

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220405-O/U/nk-as

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Bertschi, Präsidentin, Oberrichterin lic. iur. Ohnjec und Ersatzoberrichterin lic. iur. Nabholz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Urteil vom 30. Juni 2023

in Sachen

A._____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

amtlich verteidigt durch Fürsprecher X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 7. April 2022 (DG220010)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. Januar 2022 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 12/4).

Urteil der Vorinstanz:

1. Die Beschuldigte ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 15 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 52 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt die Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
5. Die Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 7. Januar 2022 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 2'200.– (Asservat-Nr. A015'326'917) und von EUR 350.– (Asservat-Nr. A015'326'984; umgerechnet Fr. 368.90), insgesamt Fr. 2'568.90, wird eingezogen. Im Umfang von Fr. 250.– verfällt sie als Deliktserlös dem Staat. Im Übrigen (Fr. 2'318.90) wird sie zur teilweisen Deckung der Busse und der Verfahrenskosten verwendet.

7. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 7. Januar 2022 beschlagnahmte Mobiltelefon iPhone 11 pro max (Asservat-Nr. A015'326'871) wird der Beschuldigten herausgegeben.

Der Beschuldigten wird eine Frist von 60 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils angesetzt, um diesen Gegenstand selbst (oder durch eine bevollmächtigte Person) unter Vorlage dieses Urteils und eines amtlichen Ausweises, nach telefonischer Voranmeldung, bei der Lagerbehörde abzuholen. Wird dieser Gegenstand nicht innert Frist abgeholt, wird er vernichtet.

8. Fürsprecher lic. iur. X. _____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger pauschal mit Fr. 9'800.– (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.

9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'100.– Gebühr für das Vorverfahren

Fr. 720.– Kosten Kantonspolizei Zürich

Fr. 9'800.– amtliche Verteidigung

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt.

11. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 46 S. 1)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 1. Dezember 2021 (GG210045) sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei von sämtlichen Vorwürfen freizusprechen.
3. Sämtliche Kosten seien auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Beschuldigten sei für das Untersuchungs- und erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 6'740.20 aus der Gerichtskasse zuzusprechen.
4. Auch die Kosten des Obergerichtsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und es sei dem Beschuldigten für das Obergerichtsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'954.45 zuzusprechen.

b) Der Staatsanwaltschaft See/Oberland:

(Urk. 41, schriftlich)

Verzicht auf Antragstellung

Erwägungen:

I. Verfahrenslauf

1. Mit dem vorstehend wiedergegebenen Urteil vom 7. April 2022 sprach die Vorinstanz die Beschuldigte des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig und bestrafte sie mit 15 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 52 Tage als durch Haft erstanden angerechnet wurden. Zudem sanktionierte die Vorinstanz die Beschuldigte mit einer Busse in Höhe von Fr. 300.–. Die Vorinstanz gewährte den bedingten Vollzug nicht. Für die Busse wurde für den Fall schuldhafter Nichtbezahlung eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen festgelegt. Darüber hinaus wurde die Beschuldigte im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen (Urk. 44 S. 25 ff.).

2. Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 26) meldete die Verteidigung mit Eingabe vom 11. April 2022, eingegangen am 12. April 2022, rechtzeitig Berufung an (Urk. 39). Am 3. August 2022 versandte die Vorinstanz das begründete Urteil an die Parteien (Urk. 43/1+2) und übermittelte die Anmeldung der Berufung zusammen mit den Akten dem Obergericht. Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte die Verteidigung am 24. August 2022 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 46). Mit Präsidialverfügung vom 26. August 2022 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl die Berufungserklärung der Beschuldigten zugestellt und Frist für eine Anschlussberufung oder einen Nichteintretensantrag angesetzt (Urk. 47). Mit Eingabe vom 30. August 2022 verzichtete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 49).

3. Am 26. September 2022 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 7. März 2023 vorgeladen (Urk. 51). An der Berufungsverhandlung nahm die Beschuldigte in Begleitung ihres amtlichen Verteidigers teil (Prot. II S. 3).

II. Prozessuales

1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (BSK STPO II-Eugster, Art. 402 N 2). Die Beschuldigte verlangt im Berufungsverfahren eine Verurteilung wegen *Vergehens* gegen das Betäubungsmittelgesetz und der Übertretung desselben sowie eine entsprechend mildere Bestrafung mit einer unbedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.– abzüglich der erstandenen Haft von 52 Tagen und einer Busse von Fr. 300.–. Auch sei von einer Landesverweisung abzusehen.

Demgemäss steht im Rahmen des Berufungsverfahrens grundsätzlich der gesamte erstinstanzliche Entscheid in der Sache zur Disposition.

Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldpruch betreffend Übertretung des BetmG), 4 (Vollzug Busse / Ersatzfreiheitsstrafe), 7 (Herausgabe Mobiltelefon) und 8 bis 11 (Kostendispositiv), was vorab festzuhalten ist.

2. Verwertbarkeit der Beweismittel

Betreffend sämtliche in vorliegendem Verfahren zu den Akten genommene Urkundenbeweise ist festzuhalten, dass diese gesetzeskonform erhoben wurden und der Beschuldigten resp. deren Verteidiger auch Einsicht in sämtliche Verfahrensakten, mithin das rechtliche Gehör (vgl. Art. 107 StPO), gewährt wurde. Sie sind deshalb verwertbar.

Auch die Einvernahmen der Beschuldigten sowie der Auskunftsperson sind gesetzeskonform erfolgt. Es kann damit vollumfänglich auf sie abgestellt werden.

3. Beweisanträge

Die Parteien stellten keine Beweisanträge.

Die Strafsache erweist sich als spruchreif, wobei bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen ist, dass sich das urteilende Gericht nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 136 I 229 E. 5.2; BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; BGE 139 IV 179 E. 2.2; BGE 138 IV 81 E. 2.2, je mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

III. Sachverhalt

1. Anklagevorwurf

1.1 Der Beschuldigten wird vorgeworfen, B._____ am 24. August 2021 an der C._____ -strasse ... in ... Zürich brutto 30 Gramm Kokain zu einem Preis von Fr. 1'900.– vermittelt zu haben. Das Kokaingemisch habe einen Reinheitsgrad von 78 % aufgewiesen, was 23,5 Gramm entspreche. Zudem habe die Beschuldigte als Vermittlungsgebühr Fr. 250.– für sich behalten und Fr. 1'650.– ihrer Lieferantin übergeben (Urk. 12/4 S. 4 ff.). Betreffend den Handlungsablauf wird der Beschuldigten zusammengefasst vorgeworfen, sie habe, nachdem B._____ sie zu einem unbekanntem Zeitpunkt anlässlich eines Treffens beim Warenhaus D._____ Zürich für 30 Gramm Kokain angefragt habe, mittels Bestellung bei einer Drittperson, wobei mit dieser ein Kaufpreis von Fr. 1'650.– vereinbart worden sei, das Kokain besorgt und mit B._____ einen Preis von Fr. 1'900.– vereinbart. Anschliessend habe sich die Beschuldigte am 24. August 2021 mit der unbekanntem Drittperson und B._____ an der C._____ -strasse ... in Zürich verabredet, wobei B._____ der Beschuldigten Fr. 1'900.– übergeben und im Gegenzug das Kokain erhalten habe. Darauf habe die Beschuldigte der unbekanntem Drittperson Fr. 1'650.– übergeben und Fr. 250.– als Vermittlungsgebühr für sich behalten.

Die Beschuldigte habe gewusst, dass sie nicht berechtigt gewesen sei, Kokain zu vermitteln, worüber sie sich jedoch hinwegsetzt habe. Zudem habe sich die Beschuldigte zumindest vorstellen können, dass mit der von ihr vermittelten Drogenmenge ein grosser Personenkreis schwerwiegend in der Gesundheit geschädigt werden könnte, was sie zumindest billigend in Kauf genommen habe (Urk. 12/4 S. 2 f.).

1.2 Der Beschuldigten wird ferner vorgeworfen, am 17. August 2021 eine unbekannte Menge Kokain in Form von einigen Linien in der Stadt Zürich konsumiert zu haben, als sie im Ausgang gewesen sei. Dies habe die Beschuldigte getan, obschon sie gewusst habe, dass der Konsum von Kokain in der Schweiz verboten sei (Urk. 12/4 S. 3).

2. Stellungnahme der Beschuldigten

2.1 Wie bereits die Vorinstanz korrekt festhielt, ist die Beschuldigte grundsätzlich geständig, wobei ihr Geständnis mit den Erkenntnissen aus der Untersuchung korrespondiert und damit vollumfänglich darauf abgestellt werden kann (Urk. 3/3 S. 2 ff., Prot. I. S 12 ff., Urk. 44 S. 7, Prot. II S. 11). Der Sachverhalt ist damit grundsätzlich erstellt.

2.2 Einschränkend erklärte die Beschuldigte indessen, dass ihr B. _____ erklärte habe, dass sie das Kokain 6 Personen weitergeben wolle, weshalb sie nicht damit gerechnet habe, dass ein grosser Personenkreis durch die Drogenmenge schwerwiegend in der Gesundheit hätte geschädigt werden können (Urk. 3/3 S. 3; Prot. I S. 13 ff.; Prot. II S. 11 f.).

Dieser Einwand ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung einer genauen Prüfung zu unterziehen.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Die Staatsanwaltschaft und mit ihr die Vorinstanz würdigt das Verhalten der Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie

als Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG (Urk. 34 S. 1, Urk. 44 S. 13 f.).

2. Die rechtliche Qualifikation des eingestandenen Eigenkonsums der Beschuldigten als Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG wurde seitens der Verteidigung bereits vor Vorinstanz anerkannt und ist im Berufungsverfahren nicht gerügt worden. Entsprechend ist dieser Punkt bereits in Rechtskraft erwachsen.

3.1 Die amtliche Verteidigung beantragt indessen – wie bereits vor Vorinstanz – eine Qualifikation der Vermittlung des Kokaingemischs als *Vergehen* gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG (Urk. 57 S. 1). Die Grenze zur Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen sei vorliegend nicht überschritten worden (Urk. 57 S. 9). Der schwere Fall sei auch aufgrund des vorgenannten Einwandes der Beschuldigten, dass sie von einem Abnehmerkreis von nicht mehr als 6 Personen ausgegangen sei, nicht gegeben (Urk. 35 S. 3 f, Urk. 57 S. 9 f.).

3.2 Die amtliche Verteidigung stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, dass gemäss bundesgerichtlicher Praxis und überwiegender Lehre die Qualifikation wegen Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen ausscheide, wenn eine zwar qualifizierende Menge an eine bloss kleine Anzahl Abnehmer veräussert werde, bei denen keine konkrete Gefahr der Weiterverbreitung bestehe. Seit dem 1. Juli 2011 sei die Formulierung des Tatbestandes von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG weniger offen als davor. Gemäss der aktuellen Formulierung müsse die Widerhandlung als solche und nicht bloss die Menge des zur Diskussion stehenden Stoffes geeignet sein, die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen. Ob die menschliche Gesundheit in Gefahr gebracht werden könne, solle jetzt jeweils anhand der konkreten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz abgeklärt werden. Zum neuen Recht in den hier interessierenden Differenzierungen gebe es keine einschlägigen Bundesgerichtsentscheide. Bereits zum alten Recht sei in BGE 120 IV 340 die Gefährdung verneint worden, als der Täter einer bereits süchtigen Bezugsperson über 12 Gramm Heroin übergeben und dabei Gewissheit gehabt habe, dass diese die Drogen nicht weiterveräussern würde.

Dasselbe habe gemäss BGE 110 IV 99 für den Fall gegolten, in welchem der Täter zwar im Besitz einer qualifizierenden Gesamtmenge einer harten Droge gewesen sei, einen Teil dieser Menge aber selbst konsumiert und nur einen nicht qualifizierenden Teil verkauft habe (Urk. 57 S. 2 ff.).

3.3 Wie bereits die Vorinstanz überzeugend und korrekt ausführte (Urk. 44 S. 13 f.), handelt es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Qualifikation von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG um ein *abstraktes* Gefährdungsdelikt. Daran ändert sich auch durch die seit dem 1. Juli 2011 leicht geänderte Formulierung des Tatbestands von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG nichts. Sodann ist auch die alte Rechtsprechung, welche gewisse Ausnahmen vom Vorliegen eines schweren Falles erwähnt, nach wie vor gültig. Ob sich das Risiko einer Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen tatsächlich faktisch manifestiert bzw. realisiert oder vom Täter gewollt war, ist demzufolge nicht ausschlaggebend (BGE 111 IV 31 E. 2; Urteil des Obergerichts Zürich vom 5. Juli 2021, SB200491, E. 2.2). Im Sinne einer Ausnahme vom diesem Grundsatz hielt das Bundesgericht in dem von der Verteidigung ins Feld geführten Entscheid BGE 120 IV 334 fest, dass im Falle einer Abgabe einer qualifizierenden Menge Drogen an eine bereits süchtige nahe Bezugsperson zum eigenen oder gemeinsamen Konsum zwecks Hilfeleistung in einer verfahrenen Situation und in der Gewissheit, dass keine Weitergabe der Drogen an Dritte erfolgte, die abstrakte Gefahr der Weiterverbreitung vernachlässigt werden könne, weshalb der schwere Fall zu verneinen sei (BGE 120 IV 334 E. 2b).

In casu ist eine vergleichbare Konstellation indessen nicht gegeben. Zwar erachtete die Vorinstanz das Vorbringen der Beschuldigten, B._____ habe ihr erklärt, das Kokaingemisch für eine Party mit 6 Leuten zu brauchen, zu Recht als glaubhaft und stellte entsprechend darauf ab (vgl. Urk. 44 S. 11). Trotzdem lässt sich hieraus – wie die Vorinstanz korrekt erkannte (Urk. 44 S. 11 f., S. 14) – in rechtlicher Hinsicht letztlich nicht zu Gunsten der Beschuldigten ableiten: Weder machte die Beschuldigte geltend, sie habe genaue Kenntnis der "Gästeliste" der entsprechenden Party gehabt, noch berief sie sich darauf, nach den konkreten Umständen und den Personen gefragt zu haben. Bereits gestützt darauf konnte sie im

Gegensatz zum zitierten Entscheid eben gerade keine Gewissheit darüber haben, ob effektiv nur 6 Leute an der Party anwesend sein würden bzw. ob die Drogen nicht an weitere Personen weitergegeben würden. Sie stand den Abnehmern nicht persönlich nahe und verfügte demzufolge auch über keine genaueren Informationen betreffend deren Konsumverhalten. Gegenteils konnte sie aufgrund ihrer eigenen einschlägigen Konsumerfahrung durchaus darauf schliessen, dass die bestellte Menge kaum an einem einzigen Abend von nur 6 Personen würde konsumiert werden können. Entsprechend musste sie auch davon ausgehen, dass die ihr nicht näher bekannten Abnehmer ihrerseits eine gewisse Menge weitergeben würden. Wie genau die Drogen aufgeteilt werden sollten, ist nicht bekannt, weshalb auf die Berechnungen, wie sie die amtliche Verteidigung anstellt (Urk. 57 S. 7 f.), nicht weiter einzugehen ist. Ausschlaggebend ist, dass die Beschuldigte eine grössere Anzahl Personen "Endverbraucher" zumindest in Kauf nahm. Wie bereits die Vorinstanz richtig erkannte (Urk. 44 S. 14), bedeutet der Gebrauch zu "privaten Zwecken" oder "für eine Party" eben nicht per se, dass die gesamte Menge in einem kleinen Kreis konsumiert wird und nicht – sei es anlässlich der Party oder zu einem anderen Zeitpunkt – an weitere Konsumenten abgegeben wird. Vor diesem Hintergrund kann die abstrakte Gefährdung im konkreten Fall nicht als vernachlässigbar beurteilt werden.

Mit einer Reinmenge von 23,5 Gramm ist die Schwelle zum schweren Fall ferner unzweifelhaft deutlich überschritten. Bereits eine Reinmenge von 18 Gramm Kokain kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen (BGE 120 IV 334 E. 2a; 109 IV 143).

4. Damit erfüllt der von der Beschuldigten verwirklichte Sachverhalt hinsichtlich der Vermittlung des Kokaingemischs an B. _____ den Tatbestand des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG.

5. Schuldausschluss- oder Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist demzufolge vollumfänglich zu bestätigen.

V. Strafzumessung

1. Strafraumen und Strafzumessungsregeln

1.1 Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Strafzumessung im angefochtenen Entscheid zutreffend dargelegt und den Strafraumen sowohl für das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Freiheitsstrafe von nicht unter 1 Jahr bis zu 20 Jahren, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann) als auch für die Übertretung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG (Busse bis zu Fr. 10'000.–) korrekt festgelegt (Urk. 44 S. 14 f.). Darauf braucht nicht weiter eingegangen zu werden.

1.2 Vorliegend ist die Sanktion mittels Busse nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens. Es ist daher einzig noch auf die Strafzumessung im Zusammenhang mit der Verurteilung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG einzugehen.

2. Tatkomponenten

2.1 Objektive Tatschwere

Mit der Vorinstanz (Urk. 44 S. 16) ist hinsichtlich der objektiven Tatschwere festzuhalten, dass die umgesetzte Menge Kokain die Schwelle zu schweren Fall (18 Gramm) zwar durchaus deutlich übersteigt, sich indessen die Tathandlung auf die Vermittlung beschränkte und der Erlös entsprechend marginal ausfiel. Die Würdigung der objektiven Tatschwere als leicht ist damit zutreffend.

2.2 Subjektive Tatschwere

In subjektiver Hinsicht fällt ins Gewicht, dass die Beschuldigte aus eigener Erfahrung um das Suchtpotential und die Gefährlichkeit von Kokain wusste und dieses trotzdem vermittelte. Eine eigene Sucht liegt nicht vor, ebenfalls erachtete die Vorinstanz die geltend gemachte reine "Hilfeleistung" zu Recht als Schutzbehauptung (Urk. 44 S. 16 f.). Letztlich handelte es sich um rein finanzielle Interessen, wobei –

wie bereits erwähnt – der Erlös und damit auch das finanzielle Interesse als gering einzuschätzen ist. Auch die subjektive Tatschwere ist damit als leicht einzustufen.

2.3 Insgesamt wird die objektive Schwere des Delikts durch die subjektive Tatschwere weder erhöht noch relativiert. Das Tatverschulden der Beschuldigten im Rahmen des Tatbestandes ist als leicht zu bewerten, die Einsatzstrafe vor diesem Hintergrund in Bestätigung der Vorinstanz bei 12 Monaten festzusetzen.

3. Täterkomponente

3.1 Bezüglich der persönlichen Verhältnisse und des Vorlebens kann vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 44 S. 17, S. 21 ff.). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergaben sich keine wesentlichen Neuerungen, ausser dass die Beschuldigte nebst ihrer Tätigkeit im Fitnessbereich gelegentlich etwas mit Schminken dazu verdient und seit über einem Jahr einen Partner hat, mit welchem sie aber nicht zusammenwohnt (Prot. II S. 5 ff.). Aus den festgestellten persönlichen Verhältnissen lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

3.2 Die Beschuldigte weist drei einschlägige Vorstrafen auf (Urk. 55): Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 9. April 2018 wurde sie wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten verurteilt, unter Gewährung des bedingten Vollzugs und unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. November 2018 wurde die Beschuldigte sodann wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfacher Übertretung desselben verurteilt und mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 110.– sowie mit einer Busse von Fr. 300.– bestraft. Am 17. Dezember 2019 erging schliesslich der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfacher Übertretung desselben, wobei die Beschuldigte mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 90.– sowie mit einer Busse von Fr. 500.– sanktioniert wurde.

Angesichts dieser einschlägigen Vortrafen erweist sich die von der Vorinstanz diesbezüglich vorgenommenen Erhöhung der Einsatzstrafe um 5 Monate als angemessen.

3.3 Betreffend das Nachtatverhalten der Beschuldigten ist die Feststellung der Vorinstanz, dass die Beschuldigte weder Einsicht noch Reue gezeigt habe, nicht zu beanstanden (vgl. Urk. 44 S. 17). Im Weiteren wurde auch korrekt festgestellt, dass die Beschuldigte den Anklagesachverhalt zwar letztlich im Wesentlichen anerkannte, das Geständnis indessen angesichts der erdrückenden Beweislage von untergeordneter Bedeutung ist (Urk. 44 S. 17). Aufgrund ihrer Weigerung, die Lieferantin des Kokaingemischs zu identifizieren (Urk. 3/3 S. 4) kann ihr darüber hinaus auch keine spezielle Kooperationsbereitschaft attestiert werden. Die von der Vorinstanz für das Nachtatverhalten gewährte Strafminderung in der Höhe von 2 Monaten erscheint vor diesem Hintergrund als korrekt und ist zu übernehmen.

4. In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe ist die von der Vorinstanz festgesetzte Freiheitsstrafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen zu beurteilen und entsprechend zu bestätigen.

5. Die erstandenen 52 Tage sind der Beschuldigten im Sinne von Art. 51 StGB an die Strafe anzurechnen.

6. Vollzug

6.1 Die Vorinstanz hat korrekt auf die Voraussetzungen gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB hingewiesen, wonach eine Strafe von höchstens zwei Jahren in der Regel aufzuschieben ist, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Urk. 44 S. 19). Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt, so ist nach Art. 42 Abs. 2 StGB ein Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen.

6.2 Vorliegend hat die Beschuldigte innert kurzer Zeit drei einschlägige Vorstrafen erwirkt, wobei sie mit den Strafbefehlen vom 9. November 2018 und vom

17. Dezember 2019 bereits zu unbedingten Geldstrafen verurteilt worden war. Dies scheint keine nachhaltige Wirkung auf die Beschuldigte gezeitigt zu haben. Unter diesen Umständen kann somit auch in casu nicht davon ausgegangen werden, dass ein Strafaufschub eine hinreichend abschreckende Wirkung erzeugen würde.

Zur Recht verwies die Vorinstanz sodann darauf, dass vor dem Hintergrund der hartnäckigen, regelmässigen Delinquenz und der die Beschuldigte offenbar wenig beeindruckenden mehreren Verfahren auch eine teilbedingte Strafe vorliegend nicht angezeigt erscheint (Urk. 44 S. 20).

6.3 Die Freiheitsstrafe ist damit zu vollziehen.

VI. Landesverweisung

1. Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen einer im Deliktskatalog aufgeführten Tat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz.

2.1 Ein Verzicht auf eine obligatorische Landesverweisung ist nur ausnahmsweise möglich, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt (BUSSLINGER/ÜBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, in: plädoyer 5/16 S. 101). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Dazu gehören namentlich die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Be-

dingungen im Heimatstaat. Bei Dritten auftretende Härtefallbegründende Aspekte sind nur zu berücksichtigen, wenn sie sich zumindest indirekt auch auf den Beschuldigten auswirken (Urteil des Bundesgerichts Nr. 6B_1286/2017 vom 11. April 2018, E.1.2; BUSSLINGER/ÜBERSAX, a.a.O., S. 101; FIOKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, in: plädoyer 5/16 S. 85).

2.2 Ein Härtefall ist jedoch nicht leichthin anzunehmen, da der Strafrichter bei Katalogtaten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB nur ausnahmsweise von der Landesverweisung absehen darf (BUSSLINGER/ÜBERSAX, a.a.O., S. 97). Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang korrekt ausgeführt, dass als konkrete Härtefallgründe insbesondere die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration sowie die Resozialisierungschancen der Beschuldigten in Betracht zu ziehen sind (Urk. 40 S. 27). In der Lehre und der Judikatur wird zudem die Ansicht vertreten, die in Art. 31 Abs. 1 VZAE zur Beurteilung der Erteilung ausländerrechtlicher Härtefallbewilligungen festgehaltenen Kriterien seien für die Beurteilung der Härtefallklausel nach Art. 66a Abs. 2 StGB analog anzuwenden, ohne diese unbezogen zu übernehmen (Urteil des Bundesgerichts Nr. 6B_209/2018 vom 23. November 2018, E. 3.3.2. f., BERGER, Umsetzungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative, in: Jusletter vom 7. August 2017, N 74 ff., Obergerichtsurteil vom 6. Dezember 2017, SB170246, E. 3.2).

Steht aufgrund einer Prüfung dieser Kriterien fest, dass die Landesverweisung zu einer schweren persönlichen Härte führen würde, sind sodann die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung, deren Gewicht wesentlich von der Art und Schwere der begangenen Delikte und der Legalprognose abhängt, gegenüberzustellen. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (BUSSLINGER/ÜBERSAX, a.a.O., S. 102 ff.).

3. Beim von der Beschuldigten verwirklichten Tatbestand des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz handelt es sich um eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. Die Beschuldigte ist Staatsangehörige von Spanien und gemäss eigenen Angaben vor Vorinstanz auch von Ecuador (Prot. I S. 6),

wobei sie hingegen anlässlich der Berufungsverhandlung ausführte, nur Staatsangehörige von Spanien zu sein, obwohl sie in Ecuador geboren sei (Prot. II. S. 4 und S. 6). Somit ist die Beschuldigte grundsätzlich für 5 bis 15 Jahre des Landes zu verweisen.

4.1 Zu ihren persönlichen Verhältnissen führte die Beschuldigte aus, in Ecuador geboren und dort bei ihrer Familie aufgewachsen zu sein. Sie habe in Ecuador die Primarschule sowie einen Teil der Sekundarschule besucht und anschliessend mehrere universitäre Module abgeschlossen. Danach hat sie in Ecuador in der Administration von Kleidergeschäften und anderen Unternehmen gearbeitet. Im Alter von ungefähr 24 Jahren sei sie nach Spanien ausgewandert und habe dort im E. _____ von F. _____ gearbeitet, danach habe sie sich in der Hotellerie weitergebildet. Im Jahr 2011 sei sie erstmals in die Schweiz gekommen und habe sich 2014 definitiv hier niedergelassen. Aus Geldnöten sei sie anfänglich gezwungen gewesen, der Prostitution nachzugehen, wofür sie sich schäme. Seit ca. 2014 sei sie als Personaltrainerin tätig und allgemein in den Bereichen Imageberatung, Make-up, Frisuren, Ernährung und generell Fitness aktiv (Urk. 3/3 S. 11 f., Prot. I S. 8 f., Prot. II S. 5 ff.). Die Beschuldigte verfügt in der Schweiz über die Aufenthaltsbewilligung B.

4.2 Die Beschuldigte wohnt allein, hat aber seit über einem Jahr einen Partner. Kinder hat sie keine. Ihre Eltern leben nach wie vor in Ecuador, ihre Geschwister jedoch verteilt in Frankreich, Deutschland, Spanien, Amerika und Ecuador. Ein Bruder der Beschuldigten lebt ebenfalls in der Schweiz, in G. _____, seine Familie jedoch in Frankreich. Zu ihm pflegt sie nach eigenen Angaben einen sehr engen Kontakt. Sodann lebt noch eine Schwester in der Schweiz. Als weitere Familienangehörige in der Schweiz nannte die Beschuldigte eine Cousine, zu welcher sie indes nur losen Kontakt habe (Prot. I S. 9 ff., Prot. II. S. 8 ff.).

4.3 Aufgrund der massgeblichen Lebensumstände ist vorliegend eine enge Verwurzelung in der Schweiz nicht zu bejahen: Die Beschuldigte ist erst als Erwachsene in die Schweiz gekommen, hat zwar einen Partner, lebt aber nicht mit ihm zusammen und hat hier kein enges soziales Netz. Zwar sind ein Bruder und eine

Schwester der Beschuldigten ebenfalls hier wohnhaft, im Übrigen leben ihre engen Familienangehörigen indessen in Ecuador und anderen Ländern.

Wenn auch durchaus von einer wirtschaftlichen Integration dahingehend gesprochen werden kann, als die Beschuldigte für ihre Lebenshaltungskosten selbst aufkommt, ist doch vor genanntem Hintergrund zu den Lebensumständen festzuhalten, dass eine Integration in sozialer, gesellschaftlicher und kultureller Hinsicht fehlt. Dies manifestiert sich nicht zuletzt auch im Umstand, dass sie trotz langjähriger Aufenthaltsdauer in der Schweiz nach wie vor keine Landessprache erlernt hat. Zu Recht hat die Vorinstanz festgehalten, dass eine erfolgreiche Reintegration der Beschuldigten in Spanien oder Ecuador wahrscheinlicher erschiene, da sie die Landessprache spricht, in beiden Ländern bereits früher während längerer Zeit gearbeitet und gelebt hat sowie über Familienmitglieder verfügt (vgl. Urk. 44 S. 23).

Ebenso resümierte die Vorinstanz vor dargelegtem Hintergrund zu Recht, dass in casu die Landesverweisung keinen nicht hinnehmbaren Eingriff in die Daseinsbedingungen der Beschuldigten darstelle (Urk. 44 S. 23).

Damit muss ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegend verneint werden. Erwägungen zur Interessensabwägung erübrigen sich entsprechend, würden indessen vor dem Hintergrund der wiederholten Drogendelinquenz der Beschuldigten ohnehin zu ihren Ungunsten ausfallen.

5. Was die Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Union (FZA) betrifft, so hat das Bundesgericht zum Einfluss des (FZA) auf die Härtefallprüfung bei Angehörigen eines EU-Staates festgehalten, dass bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eine "spezifische Prüfung" unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen verlangt wird (BGE 130 II 176, E. 3.4.1). Das Bundesgericht verfolgt eine ausserordentlich restriktive Interpretation beim Aufenthaltsrecht bzw. der Ausnahmeklausel nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. Wesentliches Kriterium für einen Verzicht auf eine Landesverweisung nach FZA ist die Intensität der Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Betäubungsmittelhandel stellt eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Anhang I

des FZA dar (Urteil des Bundesgerichts 6B_149/2021 vom 3. Februar 2022, E. 2.7.2.; BGE 145 IV 364, E. 3.5.2). Dies ist im vorliegenden Fall nicht anders zu beurteilen. Dass sich die Beschuldigte eines qualifizierten Betäubungsmitteldelikts schuldig gemacht hat, stellt bereits für sich alleine ein schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Gesundheit dar. Hinzu kommt die häufige Delinquenz der Beschuldigten während den letzten Jahren, welche – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 57 S. 12) – für eine Rückfallgefahr spricht. Das FZA steht demnach einer Landesverweisung nicht entgegen.

6. Mit der Vorinstanz ist unter Verweis auf das leichte Verschulden sowie der im unteren Strafraumenbereich auszufällenden Freiheitsstrafe von 15 Monaten die Dauer der Landesverweisung auf 5 Jahre festzulegen.

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung und -verteilung (Dispositivziffern 8 bis 11) blieb unangefochten und bedarf somit keiner Korrektur oder Ergänzung. Weitere Erörterungen dazu erübrigen sich.

2. Soweit die Verteidigung Dispositivziffer 6 des vorinstanzlichen Entscheides (Einzahlung und teilweise Verwendung zur Deckung von Busse und Verfahrenskosten) angefochten hat, beschränkte sie sich inhaltlich auf das Vorbringen, dass die eingezogene Barschaft auch zur teilweisen Deckung der (neu zu verhängenden) Geldstrafe zu verwenden sei. Da – wie gezeigt – keine Verurteilung zu einer Geldstrafe erfolgt, erübrigt sich eine Anpassung der entsprechenden Dispositivziffer und selbige ist zu bestätigen.

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 GebV OG und § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG).

3.1. Im Berufungsprozess werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass

ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil des Bundesgerichts Nr. 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015, E. 2.4.1 m.w.H.).

3.2. Die Beschuldigte unterliegt vollumfänglich. Demgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, der Beschuldigten aufzuerlegen.

3.3. Was die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren anbelangt, so ist zu berücksichtigen, dass die Beschuldigte – wie ausgeführt – mit ihren Berufungsbegehren vollständig unterliegt. Entsprechend sind die Verteidigungskosten zwar einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es ist jedoch je ein Nachforderungsvorbehalt im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO anzubringen.

4. Die amtliche Verteidigung macht für ihre Aufwendungen und Barauslagen im Berufungsprozess Fr. 4'866.20 geltend (Urk. 56). Das geforderte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich grundsätzlich als angemessen. Mithin ist der amtliche Verteidiger mit einem Honorar von Fr. 4'866.20 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 7. April 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldpruch betreffend Übertretung des BetmG), 4 (Vollzug Busse / Ersatzfreiheitsstrafe), 7 (Herausgabe Mobiltelefon) und 8 bis 11 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

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

2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 15 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 52 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 300.—.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Dispositivziffer 6 des vorinstanzlichen Entscheides (betreffend Einziehung der beschlagnahmten Barschaft und Verwendung zur teilweisen Deckung der Busse und der Verfahrenskosten) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.— ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'866.20 amtliche Verteidigung
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht der Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Migrationsamt des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Bundesamt für Polizei fedpol, 3003 Bernund 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/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.
9. 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.

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 30. Juni 2023

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Bertschi

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald