzichtet werden, ist zumindest im Nachhinein durch eine Aktennotiz festzuhalten, in welcher Weise der eingesetzte verdeckte Fahnder

belehrt wurde. Anordnung und Nachweis der Belehrung gehören zu den Strafakten. Mündliche Anordnungen sollten die absolute Ausnahme sein, namentlich wenn Gefahr in Verzug ist; auch mündliche Anordnungen sind nachträglich schriftlich zu dokumentieren. Nur mit einer schriftlichen Dokumentation kann die Zulässigkeit der Anordnung im Nachhinein auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 10; Knodel, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 298b N 1, N 3 [zit.: BSK StPO-Knodel]). Anzuführen ist weiter, dass die Anordnung durch die Polizei die Regel sein dürfte und ohne anderslautende Regel an sich jeder Polizeibeamte zu verdeckter Fahndung befugt ist (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 298b N 2 und Art. 298b N 10; BSK StPO-Knodel, Art. 298b N 1 f.).

Eine eigentliche (schriftliche) Anordnung der verdeckten Fahndung liegt vorliegend – in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Staatsanwaltschaft (Urk. 37 S. 2) – nicht vor. Anzuführen ist, dass die Staatsanwaltschaft auch nicht geltend gemacht hat, dass ein solcher Scheinkauf von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft tatsächlich angeordnet worden sei, jedoch nicht schriftlich dokumentiert worden sei. Es verhielt sich vorliegend denn auch klarerweise so, dass die Polizei davon ausging, diesen Scheinkauf in Anwendung des Polizeigesetzes vorzunehmen (Urk. 6). Damit kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass der Scheinkauf ohne Anordnung im Sinne von Art. 298b Abs. 1 StPO erfolgte. Dennoch ist im Hinblick auf die zentrale Frage, ob die erlangten Beweismittel im Sinne von Art. 141 Abs. 2 SPO verwertbar sind, nachfolgend etwas näher auf diese Vorschrift und deren Verletzung einzugehen.

4.5. Nach Art. 298b Abs. 1 StPO können die Staatsanwaltschaft und im Ermittlungsverfahren die Polizei eine verdeckte Fahndung anordnen, wenn: a) der Verdacht besteht, ein Verbrechen oder Vergehen sei begangen worden, und b) die bisherigen Ermittlungs- oder Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

4.5.1. Wie erwähnt, führt bereits das Vorliegen eines vagen Tatverdachts dazu, dass das Ermittlungsverfahren nach den Bestimmungen der StPO durchzuführen ist. Der Tatverdacht darf auch ein bloss vager sein. Der Verdacht darf ein Anfangsverdacht sein, der aber so hinreichend sein muss, dass sich eine verdeckte Fahndung rechtfertigt. Ob er sich als Folge der verdeckten Fahndung oder aufgrund anderer Ermittlungsmassnahmen derart konkretisiert, dass gegen die Zielperson ein Verfahren eröffnet werden muss, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 298b N 2; BGE 140 I 353; OGer ZH SB160065 vom 17. Juni 2016 m.H.; BSK StPO-Knodel, Art. 298b N 7; Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298a N 11).

Die Vorinstanz bejahte das Vorliegen eines solchen Anfangsverdacht (Urk. 31 S. 9 zweiter Absatz), bemängelt aber das Fehlen dokumentierter Hinweise, insbesondere dazu, wie es zum Verdacht gekommen war, dass unter dieser Nummer Kokain bestellt werden könne (Urk. 31 S. 11). Es ist indes festzuhalten, dass vorliegend im Polizeirapport klar festgehalten wird, dass die Polizei aufgrund von polizeilichen Ermittlungen den Verdacht hatte, es könne über die fragliche Telefonnummer Kokain bestellt werden. Es wurde demnach dokumentiert, gegen wen sich der Verdacht richtet (unbekannter Benützer der Telefonnummer 076...) und welcher Verdacht (Verkauf von Kokain) besteht. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz muss für einen bloss vagen Anfangsverdacht auch nicht sicher sein, ob unter der Nummer tatsächlich Drogen bestellt werden können und wer der Eigentümer oder Besitzer dieser Rufnummer ist. Sobald die Polizei Hinweise hat, dass unter dieser Nummer Kokain bestellt werden kann, liegt ein Anfangsverdacht vor und muss die Polizei diesem Hinweis nachgehen und diesbezüglich ermitteln. Es trifft aber zu, dass vorliegend nicht dokumentiert wurde, ob dieser Hinweis beispielsweise von einem (anonymen) Informanten oder durch Aussagen eines befragten Drogenkonsumenten oder Ähnliches erging. Dies ist indessen auch nicht zwingend erforderlich und die Dokumentation eines solchen Hinweises – beispielsweise der Verdacht gründe auf der Mitteilung eines Informanten oder eines anonymen Hinweises – wäre auch nicht hilfreich für die Überprüfung, ob dieser eine verdeckte Fahndung rechtfertigt. Es wurde vorliegend jedenfalls dokumentiert, dass die Polizei einen entsprechenden Verdacht hatte und – wie erwogen –

hat die Polizei einem solchen Hinweis nachzugehen. Funktion der schriftlichen Dokumentation ist denn auch, sicherzustellen, dass die Zulässigkeit der Anordnung im Nachhinein auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden kann. Dabei geht es nicht darum, die Informationsquelle auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen, sondern darum, ob eine entsprechende Information die Anordnung eines Scheinkaufes rechtfertigt.

4.5.2. Weiter ist festzuhalten, dass in den Akten nicht nur dokumentiert wurde, welcher Verdacht (Verkauf von Kokain) gegenüber wem (unbekannter Benutzer Telefonnummer) Ausgangspunkt der Ermittlungen war, sondern auch der Scheinkauf wurde eingehend dokumentiert (Urk. 6). Dem Amtsbericht über den Betäubungsmittel-Scheinkauf lässt sich entnehmen, dass der Beschuldigten per SMS mitgeteilt wurde, man habe die Nummer von einem "D.\_\_\_\_\_", was sie offensichtlich zufriedenstellte ("A ok"). Weiter lässt sich dem Bericht entnehmen, dass der Scheinkäufer SK... von der Beschuldigten angewiesen wurde, er solle ihr am Morgen (1. April 2016) zurückrufen zum "Kaffetrinken". Auf ihre Aufforderung, er solle ihr noch eine Nachricht mit der Mengenangabe schicken, schrieb ihr der Scheinkäufer eine Nachricht mit dem Inhalt "Hey. 5 Kaffee?". In der Folge kam es zur Übergabe von 5 Gramm Kokain gegen Bezahlung von Fr. 500.-. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 31 S. 13) ist unter diesen Umständen ausreichend ersichtlich, dass die Beschuldigte schon zuvor grundsätzlich tatgeneigt war, benutzte sie doch in typischer Weise eines Drogenhändlers von sich aus eine verklausulierte Wortwahl für eine Drogenübergabe ("Kaffe trinken") und war sie durchaus aktiv tätig. Wie die Vorinstanz selber anführte, ist es dem verdeckten Ermittler (Fahnder) erlaubt, sich rollenadäquat zu verhalten, und beispielsweise bei einem Einsatz gegen den Drogenhandel sein Kaufinteresse und seine Bereitschaft zur Bezahlung darzutun. Damit es zu einem Scheingeschäft zwischen dem Verkäufer und dem verdeckt operierenden Ermittler bzw. Fahnder kommen kann, ist eine Interaktion nämlich unabdingbar. Der Scheinkäufer muss ein Interesse zeigen können, damit überhaupt Verhandlungen über das zu tätigende Scheingeschäft zustande kommen, so bezüglich Umfang, Zeitpunkt, konkrete Abwicklung etc. (Hug-Beeli, Betäubungsmittelgesetz Kommentar, Basel 2016, N 45 zu Art. 23 BetmG). Durch das Bekunden eines generellen Kaufinteresses ist somit noch kei-

ne unzulässige Einflussnahme auf die Willensbildungen eines Drogenverkäufers zu erblicken (Hug-Beeli, a.a.O., N 47 zu Art. 23 BetmG). Es ist somit entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht von einer unzulässigen Einwirkung des Scheinkäufers auf die Beschuldigte auszugehen. Eine solche wäre ohnehin lediglich bei der Strafzumessung zu berücksichtigen gewesen und führt nicht zu einer Unverwertbarkeit (Art. 293 Abs. 4 StPO).

4.5.3. Die Vorinstanz hat weiter moniert, es würden jegliche Angaben dazu fehlen, dass jenem Einsatz erfolglose Ermittlungshandlungen vorangegangen waren (Subsidiarität der Massnahme). Die Verteidigung hat diesbezüglich vorgebracht, anstelle des Scheinkaufes hätte eine mildere Untersuchungsmassnahme wie eine Natelüberwachung mit anschliessender Observation angeordnet werden können. Anstelle dessen sei die Beschuldigte angestiftet worden, Drogen zu verkaufen (Urk. 24 S. 3). Vorab ist zu bemerken, dass die Beschuldigte, wie erwogen, entgegen dem pauschalen Vorbringen der Verteidigung nicht in unzulässiger Weise in ihrer Willensbildung beeinflusst wurde, sondern vielmehr allgemein tatbereit war und auf das Bekunden des Kaufinteresses durch den Scheinkäufer ihren bereits vorhandenen Tatentschluss konkretisierte. Des Weiteren stellt die von der Verteidigung vorgeschlagene "Natelüberwachung" (Überwachung Fernmeldeverkehr) einen schwereren Eingriff dar als die verdeckte Fahndung, die ohnehin nur bei dringendem Verdacht der Begehung einer schweren Straftat (im Rahmen des Betäubungsmittelgesetzes Widerhandlungen gegen dessen Art. 19 Abs. 2 sowie Art. 20 Abs. 2) zulässig ist (Art. 269 StPO). Eine solche einschneidende Überwachungsmassnahme bedarf überdies der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 272 StPO). Die Vorinstanz hat sodann übersehen, dass eine verdeckte Fahndung auch dann möglich ist, wenn die Ermittlungen sonst aussichtslos oder übermässig erschwert würden (Art. 298b Abs. 1 lit. b StPO). Die Ermittlungen wären dann aussichtslos, wenn kein anderer Ermittlungsansatz als die verdeckte Fahndung erkennbar ist. Das gilt häufig dann, wenn die wahre Identität der Zielperson offen ist, weil von ihr z.B. nur eine Telefonnummer bekannt ist, sodass das Angebot zum Abschluss eines Geschäftes zum Schein angenommen werden muss, damit überhaupt ein persönlicher Kontakt mit der Zielperson hergestellt werden kann (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 7). Die wohl

praktisch häufigste Konstellation ist, dass eine verdeckte Ermittlung dann möglich ist, wenn die Ermittlungen sonst übermässig erschwert wären. Es sollen Geschäfte aufgedeckt werden, die mit konventionellen Mitteln nur geklärt werden könnten, wenn beide Geschäftspartner observiert und nach Abschluss des Geschäftes festgenommen und überprüft werden könnten. Weil bei solchem Vorgehen insbesondere das Risiko bestünde, dass die Abwicklung des verbotenen Geschäftes gar nicht erkannt würde oder dass nach harmlosen Kontakten Festnahmen erfolgten, werden verdeckte Fahnder eingesetzt, die den Interventionseinheiten signalisieren können, wenn das illegale Geschäft wirklich abgewickelt wurde, so dass die Festnahme der Zielperson praktisch in flagranti möglich ist. Ein solches Vorgehen ist nicht nur verhältnismässig, sondern stellt sogar sicher, dass Rechte Unbeteiligter nicht verletzt werden (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 8). Das Vorgehen der Ermittlungsbehörde via die verdächtige Nummer Kontakt aufzunehmen und die Zielperson zu treffen, war vorliegend demnach grundsätzlich ein verhältnismässiger Einsatz, um die verdächtige Person zu identifizieren. Andere Ermittlungen wären aussichtslos gewesen bzw. übermässig erschwert gewesen. Es ist weiter offensichtlich, geht man von einem Verdacht des Kokainverkaufes durch den Telefoninhaber aus, dass sich dieser gegenüber der Polizei nicht einfach so zu erkennen gegeben hätte und ohne das Scheinangebot für den Kauf von Kokain sich auch nicht mit einer ihm unbekannt Person getroffen hätte. Eine nachfolgende blosser Observation hätte wie erwähnt das Risiko beinhaltet, dass die Straftat nicht aufgeklärt worden wäre und hätte die Ermittlungen jedenfalls übermässig erschwert. Die getroffene Massnahme eines Scheinkaufes wäre daher an sich unter dem Aspekt der Subsidiarität entgegen den Erwägungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden gewesen.

5. Es kann mit diesen Präzisierungen festgehalten werden, dass grundsätzlich die wichtigen Punkte für die Überprüfung der Rechtmässigkeit einer verdeckten Fahndung durchaus korrekt schriftlich dokumentiert wurden und die Rechtmässigkeit und Durchführung des Scheinkaufes eigentlich nicht zu beanstanden wäre. Eine ausdrückliche (schriftliche) Anordnung des Scheinkaufes gemäss Art. 298b StPO durch eine bestimmte Person (Polizei oder Staatsanwaltschaft) fehlt indes ebenso wie der Hinweis, wer als verdeckter Fahnder eingesetzt und in wel-

cher Weise dieser belehrt wurde. Es ist daher insgesamt von einer knapp ungenügenden Anordnung im Sinne von Art. 298b StPO auszugehen. Zu betonen ist an dieser Stelle aber nochmals, dass an sich jeder Polizeibeamte zur Anordnung der verdeckter Fahndung befugt gewesen wäre.

6. Im Strafprozess besteht gemäss Art. 139 StPO der Grundsatz der Beweisfreiheit. Dieser Grundsatz wird indes durch Beweisverbote, insbesondere die Beweiserhebungs- und Verwertungsverbote gemäss den Art. 140 f. StPO eingeschränkt.

6.1. Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt. Solche Methoden sind nach Abs. 2 derselben Bestimmung auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt (Art. 140 Abs. 1 StPO). Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn die StPO einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (Art. 141 Abs. 1 StPO). Nach Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, welche die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Die Fernwirkung der Beweismethoden- bzw. Beweiserhebungsverbote ist in Art. 141 Abs. 4 StPO geregelt: ermöglichte ein Beweis, der nach Abs. 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.

6.1.1. Ein striktes, durch keinerlei Ausnahmen aufgeweichtes Beweisverwertungsverbot gilt dann, wenn eine Vorschrift missachtet worden ist, für deren Verletzung im Gesetz selbst das Verwertungsverbot als Rechtsfolge ausdrücklich angeordnet ist. Um eine derartige absolute Gültigkeitsvorschrift handelt es sich bei den in Art. 140 StPO genannten unzulässigen Vernehmungsmethoden. Umstritten ist, ob sich die Einordnung als absolute Gültigkeitsvorschrift auch ohne eine ausdrückliche Anordnung im Gesetz ergeben kann. In den Fällen, in denen keine absolute Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO verletzt worden ist,



kommt es darauf an, ob eine Ordnungsnorm oder eine (einfache) Gültigkeitsvorschrift missachtet worden ist. Ist eine Ordnungsnorm verletzt worden, so ist der betreffende Beweis grundsätzlich verwertbar. Haben die Strafbehörden dagegen mit ihrer Vorgehensweise eine einfache Gültigkeitsvorschrift verletzt, unterliegen die gewonnen Erkenntnisse grundsätzlich einem Verwertungsverbot. Die vor Inkrafttreten der StPO gültige Rechtsprechung, nach der auch im Anschluss an die Feststellung, dass eine Gültigkeitsvorschrift verletzt wurde, die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes zusätzlich noch an eine umfassende Interessenabwägung geknüpft war, ist mit Inkrafttreten der StPO überholt. Anders als bei den absoluten Gültigkeitsvorschriften soll aber trotz Verletzung einer einfachen Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO die Verwertung ausnahmsweise möglich sein, wenn dies "zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich" ist. Diese Regelung, die im Gesetzgebungsverfahren als eine angemessene Güterabwägung verteidigt worden ist, ist in der Sache problematisch, weil sie zur Folge hat, dass eine Gültigkeitsvorschrift beim Verdacht eines schweren Delikts keine solche mehr ist (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 19-21 mit Hinweisen; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 71 mit Hinweisen). SCHMID führt dazu aus, dass diese gesetzliche Lösung durchaus nicht ungeteilte Zustimmung finde und deren Vereinbarkeit im Einzelfall mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs bzw. dem Gebot von Treu und Glauben zu prüfen sei. Er merkt an, dass sich allerdings in der kritischen Literatur kaum konsistente Lösungen dieser Problematik finden würden (Schmid, Handbuch StPO, N 797 Anmerkung 51).

6.1.2. Nach der Regelung des Art. 141 Abs. 2 StPO soll nicht jedes vorschriftswidrig beschaffte Beweismittel zu einem Verbot der Verwertung führen, weil sonst eine Überspitzung der Formvorschriften auf Kosten der Verbrechensaufklärung vorläge. Ein Beweisverwertungsverbot kommt nach tradierter Rechtsprechung umso weniger in Betracht, je schwerer einerseits die zu beurteilende Straftat war – denn umso eher überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten an der Nichtverwertung – und je leichter andererseits das Ausmass der Rechtsgüterverletzung durch die Strafverfolgungsbehörden sei (vgl. dazu BGE 6B\_323/2013, BGE 137 I 218, BGE 130 I 126 E.3.2., BGE 130 I 132 je mit Hinweisen; BSK StPO-Gless, Art. 298b N 70 mit

Hinweisen; Riklin, OFK-StPO, 2. Aufl., Art. 141 N 7). Die Auslegung des unklaren Begriffs der "schweren Straftat" ist in hohem Mass umstritten (vgl. dazu etwa Donatsch/Schwarzenegger/Wohlens, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2014, S. 123 m.w.H.). In der Literatur wird teilweise vertreten, es sei für den Begriff der "schweren Straftat" auf die im Katalog betreffend geheime Überwachungsmaßnahmen und verdeckte Ermittlungen in den Artikeln 269 Abs. 2 und 286 Abs. 2 StPO aufgeführten Delikte abzustellen (vgl. dazu Riklin, OFK-StPO, 2. Aufl., Art. 141 N 7; ablehnend Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22 mit Hinweisen; ebenfalls ablehnend BSK StPO-Gless, Art. 141 N 72 mit Hinweisen). Angesichts dessen, dass es dabei letztlich darum geht, die in Art. 2 Abs. 2 StPO geforderte Einhaltung der gesetzlichen Formen für obsolet zu erklären, sollte der Anwendungsbereich bzw. der Begriff der "schweren Straftat" gemäss einem gewichtigen Teil der Lehre auf Delikte der Schwerekriminalität beschränkt werden, also auf Straftatbestände, bei denen als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe vorgesehen ist (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 72; Wohlens, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 21a). Es dürften primär Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB in Betracht fallen, also Taten, die im Gegensatz zu Vergehen mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 141 N 8). Das Bundesgericht hat in seiner Entscheidung vom 13. Februar 2017 im Zusammenhang mit der Verwertung eines Zufallsfundes ohne Genehmigung erwogen, dass ein Raub und strafbare Vorbereitungshandlungen dazu zweifellos schwere Straftaten im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO seien, handle es sich dabei doch um Verbrechen die im Katalog von Art. 269 Abs. 2 StPO aufgeführt sind (Urteil BGE 6B\_287/2016 unter Hinweis auf BGE 137 I 218 E. 2.3.5.2 S. 224 und BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 278 N. 30; vgl. OGer ZH SB130478 vom 14. Mai 2014). Im Entscheid vom 29. Juli 2015 hatte das Bundesgericht im Rahmen eines Zwischenentscheides zu prüfen, ob ein Protokoll aus den Akten zu entfernen sei. Das Bundesgericht verneinte, dass die Nichtentfernung des Protokolls einen nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil nach sich ziehen würde und erwog ergänzend unter Hinweis auf Art. 141 Abs. 2 StPO, dass die Unverwertbarkeit des Beweismittels aufgrund des Gesetzes oder in Anbetracht der besonderen

Umstände des Einzelfalles nicht ohne Weiteres feststehe, da es um den Vorwurf einer schweren Körperverletzung gehe (BGer 1B\_56/2105 E. 2.10.2). Eine Vergewaltigung stelle demgegenüber eine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO dar (vgl. Beschluss OGer UH150031 vom 17. März 2015). Unter den Begriff der schweren Straftat fallen nach der Rechtsprechung jedenfalls nicht nur die schweren Delikte gegen Leib und Leben, sondern auch die weiteren Delikte gegen strafrechtlich vergleichbare Rechtsgüter (vgl. OGer SB150327 vom 18. März 2016, BGE 131 I 272 E. 4.5.).

Ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt vor, wenn die Widerhandlung gegen das BetmG mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Die Gesundheit ist namentlich dann gefährdet, wenn der Gebrauch des betreffenden Betäubungsmittels seelische oder körperliche Schäden hervorrufen kann (Albrecht, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes, 3. Aufl., Bern 2016, N 191 zu Art. 19). Massgebend ist in erster Linie die Menge des gehandelten reinen Drogenwirkstoffs, sowie dessen Gefährlichkeit. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts liegt insbesondere ein schwerer Fall bei einem die Menge von mindestens 12 Gramm Heroin-Hydrochlorid umfassenden Handel vor (BGE 120 IV 334; BGE 111 IV 101; BGE 109 IV 143). Bei Kokain beträgt die massgebliche Menge 18 Gramm Kokain-Hydrochlorid (BGE 109 IV 143). Es kommt nicht darauf an, wie viele Personen durch die abgegebenen Drogen tatsächlich gefährdet wurden. Entscheidend ist vielmehr, wie viele tatsächlich hätten gefährdet werden können (Hug-Beeli, a.a.O., Art. 19 N 1050).

6.1.3. Unerlässlich ist die Verwertung dann – und nur dann – wenn ohne den Beweis eine Verurteilung nicht möglich wäre. Ob dies der Fall ist, ist nicht im Rahmen einer Abwägung der für und gegen die Verwertung sprechenden Interessen festzustellen (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22).

6.1.4. Wie erwähnt hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, abschliessend die Bestimmungen aufzulisten, die als Gültigkeitsvorschriften respektive als Ordnungsvorschriften zu betrachten sind. Soweit das Gesetz eine Bestimmung nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet, hat die Praxis die Unterscheidung vor-

zunehmen, wobei primär auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1183 f. Ziff. 2.4.1.1). Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des Fairnessgebots (siehe BGE 131 I 272 E. 3.2. S. 274 ff.) zu prüfen, ob die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der geschützten Interessen der betroffenen Person eine derart erhebliche Bedeutung hat, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung der Vorschrift der Beweis unverwertbar ist. Die StPO hat die Abgrenzungsprobleme in den meisten relevanten Konstellationen durch Statuierung ausdrücklicher Verwertungs- oder Gültigkeitsverbote entschärft (Urteile 6B\_1039/2014 vom 24. März 2015 E. 2.3., 6B\_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2., BGE 141 IV 39; BBl 2006 1183 Ziff. 2.4.1.1; Schmid, Handbuch StPO, N 95; kritisch BSK StPO-Gless, Art. 141 N. 74 ff.).

6.1.5. Ermöglichte ein Beweis, der nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 2 StPO), das heisst, dass der erste Beweis "conditio sine qua non" des zweiten ist. Eine Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO ist also zu verneinen, wenn der Folgebeweis im Sinne eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs zumindest mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auch ohne den illegalen ersten Beweis erlangt worden wäre (vgl. OGer SB150327 vom 18. März 2016; BGE 138 IV 169 E. 3.3.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1021/2013 vom 29. September 2014 E. 2.3.2.).

6.2. Vorliegend ist somit zu prüfen, ob die durch den Scheinkauf erbrachten Beweise unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden und falls dies zu bejahen ist, ob deren Verwertung zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist.

6.2.1. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Vertreter der Staatsanwaltschaft aus, dass sich im Rahmen der durchgeführten Hausdurchsuchung der Verdacht auf ein Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz, und zwar primär (auch) gegen eine andere Person, als sich die ursprüngliche Hausdurchsuchung gerichtet hätte, ergeben habe. Folglich sei von einem Zufallsfund im Sinne von

Art. 243 StPO auszugehen bzw. sei diese Bestimmung sinngemäss anzuwenden. Bei Zufallsfunden, welche aus einer rechtswidrigen Durchsuchung stammten, würde die allgemeine Regel von Art. 141 StPO betreffend die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gelten (Urk. 37 S. 3 m.w.H.). Hierzu ist anzumerken, dass es sich betreffend die in der Wohnung der Beschuldigten aufgefundene Menge an Betäubungs- sowie Streck- und Arzneimittel nicht um einen klassischen Zufallsfund im Sinne von Art. 243 StPO handelt. In casu wurde aufgrund der Erkenntnisse des Scheinkaufs in der Wohnung der Beschuldigten eine Hausdurchsuchung durchgeführt und anlässlich dieser wurden die erwähnten Betäubungsmittel sichergestellt sowie C.\_\_\_\_\_ verhaftet (vgl. Urk. 1). Von einem Zufallsfund im Sinne von Art. 243 StPO kann folglich nicht die Rede sein.

Sodann stellte sich der amtliche Verteidiger anlässlich der Berufungsverhandlung auf den Standpunkt, dass eine Täuschung der Beschuldigten im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO und damit die absolute Unverwertbarkeit der erlangten Beweismittel gestützt auf Art. 141 Abs. 1 StPO in casu klar gegeben seien, zumal die Beschuldigte durch die Polizei verdeckt via SMS angeschrieben und angerufen worden sei, um den Drogenverkauf durchführen zu können (Urk. 38 S. 3). In diesem Zusammenhang verkennt der amtliche Verteidiger, dass der Gesetzgeber – anders als etwa bei der verdeckten Ermittlung – die Erkenntnisse aus einer unter Verletzung der Vorschriften gemäss Art. 298a-d StPO erfolgten verdeckten Fahndung nicht ausdrücklich als unverwertbar bezeichnet hat (vgl. Art. 289 Abs. 6 StPO, Art. 298b StPO; vgl. auch BSK StPO-Gless, Art. 140 N 54). Es handelt sich somit vorliegend nicht um eine absolute Gültigkeitsvorschrift (Art. 141 Abs. 1 StPO).

Die verletzte Vorschrift von Art. 298b StPO ist sodann eine Gültigkeitsvorschrift und nicht (bloss) eine Ordnungsvorschrift. Die Funktion der Vorschrift, dass eine verdeckte Ermittlung angeordnet werden muss, erschöpft sich nicht darin, die äussere Ordnung des Verfahrens zu regeln. Sie dient dazu, die Grundlagen der prozessualen Subjektstellung der beschuldigten Person abzusichern, wie auch Protokollierungsvorschriften oder Normen, welche die Voraussetzung für das Ergreifen von Zwangsmassnahmen regeln. Es ist daher zu prüfen, ob die Verwer-

tung des durch Verletzung dieser (einfachen) Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO erlangten Beweismittels ausnahmsweise möglich ist.

6.2.2. Vorliegend ist gegenüber der Beschuldigten der Vorwurf einer qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG aufzuklären. Der Strafraum hierfür beträgt Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 20 Jahren. Dieser Straftatbestand fällt nach allen oben angeführten Umschreibungen grundsätzlich unter den Begriff der schweren Straftat gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO. Er ist in den Deliktskatalogen der Art. 269 und 286 StPO enthalten (Art. 269 Abs. 2 lit. f StPO und Art. 286 Abs. 2 lit. f. StPO). Es handelt sich um ein Verbrechen nach Art. 10 Abs. 2 StGB und als Strafe ist ausschliesslich Freiheitsstrafe vorgesehen. Darüber hinaus ist, wie ausgeführt, bei einer solchen Tat eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe auszusprechen. Bei einem sogenannten schweren Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG geht es darum, dass der Beschuldigte eine derartige Menge von Drogen beispielsweise besitzt oder in Verkehr bringt, durch welche die Gesundheit zahlreicher Personen gefährdet werden könnte. Nachdem gemäss konstanter Bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG bei Handel mit einer Menge von mindestens 18 Gramm Kokain-Hydrochlorid vorliegt (BGE 109 IV 143; vgl. dazu Ziff. 6.1.2. in fine), ist betreffend den Tatvorwurf des Besitzes bzw. Aufbewahrens von 700,6 Gramm Kokain – entgegen den Ausführungen der amtlichen Verteidigung (Urk. 38 S. 3), jedoch im Einklang mit jenen der Staatsanwaltschaft (Urk. 37 S. 3) – von einer schweren Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO auszugehen.

6.2.3. Da ohne den Beweis der beschlagnahmten Betäubungsmittel sodann eine Verurteilung nicht möglich wäre, ist dieser zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich.

6.2.4. Auch wenn mit dem Inkrafttreten der StPO nicht mehr eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen ist (vgl. dazu Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 20; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 70), ist doch festzuhalten, dass vorliegend das Ausmass der Rechtsgüterverletzung durch die Strafverfolgungsbehörden gering war. Im Polizeirapport wurde ausdrücklich festgehalten,

weshalb und in welcher Hinsicht ein Verdacht gegen den Benutzer der fraglichen Telefonnummer besteht. Weiter wurde der Scheinkauf genau protokolliert und es ist anzumerken, dass der Scheinkauf gemäss gesetzlicher Vorschrift vom Polizeibeamten – der davon ausging, auf Grundlage des Polizeigesetzes zu handeln – hätte angeordnet werden können. Angesichts der Schwere der zu beurteilenden Straftat überwiegt in Abwägung zum eher leichten Ausmass der Rechtsgüterverletzung durch die Strafbehörden vorliegend jedenfalls das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse der Beschuldigten an der Unverwertbarkeit. Unter diesen Umständen stehen einer Beweisverwertung auch nicht das Gebot von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs entgegen.

6.2.5. Weiter stellt sich die Problematik einer Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO in dieser Konstellation nicht. Wenn, wie vorliegend, schon das direkt durch eine Gültigkeitsvorschrift verletzte Beweismittel (Scheinkauf) zur Aufklärung einer schweren Straftat verwendet werden dürfte, gilt dies – im Einklang mit den Ausführungen der Staatsanwaltschaft (Urk. 37 S. 4) – umso mehr für die lediglich indirekt erlangten Beweismittel (Hausdurchsuchung und aufgrund der Erkenntnisse der Hausdurchsuchung gemachte Aussagen).

7. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Erkenntnisse aus der Hausdurchsuchung und die Aussagen der Beschuldigten als Beweismittel zur Aufklärung des Vorwurfs der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG durch den Besitz oder das Aufbewahren einer grossen Menge Kokain als schwere Straftat verwendet werden dürfen, da diese Beweismittel dafür unerlässlich sind. Anzuführen ist, dass im Parallelverfahren gegen C.\_\_\_\_\_ (Prozessnummer SB160516) die gleichen Erwägungen Geltung haben, was zur Folge hat, dass seine die Beschuldigte belastenden Aussagen hinsichtlich des Besitzes/der Aufbewahrung der Drogen ebenfalls verwertbar sind, nachdem die Staatsanwaltschaft am 6. und am 21. April 2016 Konfrontationseinvernahmen im Sinne von Art. 146 StPO durchgeführt hat (Urk. 4/3-4).

8. Anlässlich der Berufungsverhandlung stellte die amtliche Verteidigung ferner die Trennung der Verfahren gegen die Beschuldigte und gegen den Mitbeschul-

digten C.\_\_\_\_\_ durch die Staatsanwaltschaft in Frage (Urk. 38 S. 4). Mit Entscheidung vom 10. Mai 2016 verfügte die Staatsanwaltschaft im Verfahren gegen den Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ (SB160516) die Durchführung des abgekürzten Verfahrens nach Art. 358 ff. StPO, zumal die hierfür erforderlichen Voraussetzungen gegeben waren (vgl. Urk. 8 im Verfahren SB160516). Aufgrund der Gutheissung des Antrags auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens betreffend den Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ lag gemäss Art. 30 StPO ein sachlicher Grund für eine Verfahrenstrennung der beiden Verfahren vor. Die Verfahrenstrennung war folglich rechtlich zulässig.

### **III. Sachverhalt**

1.1. Die Anklage wirft der Beschuldigten vor, in den Räumlichkeiten ihrer Wohnung und im Keller an der B.\_\_\_\_\_-Strasse ... in Zürich Kokain von insgesamt 700,6 Gramm (Reinheitsgrad zwischen 35 und 46%, total 276,5 Gramm reines Kokain) abzüglich der vorerwähnten verkauften Portion Kokain von 4,5 Gramm netto sowie Streck- und Arzneimittel (3'602,8 Gramm netto) aufbewahrt zu haben, welche von C.\_\_\_\_\_ mit der Absicht dorthin gebracht worden seien, diese an noch nicht näher bestimmte Drogenkonsumenten zu veräussern, wovon die Beschuldigte, die jederzeitigen Zugang zu den Drogen gehabt habe, Kenntnis gehabt habe. Die Beschuldigte habe zumindest in Kauf genommen, dass in ihren Räumlichkeiten eine Menge an Drogen aufbewahrt werde, die geeignet sei, die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen (Urk. 19).

1.2. Die Vorinstanz hat erwogen, dass weder die Erkenntnisse aus der Hausdurchsuchung noch die (gestützt darauf gemachten) Aussagen von C.\_\_\_\_\_ – der im Übrigen anerkannte, dass die aufgefundenen Drogen ihm gehören würden – und die Erkenntnisse aus der Auswertung der DNA-Spuren auf der Drogenverpackung verwertbar seien, und die Beschuldigte mangels verwertbarer Beweismittel vom Vorwurf des Aufbewahrens von Drogen freigesprochen (Urk. 31 S. 16-17). Ergänzend hat die Vorinstanz erwogen, dass der Beschuldigten ohnehin mangels Herrschaftswillens ein blosses Dulden der Drogen in ihrer Wohnung nachgewiesen



werden könne, was die Tathandlung des Besitzes (Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG) nicht erfülle (Urk. 31 S. 17-20). Sodann seien vorliegend die Betäubungsmittel weder in einem verschlossenen Behältnis übergeben, noch seien sie in einem Raum oder Behältnis hinterlegt worden, zu dem alleine C.\_\_\_\_\_ (als Besitzer der Drogen) Zugang gehabt hätte, weshalb auch der Tatbestand des Aufbewahrens nicht erfüllt sein könne (Urk. 31 S. 20).

2. Die Beschuldigte hat stets bestritten, gewusst zu haben, dass sich das in ihrer Wohnung aufgefundene Kokain dort befunden habe (Urk. 4/1-5). Es ist daher zu prüfen, ob der eingeklagte Sachverhalt aufgrund der vorliegenden Beweismittel rechtsgenügend nachgewiesen werden kann.

2.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet, dass die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht leiten lässt und auf welche sich sein Entscheid stützt. Das bedeutet indessen nicht, dass es sich ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand der Verteidigung auseinander setzen muss; vielmehr kann sich das Gericht auf die für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 141 IV 246 f.; vgl. weiter Urteil des Bundesgerichts 6P.62/2006 vom 14.11.2006 E. 4.2.2 unter Hinweis auf BGE 136 I 188, BGE 126 I 97 E. 2b; BGE 125 II 369 E. 2c; BGE 124 V 180; BGE 112 Ia 107 E. 2b). Dabei ist der Richter an keine festen Beweisregeln gebunden. Vielmehr gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2 StPO). Danach hat das Gericht das Beweisergebnis nach der persönlichen, aus dem ganzen Verfahren geschöpften Überzeugung zu bewerten, das heisst, dem in der Schweiz geltenden beschränkten Unmittelbarkeitsprinzip folgend, sowohl gestützt auf die in den Akten des Vorverfahrens enthaltenen Beweisergebnisse als auch auf das Ergebnis der Hauptverhandlung. Das Gericht entscheidet nach der persönlichen Überzeugung, ob eine Tatsache bewiesen ist oder nicht (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 10 N 25; BSK StPO-Hofer, Art. 10 N 41, 58 ff.).

2.2. Gemäss dem in Art. 8 und 32 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 10 Abs. 1 StPO verankerten Grundsatz "in dubio pro reo" (im Zweifel für den Angeklagten) ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass

der wegen einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (BGE 127 I 40; BGE 120 Ia 31 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 6S.363/2006 vom 28. Dezember 2006 E. 4; Pra 2002 Nr. 2 S. 4 f. und Nr. 180 S. 957 f.). Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen, und dass nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (Wohlers in Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 10 N 6; Schmid, Handbuch StPO, N 216 f.; BSK StPO-Tophinke, Art. 10 N 19, 80; BGE 127 I 40; BGE 120 Ia 37). Der Grundsatz "in dubio pro reo" ist verletzt, wenn der Strafrichter einen Beschuldigten (einzig) mit der Begründung verurteilt, er habe seine Unschuld nicht nachgewiesen (BGE 127 I 38 E. 2a mit Hinweis). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (Wohlers in Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 10 N 11 ff.; Schmid, Handbuch StPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 233 [zit. Schmid, Handbuch StPO]; Urteil des Bundesgerichts 6P.155/2006 und 6S.363/2006 vom 28. Dezember 2006 E. 4.1). In diesem Fall ist der Beschuldigte freizusprechen (statt vieler: Corboz, "in dubio pro reo", in ZBJV 1993 S. 419 f.). Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandesgemäss einleuchtenden Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter nachvollziehbar sein (BSK StPO-Hofer, Art. 10 N 61; Schmid, Handbuch StPO, N 227; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, Rz 11 S. 247; Wohlers in Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 10 N 13). Soweit ein direkter Beweis nicht möglich ist, ist der Nachweis der Tat mit Indizien zu führen, wobei die Gesamtheit der einzelnen Indizien, deren "Mosaik", zu würdigen ist (Arzt, In dubio contra, in Zeitschrift für Strafrecht 115, S. 197; Pra 2002 Nr. 180 S. 962 f., Ziff. 3.4.).

2.3. Ein Schuldspruch darf demnach nur dann erfolgen, wenn die Schuld des Beschuldigten mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist, das heisst, wenn Beweise dafür vorliegen, dass der Beschuldigte mit seinem Verhalten objektiv und subjektiv den ihm zur Last gelegten Straftatbestand verwirklicht hat. Dabei kann nicht verlangt werden, dass die Tatschuld gleichsam mathematisch sicher und unter al-

len Aspekten unwiderlegbar feststehe (BSK StPO-Hofer, Art. 10 N 58 ff.; BSK StPO-Tophinke, Art. 10 N 83; Schmid, Handbuch StPO, N 227; Wohlers in Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 10 N 13). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss es genügen, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können, der Richter subjektiv mit Gewissheit von der Schuld des Beschuldigten überzeugt ist (Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, S. 60 f.; vgl. auch Kassationsgerichtsentscheid vom 26. Juni 2003 Nr. 2002/387S E. 2.2.1 samt Hinweisen). Hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen. Aufgabe des Richters ist es, seinem Gewissen verpflichtet in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (§ 284 StPO/ZH; ZR 72 Nr. 80; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, Zürich 1955, S. 7; BGE 138 IV 50; BGE 133 I 36; BGE 124 IV 88; BGE 120 Ia 31 E. 2c). Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., Rz 12 S. 247; Schmid, Handbuch StPO, N 235).

2.4. Muss sich die Beweisführung unter anderem auf die Aussagen von Beteiligten abstützen, so ist anhand sämtlicher Umstände, die aus den Akten ersichtlich sind, zu untersuchen, ob die, beziehungsweise welche Sachdarstellung überzeugend ist. Dabei kommt es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen an, verbunden mit der Art und Weise, wie die Angaben erfolgen. In erster Linie massgebend ist nicht die prozessuale Stellung der aussagenden Personen, sondern der materielle Gehalt ihrer Aussagen. Zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen ist zu prüfen, ob diese in den wesentlichen Punkten Widersprüche enthalten, ob sie in ihrem Kerngehalt stimmig und im sich aus ihnen ergebenden Ablauf logisch und schlüssig sind sowie ob sie (soweit das objektiv möglich ist) anhand erstellter Sachverhalte korrekt verifizierbar sind. Zu achten ist insbesondere auf Strukturbrüche innerhalb einer Aussage, auf Über- und Untertreibungen, auch auf Widersprüche, vor allem aber auf das Vorhandensein hinreichender Realitätskriterien und das Fehlen von Lügensignalen (dazu Bender/Nack/Treuer,

Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl., München 2014, S. 67 ff. und S. 76 ff.; Donatsch in Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 162 N 14 f.; Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 316; Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 81 [1985], S. 53 ff.).

3. Zur Erstellung des Sachverhalts beziehungsweise der fraglichen Sachverhaltselemente werden alle verwertbaren Beweismittel herangezogen. Gemäss den obigen Erwägungen sind dies insbesondere die Erkenntnisse aus der Hausdurchsuchung (Ort, Verpackung und Menge der sichergestellten Drogen etc.), der DNA-Identifizierungsbericht vom 2. Mai 2016 bezüglich Spuren auf der Drogenverpackung (Urk. 10/19) sowie die Aussagen der Beschuldigten und des Mittäters C.\_\_\_\_\_ (separates Verfahren), soweit in diesen Aussagen Bezug auf die sichergestellten Drogen und Streckmittel genommen wird.

3.1. Anlässlich der Hausdurchsuchung vom 1. April 2016 wurde in der Wohnung der Beschuldigten in einer Reisschachtel im Küchenschrank eine in Plastik- und Alufolie verpackte Portion Kokain von 611 Gramm (245 Gramm reines Kokain) sichergestellt. Im Schubladenstock neben dem Herd wurden in einem Knittersack 36,9 Gramm Streckmittel gefunden. In einem schwarzen Täschchen in der Küchenschublade in einem Knittersack wurde eine weitere Portion Kokain von 85,1 Gramm (29,4 Gramm reines Kokain) entdeckt. Weitere Drogenutensilien wurden in der Küche und im Keller sichergestellt; im Keller insbesondere weitere rund 3 Kilogramm Streckmittel (vgl. Urk. 10/11, Urk. 12/1+2 und Urk. 12/4 sowie die entsprechenden Fotos in Urk. 7 und Urk. 10/20).

3.2. An zwei Knittersäcken, in welchen die Portion Kokain von 85,1 Gramm eingepackt war, wurde an den Öffnungen innen oben und am Verschluss von einem Mingrip – neben dem DNA-Profil von C.\_\_\_\_\_ – auch das DNA-Profil der Beschuldigten nachgewiesen (Urk. 10/17 S. 2 in Verbindung mit Urk. 10/19 S. 2 und Urk. 10/12 S. 3).

3.3. C.\_\_\_\_\_ gab in der ersten polizeilichen Befragung vom 2. April 2016 auf Vorhalt des sichergestellten Kokains an, er sei als Besucher in der Wohnung ge-

wesen und habe keine Kenntnis davon, was sich in der Wohnung befinde. Er habe im Zimmer am Ende des Ganges logiert. Die Beschuldigte habe am Tage der Verhaftung das Mittagessen zubereitet und mit ihrem Sohn und Freund zusammen gegessen (Urk. 5/1). In der Hafteinvernahme vom 3. April 2016 hielt er daran fest, nichts von den Drogen gewusst zu haben und wer diese in der Küche platziert habe. Er habe diese nicht angefasst (Urk. 5/2 S. 2 und 4 f.). Anlässlich der ersten Konfrontationseinvernahme mit der Beschuldigten vom 6. April 2016 äusserte C.\_\_\_\_\_ zu Beginn, dass er dies gemacht habe und die Beschuldigte absolut gar nichts damit zu tun habe. Die Drogen würden ihm gehören (Urk. 4/3 S. 3 und 4). Er sei es gewesen, der die Drogen im Kühlschrank und im Küchenschrank versteckt habe (a.a.O. S. 6). In der Folge schränkte er ein, nicht mehr genau zu wissen, ob er es gewesen sei, der die Drogen dort aufbewahrt habe. Von Drogen im Keller – im Zeitpunkt dieser Einvernahme ging die Staatsanwaltschaft aufgrund eines Schnelltestresultats fälschlicherweise davon aus, dass es sich bei dem im Keller sichergestellten Material auch um Kokain handle und erst später zeigte sich, dass es Streckmittel war – wisse er nichts (a.a.O. S. 7 f.). Weiter sagte C.\_\_\_\_\_ aus, die Beschuldigte habe gewusst, dass die Drogen dort gewesen seien und er diese mitgebracht habe. Die Beschuldigte habe aber nicht viel damit zu tun gehabt (a.a.O. S. 9 unten). Sie habe nichts dazu gesagt, dass die Drogen in ihrer Wohnung aufbewahrt würden, ausser, dass er die Beschuldigte nicht miteinbeziehen solle. Die Beschuldigte habe auch nicht gewusst, wie viel Drogen sie in der Wohnung aufbewahre (a.a.O. S. 10/11). Diese Darstellung bestätigte er auf erneutes Befragen (a.a.O. S. 15). In der zweiten Konfrontationseinvernahme vom 21. April 2016 wiederholte C.\_\_\_\_\_, dass die Beschuldigte Kenntnis von den Drogen gehabt habe. Er fügte an, sie hätte nicht gewusst, wo diese seien und betonte nochmals, dass die Beschuldigte nichts mit diesen Drogen zu tun gehabt habe (Urk. 4/4 S. 7).

3.4. Die Beschuldigte hat vehement bestritten, von den in ihrer Wohnung sichergestellten Drogen und Streckmittel etwas gewusst zu haben. In der polizeilichen Befragung vom 2. April 2016 führte sie dazu aus, in ihrer Wohnung seien neben ihrem Sohn E.\_\_\_\_\_ noch ihr Freund F.\_\_\_\_\_ und ein Schwager namens "C'.\_\_\_\_\_" (Ehemann ihrer Cousine) gewesen. Es könne sein, dass letzterer

C.\_\_\_\_\_ heisse. Sie wisse wirklich nichts von diesen Drogen. Sie habe diese Drogen nicht berührt. Dieser junge Mann habe sie besucht. Sie sei während den Ostertagen abwesend gewesen. In dieser Zeit sei der junge Mann alleine bei ihr zu Hause gewesen (Urk. 4/1). In der Hafteinvernahme vom 3. April 2016 wiederholte die Beschuldigte, nichts davon gewusst zu haben und meinte, die Drogen würden vermutlich ihrem Besuch (C.\_\_\_\_\_) gehören, der ihr Vertrauen missbraucht habe. Sie habe nicht mitbekommen, was dieser hier mache. Es sei schon merkwürdig gewesen, dass er so oft ausgegangen sei, obwohl er hier keine Leute kenne. Er sei immer, Tag und Nacht, in der Küche gewesen. Für sich habe sie immer nur einen kleinen Salat gemacht. Sie habe kein Wissen davon gehabt und sei komplett unschuldig (Urk. 4/2). In der Konfrontationseinvernahme mit C.\_\_\_\_\_ vom 6. April 2016 beteuerte die Beschuldigte erneut, nichts von den Drogen gewusst zu haben (Ur. 4/3 S. 11 ff.). In der zweiten Konfrontationseinvernahme vom 21. April 2016 meinte die Beschuldigte auf den Vorhalt, man habe im Innern oben von zwei Knittersäcken und im Innern des Verschlusses eines Minigrips, in welchen Kokain (85,1 Gramm Kokain aus Täschchen in Küchenschublade) aufbewahrt wurden, ihre DNA gefunden, sie würde diese Tasche kennen. Sie selber würde viele dieser kleinen durchsichtigen Taschen öfters kaufen, um ihre Knöpfe oder kleine Ohringe darin zu versorgen. Beim Umzug seien diese Minigrips überall zu Hause zerstreut gewesen (Urk. 4/4 S. 4-5). Auch in der Schlusseinvernahme und anlässlich der Einvernahme durch die Vorinstanz blieb sie dabei, nicht zu anerkennen, bei sich zu Hause Drogen aufbewahrt zu haben (Urk. 4/5 S. 3, Prot. I S. 11). Im Berufungsverfahren gab die Beschuldigte sodann zu Protokoll, dass sie erst bei ihrer Verhaftung von den in ihrer Wohnung und im Keller aufbewahrten Drogen erfahren habe. Sie habe C.\_\_\_\_\_, welcher ihre Wohnung drei Tage lang alleine zur Verfügung gehabt habe, zu viel Vertrauen geschenkt. Ihre DNA-Spuren auf den Knittersäckchen rührten daher, dass sie die Säcklein jeweils zur Aufbewahrung ihres Schmuckes verwendet habe (Prot. II S. 13). Auf entsprechende Frage bejahte die Beschuldigte, jeweils zuhause in ihrer Küche zu kochen (Prot. II S. 11). Betreffend den Verkauf einer Portion von 5 Gramm Kokaingemisch in der Pizzeria G.\_\_\_\_\_ an einen polizeilichen Scheinkäufer am 1. April 2016 räumte die Beschuldigte –welche den Drogenverkauf anlässlich ihrer Ein-

vernehme vor der Staatsanwaltschaft und vor Vorinstanz eingestand (vgl. Urk. 4/5 S. 3, Prot. I S. 10) – sodann ein, dass sie im Auftrag von C.\_\_\_\_\_, welcher ihr gesagt habe, sie solle einem Herrn eine kleine Schachtel übergeben, in das Restaurant gegangen sei und dem polizeilichen Scheinkäufer die Schachtel übergeben habe, ohne jedoch zu wissen, was in der Schachtel gewesen sei (Prot. II S. 11). Auf Vorhalt, dass sie vor Vorinstanz den Drogenverkauf eingestanden habe (vgl. Prot. I S. 10), räumte die Beschuldigte ein, sich nicht genau zu erinnern, zumal sie viele Male ausgesagt habe (Prot. II S. 14).

3.5.1. Den Aussagen der Beschuldigten stehen die Aussagen des Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ gegenüber. In Bezug auf die Glaubwürdigkeit der Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass diese als direkt vom vorliegenden Strafverfahren Betroffene ein – durchaus legitimes – Interesse daran haben dürfte, die Geschehnisse in einem für sie günstigen Licht erscheinen zu lassen. Insofern sind ihre Aussagen mit einer gewissen kritischen Zurückhaltung zu würdigen. Der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ hat unter der Strafandrohung von Art. 303-305 StGB ausgesagt, was aber grundsätzlich nicht automatisch zu einer erhöhten Glaubhaftigkeit seiner Aussagen führt. Auch er hat ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens, weshalb seine Aussagen ebenfalls mit einer gewissen kritischen Zurückhaltung zu würdigen sind.

3.5.2. Die Aussagen der Beschuldigten bezüglich der in ihrer Wohnung aufgefundenen Drogen sind inhaltlich grundsätzlich konstant. Es ist aber zu berücksichtigen, dass sie sich im Wesentlichen auf die Bestreitung beschränkt, nichts von den Drogen gewusst zu haben, wodurch wenig Raum für Widersprüche oder Unstimmigkeiten entstand. Es erstaunt aber schon, dass sie zunächst nicht einmal den richtigen Namen des Mannes (Freundes) ihrer Cousine kennt. Weiter fällt auf, dass die Beschuldigte – angesprochen auf den Fundort – übermässig betont, dass C.\_\_\_\_\_ immer in der Küche gewesen sei, sie hingegen sich "immer nur einen kleinen Salat" gemacht habe, was angesichts der Tatsache, dass es sich um ihre Wohnung handelt und auch ihr 9-jähriger Sohn bei ihr wohnte schon grundsätzlich wenig glaubhaft erscheint. Ihre Angaben zu den festgestellten DNA-Spuren von ihr auf dem Verpackungsmaterial des Kokains sind sodann zwar

möglich. Es fällt aber auch hier auf, wie die Beschuldigte übertrieben darstellt, dass solche gebrauchte Säcke überall in der Wohnung zerstreut gewesen seien und sie diese wie auch ihre Freunde und ihre Tochter zum Versorgen von Ohrringen und Knöpfen brauchen würde, und dass man diese Minigrips mit Ohrringen auch bei den Karibikpartys kaufen würde (Urk. 4/3 S. 5, vgl. dazu auch Prot. II S. 13 und Urk. 38 S. 6).

Sodann ist die Aussage der Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung, wonach sie vom Inhalt der Schachtel, welche sie dem polizeilichen Scheinkäufer übergeben hatte, keine Kenntnis gehabt habe, in Anbetracht ihres diesbezüglich im Vorverfahren und vor Vorinstanz abgelegten Geständnisses, dem polizeilichen Scheinkäufer eine Portion Kokain verkauft zu haben, als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren. Dies wird anhand des Umstandes, dass sie – auf ihr Geständnis vor Vorinstanz angesprochen – betonte, sich nicht mehr genau zu erinnern, zumal sie viele Male ausgesagt habe, geradezu verdeutlicht (vgl. Prot. II S. 14). Die Veräusserung einer Portion Kokain an den polizeilichen Scheinkäufer mit gleichem Reinheitsgrad (46%) wie derjenige der in der Liegenschaft aufgefundenen Drogenmenge (35-46%) und die damit verbundene Annahme, dass die verkaufte Portion Kokain der in der Wohnung der Beschuldigten aufgefundenen Drogenmenge entstammte, ist als Indiz betreffend die Kenntnis der Beschuldigten von der Aufbewahrung der Drogen in ihrer Wohnung zu berücksichtigen.

3.5.3. Bei der Würdigung der Aussagen von C.\_\_\_\_\_ fällt auf, dass er offensichtlich bemüht ist, die Beschuldigte nicht unnötig zu belasten oder sie in ein schlechtes Licht zu stellen. So betonte er mehrfach, dass es sein Kokain sei und die Beschuldigte nichts mit den Drogen zu tun habe und hob von sich aus hervor, sie hätte nicht gewusst, wie viel Kokain es gewesen sei. Dennoch deponierte C.\_\_\_\_\_ in klarer Weise, dass die Beschuldigte davon gewusst habe, dass er die Drogen in ihrer Wohnung aufbewahrte. Weiter fällt auf, dass er sich aufgrund der Fundorte nicht mehr sicher war, ob er es gewesen sei, der die Drogen an den beiden Orten in der Küche aufbewahrt habe. Obwohl C.\_\_\_\_\_ darlegte, dass die Beschuldigte nichts mit dem sichergestellten Kokain zu tun habe, blieb er in der



Folge mehrfach dabei, dass die Beschuldigte davon gewusst habe, dass er Kokain in ihrer Wohnung aufbewahrte. Es besteht vor diesem Hintergrund kein Anlass an der Glaubhaftigkeit der Belastung von C.\_\_\_\_\_ zu zweifeln. Insbesondere macht er mit dieser Belastung seinen Anteil am Unrecht des Aufbewahrens von Kokain in keiner Weise geringer. Anzuführen ist, dass er sich mit seiner Ergänzungsfrage an die Beschuldigte geradezu für seine – aus seiner Sicht nicht mehr vermeidbare – Belastung entschuldigte, als er sie darauf hinwies, dass man ja ihre Spuren in diesem Täschchen (85,1 Gramm Kokain) gefunden habe und sie mit einer konkreten (glaubhaften) Aussage dartun müsse, wie diese dorthin gekommen seien (Urk. 4/4 S. 8).

3.6. Sodann sprechen auch die Fundorte des sichergestellten Kokains für ein Wissen der Beschuldigten hinsichtlich der aufbewahrten Drogen. Diese waren nicht nur an einem Ort versteckt, sondern in einer Reisschachtel in der Küche und in einem Täschchen in der Küchenschublade. Hinzu kommen diverse Streckmittel, Feinwagen, leere Minigrip etc. an diversen Orten in der Küche und im Keller (Urk. 12/4). Das sind Orte, auf die ein Wohnungsinhaber und -benützer früher oder später zugreift, was jedenfalls nicht den Eindruck hinterlässt, dass C.\_\_\_\_\_ das Kokain vor der Beschuldigten – entgegen den Ausführungen der Verteidigung, wonach es denkbar sei, dass C.\_\_\_\_\_ die besagten Drogen jeweils im Keller gelagert und diese erst dann zwecks Verarbeitung in die Küche geholt habe, nachdem die Beschuldigte die Wohnung bereits verlassen hätte (Urk. 38 S. 5) – versteckte. Wie bereits ausgeführt, bestätigte die Beschuldigte denn auch, jeweils in ihrer Küche zu kochen. Sodann erscheint es entgegen dem Vorbringen der Beschuldigten als doch eher unwahrscheinlich, dass ihre DNA gerade an drei verschiedenen Verpackungssäcken des Kokains (an zwei Knittersäcken und einem Minigrip) gefunden wurde, die sie früher schon für Ohringe verwendet haben will. Dies zudem noch teilweise an Orten (innen in den Säcken), an die man nicht zufällig gelangt. Der Einwand der amtlichen Verteidigung, die Beschuldigte sei während des Aufenthalts C.\_\_\_\_\_s oft ausser Haus gewesen, weshalb dieser in der Wohnung frei habe schalten und walten können, ohne dass die Beschuldigte irgendetwas mitbekommen habe (Urk. 38 S. 7), vermag aufgrund obiger Erkenntnisse nicht zu überzeugen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die DNA-Spuren auf dem Verpackungsmaterial des Kokains und die Aussagen des Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ wie auch die Fundorte und der Verkauf einer Portion Kokain vom selben Reinheitsgrad durch die Beschuldigte rechtsgenügend belegen, dass die Beschuldigte Kenntnis von den in ihrer Wohnung aufbewahrten Drogen hatte. Die Aussagen der Beschuldigten erscheinen vor diesem Hintergrund als reine Schutzbehauptungen. Nachdem sie zudem die Knittersäcke und Minigrip mit dem Kokain darin berührt hat, ist auch erstellt, dass ihr bewusst gewesen sein musste, dass es um grössere Mengen Kokain gegangen ist. Der Sachverhalt ist demnach rechtsgenügend im Sinne der Anklage erstellt.

#### **IV. Rechtliche Würdigung**

1. Die Anklagebehörde würdigt das Verhalten der Beschuldigten hinsichtlich des Aufbewahrens/Besitzes des Kokains und der Streckmittel als qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG; eventualiter teilweise der Gehilfenschaft dazu im Sinne von Art. 25 StGB (Urk. 19 S. 3, Urk. 23 S. 5).

2. Nach Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG macht sich insbesondere strafbar, wer unbefugt Betäubungsmittel besitzt oder aufbewahrt. Besitz im Sinne des BetmG meint nicht den Zustand als solchen, sondern ein dafür kausales Verhalten, nämlich die Herbeiführung und Aufrechterhaltung des illegalen Zustands (BGE 119 IV 269). Der Besitz setzt dabei in Anlehnung an den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff ein bewusstes tatsächliches Herrschaftsverhältnis über Betäubungsmittel voraus, das faktisch die unmittelbare Einwirkung auf die Sache unter Ausschluss Dritter ermöglicht. Hinzukommen muss subjektiv ein auf die Sachherrschaft gerichteter Wille, die Sache für sich oder einen andern zu besitzen (Maurer, OFK-StGB, Art. 19 N 24). Wie der Täter konkret in den Besitz der Betäubungsmittel gekommen ist, ist für die Erfüllung des Tatbestandes irrelevant, solange dies nur anders als auf einem vom Gesetz erlaubten Weg geschehen ist. Den Strafverfolgungsbehörden und den Gerichten soll auf diese Weise der unter Umständen

schwierige Nachweis des illegalen Erwerbes erspart werden. Besitz im Sinne des BetmG entspricht nicht dem Besitz im Sinne von Art. 919 ff. ZGB. Vielmehr setzt er grundsätzlich entsprechend dem Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl Herrschaftsmöglichkeit und Herrschaftswillen voraus. Herrschaftsmöglichkeit in diesem Sinne umfasst dabei die tatsächliche Möglichkeit des Zugangs zur Sache und das Wissen darum, wo sie sich befindet. Der Herrschaftswille bezeichnet den Willen, die Sache der tatsächlichen Möglichkeit gemäss zu beherrschen. Bei Sachen innerhalb der eigenen Herrschaftssphäre, deren Vorhandensein jederzeit festgestellt werden kann, soll ein entsprechender genereller Herrschaftswille genügen (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, BetmG-Komm., Art. 19 N 68 mit Hinweisen insbesondere auf BGE 119 IV 269 und BGer 6B\_539/2009 v. 08.09.2009 E. 1.3). Unbefugter Besitz (durch aktives Handeln) liegt beispielsweise vor, wenn jemand seine Wohnung einer anderen Person als Versteck für Betäubungsmittel zur Verfügung stellt. Hingegen begründet das bloss bewusste Dulden des Besitzes eines Mieters durch den Vermieter keine Strafbarkeit. Fingerhuth/Schlegel/Jucker halten dafür, dass entgegen der Regeste in BGE 119 IV 266 sich nicht jeder strafbar macht, der einem andern für das Verstecken von Betäubungsmitteln seine Wohnräumlichkeiten zur Verfügung stellt. Das wäre nur der Fall, wenn er zudem einen eigenen Herrschaftswillen an den in seinen Wohnräumen versteckten Betäubungsmitteln hätte. Ansonsten fiel Gehilfenschaft zu einem Betäubungsmitteldelikt des andern in Betracht, ggf. auch ein selbstständiges Delikt des Lagerns oder Aufbewahrens (a.a.O.). Für den unbefugten Besitz kommt es im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG nicht auf eine irgendwie geardete Sachherrschaft an, sondern auf die (faktische) Möglichkeit des Täters, die betreffenden Betäubungsmittel in den Verkehr zu bringen (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 69). Fehlt der Herrschaftswille, d.h. der Wille, Betäubungsmittel für sich oder einen anderen zu besitzen, scheidet trotz vorhandener tatsächlicher Sachherrschaft der Gewahrsam bzw. Besitz aus. So fehlt es am Besitz, wenn jemand z.B. beim Öffnen eines ahnungslos entgegengenommenen Paketes darin Drogen entdeckt und diese daraufhin sofort zurückgibt. Ebenso besteht kein Gewahrsam des Bewohners einer gemeinsamen Wohnung, der Drogen seines Mitbewohners entdeckt, mit diesen aber nichts zu tun haben

will (vgl. ZBJV 139 [2003] 574 f.: Aufnahme einer Frau in die Wohnung, ohne Wissen, dass diese «Bodypackerin» ist).

Betreffend die Definition des schweren Falles gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG wird auf die Ausführungen unter Ziff. 6.1.2. in fine hiavor verwiesen. Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BetmG verlangen im subjektiven Tatbestand Vorsatz, wobei Eventualvorsatz grundsätzlich genügt (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 201; BGE 112 IV 113).

3. Vorliegend wurden in der Wohnung der Beschuldigten gesamthaft rund 270 Gramm reines Kokain sichergestellt, welches dem Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ gehörte. Es ist erstellt, dass die Beschuldigte Kenntnis davon hatte, dass sich dieses Kokain in ihrer Wohnung befand. Sie hat denn auch bei einem Teil des Kokains die Verpackung berührt und zwar innerhalb des Knittersackes. Das anlässlich der Hausdurchsuchung aufgefundene Kokain befand sich somit mit Wissen und Willen der Beschuldigten in ihrer Wohnung. Die Beschuldigte war Mieterin und Bewohnerin der Wohnung und sie hat den Mitbeschuldigten, den sie aus Gefälligkeit bei sich logieren liess, – gemäss ihren Angaben – kaum gekannt, wusste nicht mal seinen richtigen Namen. Es wäre ihr als Wohnungsinhaberin ein Leichtes gewesen, C.\_\_\_\_\_ mit seinen Drogen aus der Wohnung zu weisen. Der Beschuldigte ist aus dem Ausland (Spanien) zu ihr nach Hause gekommen und die Beschuldigte musste somit wissen bzw. nahm unter diesen Umständen zumindest in Kauf, dass C.\_\_\_\_\_ wohl kaum einen anderen Aufenthaltsort für sein Kokain hatte. Unter diesen Umständen hat die Beschuldigte durchaus eine zentrale Rolle beim Besitz oder Aufbewahren des Kokains inne gehabt, indem sie C.\_\_\_\_\_ die Wohnung als Örtlichkeit zur Verfügung stellte, wo dieser die Drogen verstecken bzw. lagern konnte. Die Beschuldigte hat damit die Hinterlegung aktiv unterstützt. Die Beschuldigte verfügte weiter über die jederzeitige, tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit über die Betäubungsmittel. Weiter hat sie durch das Aufbewahren des Kokains bzw. Verstecken des Kokains in ihrer Wohnung ihrem Willen Ausdruck verliehen, zumindest C.\_\_\_\_\_ (aber letztlich auch sich selbst) die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Betäubungsmittel zu erhalten. Ein entsprechender Herrschaftswille ist somit ebenfalls zu bejahen. Ob das Kokain zur weiteren Ver-

wendung durch sie selber oder durch C.\_\_\_\_\_ in der Wohnung versteckt war, spielt ebenfalls keine Rolle, ist doch nicht von Belang, ob der Besitz als Eigen- oder Fremdbesitz ausgeübt wird (vgl. Hug-Beeli, BetmG-Komm., Art. 19 N 588). Bei dieser Sachlage hat die Beschuldigte selbstständig gegen das BetmG verstossen und sich nicht bloss der Gehilfenschaft dazu schuldig gemacht. Das Verhalten der Beschuldigten fällt somit unter Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG und sie ist entsprechend schuldig zu sprechen. Das Vorliegen eines schweren Falls im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist dabei aufgrund der Reinmenge von rund 272 Gramm reinem Kokain ohne Weiteres zu bejahen.

4. Anzuführen ist, dass vor allem im Keller aber auch in der Wohnung noch grosse Mengen von Streckmittel aufbewahrt wurden (welche offenbar nicht dem Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ gehören). Es ist daher weiter fraglich, ob das Verhalten der Beschuldigten zusätzlich als Anstaltentreffen in Bezug auf das Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG zu qualifizieren ist. Dies ist in casu zu verneinen. Anstalten im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG kann nur treffen, wer nach seinem Plan eine Straftat gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a - f BetmG selbst als Täter oder zusammen mit einer anderen Person als Mittäter verüben will. Wer diesen Plan nicht hegt, trifft keine Anstalten zu einer Tat, da er diese weder versucht, noch vorbereitet. Er ist allenfalls Gehilfe als er durch sein Verhalten zur Tat einer andern Person beiträgt (Hug-Beeli, BetmG-Komm., Art. 19 N 787; vgl. auch BGE 130 IV 131 E. 2.2.1 f.). Vorliegend lässt sich nicht erstellen, dass die Beschuldigte die Absicht hegte, das Kokain (sei es als Täterin oder als Mittäterin) in Verkehr zu bringen resp. eine strafbare Handlung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG zu begehen, weshalb eine dahingehende Verurteilung wegen Anstaltentreffens ausser Betracht fällt. Eine entsprechende Gehilfenschaft kommt mangels einer in der Anklageschrift beschriebenen Haupttat eines andern ebenfalls nicht in Frage.

## V. Strafe

1.1. Der Strafrahmen für schwere Fälle von Drogenhandel im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetrMG reicht von einem Jahr bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe. Damit kann eine Geldstrafe verbunden werden.

1.2. Innerhalb dieses Strafrahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse und die Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird generell nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit dieser nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage gewesen ist, die Beeinträchtigung des Rechtsgutes zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen, wobei zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden ist (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum StGB, 18. Aufl., Zürich 2010, N 5 ff. zu Art. 47).

1.3. Bei Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz im besonderen spielt zunächst das Gefährdungspotenzial der in Frage stehenden Betäubungsmittel eine Rolle. Im weiteren kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist, was er damit gemacht hat (Hug-Beeli, Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, S. 429 f., 436 und 438), und ob er im Ablauf des Drogenhandels eine bestimmende oder nur eine untergeordnete Funktion innehatte. So trifft denjenigen, welcher eine bestimmte Drogenmenge lediglich transportiert, grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der sie verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BGE 121 IV 206). Andauernde Delinquenz wiegt naturgemäss schwerer als eine einmalige Verfehlung. Ein wesentliches Strafzumessungskriterium ist sodann, ob die beschuldigte Person selbst drogenabhängig ist oder ob sie im Drogenhandel den leicht verdienten Geldgewinn suchte. Von Bedeutung sind ferner allfällige Vorstrafen und das Verhalten nach der Tat, insbesondere ein umfassendes Geständnis, kooperatives Verhalten in der

Untersuchung, Reue und Einsicht. Alle diese Umstände können sich im einen Fall erheblich strafferhöhend, im anderen stark strafreduzierend auswirken (BGE 118 IV 348 f.). Bei schweren Fällen von Drogenhandel dürfen die Umstände, die zur Anwendung des qualifizierten Straftatbestandes von Art. 19 Abs. 2 BetmG geführt haben, innerhalb des dadurch gegebenen Strafrahmens nicht nochmals strafferhöhend berücksichtigt werden. Bei der Strafzumessung mit in Betracht zu ziehen ist aber das Ausmass des qualifizierenden Tatumstandes, insbesondere die Menge der umgesetzten Drogen (BGE 118 IV 347 f.).

2.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass die Beschuldigte eine beträchtliche Menge Kokain in ihrer Wohnung aufbewahrte, wobei die Grenze zum schweren Fall aufgrund der Reinmenge von 272 Gramm weit überschritten ist. Bei Kokain handelt es sich bekanntlich um eine sehr stark süchtig machende Droge, weshalb die Beschuldigte die Gefährdung einer grossen Anzahl Menschen in Kauf nahm. Der Beschuldigten ist allerdings zu Gute zu halten, dass sie die genaue Menge des Kokaingemisches und den Reinheitsgehalt nicht kannte, wobei dennoch zu betonen ist, dass sie wusste bzw. jedenfalls in Kauf nahm, dass es sich um grössere Mengen handelte. Allein in dem Sack, den sie in der Hand gehalten haben muss, befanden sich ein Gemisch von rund 85 Gramm (bzw. 29,4 Gramm reines Kokain). Sodann erschöpfte sich die Tathandlung der Beschuldigten darin, C.\_\_\_\_\_ ihre Wohnung als Aufbewahrungsort für das Kokain zur Verfügung zu stellen, was ihr Verschulden in die Nähe einer blossen Gehilfenschaft zum Besitz rückt. Der Unrechtsgehalt der inkriminierten Handlung hält sich – in Übereinstimmung mit der amtlichen Verteidigung (vgl. Urk. 39 S. 2f.) – entsprechend in Grenzen. Zudem kann der Beschuldigten nur eine kurze Beteiligung am Aufbewahren nachgewiesen werden. Das objektive Verschulden wiegt insgesamt noch leicht.

2.2. In subjektiver Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Beschuldigte aus reiner Gefälligkeit handelte. Finanzielle Motive lassen sich nicht nachweisen. Es wirft allerdings kein gutes Licht auf die Beschuldigte, dass das Kokain in der Küche, zu

der auch ihr 10-jähriger Sohn (und ihre erwachsene Tochter) Zugang hatte, aufbewahrt war.

2.3. Insgesamt ergibt sich, dass die subjektive Komponente die objektive Tat schwere noch leicht verringert, weshalb das Verschulden – auf einer Skala aller denkbaren tatbestandsmässigen Handlungen und in Anbetracht des konkreten Strafrahmens – als noch leicht einzustufen ist. Eine Einsatzstrafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe erscheint den Umständen angemessen. Diese Strafhöhe rechtfertigt sich ferner auch ohne Weiteres in Anwendung des Strafzumessungs-Vergleichsmodells von Fingerhuth/Schlegel/Jucker (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 47 N 45 ff.; vgl. dazu die Entscheide des Bundesgerichts 6B\_495/2008 vom 27. Dezember 2008, E. 1.4; 6B\_375/2014 vom 28. August 2014 E. 2.3.). Gemäss der von Fingerhuth/Schlegel/Jucker dargestellten Tabelle führen Drogenmengen im Bereich von 180 bis 360 Gramm Kokain zu einer Freiheitsstrafe von 24 bis 30 Monaten, wobei vorliegend ein Abzug vorzunehmen ist, zumal sich die Tathandlung – wie bereits erwähnt – darin erschöpft, C. \_\_\_\_\_ ihre Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 47 N 45 und 47).

2.4. Die Täterkomponente umfasst die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben (insbesondere frühere Straftaten oder Wohlverhalten) und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht, oder ein abgelegtes Geständnis (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. Auflage, Zürich 2010, Art. 47 StGB N 14 f.). Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten kann auf die Angaben der Beschuldigten in den polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen sowie anlässlich der Haupt- und der Berufungsverhandlung verwiesen werden (Urk. 4/1 S. 9 f., Urk. 4/5 S. 5 ff., Prot. I S. 7-9, Prot. II S. 6 ff.). Die Beschuldigte ist in der Dominikanischen Republik geboren, wo sie bis zur 7. Klasse in die Schule gegangen sei. Sie habe 9 Geschwister und sei über ihren Ex-Ehemann, den sie in der Dominikanischen Republik kennen gelernt habe, 1994/1995 in die Schweiz gekommen und vor 13 oder 14 Jahren eingebürgert worden. Ihre Tochter sei Ende 1994 oder anfangs 1995 auf die Welt gekommen. Im Jahre 2007 oder 2010



habe sie sich scheiden lassen. Ein Jahr zuvor sei ihr Sohn geboren. Der Sohn würde noch bei ihr im Haushalt leben, die Tochter sei verheiratet und ausgezogen. Im Moment sei sie schwanger von ihrem Freund, welcher zurzeit noch in der Dominikanischen Republik lebe, den sie jedoch beabsichtige, zu heiraten. In der Schweiz habe sie zuerst in einem Cabaret gearbeitet, später dann im Restaurant H.\_\_\_\_\_, zwischendurch auch in der I.\_\_\_\_\_- und J.\_\_\_\_\_-Bar sowie auch in Kleidergeschäften. Seit rund drei Jahren lebe die Beschuldigte von der Sozialhilfe und sei auf Arbeitssuche. Sie erhalte Fr. 700.– Alimente und Fr. 200.– Kinderzulagen sowie Fr. 340.– Sozialhilfe ausbezahlt. Vermögen habe die Beschuldigte gemäss ihren Angaben keines, indessen Schulden von rund Fr. 30'000.– bis Fr. 50'000.–.

Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten lassen sich im Wesentlichen keine strafzumessungsrelevanten Faktoren entnehmen.

2.5. Die Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf (Urk. 17/2). Die Vorstrafenlosigkeit wirkt sich bei der Strafzumessung jedoch grundsätzlich neutral aus und ist deshalb nicht strafmindernd zu berücksichtigen (BGE 136 IV 1 E. 2.6.4). Straferhöhungs- oder Strafminderungsgründe liegen nicht vor. Die Beschuldigte ist nicht geständig und hat entsprechend weder Reue noch Einsicht in das Unrecht ihrer Tat erkennen lassen.

3. In Würdigung aller Strafzumessungsgründe erweist sich demzufolge eine Freiheitsstrafe von 15 Monaten als den Taten und der Täterin angemessen. Der Anrechnung von 26 Tagen, die im vorliegenden Verfahren durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind, auf die heute auszufällende Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

## **VI. Vollzug**

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei

Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Danach ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose materielle Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Vollzugs. Bei der Beurteilung dieser Frage ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, wobei insbesondere Vorleben, Leumund, Charaktermerkmale und Tatumstände einzubeziehen sind. Weil eine günstige Prognose vermutet wird, ist der bedingte Strafvollzug bei Vorliegen der Voraussetzungen in der Regel zu gewähren. Schiebt das Gericht den Vollzug der Strafe ganz oder teilweise auf, so auferlegt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB).

2. Da vorliegend eine Freiheitsstrafe von 15 Monaten auszufallen ist, sind in objektiver Hinsicht die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB erfüllt. Die Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf. Wie auch die amtliche Verteidigung ausführte, ist davon auszugehen, dass dem vorliegenden Strafverfahren und dem bereits erlittenen strafprozessualen Freiheitsentzug eine hinreichende Warnwirkung zukommt (vgl. Urk. 39 S. 2). Da Anhaltspunkte für die künftige Begehung weiterer Straftaten nicht ersichtlich sind, kann der Beschuldigten somit eine günstige Prognose gestellt werden.

3. Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Vorliegend sind keinerlei Gründe ersichtlich, die für eine besonders lange Probezeit sprechen würden. Es erscheint vielmehr aufgrund der obigen Erwägungen angemessen, eine Probezeit von zwei Jahren anzusetzen.

## **VII. Beschlagnahmen**

Gemäss Art. 268 Abs. 1 StPO kann vom Vermögen der beschuldigten Person so viel beschlagnahmt werden, als voraussichtlich zur Deckung der Verfahrenskosten, der Entschädigungen, der Geldstrafen und Bussen nötig ist. Verfahrenskosten können mit beschlagnahmten Vermögenswerten verrechnet werden (Art. 442 Abs. 4 StPO). Anlässlich der Berufungsverhandlung machte die amtliche

Verteidigung geltend, dass Fr. 100.– der von der Stadtpolizei sichergestellten Barschaft von insgesamt Fr. 120.– sich im Portemonnaie des Sohnes der Beschuldigten befunden hätten und ihr einige Tage vor der Verhaftung von ihrer Schwester ausgehändigt worden seien, um dem Sohn ein Playstationspiel zu kaufen, weshalb Fr. 100.– nicht beschlagnahmewürdig seien (Urk. 39 S. 4). Diese Ausführung scheint eine reine Schutzbehauptung zu sein. Gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht auszumachen. Folglich ist die von der Stadtpolizei sichergestellte Barschaft von Fr. 120.– zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden.

## **VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 428 N 14).

2. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Vorverfahrens sowie des erstinstanzlichen Verfahrens der Beschuldigten aufzuerlegen. Der bereits in Rechtskraft erwachsene Freispruch hinsichtlich Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG rechtfertigt angesichts des Verhältnisses zum Schuldspruch keine andere Kostenaufgabe. Unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (GebV OG), ist die erstinstanzliche Gebühr angesichts der Grösse des Falles auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die übrigen Kosten der Strafuntersuchung sind im Kostenblatt aufgeführt (Urk. 18).

4. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entschädigung des amtlichen Verteidigers ist angemessen. Die Anfechtung dieser Regelung ist somit einzig bedingt

durch den von der Staatsanwaltschaft beantragten Schuldspruch, der sich auch auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen auswirkt. Der amtliche Verteidiger ist demnach gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid mit Fr. 10'059.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Kosten sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter dem Vorbehalt der Rückforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO (Urk. 31 S. 26; Dispositiv Ziff. 7).

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der amtliche Verteidiger der Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'060.– (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 6. September 2016 (DG160149) bezüglich Dispositiv Ziff. 1 teilweise (Freispruch vom Vorwurf des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG) sowie bezüglich Dispositiv Ziff. 3 (Einziehung Betäubungsmittel und -utensilien) und 5 (Herausgabe Mobiltelefone und Speicherkarten, diverse Kärtchen und Notizen) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.

2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 15 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 26 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
4. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellte Barschaft von Fr. 120.– wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
5. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 10'059.– amtliche Verteidigung  
Fr. 2'500.– Gebühr für das Vorverfahren  
Fr. 2'856.35 Auslagen (Gutachten)  
Fr. 945.– Auslagen Polizei
6. Die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 3'060.– amtliche Verteidigung
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
9. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten (versandt)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt)sowie hernach in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das Bundesamt für Polizei (fedpol)

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Kantonspolizei Zürich, TEU-ZD-DA, mit separatem Schreiben gemäss § 54a PolG
- die Vorinstanz mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Lagerbehörden betreffend Beschluss Dispositiv Ziff. 1

10. 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, 25. April 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Rissi

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.