

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B_747/2016

Urteil vom 27. Oktober 2016

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Bohren,
Beschwerdeführerin,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Gewerbsmässiger Betrug, Willkür, Entschädigung für rechtswidrige Haft,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 8. März 2016.

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Bülach bestrafte am 2. Juni 2015 X._____ wegen gewerbsmässigen Betrugs und mehrfachen Vergehens gegen Art. 105 AVIG mit einer bedingten Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu Fr. 30.--.

B.
Das Obergericht des Kantons Zürich beschloss am 8. März 2016 auf Berufung von X._____: das Urteil des Bezirksgerichts sei bezüglich der Dispositiv-Ziffer 1 (Schuldspruch wegen mehrfachen Vergehens gegen das AVIG), Ziff. 4 (Verwendung der beschlagnahmten Barschaft zur Kostendeckung), Ziff. 5 (Herausgabe von Gegenständen), Ziff. 6 (Nichteintreten auf die Schadenersatzbegehren) und Ziff. 7 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen.

Das Obergericht

1. erkannte X._____ des gewerbsmässigen Betrugs schuldig,
2. bestrafte sie mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.--, wovon 134 Tagessätze durch Untersuchungshaft geleistet sind,
3. schob den Vollzug der Geldstrafe auf,
4. stellte eine Verletzung des Beschleunigungsgebots fest,
5. sprach keine Genugtuung zu,
6. bestätigte die erstinstanzliche Kostenaufgabe,
7. setzte die obergerichtliche Gerichtsgebühr fest,
8. auferlegte die Kosten des Berufungsverfahrens zu drei Vierteln X._____ und nahm sie zu einem Viertel auf die Gerichtskasse; nahm die Kosten der amtlichen Verteidigung zu einem Viertel definitiv und zu drei Vierteln unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse.

C.

X. _____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen:

I. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Ihr die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren.

II. Beschwerde in Strafsachen

1. Dispositiv-Ziff. 1, 2, 5, 6, 8 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben,

2. sie vom Betrugsvorwurf freizusprechen,

3. die Strafe unter Berücksichtigung des Freispruchs herabzusetzen mit dem Hinweis, dass 134 Tage durch Haft geleistet worden sind.

III. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

1. Dispositiv-Ziff. 5, 6, 8 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben,

2. ihr eine Genugtuung von Fr. 12'000.-- zuzusprechen; eventuell die Sache zur Bestimmung der Höhe der Genugtuung an die Vorinstanz zurückzuweisen, subeventuell festzustellen, dass die Untersuchungshaft vom 21. Juli 2011 bis 5. September 2011 sowie der Polizeiverhaft vom 20. Februar bis 22. Februar 2013 unrechtmässig im Sinne von Art. 5 EMRK waren.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin begründet die subsidiäre Verfassungsbeschwerde mit BGE 135 IV 43 E. 1.1.3 vom 29. Oktober 2008. Seit dem Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 sind Entschädigung und Genugtuung rechtswidrig angewandter Zwangsmassnahmen nach Art. 431 StPO zu beurteilen. Wie die Vorinstanz in ihrer Rechtsmittelbelehrung annimmt, ist die Beschwerde in Strafsachen gegeben (vgl. zur Veröffentlichung vorgesehenes Urteil 6B_876/2015 vom 2. Mai 2016 E. 4 sowie Urteil 6B_1136/2015 vom 18. Juli 2016 E. 4.4.3). Die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels ist unschädlich (Urteile 6B_171/2015 vom 22. Dezember 2015 E. 1 und 5A_209/2016 vom 12. Mai 2016 E. 1.3).

1.2. In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG sowie Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; präzisierend zur Rechtsanwendung im Sinne von Art. 106 Abs. 1 und 2 BGG ist auf BGE 142 I 155 E. 4 zu verweisen). Dabei ist auf die Motivation des Urteils einzugehen und daran die geltend gemachte Bundesrechtsverletzung im Einzelnen darzulegen. Die Rechtsschrift hat die Begründung der Begehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG); blosser Verweisungen auf die Akten sind unbehelflich (BGE 140 III 115 E. 2). Auf eine bloss appellatorische Beschwerdeführung ist nicht einzutreten (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1, 317 E. 5.4, 369 E. 6.3; 140 III 264 E. 2.3). Im Übrigen legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 StGB).

2.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen den Schuldspruch wegen gewerbsmässigen Sozialversicherungsbetrugs.

2.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei im Gegensatz zu ihrem Ehemann verurteilt worden, weil die erste Instanz in den Akten Urkunden gefunden habe, die zeigen sollen, dass sie unter Hinweis auf die Meldepflicht nach Einkommen gefragt worden sei und ihr Einkommen dennoch verschwiegen habe. In der Anklage sei ihr dies nicht vorgeworfen worden, sondern lediglich, sie habe Einkommen gegenüber der Behörde verschwiegen. Die Vorinstanz impliziere offensichtlich, dass es der Verteidigung zumutbar gewesen sei, die Anklage hinsichtlich Arglist aufgrund der Akten zu ergänzen bzw. das reiche, wenn sich die Arglist aus den Akten ergebe.

Die Verteidigung habe nicht "in den Akten nach Handlungen und Beweisen zu suchen, die ein strafbares Verhalten darstellen und beweisen könnten, um dann im gleichen Atemzug darzulegen, warum die Handlung doch nicht strafbar sei bzw. dass die gefundenen Beweisstücke keine Beweise seien. Das wäre ein Durchbruch des kontradiktorischen Verfahrens und würde den Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verletzen" (Beschwerde Ziff. 13.4).

Der Vorinstanz schein es aber auch zu genügen, dass ihr die Meldepflicht bewusst gewesen sei sowie dass sie unvollständige Angaben gemacht habe, die ein falsches Gesamtbild entstehen liessen. Das werde aber in der Anklage nicht erwähnt. Das deliktische Verhalten müsse sich

vollständig aus der Anklage ergeben. Andernfalls wäre die Verteidigung stetig mit neuen Akten und Varianten konfrontiert. Die Verteidigung sei nur möglich, wenn das Immutabilitätsprinzip gelte.

2.2. Die Beschwerdeführerin bezeichnet weder eine Rechtsnorm, die verletzt sein sollte, noch legt sie eine aktenwidrige Sachverhaltsfeststellung dar noch setzt sie sich mit dem Urteil überhaupt konkret auseinander. Der Hinweis auf Art. 6 EMRK im Modus irrealis lässt sich nicht als Rüge interpretieren. Sachlich betrifft die Kritik den Anklagegrundsatz (Art. 9 StPO). Die Anklageschrift bezeichnet möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten (Art. 325 Abs. 1 lit. f. StPO). Sie bestimmt den Gegenstand des Gerichtsverfahrens und bezweckt den Schutz der Verteidigungsrechte (BGE 141 IV 132 E. 3.4.1; Urteil 6B_963/2015 vom 19. Mai 2016 E. 1.3.1). Zu beurteilen ist jeweils die konkrete Anklageschrift. Solange für die beschuldigte Person klar ist, welcher Sachverhalt ihr vorgeworfen wird, kann auch eine fehlerhafte und unpräzise Anklage nicht dazu führen, dass es zu keinem Schuldspruch kommen darf; entscheidend ist, dass für die beschuldigte Person keine Zweifel darüber bestehen, welches Verhalten ihr vorgeworfen wird. Die nähere Begründung der Anklage erfolgt an Schranken; es ist Sache des Gerichts, den Sachverhalt verbindlich festzustellen (Urteil 6B_111/2016 vom 26. April 2016 E. 1).

2.3. In der 30-seitigen Anklageschrift wird der Beschwerdeführerin an mehreren Stellen ausdrücklich gewerbsmässiger Betrug vorgeworfen (S. 2, 13, 21 und 30 [Schuldigsprechung im Sinne der Anklageschrift]).

Die Vorinstanz legt die inhaltlichen Anforderungen an die Anklageschrift dar (Urteil S. 6). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Die Vorinstanz beurteilt die implizit aufgeworfenen Beanstandungen ausführlich unter den Titeln "Relevanter Inhalt der vorliegenden Anklageschrift" (Urteil S. 7 und 8), "Würdigung der Beanstandungen" (S. 8-10) sowie "Verletzungen des rechtlichen Gehörs und des fairen Verfahrens" nach den Untertiteln geordnet: "Verletzungen des rechtlichen Gehörs durch die Staatsanwaltschaft" (S. 10 f.), "Verletzungen des rechtlichen Gehörs durch das Bezirksgericht Bülach" (S. 11) und "Verletzung des fairen Verfahrens durch die Polizei" (S. 12). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander.

2.4. Hinsichtlich des "Vorwurfs der Gewerbsmässigkeit" (Beschwerde Ziff. 14) verweist die Beschwerdeführerin auf die obigen Ausführungen (scil. oben E. 2.1) und hält fest, mit der Anklageschrift seien weder eine einmalige noch mehrere Betrugshandlungen angeklagt worden; die Vorinstanz müsse sich damit behelfen, auf die Akten zu verweisen.

Die Vorinstanz nimmt eine eingehende Sachverhaltsfeststellung mit tabellarischen Auflistungen vor (Urteil S. 12-24). Darauf geht die Beschwerdeführerin ebenso wenig ein wie auf die rechtliche Würdigung des für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG) festgestellten Sachverhalts (Urteil S. 24-29).

2.5. Die Beschwerdeführerin hält lapidar fest, die Strafe sei bei Gutheissung angemessen anzupassen; sie verzichte ausdrücklich auf entsprechende Anträge (Beschwerde Ziff. 15). Sie setzt sich mit dem Urteil S. 29-36 nicht auseinander.

2.6. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (oben E. 1.2).

3.

Die Beschwerdeführerin beantragt gestützt auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK Schadenersatz (in casu: Genugtuung).

3.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe im kantonalen Verfahren geltend gemacht, dass die Untersuchungshaft vom 21. Juli 2011 bis 5. September 2011 sowie der Polizeiverhaft vom 20. Februar bis 22. Februar 2013 rechtswidrig im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK gewesen seien, wobei sie anerkannt habe, dass die Haft jeweils unter Beachtung des innerstaatlichen Rechts angeordnet worden sei (Beschwerde Ziff. 16.1). Die EMRK gewähre einen effektiven Schutz im konkreten Fall, weshalb in jedem Fall zu prüfen sei, ob die Haft wirklich nötig war; sie könne sich durchaus erst nachträglich als unnötig herausstellen. Sie korrigiere aber aufgrund des Urteils, dass die Haft erst ab dem 31. Juli 2011 (recte) rechtswidrig gewesen sei (Ziff. 16.3). Die aus der Standortauswertung gezogenen Erkenntnisse wären mit geringerem Zeitaufwand möglich gewesen, weshalb das Zuwarten während drei Wochen in einem Haftfall eine Rechtsverzögerung darstelle (Ziff. 16.3, S. 11). Es möge nötig gewesen sein, sie wegen des Betm-Verdachts bis zum Vorliegen der Standortauswertung am 31. Juli 2011 in Haft zu behalten. Der schon schwache Anfangsverdacht habe sich nicht erhärten lassen. Das Zuwarten bis zum 5. September 2011 sei rechtswidrig gewesen, was sich

daraus zeige, dass sie an diesem Datum ohne neue Erkenntnisse entlassen worden sei (Ziff. 16.4, S. 11 f.). Das der Freiheitsentzug vom 20. bis zum 22. Februar 2013 nicht nötig gewesen sei, habe die Haftrichterin festgestellt, weshalb das Haftgesuch abgewiesen worden sei (Ziff. 16.5).

Das Urteil sei aktenwidrig und willkürlich, wenn und soweit es gestützt auf act. 3/6 und 13/6 feststelle, die Haft vom 31. Juli 2011 bis 5. September 2011 sei nötig gewesen. Es sei überspitzt formalistisch, soweit es act. 3/6 deshalb als nötige Untersuchungshandlungen im Zusammenhang mit einem Betm-Delikt bezeichne, weil sie in völlig nebensächlicher Weise ausgesprochen worden seien (Ziff. 16.6). Sie stütze ihre Genugtuungsforderung auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK. Nach Art. 431 Abs. 2 und 3 StPO habe sie keinen Anspruch, weil die Haft an die Strafe für den Sozialhilfebetrug etc. angerechnet werde (Ziff. 16.7). Es sei nicht zulässig, eine Entschädigung mit Hinweis auf die Bestrafung wegen eines anderen Delikts zu verweigern, und noch weniger könne ein rechtswidriger Freiheitsentzug unter dem strikten Abschottungsregime der Untersuchungshaft durch die Anrechnung an eine bedingte Strafe angemessen entschädigt werden (Beschwerde S. 13).

3.2. Sind gegenüber der beschuldigten Person rechtswidrige Zwangsmassnahmen angewandt worden, so spricht ihr die Strafbehörde eine angemessene Entschädigung und Genugtuung zu (Art. 431 Abs. 1 StPO); im Fall von Untersuchungs- und Sicherheitshaft besteht der Anspruch, wenn die zulässige Haftdauer überschritten ist und der übermässige Freiheitsentzug nicht an die wegen anderer Straftaten ausgesprochenen Sanktionen angerechnet werden kann (Art. 431 Abs. 2); der Anspruch nach Absatz 2 entfällt, wenn die beschuldigte Person zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt wird, deren Dauer die ausgestandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft überschreitet (Art. 431 Abs. 3 lit. b).

Art. 431 Abs. 1 StPO gewährleistet den Anspruch bei rechtswidrigen Zwangsmassnahmen. Art. 431 Abs. 2 StPO betrifft die Überhaft, bei welcher nicht die Haft per se, sondern die Haftlänge ungerechtfertigt ist (BGE 141 IV 236 E. 3.2; Urteil 6B_182/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 1.3.2). Gemäss Art. 431 Abs. 3 lit. b StPO besteht kein Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung, wenn die bedingt oder unbedingt ausgesprochene Strafe die Dauer der erstandenen Haft nicht überschreitet (BGE 141 IV 236 E. 3.3; Urteil 6B_9/2015 vom 20. Juli 2015 E. 1.6). Ebenso verhält es sich bei Anrechnung des vorzeitigen Strafvollzugs (Urteil 6B_571/2015 vom 14. Dezember 2015 E. 2). Dass die beschuldigte Person in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine Verhaltensnorm versties, die Einleitung des Verfahrens schuldhaft veranlasste oder (teilweise) verurteilt wurde, ist für die Überhaftentschädigung ohne Belang. Soweit der Freiheitsentzug die tatsächlich ausgefallte Sanktion übersteigt, hat das Gericht neben der Anrechnung die Überhaft abzugelten (Urteil 6B_182/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 1.3.4 und 1.3.5).

3.3. Die Beschwerdeführerin hatte im kantonalen Verfahren "anerkannt, dass die Haft jeweils unter Beachtung des innerstaatlichen Rechts angeordnet wurde" (oben E. 3.1; Beschwerde Ziff. 16.1). Sie anerkennt, "gestützt auf Art. 431 Abs. 2 und 3 StPO [habe] sie keinen Anspruch auf Genugtuung" (a.a.O., Ziff. 16.7). Sie beantragt eine Genugtuung gestützt auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK, weil die Haft gemäss Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK rechtswidrig gewesen sei (a.a.O., Ziff. 16.7). Diese Argumentation ist zumindest schwer nachvollziehbar.

3.3.1. Konventionsrechtlichen Anspruch auf Schadenersatz hat jede Person, "die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist" (Art. 5 Ziff. 5 EMRK). Die Beschwerdeführerin beruft sich für eine Verletzung "dieses Artikels" auf die Bestimmung von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK. Danach darf die Freiheit "nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden", was die Beschwerdeführerin "innerstaatlich" anerkennt. Der konventionsrechtlich normierte Fall, auf den sie sich beruft, lautet:

"rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Tatverdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;"

Nach dieser Bestimmung kann Untersuchungshaft u.a. angeordnet werden, wenn der dringende Tatverdacht in Bezug auf ein Verbrechen oder Vergehen sowie Wiederholungsgefahr im Sinne von Art. 221 Abs. 1 StPO besteht. Die Anordnung bzw. Fortsetzung von strafprozessualer Haft wegen Wiederholungsgefahr kann dem Verfahrensziel der Beschleunigung dienen, indem verhindert wird, dass sich der Strafprozess durch immer neue Delikte kompliziert und in die Länge zieht. Die Präventivhaft muss allerdings verhältnismässig sein; die hypothetische Wahrscheinlichkeit der Verübung geringfügiger Straftaten genügt nicht (Urteile 1B_3/2015 vom 27. Januar 2015 E. 2.3 f. und 1B_95/2015 vom 14. April 2015 E. 2.2; ebenso wenig genügt ein allgemeiner Verdacht: BGE 142 I

121 E. 3.6.5 S. 133).

.I. Die Vertragsstaaten haben für den Fall der konventionswidrigen Haft einen effektiv gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf finanzielle Entschädigung zu garantieren, wobei dieser Anspruch neben anderen Anspruchsgrundlagen stehen kann (KARPENSTEIN/MAYER, EMRK, 2. Aufl. 2015, Rz. 133, 137 zu Art. 5 EMRK; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 21 Rz. 55).

3.3.2. Untersuchungshaft ist zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ein Haftgrund im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. a, b oder c StPO besteht (zu den Haftgründen der Wiederholungsgefahr Urteil 1B_201/2016 vom 21. Juni 2016 E. 3.1 sowie der Fluchtgefahr Urteile 1B_240/2016 vom 2. August 2016 E. 2.2 und 1B_283/2016 vom 26. August 2016 E. 4.3.1 [im Vordergrund steht eine mögliche Flucht ins Ausland]). Weiter besteht der Haftgrund der Kollusion. Die Untersuchungshaft wegen Kollusionsgefahr soll verhindern, dass eine beschuldigte Person die Freiheit dazu missbraucht, die wahrheitsgetreue Abklärung des Sachverhalts zu vereiteln oder zu gefährden. Dabei genügt die theoretische Möglichkeit, dass sie in Freiheit kolludieren könnte nicht, um die Fortsetzung der Haft unter diesem Titel zu rechtfertigen, vielmehr müssen konkrete Indizien für eine solche Gefahr sprechen (Urteil 1B_404/2014 vom 7. Januar 2015 E. 2.2).

3.3.3. Gemäss Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK hat eine in strafprozessualer Haft gehaltene Person Anspruch darauf, innerhalb einer angemessenen Frist richterlich beurteilt oder während des Strafverfahrens aus der Haft entlassen zu werden (Urteil 1B_283/2016 vom 26. August 2016 E. 5.2 und E. 5.5 [die Angemessenheit der Haft lässt sich nicht abstrakt berechnen]). Eine übermässige Haftdauer stellt eine unverhältnismässige Beschränkung dieses Grundrechts dar. Art. 212 StPO regelt die Grundsätze der Aufhebung von Zwangsmassnahmen. Eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips liegt insbesondere vor, wenn die Haft die Dauer der zu erwartenden Strafe übersteigt (Art. 212 Abs. 3 StPO). Der Richter darf die Haft nur so lange erstrecken, als sie nicht in grosse zeitliche Nähe der konkret zu erwartenden Dauer der Sanktion rückt (Urteil 1B_240/2016 vom 2. August 2016 E. 3.2; zur Verfahrensbeschleunigung Urteil 1B_95/2015 vom 14. April 2015 E. 3.1).

3.3.4. Nach konstanter Rechtsprechung stellt Art. 5 Ziff. 5 EMRK eine eigenständige und direkte Haftungsnorm dar (BGE 125 I 394 E. 5a und E. 5g). Die StPO geht über den Minimalanspruch der EMRK hinaus und sieht eine angemessene Entschädigung und Genugtuung generell für den Fall vor, dass gegenüber der beschuldigten Person "rechtswidrige" Zwangsmassnahmen angeordnet wurden (Niklaus O BERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012, Rz. 1746).

.I. Unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK setzt die Rechtmässigkeit der Haft die ausreichende rechtliche Grundlage und die willkürfreie Haftentscheidung voraus. Zu prüfen sind Haftgründe, wenn das innerstaatliche Recht solche aufstellt, sowie die Verhältnismässigkeit. Untersuchungshaft ist nur solange rechtmässig, wie sie sich noch auf gesetzliche oder richterliche Anordnungen stützen kann (KARPENSTEIN/MAYER, a.a.O., Rz. 53-55 zu Art. 5 EMRK). Der Freiheitsentzug muss in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen innerstaatlichen Verfahren erfolgen. Die Präventiv- und Untersuchungshaft dient der Sicherung der strafrechtlichen Untersuchung, wobei nicht verlangt ist, dass die Haft durch den Richter angeordnet wird (GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., § 21 Rz. 11 f., 23).

3.3.5. Das Bundesgericht hatte im Urteil 6B_960/2013 vom 22. Mai 2014 E. 2.3 ausgeführt, rechtswidrig seien Zwangsmassnahmen nur dann, wenn sie von allem Anfang an ungesetzlich waren. Die blossе Tatsache, dass sie sich im Nachhinein als unberechtigt erwiesen, weil die Rechtsmittelinstanz die Voraussetzungen in Ausübung ihres Ermessens anders beurteile, lasse die Zwangsmassnahme als ungerechtfertigt, nicht aber als rechtswidrig erscheinen. Das Bundesgericht liess offen, ob sich bei qualifizierter Rechtswidrigkeit ein Entschädigungsanspruch unmittelbar gestützt auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK ergeben könnte, der von der Regelung in der Strafprozessordnung nicht erfasst würde (das gilt ebenso für die Untersuchungshaft, da für diese gemäss Art. 221 StPO dieselben Voraussetzungen gelten).

3.4. Mit Hinweis auf das zitierte Urteil 6B_960/2013 prüft die Vorinstanz hinsichtlich einer konventionsrechtlichen Entschädigung, ob rechtmässige Haft vorlag (Urteil S. 37). Die Vorinstanz stellt fest: Die Beschwerdeführerin wurde am 28. April 2011 primär wegen des Verdachts, in schwere Betäubungsmitteldelikte ihres Ehemannes verwickelt zu sein, in Haft gesetzt.

In der gemeinsamen Wohnung waren kurz zuvor - teils offen daliegend - eine insgesamt grösser Menge harter Drogen (rund 1,6 kg Heroingemisch) sowie Streckmittel, Utensilien und Spuren, die auf eine mögliche Weiterverarbeitung hindeuten, gefunden worden, ausserdem stark riechendes Marihuana bzw. Haschisch. Die Beschwerdeführerin bestritt zwar, damit etwas zu tun zu haben (sondern damals in Portugal gewesen zu sein), und ihr Ehemann entlastete sie in den Einvernahmen, doch widersprachen sich die Aussagen der beiden teils in wesentlichen Punkten und erschienen ihre Aussagen im damaligen Zeitpunkt auch sonst zweifelhaft, weshalb die Haftverlängerungs-Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts Bülach vom 27. Juli 2011 und der Beschwerdeentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. August 2011 einen dringender Tatverdacht weiterhin bejahten, die Fluchtgefahr als nach wie vor gegeben erachteten, die Haft als verhältnismässig beurteilten und die Rügen verwarfen. Der Entscheid erwuchs in Rechtskraft (Urteil S. 37 f.).

Die Vorinstanz führt weiter aus, davon abgesehen würden sich aus den Akten auch sonst keinerlei Anhaltspunkte ergeben, dass die Beschwerdeführerin im genannten Zeitraum widerrechtlich in Haft gesetzt und gehalten worden wäre. Die Argumentation, schon am 21. oder 28. Juli 2011 sei aufgrund der Standortauswertung festgestanden, dass sie nicht als Täterin in Frage komme, und es seien danach keine Untersuchungshandlungen mehr vorgenommen worden, weshalb sie schon bei Sommerbeginn hätte aus der Haft entlassen werden müssen, verfange nicht. Das von der Verteidigung angeführte act. HD 13/5 zeige, dass die polizeilich erstellte Liste der Standorte erst vom 31. Juli 2011 datiert sei (was die Beschwerdeführerin anerkennt; oben E. 3.1, ad Ziff. 16.3 ["das trifft zu"] und 16.4). Aus dem act. 13/6 ergebe sich, dass am 19. August 2011 eine Dokumentation der Kantonspolizei über die "Erkenntnisse über die Rufnummern und deren Besitzer aus den rückwirkenden Telefonkontrollen" fertig gestellt wurde; der Ehemann sei zudem am 31. August 2011 zu den Betäubungsmitteldelikten befragt worden (act. HD 3/6), wobei auch die Beteiligung der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der jüngsten Erkenntnisse zur Sprache gekommen sei (was die

Beschwerdeführerin ohne weitere Begründung als "gering und lapidar" bzw. "aktenwidrig und willkürlich" sowie "überspitzt formalistisch" tituliert [oben E. 3.1, ad Ziff. 16.3 bzw. ad Ziff. 16.6]). Kontinuierlich seien Handlungen vorgenommen worden, die für den Entscheid über die Haftentlassung von Belang gewesen seien. Von einem Fehlverhalten im Vorverfahren, das zu einer Entschädigung führen könnte, könne nicht die Rede sein (Urteil S. 38).

Zur Haft vom 20. bis 22. Februar 2013 führt die Vorinstanz aus (Urteil S. 38 f.), es sei statthaft, eine tatverdächtige Person (die Beschwerdeführerin wurde damals neu verdächtigt, im Zusammenwirken mit ihrem Ehemann zwei Personen aus dem Iran gegen Entgelt illegal in die Schweiz geschleust und gegen das Ausländergesetz verstossen zu haben) in Haft zu halten, bis ein Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts ergehen könne; die dabei zu beachtenden Fristen seien soweit ersichtlich eingehalten worden. Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, dass die Polizei zum Polizeiverhaft innerstaatlich ermächtigt gewesen sei, ändere nichts daran, dass die Haft im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK rechtswidrig gewesen sei (oben E. 3.1, ad Ziff. 16.5).

Im Ergebnis verneint die Vorinstanz eine Überhaft und rechnet die erstandene Untersuchungshaft von 134 Tagen auf die 180 Tagessätze Geldstrafe an (Urteil S. 36 f.).

3.5. Der Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung besteht bei qualifiziert rechtswidriger Haft (Art. 431 Abs. 1 StPO) sowie wenn durch Untersuchungshaft verursachte Überhaft "nicht an die wegen anderer Straftaten ausgesprochenen Sanktionen angerechnet werden kann" (Art. 431 Abs. 2); der Anspruch entfällt, wenn die Untersuchungshaft auf die Sanktion angerechnet werden kann (Art. 431 Abs. 3 lit. b StPO). Denn das Gericht rechnet die Untersuchungshaft, "die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an" (Art. 51 StGB). Für die Anrechnung entspricht ein Tagessatz Geldstrafe einem Tag Freiheitsstrafe (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 und Art. 51 Satz 2 StGB).

3.5.1. Für die Anrechnung gemäss Art. 51 StGB ist keine Tatidentität erforderlich. Nach dem Grundsatz der Tatidentität könnte die Untersuchungshaft nur insoweit angerechnet werden, als sie wegen einer Handlung ausgestanden wurde, für welche die beschuldigte Person bestraft wurde (BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 154 f.). Ebenso wenig ist erforderlich, dass die Anrechnung im gleichen Verfahren erfolgt, in welchem die Untersuchungshaft ausgestanden wurde (BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 155). Ratio legis ist der Grundsatz des Realausgleichs des Eingriffs in die persönliche Freiheit. Im Einklang mit Art. 51 StGB stellt Art. 431 Abs. 2 StPO daher die Regel auf, dass Überhaft primär an eine andere Sanktion anzurechnen ist und nur insoweit zu entschädigen ist, als keine Anrechnung erfolgen kann. Die beschuldigte Person hat kein Wahlrecht. Sie hat gegebenenfalls in Kauf zu nehmen, dass eine an sich mögliche Entschädigung wegen Anrechnung entfällt (Urteil 1B_179/2011 vom 17. Juni 2011 E. 4.2).

3.5.2. Entfällt eine Entschädigung durch den primär über eine Anrechnung zu erfolgenden Realausgleich, entfällt auch der Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 5 Ziff. 5 EMRK (vgl. WEHRENBURG/FRANK, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 26 zu Art. 431 StPO). Diese Rechtsfolge erscheint bei rechtmässiger Haft als selbstverständlich.

Die Frage der Anrechnung der Untersuchungshaft auf die verhängte Strafe wird in der konventionsrechtlichen Rechtsprechung von Fall zu Fall entschieden (FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, S. 118 mit Fn. 281). Eine Verletzung von Art. 5 EMRK liegt jedenfalls nicht notwendig schon vor, wenn die Entscheidung über die Freiheitsentziehung später aufgrund abweichender tatsächlicher oder rechtlicher Würdigung aufgehoben wird (MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, Rz. 96 zu Art. 5 EMRK).

3.6. Die Beschwerdeführerin trägt eine faktenfreie rechtstheoretische Argumentation vor, ohne sich mit dem massgebenden Sachverhalt (oben E. 3.4) überhaupt auseinanderzusetzen. Eine derartige Kritik ist appellatorisch und unbehelflich (oben E. 1.2).

3.6.1. Die Untersuchungshaft-Anordnung wegen des Verdachts der schweren Betäubungsmittelkriminalität wurde vom Zwangsmassnahmengericht und in der Folge vom Obergericht geschützt. Die Polizeiverhaftung wegen Verdachts von Schlepperdiensten wurde vom Zwangsmassnahmengericht aufgehoben. Die Zwangsmassnahmen waren nicht von Anfang an ungesetzlich. Es wurde ein effektiver Rechtsschutz gewährt. Die Beschwerdeführerin wurde aus beiden Haftanordnungen bereits in den Vorverfahren entlassen, weil die Inhaftierung im ersten Fall nicht mehr notwendig war und im zweiten Fall gerichtlich nicht bewilligt wurde (Art. 212 Abs. 2 lit. b StPO). Die Haftanordnungen waren für die Dauer ihrer Anordnung gerechtfertigt und stellten sich erst nachträglich aufgrund des Untersuchungsergebnisses bzw. des massnahmengerichtlichen Entscheids als ungerechtfertigt heraus. Die Fortdauer der Untersuchungshaft wird erst dann nicht mehr konventionsgerecht, wenn kein Haftgrund mehr vorliegt oder die beschuldigte Person entgegen einer gerichtlichen Entscheidung nicht entlassen wird (MEYER-LADEWIG, a.a.O., Rz. 33 f. zu Art. 5 EMRK; oben E. 3.3.4). Diese Eventualitäten werden einerseits von der Beschwerdeführerin nicht aktengestützt aufgrund der konkreten Tatsachenbasis dargelegt (oben E. 2.1), sondern lediglich frei behauptet, während andererseits für ein Vorliegen dieser Eventualitäten keine Tatsachen ersichtlich sind. Waren die gesetzlichen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Anordnung gegeben, erweist sich die Massnahme nicht nachträglich als rechtswidrig, nur weil in der Zwischenzeit der hinreichende bzw. dringende Tatverdacht entfallen ist und es letztendlich zu einer Einstellung des Verfahrens kommt (OBERHOLZER, a.a.O., S. 615).

Die Haftdauer wird in vollem Umfang und gesetzeskonform realiter auf die ausgefallte Strafe angerechnet. In dieser Konstellation der rechtmässigen Untersuchungshaft und gesetzlichen Anrechnung ist wie nach der StPO ebenso ein unmittelbar auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK gestützter Schadenersatzanspruch (Genugtuung) zu verneinen. Es besteht damit kein Rechtsgrund, "wenigstens die Rechtswidrigkeit der Haft festzustellen" (Beschwerde Ziff. 16.10).

3.6.2. Angesichts der Beschwerdeführung ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz das Beschleunigungsgebot sowie das rechtliche Gehör bzw. faire Verfahren im Vorverfahren als verletzt erachtet (Urteil S. 32 ff., 35).

Diese Entscheidung hängt von der Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles ab. So wird etwa das Beschleunigungsgebot nicht verletzt, wenn der Behörde aufgrund der Umstände des Falles ein früherer Entscheid vernünftigerweise nicht möglich war. Das Gericht hat eine Verletzung im Urteilsdispositiv ausdrücklich festzuhalten und gegebenenfalls darzulegen, inwiefern es der Verletzung, beispielsweise in den Kostenfolgen, Rechnung trägt (Urteil 6B_1001/2015 vom 29. Dezember 2015 E. 8.3). Die Vorinstanz hält fest, die Belastung der Staatsanwaltschaft könne nicht dazu führen, dass ein damals bereits seit mehr als zwei Jahren laufendes Verfahren rund zehn Monate ohne nennenswerte Untersuchungshandlungen liegen blieb und der Verteidigung ihr zustehende Auskünfte nicht erteilt wurden. Sie beurteilt die Rechtsverletzung im Vorverfahren als "nicht schwer", berücksichtigt sie indessen in erheblichem Umfang von 40 Tagessätzen (entsprechend 40 Tagen Freiheitsstrafe) strafmindernd und stellt die Verletzung im Urteilsdispositiv fest.

3.7. Die Beschwerde ist unbegründet.

4.

Bei diesem Verfahrensausgang ist auf die übrigen nicht weiter begründeten Rechtsbegehren nicht mehr einzutreten.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) ist als aussichtslos zu bezeichnen und abzuweisen (Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 64 Abs. 1 BGG; vgl. BGE 138 III 217 E. 2.2.4; 129 I 129 E. 2.3.1). Die Beschwerde betraf faktisch ausschliesslich strafprozessuale und konventionsrechtliche Gesichtspunkte. Die Gerichtskosten sind entsprechend festzusetzen und angesichts der geltend gemachten finanziellen Lage der Beschwerdeführerin praxismässig herabzusetzen (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 800.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Oktober 2016

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw