

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160348-O/U/jv

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, und lic. iur. S. Volken,
Ersatzoberberrichterin lic. iur. I. Erb sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Bärtsch

Urteil vom 30. Januar 2017

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber
Anklägerin und I. Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigte und II. Berufungsklägerin

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
6. Juni 2016 (DG160066)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 3. März 2016 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 19).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 33 S. 14 f.)

"Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 9 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (9 Monate, abzüglich 2 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (BM Lagernummer S02753-2015) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
5. Die sichergestellte Barschaft im Umfang von CHF 2'330.– (Sach-Kaution 31337) wird eingezogen und zur Verfahrenskostendeckung verwendet.
6. Rechtsanwalt lic. iur. X._____ wird für die amtliche Verteidigung der Beschuldigten mit Fr. 7'276.50 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
7. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
 - Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 2'100.– Gebühr Anklagebehörde
 - Fr. 803.65 Auslagen (Gutachten)
 - Fr. 7'276.50 amtliche VerteidigungAllfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt.
9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
10. (Mitteilungen)
11. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge

a) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 47 S. 1 f.)

1. Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs;
2. Bestrafung der Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 26 Monaten Dauer, abzüglich der erstandenen Haft;
3. Vollzug dieser Freiheitsstrafe;
4. Im Übrigen Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils
5. Unter Kostenfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren zulasten der Beschuldigten.

b) Der Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 48 S. 1)

1. Die Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten zu bestrafen und der Vollzug der Freiheitsstrafe sei unter Ansetzung einer Probezeit von fünf Jahren aufzuschieben.
Zudem sei sie mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen à SFr. 30.– zu bestrafen.

2. Es seien die Kosten des erstinstanzlichen - sowie des Untersuchungsverfahrens der Beschuldigten zur Hälfte in der Höhe von SFr. 2'951.80 aufzuerlegen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 6. Juni 2016 wurde die Beschuldigte A. _____ anklagegemäss des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und mit 18 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wobei ihr für die Hälfte der Freiheitsstrafe der bedingte Strafvollzug gewährt wurde (Urk. 33 S. 14 f.). Gegen diesen Entscheid meldeten die Anklagebehörde mit Eingabe vom Folgetag sowie die Beschuldigte durch ihre amtliche Verteidigung mit Eingabe vom 15. Juni 2016 innert gesetzlicher Frist Berufung an (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 28 und 29). Die Berufungserklärungen der Parteien gingen ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 34 und 37). Die Anklagebehörde hat mit Eingabe vom 13. September 2016 sodann innert Frist mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung zur Berufung der Beschuldigten verzichtet wird (Urk. 41; Art. 400 Abs. 2 f. und Art. 401 StPO). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 34 und 37). Die Parteien haben ihre Berufungen in ihren Berufungserklärungen je ausdrücklich beschränkt (Urk. 34 und 37; Art. 399 Abs. 4 StPO).
2. Gemäss den Parteianträgen sind im Berufungsverfahren nicht angefochten (vgl. Prot. II S. 5):

- der vorinstanzliche Schuldspruch (Urteilsdispositiv-Ziff. 1.)
- die vorinstanzliche Regelung betreffend in der Untersuchung beschlagnahmte Betäubungsmittel sowie Barschaft (Urteilsdispositiv-Ziff. 4. und 5.) sowie
- die vorinstanzliche Festsetzung der Kosten sowie die Übernahme der Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse (Urteilsdispositiv-Ziff. 6., 7. und 9.).

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

II. Sanktion

1. Ausgangslage

1.1. Die Anklagebehörde wirft der Beschuldigten vor, ca. am 1. August 2015 ca. 50 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 50% (ca. 25 Gramm reines Kokain) gekauft, portioniert und in einer Vielzahl von Einzelportionen verkauft zu haben. Ca. Ende Oktober 2015 habe sie erneut 45,71 Gramm Kokaingemisch (24,32 Gramm reines Kokain) mit der gleichen Verkaufsabsicht gekauft und aufbewahrt. Zu weiteren Verkäufen kam es infolge ihrer Verhaftung nicht (Urk. 19 S. 2 f.).

1.2. Die Beschuldigte ist geständig und wurde diesbezüglich durch die Vorinstanz des Erwerbs, Besitzes und Verkaufs einer grösseren Menge Betäubungsmittel gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c und d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen, was sie akzeptiert (Urk. 33 S. 14).

1.3. Die Vorinstanz hat die Beschuldigte mit 18 Monaten Freiheitsstrafe bestraft (Urk. 33 S. 14). Die appellierende Anklagebehörde beantragt im Berufungsverfahren eine Erhöhung des Strafmasses auf 26 Monate (Urk. 34, Urk. 47 S. 2). Im Hauptverfahren beantragte die Anklagebehörde noch eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten (Urk. 23 S. 1). Die appellierende Beschuldigte lässt ein Strafmass

von 14 Monaten Freiheitsstrafe und 90 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 30.– beantragen (Urk. 37, Urk. 48 S. 1).

2. Strafzumessung

2.1. Die Vorinstanz hat den anwendbaren Strafraumen korrekt umrissen und die notwendigen theoretischen Ausführungen zur richterlichen Strafzumessung angestellt, was seitens der Parteien nicht kritisiert wird und worauf zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen ist (Urk. 33 S. 3 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.2. Tatkomponente

2.2.1. Zur Tatkomponente und dort zur objektiven Tatschwere hat die Vorinstanz erwogen (Urk. 33 S. 6 f.), bei Kokain handle es sich um eine harte Droge mit grossem gesundheitsgefährdendem Potential. Die Tathandlungen der Beschuldigten hätten sich auf ca. 49.32 Gramm reines Kokainhydrochlorid bezogen, wodurch der Grenzwert zum schweren Fall von 18 Gramm um ein mehrfaches überschritten worden sei. Sie habe eine grössere Zahl von Einzelverkaufshandlungen begangen. Hinsichtlich der Drogenhändlerhierarchie sei die Beschuldigte in der untersten Stufe zu verorten. Sie habe das Kokain lediglich portioniert und an Endverbraucher verkauft. Dabei habe sie aber immerhin den Preis selbst bestimmen können und auch die Feinwaage weise auf eine gewisse Planung und Professionalität hin. Insgesamt sei das objektive Tatverschulden – auf einer Skala aller denkbaren qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und in Anbetracht des konkreten sehr weiten Strafraumens – als nicht mehr leicht zu bezeichnen.

2.2.2. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl kritisiert die Einstufung der Beschuldigten in der Drogenhändlerhierarchie. Diese sei nicht als Drogenhändlerin auf der ganz untersten Stufe tätig gewesen, sondern habe sich zweimal 50 Gramm Kokaingemisch besorgt, dieses portioniert und gewinnbringend weiterverkauft bzw. beabsichtigt, dies zu tun. Ein solches Tatvorgehen könne nicht als Handeltätigkeit auf der untersten Stufe bezeichnet werden, sondern sei eine klare Stufe höher einzuordnen. Ein normaler Kleindealer erhalte nicht 50 Gramm Kokain aufs

Mal. Auch sei die Beschuldigte frei in der Art des Weiterverkaufs der Ware gewesen. Deshalb sei bei der objektiven Tatschwere von einem mittelschweren Verschulden auszugehen (Urk. 47 S. 2 f.).

2.2.3. Die Verteidigung wendet demgegenüber ein, angesichts der Menge von rund 50 Gramm reinem Hydrochlorid sei objektiv gesehen von einem vergleichsweise leichten Verschulden auszugehen. Mit der Vorinstanz sei ihre Stellung in der untersten Hierarchieebene anzusiedeln (Urk. 48 S. 3 f.).

2.2.4. Wenn die Vorinstanz der Beschuldigten eine Position auf der untersten Stufe der Drogenhändlerhierarchie zugesteht, ist dies äusserst wohlwollend: Diese Bezeichnung trifft zu auf Läufer, die – tatsächlich in eine Händlerorganisation eingebunden – an der Front agierend die Drogen ausliefern, dabei das grösste Verhaftungsrisiko tragen und dafür mit einem vergleichsweise bescheidenen Lohn abgespiesen werden. Die Beschuldigte hingegen war nicht in eine Organisation eingebunden, vielmehr war sie Kleinstunternehmerin: Sie bezog das Kokain aus freien Stücken bei einem Lieferanten und bediente ihre Kundschaft nach eigenem Gutdünken, wobei sie eine grosse Gewinnmarge erzielte. Dies zeigt sich auch aus dem Umstand, das sie zweimal 50 Gramm Kokain zum Weiterverkauf erhalten hat. Ein Läufer auf der untersten Stufe erhält nicht ohne Weiteres eine solche Menge Kokain zur Verfügung gestellt.

2.2.5. Zur subjektiven Tatschwere wurde im angefochtenen Entscheid erwogen (Urk. 33 S. 7), die Beschuldigte habe direktvorsätzlich gehandelt und erst aufgrund ihrer Verhaftung – und nicht aus eigenem Antrieb – mit dem Drogenhandel aufgehört. Ihr Motiv sei einzig die Erzielung finanzieller Vorteile und damit rein egoistischer Natur gewesen. Eine finanzielle Notlage, die die Beschuldigte zur Delinquenz gezwungen hätte, habe nicht vorgelegen. Die von der Verteidigung geltend gemachte Drucksituation durch "B._____" finde in den Akten keine Stütze. Die Beschuldigte konsumierte sodann selbst keine Betäubungsmittel, weshalb ihre Entscheidungsfreiheit auch dadurch nicht beeinflusst gewesen sei.

Insgesamt vermöchten die subjektiven Komponenten die objektive Tatschwere keineswegs zu verringern, weshalb das Verschulden der Beschuldigten als nicht

mehr leicht einzustufen sei. Eine hypothetische Einsatzstrafe von 16 bis 17 Monaten Freiheitsstrafe erweise sich als angemessen. Diese Einsatzstrafe halte auch der Überprüfung mit ähnlich gelagerten Fällen stand und stehe im Einklang mit dem Strafzumessungsmodell von Hansjakob.

2.2.6. Auch die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl weist darauf hin, der direkte Tatvorsatz sowie die Tatsache, dass die Beschuldigte aus egoistischen, nämlich rein finanziellen Motiven gehandelt habe, sei erhöhend zu berücksichtigen. Es habe weder eine finanzielle Notlage vorgelegen, noch habe sich die Beschuldigte sonst wie in einer Drucksituation befunden. Dementsprechend sei eine Einsatzstrafe von 21 Monaten festzusetzen (Urk. 47 S. 2).

2.2.7. Demgegenüber macht die Verteidigung geltend, dieser B._____ habe die Beschuldigte geheissen, weiterzuverkaufen und sie habe nicht widerstehen können. Die Betäubungsmittel seien ihr ungewollt zur Verfügung gestellt worden, sie habe diese nicht geordert oder sich beschafft. Damals habe sich die Beschuldigte in einer finanziellen Notlage befunden, nachdem sie neben den laufenden Kosten insbesondere noch ihre an Aids erkrankte Tochter und deren Kinder finanziell habe unterstützen müssen, damit diese an Medikamente kommen. Nachdem jetzt der Staat die Medikamente zur Verfügung stelle, sei dieser Druck weggefallen. Zwar habe die Beschuldigte aus rein finanziellen Gründen gehandelt, aber nicht rein egoistisch, sondern insbesondere für die Tochter. Weiter sei in subjektiver Hinsicht zu berücksichtigen, dass die Beschuldigte nicht planmässig und skrupellos Betäubungsmittel vertrieben habe, weshalb sie nicht sofort nach Erhalt des zweiten Drogenpakets die Drogen weiterverkauft, sondern sich einem Anlass des ... Vereins [ihres Herkunftslandes C._____] gewidmet habe (Urk. 48 S. 3 f. i.V.m. Prot. II S. 6). Schliesslich erachtet aber selbst die Verteidigung aufgrund der Menge der Drogen eine Einsatzstrafe von etwas mehr als 16 Monaten als angemessen (Urk. 48 S. 5).

2.2.8. Die Erwägungen der Vorinstanz sind allesamt zutreffend und zu übernehmen (vgl. Urk. 33 S. 7). Insbesondere erscheint es nicht glaubhaft, dass die Beschuldigte lediglich delinquierte, um die Medikamente für ihre Tochter und deren Kinder zu finanzieren, erzielte sie doch aus dem Drogenverkauf weit mehr Geld,

als die Fr. 100.– bis 150.– bzw. 200.–, welche sie gemäss eigenen Angaben nach C._____ weiterleitete (vgl. Urk. 6 S. 5, Urk. 9 S. 9). Ohne das Tatverschulden der Beschuldigten zu bagatellisieren, muss dieses allerdings noch als leicht bezeichnet werden, würde ein nicht mehr leichtes Verschulden doch zu einer Einsatzstrafe bereits im mittleren Bereich des sehr weiten Strafrahmens führen, was in concreto fraglos unangemessen hoch wäre (vgl. BSK Strafrecht I-Wiprächtiger, Art. 47 N 19 mit Verweis auf BGE 6S.644/2001; 6S.39/2002; 6B_1174/2014 vom 21. April 2015 E.1.3.2. mit Verweis auf BGE 136 IV 55 E. 5.9 S. 64 und Urteil 6B_1096/2010 vom 7. Juli 2011 E. 4.2 mit Hinweisen). Mit der Vorinstanz sowie auch der Verteidigung erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 16 bis 17 Monaten als angemessen.

2.3. Täterkomponente

2.3.1. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten angeführt (Urk. 33 S. 7 f.). An der Berufungsverhandlung wurde aktualisiert, die Beschuldigte führe nach wie vor ihren Coiffeursalonsalon und arbeite dort an sechs Tagen pro Woche, manchmal sogar am Sonntag. Sie verdiene ca. Fr. 4'000.– pro Monat und habe Kosten in der Höhe von etwa Fr. 2'000.–, weshalb ihr etwa Fr. 2'000.– zum Leben bleiben würden. Sie habe ihre Wohnung aufgegeben, um die Miete zu sparen und könne derzeit unentgeltlich bei einer Kollegin übernachten. Sie bezahle monatlich Fr. 200.– an ihre Schulden, welche insgesamt noch Fr. 30'000.– bis max. Fr. 40'000.– hoch seien. Auch unterstütze sie nach wie vor ihre Tochter und deren drei Kinder in C._____ mit monatlich ca. Fr. 50.–. Weil der Staat nun für die Medikamente aufkomme, müsse sie nicht mehr so viel Geld wie früher überweisen. Sie habe den Entschluss gefasst, aus dieser Situation herauszukommen. Deshalb wolle sie versuchen, die Arbeit im Salon auf 50% zu reduzieren und im Umfang von 50% eine Anstellung zu suchen. Falls das nicht klappe, müsse sie den Salon verkaufen. (Urk. 46 S. 2 ff.). Die persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten wiegen strafzumessungsneutral. Eine besondere Strafempfindlichkeit weist sie nicht auf, was sowohl die Verteidigung (Urk. 24 S. 4) als auch die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (Urk. 47 S. 3) ausdrücklich konzedieren.

2.3.2. Die Staatsanwaltschaft kritisiert, dass die Vorinstanz der Beschuldigten eine erhebliche Strafminderung zufolge des Geständnisses attestierte. Der Beschuldigten sei gar nichts anderes übrig geblieben, als bezüglich der zweiten Lieferung ein Geständnis abzulegen, da diese habe sichergestellt werden können. In Bezug auf die erste Lieferung habe sie eine solche zwar zugegeben, allerdings sei das Geständnis nicht von Anfang an erfolgt und sie habe es auch unterlassen, den Namen ihres Lieferanten offenzulegen. Das Geständnis sei deshalb nur marginal strafmindernd zu veranschlagen. Demgegenüber sei die Strafe aufgrund der Vorstrafe massiv zu erhöhen, da die Beschuldigte aus dem ersten Verfahren überhaupt nichts gelernt habe (Urk. 47 S. 3 f.).

2.3.3. Die Verteidigung anerkennt, dass die Vorstrafe strafehöhend ins Gewicht fällt. Das Geständnis bezüglich der ersten Lieferung sei aber deutlich strafmindernd zu berücksichtigen, da ihr diese nicht hätte rechtsgenügend nachgewiesen werden können (Urk. 48 S. 4).

2.3.4. Die Beschuldigte weist eine einschlägige Vorstrafe aus dem Jahr 2013 auf. Die daraus resultierende Freiheitsstrafe wurde bedingt aufgeschoben (Urk. 35). Die heute zu beurteilenden Taten beging sie unmittelbar nach Ablauf der Probezeit. Dies führt zu einer empfindlichen Straferhöhung. Andererseits hat die Beschuldigte mit der Verteidigung den grösseren Teil dessen, was den aktuellen Tatvorwurf ausmacht, aus freien Stücken und von sich aus preisgegeben (Urk. 24 S. 4). Entgegen der Staatsanwaltschaft hätte ihr die erste Lieferung in quantitativer Hinsicht ohne das Geständnis nämlich kaum rechtsgenügend nachgewiesen werden können, zumal selbst die Staatsanwaltschaft eingesteht, dass ein Nachweis in den genauen Grammzahlen nicht möglich gewesen wäre (vgl. Prot. II S. 7). Dieses Geständnis, welches auch eine gewisse Einsicht indiziert, führt als positives Nachtatverhalten zu einer erheblichen Strafminderung. Überdies zeigte die Beschuldigte an der Berufungsverhandlung auch eine gewisse Einsicht sowie Reue, indem sie sich wiederholt für ihr Verhalten entschuldigte (Urk. 46 S. 9 f.).

2.3.5. Insgesamt wirkt sich die Täterkomponente auf die nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessene hypothetische Einsatzstrafe damit nur marginal erhöhend aus. Das allseits angefochtene Strafmass von 18 Monaten Freiheitsstrafe

erweist sich als mit Sicherheit nicht übersetzt, jedoch noch als durchaus vertretbar.

Eine Vergleichsrechnung gemäss dem Strafmassmodell aus dem BetmG-Kommentar Fingerhuth/Schlegel/Jucker (S. 546 ff. N 45 ff.; vgl. Entscheide des Bundesgerichts 6B_495/2008 vom 27. Dezember 2008, E. 1.4; 6B_375/2014 vom 28. August 2014 E.2.3.) führt zum selben Resultat: Der Handel mit rund 50 Gramm reinem Kokain ergibt eine Einsatzstrafe von rund 16.5 Monaten; deutlich mehr als 5 Geschäfte führen zu einer Erhöhung um etwas mehr als 10% oder 2 Monaten. Die einschlägige Vorstrafe führt zu einer Erhöhung um mindestens einen Drittel oder 5,5 Monaten. Das Geständnis führt zu einer Reduktion von knapp 30% oder ca. 5 Monaten. Es resultiert eine Strafhöhe von rund 19 Monaten, was im Rahmen des Antrags der Anklagebehörde im Hauptverfahren respektive der angefochtenen erstinstanzlichen Sanktion liegt.

2.4. Insgesamt ist das vorinstanzliche Strafmass von 18 Monaten Freiheitsstrafe zu bestätigen. Die erstandene Haft von 2 Tagen ist an die Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

3. Vollzug der Strafe

3.1. Die Vorinstanz hat der Beschuldigten den teilbedingten Strafvollzug gewährt unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren für den aufzuschiebenden Strafteil (Urk. 33 S 15; Art. 43 Abs. 1 StGB).

3.2. Die Verteidigung beantragt im Berufungsverfahren wie bereits im Hauptverfahren, es sei der Strafvollzug vollumfänglich aufzuschieben (Urk. 24 S. 1; Urk. 37 S. 1). Art. 42 Abs. 4 StGB ermögliche eine Strafenkombination, welche in Betracht falle, wenn der Beschuldigten der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe gewährt werden könne, aber ihr dennoch ein ordentlicher Denkzettel verpasst werden solle (Urk. 48 S. 5). Dementsprechend beantragt die Verteidigung auch die Bestrafung der Beschuldigten mit einer bedingt aufgeschobenen Freiheitsstrafe von 14 Monaten sowie eine unbedingte Geldstrafe von 90 Tagessätzen à Fr. 30.–.

3.3. Entgegen der Verteidigung fällt eine Kombination aus Freiheits- und Geldstrafe vorliegend jedoch ausser Betracht. Zwar sieht Art. 42 Abs. 4 StGB die Möglichkeit vor, eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe zu verbinden, wenn man dem Täter den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe gewähren möchte, ihm aber dennoch mit der Auferlegung einer zu bezahlenden Geldstrafe oder Busse einen spürbaren Denkkzettel verabreichen möchte. Das Hauptgewicht liegt auf der bedingten Freiheitsstrafe, während der unbedingten Verbindungsgeldstrafe nur untergeordnete Bedeutung zukommt (BGE 134 IV 1 E. 4.5.2.). Die Beschuldigte wurde bereits einmal mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten bestraft, welche mit einer Busse von Fr. 1'000.– verknüpft wurde (Urk. 35). Obwohl die Beschuldigte die Busse zu bezahlen hatte, delinquierte sie lediglich wenige Tage nach Ablauf der Probezeit erneut. Mithin erscheint eine Kombination aus bedingter Freiheits- und unbedingter Geldstrafe nicht ausreichend, um die Legalprognose der Beschuldigten positiv zu beeinflussen.

3.4. Da die Beschuldigte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Verübung der aktuell zu beurteilenden Taten mit einer Freiheitsstrafe von über 6 Monaten bestraft wurde, wären zum Aufschub der Freiheitsstrafe besonders günstige Umstände nötig (Art. 42 Abs. 2 StGB). Solche vermag die Verteidigung jedoch nicht überzeugend geltend zu machen: So bringt sie vor, die Beschuldigte habe ihre Taten sehr bereut und sich mit ihrer Problematik nicht nur vertieft auseinandergesetzt, sondern sich derer konstruktiv und lösungsorientiert angenommen. Sie habe ihre finanzielle Situation mehr als gefestigt, indem sie ihre Lebenshaltungskosten erheblich gesenkt habe und ein durchschnittliches Bruttoeinkommen von Fr. 3'755.– erziele (Urk. 48 S. 5 f.). Zu Recht weist die Anklagebehörde darauf hin, dass sich die Lebensumstände der Beschuldigten nicht verändert haben (vgl. Urk. 47 S. 5). Sie führt nach wie vor ihren Coiffeursalons, der zwar derzeit gemäss ihren Angaben besser läuft, wobei sei allerdings anlässlich der Berufungsverhandlung selber ausführte, dass es in ihrem Beruf als Coiffeuse nicht voraussehbar sei, ob das Geschäft besser oder schlechter laufen werde (Urk. 46 S. 4). Diesbezüglich erklärte sie zwar, eine Festanstellung suchen und eventuell ihren Coiffeursalons verkaufen zu wollen (Urk. 46 S. 8), ob das wirklich geschehen wird, ist allerdings ungewiss. Ausserdem verfügt die Beschuldigte nach wie vor über

beachtliche Schulden in der Höhe zwischen Fr. 30'000.– und Fr. 40'000.– (Urk. 46 S. 4). Ihre derzeitigen Lebensumstände sind folglich durchaus mit der Situation, in welcher sie bereits zum zweiten Mal delinquierte, vergleichbar. Überdies hat bereits die Vorinstanz dazu das Notwendige erwogen, worauf zu verweisen ist (Urk. 33 S. 10 f. mit Verweis auf Prot. I S. 12 [recte: 13]).

3.5. Die appellierende Anklagebehörde hingegen beantragt, es sei der Beschuldigten auch der teilbedingte Strafvollzug zu verweigern. Zur Begründung wird die einschlägige Vorstrafe der Beschuldigten sowie das Tatvorgehen nach dem genau gleichen Verhaltensmuster angeführt (Urk. 34, Urk. 47 S. 5). Sie weist darauf hin, dass die Strafe zu vollziehen sei, wenn – wie vorliegend – keine besonders günstigen Umstände vorliegen würden; es sei nicht möglich, die besonders günstigen Umstände zu verneinen und die Strafe bedingt aufzuschieben (Urk. 47 S. 5 f.).

3.6. Die Vorinstanz hat dazu erwogen, der Umstand, dass die Beschuldigte sich offenbar nicht von der früheren Verurteilung und der damit einhergehenden Untersuchungshaft beeindrucken liess, falle im Rahmen der Legalprognose negativ ins Gewicht. Es seien zwar keine wesentlichen Veränderungen ersichtlich, die Beschuldigte sei jedoch arbeitstätig und sozial gut vernetzt, was ihre Tätigkeit im Verein zeige. Zudem sei sie selbst nicht von Betäubungsmitteln abhängig und scheine um eine Schuldensanierung bemüht. Da sich die Beschuldigte noch nie einem Freiheitsentzug unterziehen musste und davon auszugehen sei, dass sie sich durch einen Teilvollzug der Freiheitsstrafe genügend beeindrucken lassen werde, um inskünftig von weiterer Delinquenz abzusehen, sei ihr im Sinne einer allerletzten Chance der teilbedingte Vollzug zu gewähren. Die auszufällende Freiheitsstrafe von 18 Monaten sei im höchstmöglichen Umfang von neun Monaten zu vollziehen und zu neun Monaten aufzuschieben. Den verbleibenden Bedenken sei mit einer Probezeit von vier Jahren für den bedingten Teil der Strafe Rechnung zu tragen (Urk. 33 S. 11 f.).

3.7. Der Entscheid der Vorinstanz ist grundsätzlich mit der einschlägigen bundesgerichtlichen Praxis vereinbar:

Wohl hat das Bundesgericht in seinem Urteil 6B_296/2014 vom 20. Oktober 2014 E. 4.3. erwogen:

"Die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB setzt eine begründete Aussicht auf Bewährung voraus. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss der Vollzug jedenfalls eines Teils der Strafe auf Bewährung ausgesetzt werden. Andererseits ist bei einer schlechten Prognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen. Bemessungsregel bei der Festsetzung des aufzuschiebenden und des zu vollziehenden Strafteils bildet das Ausmass des Verschuldens. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzel-tatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Der unbedingte Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6). Die subjektiven Voraussetzungen des teilbedingten Vollzugs richten sich nach denselben Kriterien, die für den vollbedingten Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB gelten (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1; vgl. auch die nicht publ. E. 4.3.1 und 4.6 von BGE 134 IV 53; ferner SCHNEIDER/GARRÉ, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, Art. 43 N 17 ff.)."

In BGE 134 IV 1 S. 15 E. 5.5.2. wurde allerdings auch erwogen:

"Ergeben sich – insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen – ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, die bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände eine eigentliche Schlechtprognose noch nicht zu begründen vermögen, so kann das Gericht an Stelle des Strafaufschubs den teilbedingten Vollzug gewähren. Auf diesem Wege kann es im Bereich höchst ungewisser Prognosen dem Dilemma "Alles oder Nichts" entgehen. Art. 43 StGB hat die Bedeutung, dass die Warnwirkung des Teilaufschubes angesichts des gleichzeitig angeordneten Teilvollzuges für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt. Erforderlich ist aber stets, dass der teilweise Vollzug der Freiheitsstrafe für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint."

Die bessernde Wirkung auf die Beschuldigte, welche vom Vollzug eines substantiellen Strafteils zu erwarten ist, ist also bei der Beurteilung ihrer Legalprognose zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 6B_866/2009 vom 22. Februar

2010 E.3.3.). Dabei handelt es sich selbstredend in einem nicht unerheblichen Umfang um einen Ermessensentscheid (vgl. BSK Strafrecht I, Schneider/Garré, Art. 43 N 16).

Vorliegend musste die Beschuldigte, bevor sie die heute zu beurteilenden Taten beging, noch nie einen längeren Freiheitsentzug erdulden, sie befand sich lediglich 5 Tage in Untersuchungshaft (Urk. 35). Die bedingt aufgeschobene Freiheitsstrafe, welche mit einer Busse verbunden worden war, hat sie in der Folge in der Tat nicht beeindruckt. Müsste die Beschuldigte heute eine doch empfindliche Freiheitsstrafe von $\frac{3}{4}$ Jahren verbüssen, wäre davon eine nachhaltige Wirkung zu erwarten; insbesondere, da der Beschuldigten im Falle eines Rückfalls nochmals ein ebenso langer Freiheitsentzug drohen würde.

Wenn die Vorinstanz erwägt, die Verbüssung des im Fall des teilbedingten Strafvollzugs gesetzlich maximalen Strafanteils würde die Legalprognose der Beschuldigten insoweit positiv beeinflussen, dass der verbleibende Strafteil bedingt aufgeschoben werden könnte, ist dies in concreto weder unbegründet noch unangemessen.

3.8. Die Gewährung des bedingten Aufschubs des Vollzugs der Hälfte der auszufällenden Strafe (9 Monate) kann daher bestätigt werden. Allerdings ist dabei den tatsächlich vorhandenen, erheblichen Bedenken mit der Ansetzung der gesetzlich maximalen Probezeit von fünf Jahren Rechnung zu tragen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

III. Kosten

1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe ohne Weiteres zu bestätigen. Entgegen der Verteidigung fällt eine quotenmässige Verteilung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens ausser Betracht (vgl. Urk. 37 S. 1, Urk. 48 S. 7). Die Beschuldigte wurde anklagegemäss verurteilt, weshalb sie gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO die Verfahrenskosten zu tragen hat. Der entgegenstehende Antrag der Verteidigung hat keinerlei gesetzliche Grundlage (Art. 426 StPO).

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

3. Die Beschuldigte unterliegt mit ihren geradezu aussichtslosen Anträgen im Berufungsverfahren vollumfänglich. Die Anklagebehörde unterliegt mit ihren – allerdings durchaus vertretbaren – Anträgen mehrheitlich. Daher sind die Kosten dieses Verfahrens – exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung – zur Hälfte der Beschuldigten aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 StPO).

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zur Hälfte definitiv und zur Hälfte einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt einer Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO für die Hälfte.

4. Der Verteidiger der Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, reichte die Honorarnote für seinen Aufwand im Berufungsverfahren ein (Urk. 44). Die geltend gemachten Aufwendungen sind ausgewiesen, weshalb der Verteidiger Rechtsanwalt lic. iur. X._____ unter Berücksichtigung der Dauer der Berufungsverhandlung mit Fr. 3'700.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 6. Juni 2016 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Die Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.

2. (...)

3. (...)

4. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (BM Lagernummer S02753-2015) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

5. Die sichergestellte Barschaft im Umfang von CHF 2'330.– (Sach-Kautiön 31337) wird eingezogen und zur Verfahrenskostendeckung verwendet.
 6. Rechtsanwalt lic. iur. X._____ wird für die amtliche Verteidigung der Beschuldigten mit Fr. 7'276.50 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
 7. Die Entscheidgebüür wird angesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'100.– Gebühr Anklagebehörde
Fr. 803.65 Auslagen (Gutachten)
Fr. 7'276.50 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
 8. (...)
 9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
 10. (Mitteilungen)
 11. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 9 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (9 Monate, abzüglich 2 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

3. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv Ziff. 8.) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'700.-- amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.)
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zur Hälfte definitiv und zur Hälfte einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO betreffend die Hälfte der Kosten bleibt vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Bundesamt für Polizeiund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
 - die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials".
7. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 30. Januar 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. S. Bärtsch