



Kass.-Nr. AC090018/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 1. November 2010

in Sachen

X.,

...

...,

Zustelladresse: Strafanstalt Bostadel, 6313 Menzingen,
Angeklagter und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. M. Imholz, Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,
Molkenstr. 15/17, Postfach, 8026 Zürich

betreffend

mehrfachen qualifizierten Raub etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 2009 (SE090008/U/kw)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Januar 2008 des mehrfachen qualifizierten Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 140 Ziff. 4 StGB sowie des mehrfachen Vergehens gegen Art. 33 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über Waffen, Waffenzubehör und Munition schuldig gesprochen. Er wurde mit 13 Jahren Freiheitsstrafe, abzüglich 589 Tage Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft, bestraft. Gleichentags wurden die Mitangeklagten Y. und Z. zu mehrjährigen Freiheitsstrafen verurteilt.

Soweit hier interessierend wird dem Beschwerdeführer von der Anklage vorgeworfen, er habe in der Zeit von Mitte Januar bis Ende Mai 2006 insgesamt 25 Raubüberfälle (zwei davon als Mittäter) begangen, und zwar alle mit geladener, durchgeladener und entsicherter Pistole. Die Vorinstanz folgte der Anklage in allen Teilen.

2. Gegen das Urteil vom 9. Januar 2008 erhob der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, welche mit (Zwischen-)Beschluss des Kassationsgerichtes vom 30. Oktober 2008 gutgeheissen wurde. Das Kassationsgericht kam zum Schluss, die vorinstanzliche Beweiswürdigung hinsichtlich des Zustandes der Waffe (geladen, durchgeladen, entsichert) beim 17. Überfall sei willkürlich, da die Vorinstanz in diesem Kontext die Aussagen zweier Geschädigter nicht berücksichtigt habe. Den beiden Mitangeklagten wurde darauf Gelegenheit gegeben mitzuteilen, ob sie in Anwendung von § 400 StPO ebenfalls in den Genuss der Gutheissung gelangen wollten, was der Mitangeklagte Y. bejahte. Mit Beschluss vom 8. Dezember 2008 hob das Kassationsgericht das Urteil des Obergerichts vom 9. Januar 2008 auf und wies die Sache an die Vorinstanz zurück, insoweit sie den Beschwerdeführer und den Angeklagten Y. betraf (Kass.-Nr. AC080012).

3. Das neue Verfahren wurde vom Obergericht im Einverständnis mit den

Beteiligten schriftlich durchgeführt. Mit Urteil vom 17. September 2009 (KG act. 2) sprach es den Beschwerdeführer wiederum des mehrfachen qualifizierten Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 140 Ziff. 4 StGB sowie des mehrfachen Vergehens gegen Art. 33 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über Waffen, Waffenzubehör und Munition schuldig. Es bestrafte ihn mit 12 $\frac{3}{4}$ Jahren Freiheitsstrafe, abzüglich 1206 Tage erstandener Haft. Der Mitangeklagte Y. wurde ebenfalls anklagegemäss schuldig gesprochen und mit 5 $\frac{3}{4}$ Jahren Freiheitsstrafe bestraft.

4. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig angemeldete und begründete Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt (KG act. 1 S. 2), es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 12); eine Beschwerdeantwort ist nicht eingegangen.

II.

1. Wie bereits erwähnt hat das Kassationsgericht in seinem Beschluss vom 30. Oktober 2008 die damalige Nichtigkeitsbeschwerde mit Bezug auf den 17. Überfall für begründet erklärt, indem es die Vorinstanz unterlassen habe, die Aussagen zweier Geschädigter zum Zustand der Waffe zu berücksichtigen; diese hatten ausgesagt, der Beschwerdeführer habe sich beim fraglichen Überfall zu ihnen umgedreht und dann mehrmals am Abzug der Waffe gezogen, wobei es jedes Mal geklickt habe. Die Vorinstanz werde daher diese Aussagen der beiden Geschädigten wie auch weitere Beweismittel zum 17. Überfall in ihre Beweiswürdigung mit einzubeziehen haben und gestützt darauf entscheiden müssen, ob sich an der bisherigen Einschätzung des 17. Überfalls und allenfalls darüber hinaus bezüglich der Überfälle 13 bis 22 etwas ändere (Beschluss S. 10 f.). Konkret geht es somit um die Frage, ob die Waffe bei sämtlichen Überfällen geladen, durchgeladen und entsichert gewesen sei, wie dies in der Anklage geltend gemacht wird und wie dies der Beschwerdeführer lediglich hinsichtlich der ersten zwölf Überfälle zugegeben hat.

Im Lichte von § 104a Abs. 1 und 2 GVG ist darauf hinzuweisen, dass Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens allein derjenige Themenkomplex bilden kann, welcher zur Rückweisung an die Vorinstanz führte und dass auf Rügen, die im ersten Beschwerdeverfahren nicht erhoben oder aber als unzulässig bzw. unbegründet verworfen wurden, nicht eingetreten werden kann. Zulässig ist hingegen die Erhebung von (neuen) Rügen, soweit diese erst durch den neuerlichen Entscheid veranlasst wurden (konkret durch eine neue Strafzumessung; nachfolgend Ziff. 4).

2. Soweit der Beschwerdeführer zunächst (Beschwerde Ziff. III., S. 4 ff.) den Sachverhalt wiedergibt und die Beschwerdegründe nennt, handelt es sich um einleitende Ausführungen zu den im folgenden im einzelnen geltend gemachten Beschwerdegründen (Beschwerde Ziff. IV., S. 9 ff.), weshalb darauf nicht gesondert, sondern im Kontext mit den entsprechenden Rügen einzugehen ist.

Konkret erhebt der Beschwerdeführer die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung bezüglich des eingeklagten Sachverhaltes sowie der willkürlichen Festsetzung des Strafmasses (nachfolgend Ziff. 3 und 4).

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend (Beschwerde Ziff. IV.1, S. 9 f.), die Beweiswürdigung zur Frage des Ladezustandes der Waffe, d.h. zur Frage, ob (auch) die Überfälle 13 bis 22 mit geladener, durchgeladener und entsicherter Waffe verübt worden seien oder nicht, sei wiederum willkürlich und konstant zu Ungunsten des Beschwerdeführers vorgenommen worden. Soweit Drittaussagen (z.B. der Zeugen A., B. und C.) zu seinen Gunsten lauteten, indem sich daraus der Schluss ziehen liesse, die Waffe sei nicht geladen gewesen, attestiere die Vorinstanz diesen Zeugen eine falsche Wahrnehmung bzw. Legendenbildung, während umgekehrt belastenden Aussagen hohe Beweiskraft zuerkannt und Bestreitungen des Beschwerdeführers als blosser Schutzbehauptungen taxiert würden. Sodann fehle eine Würdigung der teilweise divergierenden Aussagen des Beschwerdeführers und des Mitangeklagten Y. hinsichtlich des Wahrheitsgehaltes und der Glaubwürdigkeit.

All dies führe, so der Beschwerdeführer, erneut zum unhaltbaren Ergebnis, dass er in sämtlichen Anklagepunkten wegen qualifizierten Raubes schuldig gesprochen worden sei, obschon aufgrund der Sach- und Aktenlage vernünftige Zweifel daran nicht ausgeschlossen werden könnten, dass die Pistole nach dem zwölften Überfall nicht mehr geladen gewesen sei; es bestehe bestenfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Version der Anklage, was aber für einen Schuldspruch nicht ausreiche. Damit liege Willkür vor, soweit hinsichtlich der Überfälle 13 bis 22 qualifizierter Raub angenommen worden sei, und indem die Vorinstanz insofern von einem unzutreffenden Strafrahmen (Mindeststrafe fünf Jahre statt zwei Jahre Freiheitsentzug) ausgegangen sei, habe sie materielle Gesetzesvorschriften im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 6 StPO verletzt.

3.2 Der Beschwerdeführer rügt der Sache nach nicht eine unmittelbare falsche Gesetzesanwendung (die Anwendung des gesetzlichen Strafrahmens ist lediglich Folge der rechtlichen Qualifikation des zugrundeliegenden Sachverhaltes), sondern primär eine unrichtige bzw. willkürliche Sachverhaltsannahme, was unter den Nichtigkeitsgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO fällt. Die Anrufung eines unzutreffenden Nichtigkeitsgrundes schadet dem Beschwerdeführer jedoch nicht, und die Rüge ist von Amtes wegen unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund zu subsumieren.

3.3 Zum hier in Frage stehenden Komplex erwog die Vorinstanz zunächst (Urteil S. 13 f.), die Erklärung des Beschwerdeführers, wonach er vom zwölften Überfall an die Delikte mit ungeladener Waffe ausgeführt habe, weil er die Gefährlichkeit seines Tuns erkannt habe, nachdem sich ein Schuss gelöst habe, überzeuge deshalb nicht, weil er mit dieser Begründung schon nach dem ersten Überfall (als er zwei Schüsse abgegeben hatte) zu dieser Einsicht hätte gelangen müssen.

Viel wesentlicher sei sodann der Umstand, dass die Pistole unmittelbar nach dem letzten Raub vom 30. Mai 2006 von der Polizei in schussbereitem Zustand sichergestellt worden sei, d.h. geladen, durchgeladen und entsichert mit einer Patrone im Patronenlager. Beim damaligen Raub sei der Beschwerdeführer Schmiere gestanden, während Y. den Raub als Fronttäter ausgeführt habe und

später aussagte, er habe nie eine Manipulation an der Waffe vorgenommen, welche ihm vom Beschwerdeführer übergeben worden sei. Y. habe auch ausgesagt, er habe angenommen, die Waffe sei geladen, weil sie schwer gewogen habe. Anlass, an dieser Aussage von Y. zu zweifeln, bestehe nicht, zumal sich dieser damit selber belastete. Gemäss ballistischem Gutachten stehe sodann fest, dass das Magazin der Tatwaffe mit maximal acht Patronen geladen werden könne und zur Zeit der Sicherstellung mit sechs Patronen bestückt gewesen sei und sich zusätzlich eine Patrone im Patronenlager befunden habe. Daraus ergebe sich zwingend, dass nach der zweifachen Schussabgabe auf D. und der Schussabgabe beim Überfall an der Universitätsstrasse die Waffe mindestens einmal nachgeladen wurde. Aufgrund des Geständnisses des Beschwerdeführers, wonach er die ersten zwölf Raubüberfälle mit geladener, durchgeladener und entsicherter Pistole begangen habe, der weiteren Feststellung, dass die Pistole beim letzten Überfall wieder im gleichen Ladezustand verwendet wurde und der weiteren Tatsache, dass die Waffe nachgeladen wurde, dränge sich der Schluss, die Waffe sei bei sämtlichen Überfällen geladen, durchgeladen und entsichert gewesen, gebieterisch auf.

Sodann nimmt die Vorinstanz die Beanstandung des Kassationsgerichts auf und führt dazu aus (Urteil S. 14), die Geschädigten B. und C., welche im Anschluss an den Raubüberfall vom 9. April 2006 auf den Esso-Tankstellenshop in Schlieren zwecks Sicherung der Flucht mit der Pistole in Schach gehalten wurden, hätten anlässlich der polizeilichen Befragung vom 9. April 2006 übereinstimmend ausgesagt, der Täter habe zwei- oder dreimal (bzw. mehrmals) den Abzug der Waffe betätigt; darüber hinaus hätten beide angegeben, sie hätten gehört, wie es geklickt habe. Der Beschwerdeführer selber habe jedoch in der Einvernahme vom 8. Februar 2007 auf mehrfachen Vorhalt vehement bestritten, den Abzug der Pistole betätigt zu haben, wobei er zu behaupten sei. Die Aussagen der beiden Geschädigten stünden somit dem Schluss, wonach die Waffe geladen, durchgeladen und entsichert gewesen sei, nicht entgegen (Urteil S. 15 oben). Die Vorinstanz fügt bei, dass sich die beiden Geschädigten zum fraglichen Zeitpunkt in einiger Entfernung vom Beschwerdeführer befanden – dieser habe von "weit weg" gesprochen –, was ohne weiteres die Vermutung zulasse, dass das von ihnen

wahrgenommene Klicken anderen Ursprungs oder ein anderes metallische klingendes Geräusch gewesen sein müsse. Der Sachverhalt sei daher (auch) in diesem Punkt erstellt.

3.4 Mit der eben wiedergegeben Erwägung ist die Vorinstanz der Auflage, sich mit den Aussagen der beiden Geschädigten B. und C. auseinanderzusetzen, nachgekommen und hat überdies in zumindest nicht willkürlicher Weise ausgeführt, weshalb diese Aussagen der Annahme, die Waffe sei im fraglichen Zeitpunkt wie schon zuvor geladen, durchgeladen und entsichert gewesen, nicht entgegenstehen. Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde (vgl. insbesondere S. 10) handelt es sich dabei nicht um eine bloße Möglichkeit, die andere, ebenso wahrscheinliche Versionen offen lasse und deshalb den für einen Schuldspruch erforderlichen Überzeugungsgrad nicht erreiche; das Obergericht stützt im Gegenteil seine Annahme zum Ladezustand der Waffe auch ab dem 13. Überfall zur Hauptsache auf die oben wiedergegebenen Umstände, welche ihrerseits bereits den Schluss, dass die Waffe bei sämtlichen Überfällen geladen, durchgeladen und entsichert gewesen sei, gebieterisch aufdrängten; im vorliegenden Kontext geht es um die Frage der Widerlegung eines vom Beschwerdeführer geltend gemachten Entlastungsbeweises mit Bezug auf einen einzelnen Überfall.

Wenn im Übrigen der Beschwerdeführer vorbringt (Beschwerde S. 7), die Vorinstanz behafte ihn zu Unrecht bei seiner Aussage, wonach er den Abzug der Pistole in diesem Fall nicht betätigt habe, weil er sich damit nicht in ein ungünstiges Licht habe stellen wollen, vermag dies jedenfalls nicht den Nachweis willkürlicher Beweiswürdigung zu erbringen.

3.5 Mit seinen weiteren Ausführungen zur Frage, wer wann welche Manipulationen an der Waffe vorgenommen habe und wann das Nachladen der Patronen erfolgte (Beschwerde S. 5 ff.), ferner zum Vorgehen beim (zweiten) Überfall vom 27. Januar 2006 (Beschwerde S. 8) verlässt der Beschwerdeführer den durch § 104a GVG eingeschränkten Überprüfungsrahmen (vorn Ziff. 2). Die Vorinstanz hatte nach dem Rückweisungsentscheid die Aussagen der beiden Geschädigten B. und C. in die Beweiswürdigung einzubeziehen, was sie, wie gezeigt, in (nicht willkürlicher Weise) getan hat; nachdem diesen Aussagen angesichts der eigenen

Aussagen des Beschwerdeführers (nämlich, er habe den Abzug gar nicht betätigt) keine entlastende Bedeutung hinsichtlich des Ladezustandes der Waffe beim 17. Überfall zukommt, stellt sich auch die Frage nach allfälligen Auswirkungen auf die Beweiswürdigung der vorangehenden und der nachfolgenden Überfälle nicht mehr.

3.6 Insgesamt erweist sich die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung als unbegründet.

4. Hinsichtlich der Strafzumessung beanstandet der Beschwerdeführer (Beschwerde Ziff. IV.2, S. 11), dass die (im Hinblick auf positive Führung sowie die Verfahrensdauer) nunmehr angeordnete Strafreduktion von drei Monaten gegenüber der dem Mitangeklagten Y. ebenfalls gewährten Reduktion von drei Monaten unverhältnismässig kurz sei; die Strafreduktion bei Y. betrage gemessen an der Gesamtdauer der Strafe mehr als das Doppelte, ohne dass dies näher begründet werde.

Ob die dem Beschwerdeführer gewährte Strafreduktion im Verhältnis zu der dem Mitangeklagten gewährten Strafreduktion angemessen ist, ist eine Rechtsfrage, die sich nach Art. 47 ff. StGB beurteilt (vgl. BGE 116 IV 292; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, StGB PK, Art. 47 N 41), worauf hier nicht einzutreten ist (§ 430b StPO). Ebenso beurteilt sich nach Bundesrecht (Art. 50 StGB), ob die Begründung der Vorinstanz insoweit den gesetzlichen Anforderungen genügt.

5. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist unbegründet und abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Ausgangsgemäss wird damit der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kostenpflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 700.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts vom 17. September 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung die Parteien und an die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie im Dispositiv an die Geschädigten, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: