



Kass.-Nr. AC060009/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und die Kassationsrichterin Sylvia Frei sowie der Sekretär Titus Graf

Sitzungsbeschluss vom 18. Dezember 2006

in Sachen

X.

Angeklagter und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

2. **A.**

3. **B.**

4. **C.**

5. **D.**

2 - 5 Geschädigte und Beschwerdegegner

1 vertreten durch den Stv. Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. Markus Oertle, Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,
Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2 vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend **mehrfachen teilweise qualifizierten Raub etc.**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. November 2005 (SE050017/U/gk)

in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil vom 30. November 2005 sprach das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, den Beschwerdeführer X. des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 140 Ziff. 3 Abs. 3 StGB, der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG sowie des Vergehens gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. a und Art. 27 Abs. 1 WG schuldig. Er wurde □ als Zusatzstrafe zum Strafbefehl des Bezirksamtes Muri/AG vom 23. September 2003 □ bestraft mit zwei Jahren, acht Monaten und zehn Tagen Zuchthaus, wovon 129 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft erstanden waren. Im Weiteren wurde er - wie auch die übrigen Mitangeklagten - dem Grundsatz nach verpflichtet, für den aus den deliktischen Verhaltensweisen entstandenen Schaden aufzukommen sowie – unter solidarischer Haftung mit den Mitangeklagten – den Geschädigten (Beschwerdegegner 2-4) je eine Genugtuungssumme von Fr. 3'000.--, zuzüglich Zins zu 5% p.a. seit dem 21. August 2003, zu bezahlen (KG act. 2 S. 68 f.).

2. Gegen das vorinstanzliche Urteil liess der Beschwerdeführer fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde anmelden (KG act. 4). Innert angesetzter Frist ging die Beschwerdeschrift ein. In dieser wird verlangt, «das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 30. November 2005, sei betreffend Schuldsprechung des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 140 Ziff. 3 Abs. 3 StGB aufzuheben, und die Sache sei zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kosten des Kassationsverfahrens seien inklusive amtliche Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen» (KG act. 1 S. 3).

Die Vorinstanz hat keine Vernehmlassung zur Beschwerde eingereicht. Die Staatsanwaltschaft (KG act. 9) sowie die übrigen Beschwerdegegner haben darauf verzichtet, sich zur Beschwerde vernehmen zu lassen.

Der Beschwerdeführer hat (im Gegensatz zu zwei Mitangeklagten) gegen das vorinstanzliche Urteil keine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben.

3. Gemäss § 428 StPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile des Obergerichtes als erste Instanz zulässig.

II.

1. Die Vorinstanz begründete im Rahmen der Beweiswürdigung bezüglich des Raubvorwurfes vom 20./21. August 2003 in G. (vgl. Anklageziffer I/3) unter anderem, weshalb ihrer Auffassung nach der Beschwerdeführer in Kauf genommen habe, dass allenfalls eine geladene Schusswaffe mitgeführt wurde (KG act. 2 S. 25; vgl. auch unten Ziff. 3 lit. b). Im Rahmen der rechtlichen Würdigung prüfte die Vorinstanz, ob sich alle sechs Angeklagten - wie in der Anklage aufgeführt - des qualifizierten Tatbestandes von Art. 140 Ziff. 3 Abs. 3 StGB (Offenbarung einer besonderen Gefährlichkeit durch die Art der Tatbegehung) schuldig gemacht haben (vgl. KG act. 2 S. 30). Sie erwog hierzu unter anderem, auch der Beschwerdeführer habe gewusst, dass anlässlich des eingeklagten Vorfalles Schusswaffen mitgenommen worden seien, und auch er habe gewusst oder zumindest in Kauf genommen, dass diese teilweise geladen gewesen seien. Die Vorinstanz folgerte daraus und aus weiteren Umständen, die Angeklagten müssten sich strafrechtlich anrechnen lassen, dass die Geschädigten mit teilweise geladenen Schusswaffen bedroht worden seien. Anschliessend erwog die Vorinstanz, für die Anwendung von Art. 140 Ziff. 3 Abs. 3 StGB gebe es nebst der Mitnahme und Bedrohung durch Waffen weitere Umstände, wie sich die besondere Gefährlichkeit offenbaren könne. Sie begründete hernach, dass im vorliegenden Fall derartige Umstände gegeben seien. Sie schloss mit der Feststellung, Art. 140 Ziff. 3 Abs. 3 StGB wäre auch dann anzuwenden, wenn bezüglich einzelner Täter davon auszugehen wäre, sie hätten nicht damit gerechnet, dass geladene Waffen mitgeführt worden seien (KG act. 2 S. 31).

Die Vorinstanz hat somit (auch) bezüglich des Beschwerdeführers mit zwei eigenständigen Alternativbegründungen dargelegt, weshalb Art. 140 Ziff. 3 Abs. 3

StGB anzuwenden sei. Davon geht auch der Beschwerdeführer aus (vgl. unten Ziff. 2).

2. Der Beschwerdeführer lässt primär rügen, die Schlussfolgerung der ersten Alternativbegründung, er habe (zumindest) in Kauf genommen, dass die während der Tat mitgeführten Schusswaffen (teilweise) geladen seien, sei willkürlich (vgl. unten Erw. 3). Zudem macht er geltend, auch die zweite Alternativbegründung sei mit Nichtigkeitsgründen behaftet (vgl. unten Erw. 4).

3. a) Was die erste Alternativbegründung betrifft, so lässt der Beschwerdeführer ausführen, die Feststellung der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer könne nicht nachgewiesen werden, vom Vorhandensein geladener Schusswaffen gewusst zu haben, sei zu Recht erfolgt. Es sei ihm – dem Beschwerdeführer – insbesondere von Y. auf eine entsprechende Frage hin bestätigt worden, die Waffe sei nicht geladen. Er – der Beschwerdeführer – habe zunächst gesagt, er wolle keine Waffe nehmen. Die Nr. 9 habe ihm daraufhin bestätigt, es sei keine einzige Waffe geladen. Der Beschwerdeführer habe dann den Ladezustand einer schwarzen Pistole überprüft und festgestellt, dass diese nicht geladen war. Bei der Waffe, welche er schliesslich auf sich trug, sei er mangels technischer Kenntnisse gar nicht in der Lage gewesen, den Ladezustand zu überprüfen. Diese sei im Übrigen mit Gummischrot geladen gewesen, was sogar gemäss Angaben der Vorinstanz nicht einmal zur Anwendung von Art. 140 Ziff. 2 StGB genügt hätte. Er habe die Waffe deshalb nicht auf das Opfer gerichtet, weil er es bzw. die Situation haben beruhigen wollen und nicht – wie die Vorinstanz annehme – weil er sich doch nicht ganz sicher gewesen sei, ob die Waffe nun geladen sei oder nicht. Er habe sich auch nur deshalb maskiert und die Waffe auf sich gehabt, damit ihm die Opfer nichts antäten, «wenn wir ihnen das Gras wegnehmen». Entsprechend könne nicht ohne Willkür davon ausgegangen werden, er sei nicht sicher gewesen, ob die Waffe nicht vielleicht doch geladen gewesen sei (KG act. 1 S. 4 f.).

Abwegig und schlechthin unvertretbar sei auch die Feststellung der Vorinstanz, weil er und Z. kurzfristig rekrutiert worden seien, sei es nahe gelegen, ihm zu versichern, die Waffen seien ungeladen, und es habe keine hinreichende Sicherheit gegeben, dass dem nicht so gewesen sei. Zum einen habe er als Per-

son, die gemäss Beurteilung der Vorinstanz Mittäter sei, also Tatherrschaft gehabt habe, nicht davon ausgehen müssen, bezüglich derart wesentlicher Umstände angelogen zu werden und zudem habe er sich ja selbst davon überzeugt, dass zumindest eine der Pistolen nicht geladen gewesen sei (KG act. 1 S. 6).

b) Die Vorinstanz geht in ihrem Entscheid davon aus, der Beschwerdeführer sei geständig, am vorgenannten Raubüberfall beteiligt gewesen zu sein (KG act. 2 S. 14, 24). Wie in der Beschwerde richtig wiedergegeben wird, führt sie weiter aus, es könne dem Beschwerdeführer nicht nachgewiesen werden, vom Vorhandensein geladener Waffen Kenntnis gehabt zu haben (KG act. 2 S. 24). Ihm sei zugute zu halten, dass er nach dem Ladezustand der Waffen gefragt, eine Pistole kontrolliert und dabei festgestellt habe, dass diese nicht geladen gewesen sei. Bei der Waffe, die er schliesslich auf sich getragen habe, sei er nicht in der Lage gewesen, den Ladezustand zu überprüfen. Er habe aber am Tatort die Waffe gegen den Boden gerichtet und den Finger nicht am Abzug gehabt. Dazu habe nur Anlass bestanden, «wenn er selber nicht ganz sicher war, ob die Waffe geladen sei. Dies deute darauf hin, dass er die Möglichkeit, eine geladene Waffe zu halten, zumindest in Betracht zog».

Im Weiteren sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sich ganz kurzfristig als Mittäter habe rekrutieren lassen. Unter solchen Umständen liege die Möglichkeit nahe, dass dem Beschwerdeführer zu dessen Beruhigung gesagt worden sei, alle Waffen seien ungeladen, obwohl dem nicht so gewesen sei. Jedenfalls habe diesbezüglich keine hinreichende Gewissheit bestanden. Da der Beschwerdeführer sich in einer solchen Situation trotzdem an der Tat beteiligt habe, habe er in Kauf genommen, dass allenfalls geladene Schusswaffen mitgeführt worden seien (KG act. 2 S. 25). Hierzu ist zu erwähnen, dass die Vorinstanz ferner erwog, die Angeklagten X. und Z. seien kurz vor der Tat hinzugestossen, wobei sie von Y. gewusst hätten, dass ein "Hanfdealer überfallen" werden sollte (KG act. 2 S. 31 oben).

c) Angesichts der von der Vorinstanz angeführten Argumente ist deren Schlussfolgerung, der Beschwerdeführer habe (zumindest) in Kauf genommen, dass die während der Tat mitgeführten Schusswaffen (teilweise) geladen seien,

nicht abwegig. Er war - wie erwähnt - nicht in der Lage, den Ladezustand der von ihm getragenen Waffe zu überprüfen. Zudem ist er äusserst vorsichtig vorgegangen, indem er die Waffe auf den Boden gerichtet und den Finger nicht am Abzug hatte; bei sicherer Kenntnis des ungeladenen Zustandes der Waffe wäre ein solches Verhalten eher unüblich bzw. wäre es naheliegend anzunehmen, die Waffe werde mit dem Finger am Abzug auf Personen gerichtet, um der Bedrohung Nachachtung zu verschaffen. Das Argument des Beschwerdeführers, er sei im erwähnten Sinne vorgegangen, um die Situation zu beruhigen, überzeugt wenig, zumal er solches in der in der Beschwerde bezeichneten Aktenstelle nicht - jedenfalls nicht deutlich - ausführte; gemäss seinen Aussagen hat sich sein Kontrahent nämlich nicht durch sein Vorgehen, sondern durch seine mündliche Zusicherung, er - der Kontrahent - müsse keine Angst haben, beruhigt. Bei dieser Sachlage ist die vorinstanzliche Annahme nicht willkürlich, für das genannte Vorgehen des Beschwerdeführers habe nur dann Anlass bestanden, wenn er selber nicht sicher gewesen sei, ob die Waffe geladen gewesen sei, was darauf hindeute, da er die Möglichkeit, eine geladene Waffe zu halten, zumindest in Betracht gezogen habe.

Ebenfalls nicht willkürlich ist die vorinstanzliche Folgerung, da sich der Beschwerdeführer und Z. ganz kurzfristig als Mittäter hätten rekrutieren lassen, sei die Möglichkeit nahegelegen, dass dem Beschwerdeführer nur zu dessen Beruhigung gesagt worden sei, alle Waffen seien ungeladen (obwohl dem nicht so gewesen sei); wer sehr kurzfristig auf weitere Beteiligte eines geplanten, kurz bevorstehenden Raubüberfalles angewiesen ist, wird in der Regel diese potentiellen Beteiligten nicht über alle Einzelheiten wahrheitsgemäss orientieren, sondern die geplante Tat eher beschwichtigen, damit sich die Personen eher zum Mitmachen am Raubüberfall entschliessen. Hierzu ist auch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer - wie erwähnt - wusste, dass ein "Hanfdealer überfallen" werden sollte und dazu Schusswaffen mitgenommen wurden.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass hinsichtlich der ersten vorinstanzlichen Alternativbegründung kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen wird, weshalb die Beschwerde insoweit abzuweisen ist.

4. Der Beschwerdeführer hat - wie erwähnt - keine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. Die erste, den obergerichtlichen Entscheid selbständig tragende Alternativbegründung hat nach dem Gesagten Bestand.

Bei dieser Sach- und Rechtslage sind die Rügen, welche sich auf die zweite Alternativbegründung beziehen (Willkür, Verletzung des Anklageprinzipes) nicht zu prüfen. Selbst wenn sich nämlich diese Rügen als begründet erweisen würden, bliebe es bei der genannten, den obergerichtlichen Entscheid selbständig tragenden Alternativbegründung und die Beschwerde müsste deshalb gemäss ständiger Praxis abgewiesen werden. Der Beschwerdeführer hat somit kein rechtlich geschütztes Interesse an der Überprüfung der gegen die zweite Alternativbegründung gerichteten Rügen. Auf diese ist daher nicht einzutreten. Hervorzuheben ist, dass sich die Rüge der Verletzung des Anklageprinzips ausschliesslich auf die zweite (und nicht auch auf die erste) Alternativbegründung bezieht, weshalb auch insofern kein Anlass auf die Überprüfung dieser Rüge besteht.

5. Abschliessend bleibt festzustellen, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

6. Ein Richter hat einen Minderheitsantrag im Sinne von § 138 Abs. 4 GVG zu Protokoll gegeben (KG act. 11).

III.

Im Kassationsverfahren erfolgen die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung gemäss § 396a StPO in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Verfahrensbeteiligten.

Da die Beschwerde erfolglos ist, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung und allfälliger der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. In Anbetracht der momentan ungünstigen finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers (vgl. auch KG act. 2 S. 66) sind die Kosten des Kassationsverfahrens in Anwendung von § 190a StPO jedoch einstweilen abzuschreiben.

Prozessentschädigungen an die Geschädigten sind mangels Beteiligung am Kassationsverfahren nicht auszusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.--; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 237.-- Schreibgebühren,
Fr. 304.-- Zustellgebühren und Porti
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung und allfälliger der unentgeltlichen Geschädigtenvertretung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen abgeschrieben.
4. Den Beschwerdegegnern 2 - 5 wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Bundesanwaltschaft, das Bundesamt für Polizei (Zentralstelle Waffen), das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste), das Migrationsamt des Kantons Zürich, die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich sowie das Schweizerische Bundesgericht (ad 6S.73/2006 und 6S.83/2006), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

AC060009; Minderheitsantrag betr. Erw. II/3

a) Vorab stellt sich im Hinblick auf die Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde unter dem Aspekt von § 430b Abs. 1 StPO die Frage, ob auf die Rüge einzutreten ist. Massgebend ist dabei, ob diese einen Bereich beschlägt, welcher durch das Bundesrecht geregelt ist. Ist das der Fall, muss der behauptete Mangel mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationshof des Bundesgerichtes gerügt werden.

Zusammengefasst bezieht sich die Frage, was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, auf innere Tatsachen. Bei diesen handelt es sich um *Tatfragen*, welche im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Entscheidung gestellt werden können (BGE 130 IV 62 m.w.H.). *Rechtsfrage* ist demgegenüber, ob angesichts der festgestellten Tatsachen der Schluss auf einen Eventualvorsatz berechtigt erscheint. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn aus den erwähnten Sachverhaltsaspekten auf die inneren Umstände geschlossen werden kann bzw. muss. Diese *Bewertung* der äusseren Umstände im Hinblick auf den Rechtsbegriff des Eventualvorsatzes überprüft der Kassationshof des Bundesgerichts auf eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hin (BGE 130 IV 63; 125 IV 252; 119 IV 248).

b) Zu prüfen ist nach dem Gesagten, inwieweit im vorliegenden Verfahren unter Berücksichtigung von § 430b Abs. 1 StPO geprüft werden kann, ob es als willkürlich zu erachten ist,

- wenn die Vorinstanz feststellt, dem Beschwerdeführer könne nicht nachgewiesen werden, (sicheres) Wissen vom Vorhandensein geladener Waffen gehabt zu haben, und
- aus dem Umstand, dass er die Waffe am Tatort gegen den Boden gerichtet habe, sowie aus dem Umstand, dass er sich kurzfristig als Mittäter für die Tat rekrutieren liess und ihm möglicherweise nur zur Beruhigung gesagt wurde, alle Waffen seien ungeladen, müsse *gefolgert* werden, er habe die

Möglichkeit, eine geladene Schusswaffe in Händen gehabt zu haben, zumindest in Betracht gezogen.

Der Beschwerdeführer ficht die Feststellung nicht an, ihm könne nicht nachgewiesen werden, (sicheres) Wissen vom Vorhandensein geladener Waffen gehabt zu haben. Er rügt auch weder, es sei willkürlich davon auszugehen, er habe die Waffe am Tatort gegen den Boden gerichtet, noch er habe sich kurzfristig als Mittäter für die Tat rekrutieren lassen und dabei sei ihm möglicherweise nur zur Beruhigung gesagt worden, alle Waffen seien ungeladen. Vielmehr rügt er die Folgerungen, welche die Vorinstanz aus diesem Umständen im Hinblick auf den Rechtsbegriff des Eventualvorsatzes zieht.

Ob die Vorinstanz die von ihr gezogenen Folgerungen aus den erwähnten Umständen im Hinblick auf den Eventualvorsatz zu Recht gezogen hat, ist nach dem Ausgeführten eine Frage des Bundesrechts, welche im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht überprüft werden kann. Sie ist (bzw. wäre) im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde geltend zu machen (gewesen). Auf die Beschwerde ist daher insoweit nicht einzutreten.