

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120176-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Burger, Ersatz-
oberrichter lic. iur. Amacker sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.
Laufer

Urteil vom 17. August 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter, Erstberufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. Bebié,

Anklägerin, Zweitberufungsklägerin und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom
12. Januar 2012 (DG110316)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 7. Oktober 2011 (Urk. 23) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 al. 3 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff.2 lit. a aBetmG;
 - sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen das Umweltschutzgesetz im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. m und o USG.
2. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen von den Vorwürfen
 - der mehrfachen Widerhandlung gegen das Gewässerschutzgesetz;
 - der mehrfachen Widerhandlung gegen das Umweltschutzgesetz (Ausfuhr von Abfällen);
 - der mehrfachen Übertretung des Abfallgesetzes des Kantons Zürich
 - sowie des Nichtanzeigens eines Fundes im Sinne von Art. 332 StGB.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten, wovon bis und mit heute 269 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (15 Monate, abzüglich 269 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

5. Die sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der Lager-Nr. ... aufbewahrten Drogen und Drogenutensilien (HD act. 18/6) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Oktober 2011 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 300.– (Barkaution Nr. ...) wird definitiv beschlagnahmt und zur Urteilsvollstreckung verwendet.
7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Oktober 2011 beschlagnahmten Gegenstände (Sachkaution Nr. ...) werden dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herausgegeben:
 - 1 Mobiltelefon Nokia, IMEI-Nr. ...;
 - 1 Mobiltelefon Nokia, IMEI-Nr. ...;
 - 1 Mobiltelefon Nokia, IMEI-Nr. ...;
 - 1 Mobiltelefon Nokia, IMEI-Nr. ...;
 - 1 Mobiltelefon Nokia, IMEI-Nr.

Macht der Beschuldigte nicht innert 60 Tagen seit der Rechtskraft dieses Entscheids seinen Anspruch geltend, so werden die Telefone vernichtet.

8. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Oktober 2011 beschlagnahmte ... Reisepass [des Staates B.____], lautend auf C.____, geb. tt.mm.1973, (Sachkaution Nr. ...) wird der ... Botschaft [des Staates B.____] - nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils - von der Lagerbehörde zugestellt.
9. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	4'000.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.		Kosten Kantonspolizei
Fr.	3'000.–	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.	3'360.–	Auslagen Untersuchung
Fr.	12'021.20	amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, inkl. derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, soweit sie nicht durch die Beschlagnahme gedeckt sind. Eine Nachforderung sämtlicher Kosten erfolgt, sobald es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten erlauben.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 84 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe vollumfänglich freizusprechen.
2. Die beschlagnahmte Barschaft von CHF 300.– sei dem Beschuldigten herauszugeben.
3. Dem Beschuldigten sei eine Entschädigung von CHF 50'000.– auszurichten.
4. Ihm sei zudem eine Genugtuung von CHF 60'000.– zuzusprechen.
5. Die Verfahrenskosten seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
6. Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft und deren Anträge seien abzuweisen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(Urk. 83 S. 1)

1. Die Freiheitsstrafe von 30 Monaten sei unter Anrechnung der erstandenen Haft vollumfänglich zu vollziehen (Ziffer 4 des Dispositives).
2. Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils in den übrigen Ziffern des Dispositives bzw. Feststellung der Rechtskraft derselben.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Am 7. Oktober 2011 wurde gegen den Beschuldigten Anklage erhoben (Urk. 23). Auf den 12. Januar 2012 wurde zur Hauptverhandlung geladen. Im Anschluss daran wurde das Urteil eröffnet und begründet (Prot. I S. 13). Mit Eingabe vom 14. Januar 2012 erhob der Beschuldigte (Urk. 47), mit Eingabe vom 17. Januar 2012 die Anklagebehörde je Berufung (Urk. 54). Daraufhin wurde den Parteien das begründete Urteil zugestellt und der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 16. März 2012 seine Berufungsanträge stellen und begründen (Urk. 63). Mit Eingabe vom 19. März 2012 zog die Anklagebehörde ihre Berufung zurück (Urk. 64), um mit neuerlicher Eingabe vom 19. April 2012 Anschlussberufung zu erklären (Urk. 68). Mit Präsidialverfügung vom 29. Juni 2012 wurde der Beschuldigte per 17. Juli 2012 aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen und der Antrag der Anklagebehörde auf Anordnung von Sicherheitshaft abgelehnt (Urk. 77).

II. Beanstandungen und Teilrechtskraft

1. Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung auf den Schuldspruch gemäss Ziff. 1 des Urteils, die Sanktion und den Vollzug derselben gemäss den Ziff. 3 und 4, die Beschlagnahme gemäss Ziff. 6 und die Kostenfolge gemäss Ziff. 9, wobei dazu die Zusprechung einer Entschädigung und Genugtuung beantragt wurde (Urk. 63 S. 2). Auf die einzelnen Beanstandungen ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.
2. Die Anklagebehörde erhob hinsichtlich des gewährten teilbedingten Vollzuges der Strafe Anschlussberufung. Es wurde der Vollzug der gesamten Strafe verlangt (Urk. 68).

3. Nicht angefochten wurden somit die Freisprüche von den Vorwürfen der mehrfachen Widerhandlung gegen das Gewässerschutzgesetz, der mehrfachen Widerhandlung gegen das Umweltschutzgesetz, der mehrfachen Übertretung des Abfallgesetzes sowie des Nichtanzeigens eines Fundes gemäss Ziff. 2 des vorinstanzlichen Urteils. Dasselbe gilt hinsichtlich der Verfügungen bezüglich der sichergestellten Betäubungsmittel und -utensilien im Sinne von Ziff. 5 und die angeordnete Herausgabe der sichergestellten Gegenstände gemäss Ziff. 7 und 8 sowie die Kostenaufstellung gemäss Ziff. 9. In diesen Punkten ist der Entscheid der Vorinstanz somit rechtskräftig geworden (Art. 402 StPO), was vorab festzustellen ist.

III. Prozessuale Einwendungen

1. Die Verteidigung bringt im Berufungsverfahren, gleich wie im erstinstanzlichen Hauptverfahren, die folgenden prozessrechtlichen Rügen vor:

1.1. Die Verteidigung erneuert ihre schon im erstinstanzlichen Verfahren angebrachte Kritik an der Hausdurchsuchung in der Wohnung des Beschuldigten, wonach diese unrechtmässig erfolgt sei und die dabei erlangten Beweismittel unverwertbar seien (Urk. 42 S. 4; Urk. 63 S. 2 ff.; Urk. 84 S. 3 ff.). Die Vorinstanz hat sich in ihrem Entscheid ausführlich mit den entsprechenden Vorbringen der Verteidigung auseinandergesetzt und ist gestützt auf ihre sorgfältigen und überzeugenden Erwägungen zum Schluss gekommen, dass die anlässlich der Hausdurchsuchung erlangten Beweismittel verwertbar seien (Urk. 62 S. 6). Es kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden, insbesondere auf den Umstand, dass tatsächlich Gefahr in Verzug war. Der besonderen Erwähnung bedarf, dass die Sache nun nicht einfach rückwirkend und mit dem derzeitigen Wissensstand bewertet werden darf, sondern vielmehr das Vorgehen der Polizeibeamten im Lichte der damals tatsächlich angetroffenen Situation zu beurteilen ist. Auf Grund der angetroffenen Drogenmenge und der Verpackung in Form von Fingerlingen musste die Polizei nicht mehr nur den Verdacht schöpfen, dass es sich vorliegend um den Umgang mit

Kleinstmengen, sondern um eine Station unmittelbar nach der Einfuhr der Drogen handelt, wo es regelmässig um grosse Mengen mit hohem Reinheitsgehalt und der Verteilung der Ware an Mittelsmänner geht. Typischerweise sind Besitzer von Fingerlingen, welche nicht selber Transporteure sind, in der oberen Hierarchiestufe anzusiedeln, welche auch mit der Organisation des Drogenvertriebs betraut sind, womit zum damaligen Zeitpunkt der dringende Verdacht, dass der Beschuldigte in einen schweren Fall von Drogenkriminalität verwickelt sein könnte, ohne weiteres gegeben war. Dass der Beschuldigte in seiner Wohnung tatsächlich mit seiner Ehefrau zusammenwohnte und diese in den Drogenhandel nicht involviert war, ist heute zwar bekannt. Dass die damals handelnden Polizeibeamten zum damaligen Zeitpunkt und unter den damaligen Umständen nicht einfach davon ausgehen durften, dass dem so ist, sondern vielmehr den Verdacht schöpfen mussten, dass sich in der Wohnung des Beschuldigten weitere Personen aufhalten würden, welche bei seinem Nichterscheinen Verdacht schöpfen und sämtliches Drogenmaterial und Spuren verschwinden lassen würden, ist mehr als nur nachvollziehbar. So gesehen ist bei einer Beurteilung der Situation auf Grund der damaligen Verhältnisse, des damaligen Wissensstandes der Polizei und der damaligen Verdachtslage sehr wohl von einem Fall von erheblicher Gefahr in Verzug und Verdacht auf ein schweres Betäubungsmitteldelikt auszugehen. Die so erlangten Beweise wären im Übrigen selbst dann verwertbar, wenn sich die Annahme der Gefahr in Verzug aus heutiger Sicht als falsch herausstellen würde (BSK StPO-Gfeller, Art. 241 N 41).

Bei den Protokollen zur Hausdurchsuchung fällt auf, dass die Ehefrau des Beschuldigten in der ehelichen Wohnung zugegen war und die Protokolle quittiert hat (Urk. 18/2; Urk. 18/3). Ob dies als Einwilligung im Sinne von Art. 244 Abs. 1 StPO zu qualifizieren ist, kann offen bleiben, denn vorliegend wäre auch die ausdrückliche Einwilligung des Mitinhabers der zu durchsuchenden Räume, des Beschuldigten, notwendig gewesen (BSK StPO Thormann/Brechbühl, Art. 244 N 9), was nicht der Fall ist und welche auf Grund seiner Verweigerungshaltung hinsichtlich den übrigen Untersuchungshandlungen (Urk. 18/4-5) auch nicht vermutet werden darf.

1.2. Weiter wurde gerügt, dass die Anklagebehörde dem Beschuldigten in der Untersuchung fälschlicherweise vorgehalten habe, dass laut Spurenbericht des Forensischen Instituts ab den im Kellerabteil sichergestellten Knittersäcken mit Drogen DNA Spuren des Beschuldigten hätten sichergestellt werden können, was nachweislich falsch sei, welche Vorgehensweise die Vorinstanz nicht einer Überprüfung auf Art. 140 StPO unterzogen habe (Urk. 63 S. 3). Mit Verweis auf seine Ausführungen vor Vorinstanz verlangte der Verteidiger, dass sämtliche Aussagen des Beschuldigten, welche sich auf den unzutreffenden Vorhalt der Staatsanwaltschaft beziehen, nicht verwertbar seien, da es sich dabei um eine täuschende Beweiserhebung handle (Urk. 42 S. 7).

Dazu gilt es, mit der Vorinstanz, festzuhalten, dass die Frage der Verwertbarkeit dieser Aussageteile nicht weiter überprüft zu werden braucht, da diese für die Beweisführung nicht verwendet wurden.

1.3. Auch die erneut vorgetragene Rüge, wonach die Ehefrau des Beschuldigten hätte als Auskunftsperson und nicht als Zeugin einvernommen werden müssen (Urk. 63 S. 3; Urk. 84 S. 5 f.), hat die Vorinstanz materiell bereits ausführlich und zutreffend behandelt und die Schlussfolgerung, wonach zu Recht eine Einvernahme als Zeugin erfolgte, ist zutreffend (Urk. 62 S. 7).

Entsprechend dem Wortlaut von Art. 178 lit. d. kommt die Einvernahme als Zeuge nur dann in Frage, wenn die Täterschaft oder Beteiligung der betreffenden Person ausgeschlossen werden kann. Als Täter ausgeschlossen ist eine Person nicht erst dann, wenn die Unschuld positiv bewiesen ist, sondern wenn überhaupt kein Verdacht besteht.

Zudem ist die Diskussion in der vorliegenden Konstellation, wo die zu befragende Person die Ehefrau des Beschuldigten ist, ohnehin nur akademischer Natur, denn in jedem Fall stand der Ehefrau auch als Zeugin ein umfassendes Aussagverweigerungsrecht zu, wovon sie aber nicht Gebrauch machen wollte (Urk. 11 S. 2). Das Institut der Auskunftsperson soll dazu dienen, dass niemand gezwungen werden soll, sich mit der Tat in Verbindung zu bringen oder falsches Zeugnis abzulegen. Dasselbe bezweckt auch das Zeugnisverweigerungsrecht des Ehegat-

ten. Die Würdigung und das Gewicht der Aussagen von Auskunftspersonen unterscheiden sich im übrigen nicht von denjenigen eines Zeugen. Und schliesslich würde selbst die irrtümliche Befragung als Zeugin statt als Auskunftsperson nicht zur Unverwertbarkeit der Aussagen führen. Einzig für den Fall, dass eine anfänglich als Zeuge befragte Person sich im Nachhinein als tatverdächtig entpuppen sollte, könnten die Aussagen wegen des Verbots des Selbstbelastungszwangs nicht verwertet werden (BSK StPO-Kerner, Art. 178 N 8). Vorliegend hat sich auch im Verlaufe der weiteren Untersuchung kein Verdacht gegenüber der Ehefrau des Beschuldigten ergeben, weshalb ihre Aussagen auch aus diesem Grunde ohne weiteres verwertbar bleiben.

1.4. Auch die vorinstanzlichen Ausführungen bezüglich der Verwertbarkeit der Aussagen, welche der Beschuldigte anlässlich der Haftanhörung deponiert hat, sind umfassend, zutreffend und überzeugend, die im Berufungsverfahren vorgebrachte Kritik vermag daran nichts zu ändern (Urk. 63 S. 3; Urk. 84 S. 6). Ganz abgesehen davon, dass diese Aussagen für die Entscheidungsfindung nicht von Bedeutung sind und deshalb der Frage der Verwertbarkeit nicht weiter nachgegangen werden muss, sieht das Gesetz nur für die erste Einvernahme eine sogenannte "Miranda"-Warnung vor (Art. 158 StPO). Wenn in der Gerichtspraxis diese teil- und unnötigerweise auch bei anderer Gelegenheit angebracht wird, so lässt sich daraus für das vorliegende Verfahren nichts herleiten, was an der Würdigung dieser Aussagen etwas ändern würde.

IV. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Entgegen der Vorinstanz liessen sich, so die Verteidigung, die Sachverhalte in denen ein Schuldspruch erfolgt sei, nicht rechtsgenügend erstellen (Urk. 63 S. 4; Urk. 84 S. 11).

1.1. So hätten nebst dem Beschuldigten weitere Personen, wie Hausbewohner, Hauswart und Reinigungspersonal Zugang zum fraglichen Kellerabteil gehabt. Zudem habe das Kellerabteil nicht aus festen Wänden sondern aus den üblichen Lattenrosten bestanden, welche es Dritten ermöglicht hätte, die Drogen auch oh-

ne Öffnung der Türe (ob mit oder ohne Schlüssel) in das Kellerinnere zu deponieren und wieder herauszunehmen (Urk. 63 S. 4; Urk. 84 S. 6 ff.).

Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Beweiswürdigung zutreffend und ausführlich wiedergegeben, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 62 S. 9 ff.), insbesondere was die Würdigung von Aussagen anbelangt.

1.2. Da weder über die genauen Dimensionen des Paketes noch über die örtliche Lage der Pakete gesichertes Wissen besteht, sondern lediglich polizeiliche Angaben aus den Durchsuchungsprotokollen, wonach sich die Drogen in 2 Plastiktaschen (Urk. 16/6 S. 2), welche sich auf dem Boden auf der linken Seite unweit der Wand befunden hätten (Urk. 18/2), vorliegen, kann die Variante des Beschuldigten nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Ob die Art der Lagerung in einem fremden Keller für einen Dritten attraktiv gewesen wäre oder nicht, ist eine nicht beantwortbare Frage. Die Argumentation, dass ein Drogenhändler wohl kaum einen solch wertvollen Gegenstand wie Drogen an einem Ort lagern würde, wo er nicht mehr den ausschliesslichen Gewahrsam hat und ein erhebliches Risiko bestehe, dass die Drogen verschwinden, ist genau so willkürlich wie das Argument, dass die Aufbewahrung ausserhalb der eigenen vier Wände das Entdeckungsrisiko erheblich vermindert, welches Risiko in Anbetracht der relativ geringen Aussicht auf den Verlust der Ware in Kauf genommen wird. Die Aufgabe des Gewahrsams an den Drogen bei Transport und Lagerung ist üblich, man denke an die Übergabe an "Bodypacker" oder das "Bunkern" in Blumenrabatten und dergleichen mehr. Zudem sind all diese Überlegungen theoretischer Natur und es ist im Rahmen der Sachverhaltsermittlung nicht Aufgabe sich mit den theoretisch denkbaren Sachverhaltsvarianten zu befassen, sondern es sind die tatsächlich vorhandenen Beweismittel zu würdigen und es ist am Schluss das Resultat einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen.

1.3. Der vorliegend als theoretisch mögliche Lagerung der Drogen durch einen Dritten steht die klare und eindeutige Aussage der Ehefrau des Beschuldigten gegenüber, welche diese Variante als mit den örtlichen Verhältnissen vertraute Person ausschloss. So hielt sie fest, dass die einzige Möglichkeit der Fremdlagerung das Aufbrechen der Kellertüre gewesen wäre, was aber nicht passiert sei (Urk. 11

S. 8). An dieser klaren und - wie von der Vorinstanz zutreffend gewürdigt - glaubhaften Aussage gibt es nichts anzuzweifeln, insbesondere vermag dies auch die bloss theoretisch mögliche Variante des Beschuldigten einer Fremdlagerung nicht.

2.1. Auch die bezüglich der sichergestellten DNA Spuren an den Knittersäcken und die Zugehörigkeit zur selben Lieferung der im Keller und im Auto vorgefundenen Drogen von der Verteidigung angebrachten Zweifel sind bloss theoretischer Natur. So wird etwa geltend gemacht, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Drogen aus verschiedenen Lieferungen stammen und die DNA Spuren nicht durch Anfassen, sondern beispielsweise durch Niesen auf die Drogenpakete gelangt seien (Urk. 63 S. 5 f.; Urk. 84 S. 9 f.).

Zwar darf gestützt auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit keine Verurteilung ergehen. Das Erreichen der absoluten Gewissheit und der positive Ausschluss aller anderen theoretischen möglichen Varianten ist aber keine Voraussetzung für die Erkenntnisgewinnung. Die absolute Gewissheit ist angesichts der Unvollkommenheit der Erkenntnismittel und des menschlichen Urteilsvermögens nicht erreichbar. Gefordert ist indessen ein sehr hoher Grad an Wahrscheinlichkeit. Wichtige Bedeutung für die Nachvollziehbarkeit der Sachverhaltsfeststellung haben neben der Urteilsbegründung Denk- und Naturgesetze, Erfahrungssätze, technische und wissenschaftliche Erkenntnisse, gesicherte empirische Befunde. Lebenserfahrung und nicht zuletzt der gesunde Menschenverstand (BSK StPO-Topinke, Art. 10 N 83).

2.2. Im Lichte dieser Ausführungen sind die von der Verteidigung vorgebrachten Zweifel als von bloss theoretischer Natur zu qualifizieren und es ergeben die einzelnen Indizien je für sich genommen, aber insbesondere in ihrer Gesamtheit ein klares Bild, welches jede vernünftige Zweifel ausschliesst. Dies hat bereits die Vorinstanz in überzeugender Weise dargelegt. Mag die gleiche Form der vorgefundenen Fingerlinge für sich alleine noch keine unüberwindbare Zweifel an derselben Herkunft zulassen, da Fingerlinge eben Fingerlinge sind und sich in ihrer Erscheinungsform immer stets sehr ähnlich sehen, so ist das beim praktisch auf das Milligramm übereinstimmende Gewicht schon eher der Fall, wobei die Menge von

rund 20 Gramm keine unübliche Verpackungsgrösse ist. Müsste bei diesen Übereinstimmungen noch von einer blossen Wahrscheinlichkeit derselben Herkunft die Rede sein, weil es eben ohne weiteres im Bereich des Möglichen liegt, dass zwei Fingerlinge in Form und Gewicht übereinstimmen, so senkt das weitere Element derselben Konzentration die Wahrscheinlichkeit eines Zufalls erheblich. Dem Verteidiger ist zwar durchaus zuzustimmen, dass bei einer Messungengenauigkeit von 5 % die Übereinstimmung des Reinheitsgrades nicht nur bei einem, sondern bei 4,5 % liegt. Doch selbst diese Wahrscheinlichkeit ist bereits als so klein einzustufen, dass sie insbesondere in Kombination mit der übereinstimmenden äusseren Erscheinungsform als ein derart grosser Zufall zu werten wäre, dass er als eher unwahrscheinlich erscheint. Dass nun aber einer oder mehrere Dritte sowohl im Auto des Beschuldigten als auch in dessen Keller zur gleichen Zeit ohne ersichtlichen Grund Drogen lagern sollten, wäre ein Zufall, welcher nach der allgemeinen Lebenserfahrung als von so kleiner Wahrscheinlichkeit qualifiziert werden müsste, dass er als realistische Möglichkeit ausgeschlossen werden muss. Und schliesslich wurden auf der Drogenverpackung auch DNA Spuren des Beschuldigten vorgefunden. Die von der Verteidigung ins Feld geführte Variante der Verwirbelung durch Niesen (Urk. 42 S. 12 f.; Urk. 84 S. 10) ist zwar ebenfalls theoretisch denkbar, ist aber bei nüchterner Betrachtung nichts weiterer als ein weiterer Mosaikstein, welcher zusammen mit den anderen Indizien ein Gesamtbild ergibt, welches keine vernünftigen und unüberwindbaren Zweifel mehr daran lässt, dass der Beschuldigte mit den sichergestellten Drogen hantiert und diese besessen hat. In dieses Bild passen sodann auch die in seiner Wohnung vorgefundenen Drogensensilien wie Waage oder Minigripsäcke.

2.3. Schliesslich vermag auch die Würdigung der Aussagen des Beschuldigten selbst nichts an dieser Würdigung zu ändern. Die Vorinstanz hat in ausführlicher und überzeugender Art und Weise die Aussagen des Beschuldigten gewürdigt. Es gibt dazu weder etwas zu ergänzen noch zu präzisieren. Tatsächlich sind seine Aussagen in zahlreichen wesentlichen Punkten von unauflösbaren Widersprüchen geprägt, welche nicht durch den Zeitablauf zwischen den einzelnen Aussagen zu erklären sind oder als schlichte Unschärfen zu qualifizieren sind. Nicht nachvollziehbar ist, was die Verteidigung mit ihrer Begründung, dass diese Unge-

reimtheiten mit dem "Verfahrensdruck" zu erklären seien, geltend machen will (Urk. 63 S. 6). Selbstverständlich erzeugt ein Strafverfahren eine gewisse Drucksituation. Inwiefern sich diese aber auf das Aussageverhalten auswirken sollte, ist nicht klar und wird auch nicht weiter dargelegt. Dass dieser Verfahrensdruck generell zu ungenauen oder widersprüchlichen Ausführungen führen soll, ist nicht bekannt. Hingegen ist bekannt, dass bei Tätern, welche nicht die Wahrheit erzählen, der Druck des Verfahrens dazu führt, dass sich diese im Verlaufe des Verfahrens oft in Widersprüche verwickeln, woraus oft Erklärungsnotstand resultiert. Dies dürfte auch vorliegend der Fall sein.

3.1. Schliesslich bestreitet der Beschuldigte hinsichtlich der vorgeworfenen Lagerung bewilligungspflichtiger Gegenstände den Vorsatz hinsichtlich der Bewilligungspflicht. Es könne ihm lediglich vorgeworfen werden, sich sorgfaltswidrig nicht über den genauen Inhalt des Schreibens des AWELs ins Bild gesetzt zu haben. Er habe darauf vertraut, sich korrekt verhalten zu haben, und sich nicht vorstellen können, dass er für die kurzfristige Entgegennahme von Altgeräten und Pneus eine Bewilligung brauche (Urk. 63 S. 6; Urk. 84 S. 12).

3.2. Die Anklage wirft dem Beschuldigten im wesentlichen vor, dass er es von anfangs 2009 bis zum 19. Mai 2010 in Missachtung des Schreibens des AWELs vom tt. August 2008 versäumt habe, eine Bewilligung zur Lagerung von Sonderabfällen einzuholen bzw. die entsprechende Ablehnung seines Gesuches durch das AWEL gemäss Schreiben vom tt. Januar 2009 missachtet und trotzdem Altreifen, gebrauchte Kühlgeräte und gebrauchte Elektrogeräte entgegengenommen und gelagert habe (Urk. 23 S. 6 f.).

3.3. Die Vorinstanz zeigt auf, dass der Beschuldigte im Schreiben vom 5. August 2008 (ND 2 Urk. 7/2) darauf hingewiesen worden sei, dass die Entgegennahme und Lagerung dieser Gegenstände bewilligungspflichtig sei. Im selben Schreiben wurde ihm mitgeteilt, dass die Entgegennahme, Behandlung und Lagerung solcher Gegenstände für vorübergehende Zeit toleriert werde, wobei diese Passage sogar durch Unterstreichung hervorgehoben wurde. Erst im Schreiben vom tt. Januar 2009 wurde ihm per 30. Juni 2009 der Weiterbetrieb des Pneulagers verboten (ND 2 Urk. 7/3). In der Folge wurde die Einhaltung der auferlegten Ver-

bote und Auflagen durch das AWEL kontrolliert und mit Schreiben vom tt. Mai 2009 bestätigt, dass keine Reifen mehr im Freien lagerten und der Platz lediglich mit sauberen Fahrzeugen und Containern belegt gewesen und die Situation aus Umweltsicht in Ordnung gewesen sei (ND 2 Urk. 7/4).

Anlässlich eines neuerlichen Besuches von Beamten des AWEL am tt. Mai 2010 konnte festgestellt werden, dass ca. 1500 Pneus, 25 nicht betriebssichere Fahrzeuge, 3 Kühlschränke und 2 TV Geräte im Freien auf unbefestigtem Boden gelagert worden seien (ND 2 Urk. 7/5). Da, wie die Vorinstanz zu Recht festhält, über den Zustand der im Freien aufgestellten Fahrzeuge nichts genaueres bekannt ist, darf nicht davon ausgegangen werden, dass diese in nicht betriebssicherem Zustand gewesen seien und es geht nur noch um den Vorwurf des Lagerens von 1500 Altreifen, 3 Kühlschränken und 2 TV - Geräten. Dass dem so war, ergibt sich ohne weiteres auch aus den anlässlich dieser Kontrolle gemachten Fotos (ND 2 Urk. 2/3). Aus diesen ergibt sich weiter, dass auch sonst jede Menge Unrat auf dem Platz lagerte, was ihm aber die Anklage nicht vorwirft. Der Sachverhalt ist somit soweit erstellt, soweit ihn auch die Vorinstanz als erstellt betrachtet hat. Dass der Beschuldigte nunmehr geltend macht, nicht gewusst zu haben, dass er auch dafür eine Bewilligung gebraucht habe, ist als reine Schutzbehauptung zu werten, insbesondere auch die Behauptung, dass er vom Inhalt der vorgängig vom AWEL erhaltenen Schreiben keine Kenntnis gehabt habe (Urk. 63 S. 6). Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass er davon Kenntnis hatte, was sich auch darin manifestierte, dass er anfänglich den Auflagen und Anweisungen der Verfügungen des AWELs nachgekommen war. So steht fest, dass er, zwar erst auf mehrmaliges Nachhaken hin aber doch immerhin per Juni 2009 sämtliche Bewilligungspflichtigen und verbotenen Gegenstände weggeräumt hatte. Einen anderen Schluss, als dass er vom Inhalt der Schreiben und Verfügungen des AWELs Kenntnis hatte, lässt dieses Verhalten nicht zu und somit erfolgte die Lagerung der anlässlich der Kontrolle vom 19. Mai 2010 festgestellten Gegenstände im Wissen und trotz der behördlichen Anweisungen und Erläuterungen der Gesetzeslage.

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Sachverhalt somit hinsichtlich der vorgeworfenen Betäubungsmitteldelikte und des Lagerns von gebrauchten und alten Reifen, Kühlschränken und TV Geräten erstellt.

4. Die von der Vorinstanz vorgenommene rechtliche Würdigung erweist sich als zutreffend und wurde als solche auch nicht beanstandet. Entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid ist hingegen von einer einfachen Widerhandlung gegen das Umweltschutzgesetz auszugehen, da lediglich feststeht, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der bei ihm durchgeführten Kontrolle Altreifen und gebrauchte Kühl- und Elektrogeräte auf seinem Gelände lagerte, ohne über die dafür nötige Bewilligung zu verfügen. Der Beschuldigte ist somit des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 al. 3 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG sowie der Widerhandlung gegen das Umweltschutzgesetz im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. m und o USG schuldig zu sprechen.

V. Sanktion

1. Die vorinstanzlichen Ausführungen zum Strafraumen und zu den Strafzumessungsregeln sind zutreffend und bedürfen weder der Ergänzung noch der Präzisierung weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 62 S. 33 ff.).

1.2. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die Ausführungen zur Tatkomponente. Offen bleiben muss hingegen das Motiv für die Begehung des Betäubungsmitteldelikts, da aufgrund des konstanten Bestreitens des Beschuldigten seine diesbezüglichen Beweggründe nicht bekannt sind. Vorliegend kann zwar die Finanzierung eigener Sucht ausgeschlossen werden, theoretisch denkbar wären als Motivation nebst Gewinnstreben jedoch auch das bloss Erweisen einer Gefälligkeit. Etwas Straferhöhendes oder -minderndes lässt sich in dieser Hinsicht nicht ausmachen.

1.3. Etwas zu relativieren ist die Tatschwere hinsichtlich der Umweltschutzdelikte. Dabei handelt es sich auch in objektiver Hinsicht um eine Bagatelle. Wohl ist wahr, dass der Brand von Altreifenlagern zu erheblichen Umweltschäden, namentlich Russ und Abgasen sowie Boden- und Abwasserkontamination durch Löschmittel führt. Zu berücksichtigen gilt es aber, dass diese Gefahr nicht nur sehr abstrakt ist, sondern auch sehr wenig wahrscheinlich, mithin die Gefahrenrealisierung sehr klein ist. Bei den Elektrogeräten handelte es sich zudem um eine sehr kleine Anzahl und die Umweltschäden wären im Falle der Realisierung der abstrakten Gefahr kaum spürbar.

Die ermittelte Einsatzstrafe von 28 Monaten Freiheitsstrafe erweist sich somit als angemessen.

2. Auch die Täterkomponente wurde von der Vorinstanz umfassend und detailliert dargestellt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 62 S. 35 f.). Aus den allgemeinen persönlichen Verhältnissen lässt sich weder zu seinen Gunsten noch zu seinen Ungunsten etwas herleiten.

2.1. Hingegen sind die sieben teils einschlägigen Vorstrafen zu Ungunsten des Beschuldigten zu gewichten (Urk. 62 S. 36). Und zwar nicht, wie dies die Vorinstanz getan hat, in zumindest leichter Art, sondern in erheblicher Art. Wohl liegen einige Delikte, anlässlich derer er sich offenbar einer falschen Identität, nämlich D. _____ aus E. _____ bediente (Urk. 20/18 S. 2), bereits einige Jahre zurück, doch hat er regelmässig, über Jahre hinweg und in teils sehr kurzen Abständen immer wieder einschlägig delinquent. Damit manifestierte er ein erhebliches Mass an Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsordnung, Unbelehrbarkeit und Unverbesserlichkeit.

2.2 Dieses letzte Verschuldenselement hat die Vorinstanz somit nicht genügend stark gewichtet und es erscheint die Freiheitsstrafe von 30 Monaten als leicht zu milde, wobei es aber wegen des Verschlechterungsverbots sein Bewenden haben muss. Der Anrechnung der durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstandenen 456 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

VI. Vollzug

1. Mit ihrer Anschlussberufung beantragte die Staatsanwaltschaft den vollumfänglichen Vollzug der ausgefallten Strafe von 30 Monaten, ohne dies weiter zu begründen (Urk. 68). Heute führte sie dazu aus, dass die Prognose bezüglich erneutem Delinquieren des Beschuldigten klar negativ ausfallen müsse. Aus den Vorstrafen des Beschuldigten ergebe sich überdeutlich, dass der Beschuldigte sich durch das wiederholte Aussprechen von insgesamt sechs unbedingten Strafen und auch durch deren Vollzug in keinsten Weise habe beeindruckt und von weiteren Straftaten habe abhalten lassen. Die Vorinstanz führe in keiner Weise aus, weshalb sich der Beschuldigte gerade jetzt - entgegen den früher unbedingt ausgesprochenen Strafen - durch den Vollzug eines Teils der Strafe derart beeindrucken lassen werde. Dieses Ergebnis werde durch das Verhalten des Beschuldigten nach der Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug bestätigt, sei doch bereits wieder ein Strafverfahren gegen den Beschuldigten angehängt worden (Urk. 83 S. 4 f.).

2. Die Vorinstanz hat die Voraussetzung der teilbedingten Strafe zutreffend wieder gegeben und betrachtete die Voraussetzungen als erfüllt. Sie stellte eine gute Prognose, weil der Beschuldigte einerseits nicht einschlägig vorbestraft sei und andererseits mit der spezialpräventiven Wirkung des unbedingt ausgefallten Teils gerechnet werden dürfe (Urk. 62 S. 37).

3. Ganz ohne weiteres ist vorliegend nicht von einer guten Prognose auszugehen. So hat der Beschuldigte doch insgesamt 7 Vorstrafen erwirkt, welche zwar bereits einige Zeit zurückliegen, was sich aber - anders als bei der Strafzumessung - nicht wesentlich entlastend auswirkt, so können etwa auch gelöschte Vorstrafen für die Prognosestellung berücksichtigt werden. Auch die fehlende Einschlägigkeit ist nicht zu stark zu Gunsten des Beschuldigten zu gewichten. Einschlägige Delinquenz wirkt sich zwar prognostisch ganz besonders ungünstig aus, nicht einschlägige demgegenüber "einfach" ungünstig. Schliesslich ist weiter zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte auch eine sehr hohe Vielzahl von Übertretungsbussen aufweist (Trechsel, Prax-Komm StGB, Art. 42 N 16). Auch

die Verfahrensakten des AWELs legen Zeugnis davon ab, dass er sich nicht an die geltenden Regeln halten will und dass es von Seiten der Behörden eines übermässig hohen Aufwands bedarf, um ihn zu einem einigermaßen regelkonformen Verhalten anzuhalten. Diese Dreistigkeit manifestierte sich nicht zuletzt auch darin, dass er früher unter einer anderen Identität lebte, nämlich als D. _____ aus E. _____ (Urk. 20/18 S. 2). All dies belegt, dass die früheren Verfahren wirkungslos waren und nicht zu seiner Besserung führen konnten. Einsicht und Reue sind ihm fremd, stattdessen sieht er sich als Opfer von Landsleuten und Justiz (Urk. 8 S. 19; Urk. 41 S. 4; Prot. I S. 9; Prot. II S. 10). Nicht zu berücksichtigen ist bei der Prognosestellung hingegen das von der Staatsanwaltschaft angeführte neue Strafverfahren gegen den Beschuldigten, ist in diesem Verfahren doch noch kein rechtskräftiger Entscheid ergangen und bestreitet der Beschuldigte die gegen ihn erhobenen Vorwürfe (Urk. 82/2-4). Aus den oben aufgeführten Gründen erscheint der Antrag der Staatsanwaltschaft jedoch als durchaus gerechtfertigt.

4. Auf der anderen Seite wird heute zum ersten Mal eine höhere Strafe ausgefällt und der Beschuldigte musste sich erstmals für längere Zeit im Strafvollzug aufhalten. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu früheren Verurteilungen und es ist mit der Vorinstanz zu hoffen, dass ihm das eine Lehre sein wird und er sich inskünftig wohl verhalten wird.

Damit ist lediglich der Vollzug der Hälfte der Strafe anzuordnen und der verbleibende Rest unter Ansetzung einer 4 - jährigen Probezeit aufzuschieben.

VII. Einziehung und Beschlagnahmung

1. Der Beschuldigte beantragte, es sei ihm zufolge des Freispruch die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 300.- herauszugeben (Urk. 84 S. 2 und 13).
2. Da es vorliegend zu einer Bestätigung des erstinstanzlichen Schuldspruchs kommt, sind auch die Voraussetzungen zur Beschlagnahmung, wie sie von der Vorinstanz dargelegt wurden, erfüllt und ist das Urteil in diesem Punkt vollumfänglich zu bestätigen.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 10) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).
2. Mit seinen Anträgen unterliegt der Beschuldigte vollumfänglich. Entsprechend sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind, soweit sie nicht mit dem beschlagnahmten Vermögenswert gedeckt werden, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (Art. 426 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 135 Abs. 4 StPO).
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.
4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht keine Grundlage für die vom Beschuldigten beantragte Zusprechung einer Entschädigung und Genugtuung (Urk. 84 S. 2).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Januar 2012 bezüglich der Dispositivziffern 2 (Freisprüche), 5 (Einziehung von Betäubungsmitteln und -utensilien), 7 (Herausgabe von Mobiltelefonen), 8 (Einziehung eines beschlagnahmten Passes) und 9 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig

- des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 al. 3 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG
 - der Widerhandlung gegen das Umweltschutzgesetz im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. m und o USG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 456 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (15 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. Es wird festgestellt, dass der vollziehbare Strafteil bereits erstanden ist.
 4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Oktober 2011 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 300.– (Barkaution Nr. ...) wird definitiv beschlagnahmt und zur Urteilsvollstreckung verwendet.
 5. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 10) wird bestätigt.
 6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
 7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
 8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmatsowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- das Bundesamt für Polizei
- das Bundesamt für Umwelt BAFU, 3003 Bern

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das AWEL Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft, ... [Adresse]
- die Kasse des Bezirksgerichts Zürich.

9. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 17. August 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Laufer