



Kass.-Nr. AC100025-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 30. Januar 2012

in Sachen

Sh*,

...,

Angeklagter und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

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

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. K...

2. **Staatsanwaltschaft See / Oberland,**

...,

Nachtragsanklägerin und Beschwerdegegnerin 2

3. - 10. **verschiedene Geschädigte,**

...

,

Geschädigte und Beschwerdegegner 3 - 10

5 und 6 vertreten durch Rechtsanwalt ...

7 vertreten durch ...

9 und 10 vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

mehrfachen bandenmässigen Raub etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. November 2010 (SE090039/U/cs)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

Der Beschwerdeführer und L* waren die Angeklagten im Strafverfahren vor der II. Strafkammer des Obergerichts. Das Obergericht erkannte mit Urteil vom 1. November 2010 den Beschwerdeführer schuldig des bandenmässigen Raubs, des Angriffs, des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und des Fahrens ohne Führerausweis und bestrafte ihn mit 4 ½ Jahren Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 200.--. Weiter merkte das Obergericht vor, dass der Beschwerdeführer (teils gemeinsam mit dem Mitangeklagten) verschiedene Zivilforderungen von Geschädigten anerkannt habe, verpflichtete ihn (solidarisch mit dem Mitangeklagten) zur Bezahlung weiterer Zivilforderungen und verwies einzelne Geschädigte auf den Weg des Zivilprozesses (OG act. 44 = KG act. 2). Auch der Mitangeklagte wurde verschiedener Straftaten schuldig gesprochen und entsprechend bestraft, was jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Kassationsverfahrens bildet.

Mit seiner rechtzeitig angemeldeten (OG act. 51) und begründeten Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beschwerdeführer, es sei das genannte Urteils des Obergerichts aufzuheben (KG act. 1). Die Staatsanwaltschaft und das Obergericht verzichteten auf eine Beantwortung der Beschwerde bzw. auf Vernehmlassung (KG act. 10 und 11). Die Geschädigten beantworteten die Nichtigkeitsbeschwerde nicht.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) in Kraft. Art. 453 Abs. 1 StPO bestimmt, dass Rechtsmittel, die sich gegen einen Entscheid richten, der vor Inkrafttreten der StPO gefällt wurde, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt werden. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen StPO vom 4. Mai 1919 (StPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13.

Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 430 StPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

II.

Bandenmässiger Raub

1. a) An den Raubüberfällen gemäss Anklageschrift Ziffer I (OG HD 20/8 S. 2 - 7) waren der Beschwerdeführer, der Mitangeklagte L* (dieser ohne den Überfall gemäss Nebendossier 5) sowie F* (separates Verfahren, da jugendlich) beteiligt. Streitig ist, ob die Angeklagten diese Raubüberfälle als Mitglieder einer Bande begangen haben. Das Obergericht gibt die Aussagen der Beteiligten zur Tatmotivation zusammenfassend wieder (KG act. 2 S. 13 f.) und hält fest, aufgrund dieser Aussagen erhelle, dass sich zumindest der Beschwerdeführer und L* spätestens nach dem ersten Überfall darüber einig gewesen seien, in Zukunft weitere Überfälle zu begehen, um einander gegenseitig zu helfen, ihre nicht unerheblichen Schulden zu tilgen. Soweit die Angeklagten geltend machten, die Überfälle hätten jeweils aufgrund eines spontanen Entschlusses stattgefunden, sei dem nicht zu folgen. Zwar sei aufgrund der weitgehend übereinstimmenden Aussagen sämtlicher Tatbeteiligter davon auszugehen, dass der konkrete Zeitpunkt und die Anzahl der in Zukunft zu verübenden Überfälle nicht zum Voraus geplant gewesen seien. Die Bereitschaft der Angeklagten, zusammen so lange weiter zu delinquieren, bis sie ihre offenen Rechnungen und Schulden begleichen könnten, sei jedoch von Anfang an gegeben gewesen. Zudem könne aufgrund der Höhe der

Schulden der Angeklagten gefolgert werden, dass sich diese Bereitschaft nicht bloss auf die Verübung eines zweiten Überfalls beschränkt habe. Daran vermöge nichts zu ändern, dass die Angeklagten angegeben hätten, sie hätten nach einem Überfall nicht direkt wieder für den nächsten Überfall abgemacht. Vielmehr müsse der gemeinsame Wille zur fortgesetzten Verübung von Delikten nicht auf einer expliziten Abmachung beruhen, sondern es reiche eine stillschweigende Übereinkunft. Von einer solchen sei unter den gegebenen Umständen klar auszugehen. Nebst den Aussagen der Tatbeteiligten sprächen auch die Tatumstände für eine konkludente Übereinkunft der Täter zur fortgesetzten Delinquenz. So hätten mit Ausnahme des Überfalls auf die Tankstelle (ND 5) immer dieselben drei Tatbeteiligten an den Überfällen teilgenommen, sei das Tatvorgehen - abgesehen von kleineren Abweichungen - jeweils gleich gewesen (Treffen in Zürich U, Umherfahren bzw. Auskundschaften des Tatorts, Maskierung, Mitführen einer Gasdruckpistole etc.) und seien die Rollen unter den Tatbeteiligten fest verteilt gewesen (L* als Fahrer; der Beschwerdeführer und F* als diejenigen, welche die Lokalitäten betreten hätten, wobei der Beschwerdeführer jeweils eine Waffe auf sich tragen und F* das Geld einpacken sollten). Hinzu komme, dass sich den Aussagen der beiden Angeklagten entnehmen lasse, dass diese Rollenverteilung bereits im Vornherein, mithin vor dem ersten Überfall, abgemacht worden sei. Ein weiteres bedeutendes Indiz zur fortgesetzten Tatbegehung stelle die enge zeitliche Abfolge der Überfälle dar. Die Tatbeteiligten hätten innerhalb von knapp eineinhalb Wochen vier (L*) bzw. fünf (Beschwerdeführer und F*) Raubüberfälle begangen, wobei sie zwei davon gar am gleichen Tag verübt hätten. Vor diesem Hintergrund erschiene es als lebensfremd anzunehmen, dass die Tatbeteiligten jedes Mal - mithin im Abstand von nur wenigen Tagen - einen neuen Tatentschluss gefasst hätten. Auch die Aussagen der beiden Angeklagten, wonach sie die jeweils anderen Tatbeteiligten im deliktsrelevanten Zeitraum nur getroffen hätten, um Überfälle zu begehen, seien als Indiz für eine bandenmässige Tatbegehung zu werten, scheine die Verübung von Raubüberfällen doch gerade der Zweck der jeweiligen Treffen gewesen zu sein (KG act. 2 S. 14 - 16).

b) Der Beschwerdeführer nimmt Bezug auf seine vom Obergericht zitierte Aussage, er habe nach dem ersten Überfall gesehen, dass es funktioniere und habe

gedacht, dass er auch so seine Geldprobleme lösen könne. Da er L* geholfen habe, sei er davon ausgegangen, dass dieser ihm auch helfen werde. Weiter nennt der Beschwerdeführer die vom Obergericht ebenfalls wiedergegebenen Aussage von L* zur Motivation für die Raubüberfälle, jeder habe Geld gebraucht. Er und der Beschwerdeführer hätten Schulden gemacht, wobei abgemacht gewesen sei, dass der Beschwerdeführer ihm und er danach dem Beschwerdeführer helfe. Da er mit seinem Anteil an der Beute aus dem Kleiderladen seine offenen Rechnungen immer noch nicht habe bezahlen können, seien die Überfälle weitergegangen. Beim Überfall auf den Kleiderladen sei sogar explizit abgemacht gewesen, dass sie zuerst schauen würden, wie viel sie erbeuten würden. Als es zu wenig gewesen sei, hätten sie noch am gleichen Tag den Kiosk ausgeraubt (KG act. 1 S. 4 Ziff. II/2 unter Hinweis auf KG act. 2 S. 13 f.).

Der Beschwerdeführer rügt, wie das Obergericht gestützt auf diese Aussagen der beiden Angeklagten zum Schluss gelange, diese seien sich spätestens nach dem ersten Überfall darüber einig gewesen, in Zukunft weitere Überfälle zu begehen, um einander gegenseitig zu helfen, ihre nicht unerheblichen Schulden zu tilgen, bleibe unverständlich. Die entsprechende Beweiswürdigung stelle auch eine offensichtlich willkürliche Verletzung der Beweiswürdigungsregel "in dubio pro reo" dar. Aus den zitierten Aussagen der beiden Angeklagten sei lediglich ersichtlich, dass der Beschwerdeführer nach dem ersten Überfall gesehen habe, dass es funktioniere, und gedacht habe, dass er so seine Geldprobleme lösen könne. Damit sei allenfalls ein weiterer Überfall resp. die Bereitschaft für einen weiteren Überfall abzuleiten, mit welchem seine Geldprobleme hätten gelöst werden sollen. Dies werde im übrigen auch durch die Aussagen des Beschwerdeführers belegt, der Folgendes angegeben habe: "Nach dem ersten Überfall hatte ich mir gedacht, dass wir noch einen machen könnten, damit ich meine Rechnungen begleichen könnte." (OG HD 2/3 S. 6). Auch sei vom Beschwerdeführer ausgesagt worden: "Wir haben uns getroffen, sind ein wenig herumgefahren und haben gekifft, dann kam ich wieder auf die blöde Idee. Leider, und so ist es dann weitergegangen." (OG HD 2/3 S. 6). Man sehe also auch hier, dass es immer wieder zu neuen Entscheidungen gekommen sein müsse. In die gleiche Kategorie gehe die Aussage, er sei davon ausgegangen, dass L* ihm helfen würde, da auch er diesem geholfen

habe. Auch daraus könne nicht mehr abgeleitet werden, als dass der Beschwerdeführer nach dem ersten Überfall an einen zweiten Überfall gedacht habe, um seine eigenen Geldprobleme zu lösen, und dass er davon ausgegangen sei, dass L* ihm dabei helfen werde.

Auch aus den Aussagen von L* sei nichts anderes abzuleiten. Dessen Angabe, es sei abgemacht gewesen, dass der Beschwerdeführer einmal ihm und er danach dem Beschwerdeführer helfen würde, sei zeitlich unbestimmt geblieben. Es sei nicht klar, ob dies zu Beginn sämtlicher Überfälle so vereinbart worden sei oder während der bereits andauernden Überfälle oder allenfalls nach dem ersten Überfall im Hinblick auf den zweiten Überfall etc. Aus dieser Angabe von L* könne jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass L* und der Beschwerdeführer spätestens nach dem ersten Überfall darüber einig gewesen seien, in Zukunft weitere Überfälle zu begehen, um einander gegenseitig zu helfen, ihre nicht unerheblichen Schulden zu tilgen. Selbst wenn man davon ausginge, mit der eben zitierten Aussage von L* sei gemeint, dass man im Vorfeld bereits zwei Überfälle ins Auge gefasst habe, bedeute dies nicht, dass damit mehrere Überfälle gemeint gewesen sein sollten. Auch die weitere zitierte Aussage von L*, die Überfälle seien weitergegangen, da er mit seinem Anteil an der Beute aus dem Kleiderladen seine offenen Rechnungen immer noch nicht hätte bezahlen können, sage nichts über den ausdrücklich oder konkludent geäußerten Willen, bei mehreren Raubüberfällen zusammen zu wirken.

Der Beschwerdeführer fährt fort, was die Angabe von L* anbelange, beim Überfall auf den Kleiderladen sei sogar noch explizit abgemacht gewesen, dass sie zuerst schauen würden, wie viel sie erbeuten würden, und als es zu wenig gewesen sei, hätten sie noch am gleichen Tag den Kiosk ausgeraubt, so sei auch hier festzuhalten, dass die Absicht resp. Verabredung, man schaue zuerst, wie viel man bei einem Überfall erbeute, noch keineswegs impliziere, dass dabei der Wille vorgeherrscht habe, automatisch bei fehlendem Erfolg des ersten Überfalls einen zweiten zu realisieren. Das Obergericht habe es im Übrigen verpasst, das Zitat von L* komplett wiederzugeben. Dieser habe an der zitierten Stelle weiter ausgesagt: "Als wir dort [beim Kleiderladen] zu wenig Geld erhalten haben, haben wir noch-

mals den Tabakladen gemacht. In diesem Sinn war es spontan." (OG HD 3/2 S. 4). Dies zeige erneut, dass keine Absicht bestanden habe, mehrere Überfälle zu begehen.

Die vom Obergericht zitierten Angaben des Mittäters F*, so der Beschwerdeführer weiter, gäben für die Frage des subjektiven Tatbestandes des Beschwerdeführers resp. für den dazugehörigen massgeblichen Sachverhalt keine Hinweise, weshalb der Beschwerdeführer sie im Folgenden auch nicht bespreche.

Der Beschwerdeführer rügt sodann, wenn das Obergericht erwäge, auf Grund der Höhe der Schulden der Angeklagten könne gefolgert werden, dass sich "die Bereitschaft nicht bloss auf die Verübung eines zweiten Überfalls beschränkt habe", so sei auch dies nicht nachvollziehbar, seien doch die Schulden nicht in einer Höhe gewesen, welche nicht durch einen einzigen oder allenfalls zwei Überfälle hätte abgedeckt werden können. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass das Obergericht es unterlassen habe, darzulegen, wie hoch die Schulden der Angeklagten effektiv gewesen sein sollen, was die Folgerung des Obergerichts betreffend der Höhe der Schulden zusätzlich als willkürlich erscheinen lasse. Gestützt auf diese Umstände sei es auch nicht haltbar, dass das Obergericht davon ausgehe, es habe eine stillschweigende Übereinkunft gegeben, fortgesetzte Delikte zu verüben.

Weiter habe das Obergericht es unterlassen, den Umstand, dass nach fünf (geglückten) Überfällen entschieden worden sei, damit aufzuhören, im Zusammenhang mit der Frage der Bandenmässigkeit zu würdigen. Dies stelle eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, sei dies doch dem Obergericht vorgetragen worden (Plädoyer, OG act. 39 S. 16 Ziff. II/6). Weiter liege auch eine willkürliche Beweiswürdigung zu Lasten des Beschwerdeführers vor, da dieser Umstand von bedeutender und entlastender Bedeutung sei und zeige, dass eine Bereitschaft zur Begehung von unbestimmt vielen Überfällen nicht bestanden habe. Ebenfalls habe es das Obergericht unterlassen, den massiven Marihuanakonsum des Beschwerdeführers bei der Frage der Bandenmässigkeit zu berücksichtigen. Auch darin liege eine Gehörsverweigerung und eine willkürliche Beweiswürdigung und Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" zum Nachteil des Beschwerdeführers. Der Marihuanakonsum sei vor dem Obergericht thematisiert

und auch als für die Frage der Bandenmässigkeit wesentlich bezeichnet worden (Plädoyer, OG act. 39 S. 17 Ziff. II/7). Es sei betreffend dieses Konsums, der im Plädoyer der Verteidigung bei den Ausführungen zur Strafzumessung detailliert beschrieben und mit Aktenstellen belegt worden sei (OG act. 39 S. 18 Ziff III/2 - 4), gesagt worden, dass der Konsum den Beschwerdeführer einerseits in seiner Zurechnungsfähigkeit erheblich eingeschränkt habe und andererseits seine Fähigkeit, sich Gedanken über die Zukunft und allfällige weitere Raubüberfälle zu machen, wohl eher nicht vorhanden gewesen sein dürfte. Auch dies spreche gegen das Vorliegen einer Bandenmässigkeit (Plädoyer, OG act. 39 S. 17 Ziff. II/7). Das Obergericht habe diesen Einwand schlicht ignoriert (KG act. 1 S. 4 - 7 Ziff. II/3 - 11).

c) Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 [1982] Nr. 88 Erw. 2).

Die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters kann nach der Praxis des Kassationsgerichtes aufgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO/ZH dann mit Erfolg gerügt werden, wenn sie sich nicht mehr im Rahmen des Gesetzes hält, sondern willkürlich, d.h. offensichtlich abwegig ist und einer missbräuchlichen Handhabung des richterlichen Ermessens gleichkommt (ZR 64 [1965] Nr. 54). Die Verneinung eines den Freispruch bedingenden Zweifels wird als Kassationsgrund angesehen,

wenn diese bei ernsthafter Abwägung des "Für" und "Wider" schlechthin unverständlich ist (Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 21 zu § 430 StPO/ZH). Es ist zu berücksichtigen, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (BGE 124 IV 88 E. 2a mit Hinweisen; ZR 72 [1973] Nr. 80, 69 [1970] Nr. 50; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 34). Weiter geht auch die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 32 Abs. 1 BV nicht, denn diese Bestimmungen schliessen einen Schuldspruch nur dann aus, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel am Tat- oder Schuldbeweis zurückbleiben (BGE 120 Ia 35 ff. mit Hinweisen).

Der in diesem Zusammenhang regelmässig angerufene Grundsatz "in dubio pro reo" weist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in Übereinstimmung mit dem Schrifttum zwei Aspekte auf: zum einen bezieht er sich auf die strafprozessuale Beweislast, zum anderen wirkt er sich bei der Feststellung des Sachverhaltes und der Würdigung der Beweise aus (BGE 120 Ia 31 ff., 127 I 38 E. 2a; vgl. Corboz, In dubio pro reo, ZBJV 1993, S. 403 ff. mit weiteren Hinweisen). Als Beweiswürdigungsregel erschöpft sich der Grundsatz im Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung (vgl. auch Schultz, ZBJV 1995, S. 852), während er als Beweislastregel besagt, dass es Sache des Staates ist, die Schuld des Angeklagten nachzuweisen. Da der Grundsatz unter beiden in Frage kommenden Aspekten verfassungsrechtlichen Rang hat, kann seine Verletzung vor Bundesgericht allein mit bundesrechtlicher Beschwerde geltend gemacht werden (Art. 95 lit. a BGG), Zugleich ist in beiden Fällen auf kantonaler Ebene die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (§ 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO/ZH; Donatsch/Schmid, N 21 zu § 430 StPO/ZH). Hinsichtlich der Kognition des Kassationsgerichts ist von Bedeutung, dass die Beachtung der Beweislastregel vom Bundesgericht im Rahmen einer bundesrechtlichen Beschwerde frei geprüft wird, womit ihr insoweit eine über das Willkürverbot hinausgehende Tragweite zukommt; dem Kassationsgericht kommt daher als vorgeschalteter Instanz sinnvollerweise ebenfalls freie Kognition zu, soweit die

Verletzung der Beweislastregel gerügt wird. Bei der Frage, ob die Beweiswürdigungsregel von der Vorinstanz verletzt worden ist, kommt hingegen dem Kassationsgericht nach wie vor nur eine auf Willkür begrenzte Überprüfungsbefugnis zu (eingehend ZR 102 [2001] Nr. 12; vgl. auch BGE 127 I 38 E. 2c und 3a).

d) Selbst wenn die beiden Angeklagten nach einem verübten Überfall nicht sogleich konkret den nächsten planten, sondern sich jeweils erst später zu einem Treffen zwecks Verübung eines weiteren Überfalls trafen, schliesst dies nicht aus, dass der grundsätzliche Entscheid, sich mittels der nötigen Anzahl von Überfällen das nötige Geld zur Begleichung ihrer Schulden zu besorgen, bereits sehr früh gefällt wurde. Der zweite Überfall erfolgte nach der vom Obergericht zitierten Aussage des Beschwerdeführers, da der erste Überfall erfolgreich war und er dachte, damit könne er seine Geldprobleme lösen und in der Erwartung des Beschwerdeführers, L* werde ihm helfen, nachdem er diesem zuvor geholfen habe (OG HD 2/2 S. 4). Gemäss der vom Obergericht ebenfalls zitierten Aussage von L* hatten die Angeklagten beim Überfall auf den Kleiderladen vom 9. Februar 2008 abgemacht, sie würden zuerst schauen, wie viel sie erhalten würden, dann schauten sie weiter, und als die Beute zu wenig gewesen sei, hätten sie "nochmals den Kiosk gemacht" (OG HD 3/2 S. 4). Der Überfall auf die Boutique G an der L-strasse in Zürich war der dritte Überfall, der gleichentags verübte (erneute) Überfall des Kiosks an der F-strasse in Zürich war der vierte (vgl. Anklageschrift, OG HD 20/8 S. 4 - 6, Nebendossier 3 und 4). Zwar mag der Entscheid, den Kiosk ein zweites Mal auszurauben, was das konkrete Vorgehen und die Wahl des Tatortes angeht, spontan gewesen sein, doch nahmen die beiden Angeklagten zumindest bereits vor dem Überfall auf die Boutique G in Aussicht, im Fall von ungenügender Beute gemeinsam einen weiteren Überfall zu verüben. Alle Überfälle erfolgten zur Lösung der Geldprobleme der beiden Angeklagten und wurden (mit Ausnahme des Überfalls vom 12. Februar 2008 auf die Tankstelle an der A-strasse in Zürich, an welchem L* nicht beteiligt war) durch die gleichen drei Personen verübt. Der Einwand des Beschwerdeführers, die Schulden der Angeklagten seien nicht in einer Höhe gewesen, welche nicht durch einen einzigen oder allenfalls zwei Überfälle hätten abgedeckt werden können, hilft nicht, nachdem offenbar der dritte Überfall nicht ausreichte, die noch fehlenden Geldmittel zu be-

schaffen, und gleichentags noch ein vierter und einige Tage später (ohne Beteiligung von L*) ein fünfter Überfall erfolgte. Woraus sich ergeben soll, dass die Angeklagten hätten erwarten können, mit maximal zwei Überfällen das zur Schuldentilgung nötige Geld zu verschaffen, führt der Beschwerdeführer nicht aus. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer in grösseren Mengen Marihuana konsumierte, ergibt sich nicht ohne weiteres dessen Unfähigkeit, sich über allfällige künftige Raubüberfälle Gedanken zu machen. Inwiefern sich aus dem Entscheid der beiden Angeklagten nach vier (L*) bzw. fünf (Beschwerdeführer) geglückten Überfällen, keine weiteren Überfälle mehr zu tätigen, ein Anhaltspunkt dafür ergeben soll, dass zu Beginn oder nach dem ersten geglückten Überfall keine (mindestens grundsätzliche) Bereitschaft zur Begehung von unbestimmt vielen Überfällen bestanden habe, ist nicht ersichtlich und zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Damit weist der Beschwerdeführer auch nicht nach, dass das Obergericht ein den Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang entlastendes Vorbringen der Verteidigung nicht beachtet habe.

Unter diesen Umständen ist die Annahme des Obergerichts, die Angeklagten seien zumindest stillschweigend übereingekommen, die zur Tilgung ihrer Schulden notwendigen und damit nötigenfalls auch mehrere Überfälle zu begehen, nachvollziehbar und nicht willkürlich. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen der Aktenwidrigkeit und der Gehörsverweigerung sind unbegründet.

Angriff

2. a) Am 1. Oktober 2010 erhob die Staatsanwaltschaft gegen den Beschwerdeführer eine Nachtragsanklage betreffend Angriff mit dem Vorwurf, der Beschwerdeführer habe am 12. September 2008 kurz nach Mitternacht zusammen mit D* (separates Verfahren) und weiteren Personen vor dem Gemeinschaftszentrum U in Zürich mehrere Gäste einer dort abgehaltenen privaten Party angegriffen, nachdem er und seine Kollegen zuvor aus den Partyräumen verwiesen worden sei. Dabei sei es auf der Terrasse des Gemeinschaftszentrums zu einer Rangelei gekommen, in deren Verlauf der Beschwerdeführer dem Geschädigten E mit der

Faust gegen das Gesicht geschlagen habe. E habe sich vorübergehend ins Gebäudeinnere zurückgezogen, sich aber wieder auf die Veranda vor dem Gebäude begeben, um erneut das Gespräch mit dem Beschwerdeführer und weiteren provozierenden Jugendlichen zu suchen. Der Beschwerdeführer und sein Begleiter hätten erneut E angegriffen, wobei der Beschwerdeführer und weitere Personen auf den am Boden sitzenden E eingetreten und eingeschlagen hätten. Im darauffolgenden Gerangel habe einer der Angreifer dem Partygast B mit der Faust gegen das Gesicht geschlagen, und D* habe eine Glasflasche ins Gebäude geworfen. Mehrere Beteiligte hätten Verletzungen erlitten (OG act. 58/18). Der Beschwerdeführer ist mit Bezug auf die Vorwürfe der Nachtragsanklage nicht geständig.

b) Das Obergericht hält fest, dem insgesamt nicht sehr überzeugenden Aussageverhalten des Beschwerdeführers stehe in erster Linie die Aussage des Zeugen E gegenüber. Dieser habe den Beschwerdeführer "mit 100% Sicherheit" als den Anführer der angreifenden Jugendlichen, als denjenigen mit der "grossen Röhre" erkannt. Von ihm, der einen weissen Blouson getragen und vorher das Gemeinschaftszentrum als sein Revier reklamiert und eine repetitive Bewegung mit der "Knarre" gemacht habe, wolle der Zeuge auch den ersten Schlag, allenfalls auch zwei, ins Gesicht erhalten haben. In einer zweiten Phase, als sich der Zeuge auf die Stufen zum Vorplatz des Gemeinschaftszentrums gesetzt habe, habe er, E, den Satz "da isch er" oder "da isch eine" gehört, worauf er Fusstritte gegen seinen Kopf ausgeteilt erhalten habe, bis er am Schluss das Bewusstsein verloren habe. Der Zeuge sei sich auch sicher gewesen, dass der Beschwerdeführer ebenfalls in dieser zweiten Phase aktiv gewesen sei und mit seinem Fuss auf den Kopf und Körper des Zeugen gezielt und getreten habe.

Das Obergericht fährt fort, die Belastung des Beschwerdeführers durch E sei sehr konkret und detailliert ausgefallen. Er habe den Beschwerdeführer eindeutig erkennen und im Zeugenstand retrospektiv äusserlich gut zu beschreiben vermocht (dunkle Haare, ca. 170 - 172 cm gross, sportlich, spitz zulaufende Koteletten, weisser, dünner Trainingsblouson). Wenn er in der ersten polizeilichen Einvernahme den Wortführer der beiden Jugendlichen, die ihn geschlagen und getreten

hatten, noch kleiner und jünger beschrieben habe, als es der Beschwerdeführer und der Mitbeteiligte D* seien, könne dies darauf zurückgeführt werden, dass der Tatort zum Teil Stufen aufweise und der Geschädigte E während der zweiten, für ihn eindrücklichsten Phase des Geschehens, auf einer dieser Stufen am Boden gesessen sei, was das Abschätzen von Grössenverhältnissen erheblich erschwert habe. E habe aber bereits in der ersten Einvernahme von einem weissen Trainer und den dünnen Koteletten des Wortführers berichtet und dass dieser grösser und älter als sein unmittelbarer Begleiter gewesen sei. Die dünnen, spitz zulaufenden Koteletten des Beschwerdeführers, wie auf den Polizeifotos aus der Tatnacht gut ersichtlich, seien denn auch sehr auffällig. Anders verhalte es sich mit dem Bart des Beschwerdeführers, den die Verteidigung als "ziemlich auffällig" und "unübersehbar" beschreibe, während ein Blick auf die Polizeifotos der Tatnacht das Gegenteil ergebe. Dass E dieser Anflug von einem Bart nicht in Erinnerung geblieben sei, erstaune deshalb nicht und spreche jedenfalls nicht gegen seine Identifikation des Beschwerdeführers als Täter. Gleiches gelte für den Umstand, dass der Geschädigte auch die kurz geschnittenen Haare des Beschwerdeführers nicht erwähnt habe, komme es doch immer wieder vor, dass Zeugen einzelne Aspekte nicht sähen oder nicht memorisierten. Auch seien die Lichtverhältnisse am Tatort nicht ideal gewesen. E habe demgegenüber den Wortführer der Gruppe wieder zu erkennen vermocht und auch gewusst, was dieser gesagt und welche Handbewegung er gemacht habe (KG act. 2 S. 18 f.).

c) Das Obergericht nennt im angefochtenen Entscheid die Aktenstelle nicht, gemäss welcher E den Beschwerdeführer "mit 100% Sicherheit" als den Anführer der angreifenden Jugendlichen, als denjenigen mit der "grossen Röhre", erkannt habe. Der Beschwerdeführer vermutet, das Obergericht beziehe sich auf die staatsanwaltschaftliche Zeugenbefragung von E vom 11. März 2010 (OG 58/6/19 S. 4 oben). Das Zitat sei allerdings in dieser Form nicht richtig wiedergegeben. Tatsächlich habe E damals angegeben, er habe bei der Polizei einmal Fotos von Tatverdächtigen gezeigt bekommen und habe auf diesen Fotos einen der Täter mit 100% Sicherheit identifiziert. Es sei der Anführer gewesen. Führe man sich aber diese von E in seiner staatsanwaltschaftlichen Befragung erwähnte Fotokonfrontation bei der Polizei vor Augen, so stelle man fest, dass er damals im Zu-

sammenhang mit der Identifikation des Beschwerdeführer folgendes zu Protokoll gegeben habe: "Ich würde sagen, dass Nr. 4 dabei war. Ich denke, dass er der Anführer war. Er ähnelt aber sehr stark der Nr. 3, das ist sehr schwierig." (OG 58/6/4 S. 1). Dass E den Beschwerdeführer mit "100% Sicherheit" als den Anführer der angreifenden Jugendlichen erkannt haben soll, wie das Obergericht ausführe, sei offensichtlich unzutreffend. Es handle sich hier klar um eine falsche und damit willkürlich Beweiswürdigung. Die effektiv getätigten und aus den Akten ersichtlichen Aussagen von E seien unrichtig wiedergegeben und es sei der falsche Schluss gezogen worden. E habe den Konjunktiv verwendet ("ich würde sagen ..."), was eine Unsicherheit zeige. Er habe gesagt, er denke, die Nr. 4 sei der Anführer gewesen, was ebenfalls ein klares Zeichen einer bestehenden Unsicherheit sei, und schliesslich sei er nicht einmal sicher, ob es nicht allenfalls die Br. 3 (also nicht der Beschwerdeführer) gewesen sei, und bezeichne die Identifikation als sehr schwierig. Der Zeuge habe also bei der Fotokonfrontation relativ kurz nach dem Vorfall entgegen seiner eigenen Erinnerung eben gerade keine klare Identifikation vornehmen können (KG act. 1 S. 8 f. Ziff. III/4).

Der Feststellung des Obergerichts, E habe den Beschwerdeführer sehr konkret und detailliert belastet und ihn eindeutig zu erkennen vermocht und im Zeugenstand retrospektiv äusserlich gut beschrieben (dunkle Haare, ca. 1.70 - 1.72 Meter gross, sportlich, spitz zulaufende Koteletten, weisser dünner Trainingsblouson), hält der Beschwerdeführer entgegen, diese Beschreibungen seien entgegen der Auffassung des Obergerichts weder besonders konkret noch besonders detailliert. Dass der Beschwerdeführer an jenem Abend eine weisse Jacke getragen habe, sei unbestritten. Allerdings müsse auf Grund aller Umstände davon ausgegangen werden, dass nicht nur er eine weisse Jacke getragen habe, sondern weitere Personen auch. Das Merkmal der weissen Jacke sei deshalb für die Beschreibung des Beschwerdeführers nicht besonders hilfreich. Dass der Beschwerdeführer dunkle Haare gehabt habe, sei ebenfalls nicht überzeugend. Aufgrund der Polizeifotos, die bei den Akten lägen, sei ersichtlich, dass er praktisch keine Haare auf dem Kopf gehabt habe, da er seinen Schädel fast kahlrasiert gehabt habe. Ebenfalls sei er nicht 1.70 bis 1.72 Meter gross, sondern rund 1.78 Meter, und der Umstand der spitz zulaufenden Koteletten sei ebenfalls nicht sehr

hilfreich, da dies heutzutage eine grosse Anzahl von Männern so trügen. Es komme dazu, dass nicht die Beschreibung des Täters durch den Zeugen nach langem Zeitablauf massgeblich sei, sondern die Beschreibung möglichst kurz nach dem Vorfall. Am 22. September 2008, also nur zehn Tage nach dem Vorfall, habe der Zeuge E den Anführer als ca. 165 cm gross, ca. 17 Jahre alt, mit einem weissen Trainer und dünnen Koteletten geschildert (OG act. 58/3/1 [recte: OG act. 58/6/1] S. 3). Die Zeugeneinvernahme beim Staatsanwalt habe hingegen am 11. März 2010 stattgefunden, mithin 18 Monate nach dem Vorfall vom 12. September 2008. Die Beschreibung, die E in dieser Einvernahme abgeliefert habe, könne schon aufgrund des Zeitablaufs unmöglich genauer und aktueller gewesen sein als diejenige vom 22. September 2008. Wenn der Zeuge kurz nach dem Vorfall die Grösse des Täters mit ca. 165 cm angebe, dann habe dies zu gelten und nicht die ca. 170 bis 172 cm, von denen er in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen 18 Monate später gesprochen habe. Vergleiche man nun die Beschreibung von E mit dem Aussehen des Beschwerdeführers am Tatabend, so seien praktisch überhaupt keine Übereinstimmungen erkennbar. Die Grössenangabe sei komplett falsch (165 cm gegenüber 178 cm), das Alter ebenfalls (17 Jahre gegenüber 21 Jahre) und einen Balkanakzent (OG act. 58/6/1 S. 3) habe der Beschwerdeführer auch nicht. Auch die Beschreibung "dunkle Haare" aufgrund des Millimeterschnitts des Beschwerdeführers am Tatabend sei nicht nachvollziehbar. Der Bart des Beschwerdeführers und der Umstand, dass er am Kopf praktisch kahlrasiert gewesen sei, werde vom Zeugen vollkommen "verschwiegen". Dies (der nicht beschriebene praktisch kahlrasierte Schädel) sei schon vor dem Obergericht ausgeführt worden, vom Obergericht in Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aber nicht in Erwägung gezogen worden. Auch habe E weder in seiner Einvernahme vom 22. September 2008 noch in derjenigen vom 1. Dezember 2008 und auch nicht in derjenigen vom 11. März 2010 ein Nasenbluten am Haupttäter feststellen können, was vor dem Obergericht ebenfalls vorgebracht worden sei, aber nicht in die Erwägungen des Obergerichts eingeflossen sei (KG act. 1 S. 9 f., Ziff. III/5).

Der Beschwerdeführer fährt fort, das Obergericht erwäge weiter, der Umstand, dass E in der ersten polizeilichen Einvernahme den Wortführer der beiden Ju-

gendlichen, die ihn geschlagen und getreten hätten, noch kleiner und jünger beschrieben habe, als der Beschwerdeführer und D* seien, könne darauf zurückgeführt werden, dass der Tatort zum Teil Stufen aufweise und der Geschädigte E während der zweiten, für ihn eindrücklichsten Phase des Geschehens, auf einer der Stufen auf dem Boden gesessen sei, was das Abschätzen von Grössenverhältnissen erheblich erschwere. Dass die zweite Phase die eindrücklichere gewesen sei und deshalb das Abschätzen von Grössenverhältnissen durch das Sitzen erschwert gewesen sei, sei eine unbelegte Annahme des Obergerichts zu Ungunsten des Beschwerdeführers. E selber habe so etwas nie ins Feld geführt. Diese Würdigung der Aussagen von E sei willkürlich und in Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo erfolgt. Selbst wenn man diese Erwägung akzeptieren würde, so könne sie allenfalls erklären, weshalb die Grösse falsch eingeschätzt worden sei, mitnichten aber, weshalb das Alter des Haupttäters im Vergleich mit dem effektiven Alter des Beschwerdeführers komplett falsch eingeschätzt worden sei (KG act. 1 S. 10 f. Ziff. III/6).

Das Obergericht erwäge weiter, so der Beschwerdeführer, E hätte schon in der ersten Einvernahme von einem weissen Trainer und den dünnen Koteletten des Wortführers zu berichten gewusst und auch, dass dieser grösser und älter als der unmittelbare Begleiter gewesen sei. Das Obergericht gehe davon aus, dass die dünnen, spitz zulaufenden Koteletten des Beschwerdeführers, wie sie auf den Polizeifotos aus der Tatnacht gut ersichtlich gewesen seien, auch sehr auffällig gewesen seien. Anders verhalte es sich mit dem Bart des Beschwerdeführers, den die Verteidigung als "ziemlich auffällig" und "unübersehbar" beschrieben habe. Ein Blick auf die Polizeifotos der Tatnacht würde jedoch das Gegenteil ergeben. Dass dem Geschädigten Erne dieser "Anflug von einem Bart" nicht in Erinnerung geblieben sei, erstaune deshalb nicht und spreche nicht gegen seine Identifikation als Täter. Auch diese Würdigung der Umstände und Beweise, so der Beschwerdeführer, sei willkürlich. Ein Blick auf die zitierten Polizeifotos vom Tatabend (OG act., 58/3/3 ff.) zeige klar, dass es sich nicht um einen "Anflug eines Bartes" handle, sondern um einen Schnurr- und Kinnbart, der klar und deutlich erkennbar sei. Dieser Bart sei sogar wesentlich klarer zu erkennen als die spitz zulaufenden Koteletten, von welchen E immer wieder gesprochen habe. Im Gegensatz zur Auf-

fassung des Obergerichts sei sehr wohl von Bedeutung, dass E (wie praktisch auch alle weiteren befragten Partygäste) in sämtlichen Einvernahmen mit keinem Wort einen Bart des "Anführers" gesehen haben wolle oder einen solchen beschreibe (KG act. 1 S. 11 f. Ziff III/7).

Auch sei auffällig, dass der Geschädigte E die auffällig kurz geschnittenen Haare des Beschwerdeführers nie erwähnt habe. Wenn das Obergericht dazu meine, es komme immer wieder vor, dass Zeugen einzelne Aspekte nicht sähen oder nicht memorisierten und ausserdem die Lichtverhältnisse am Tatort nicht ideal gewesen seien, so sei dies ebenfalls eine willkürliche Beweiswürdigung. Es sei unzulässig, einerseits immer wieder darauf hinzuweisen, der Geschädigte habe spitz zulaufende Koteletten gesehen, er habe den Beschwerdeführer gut beschreiben können und ihn einwandfrei identifiziert und gleichzeitig den Umstand, dass er einen auffälligen Bart und auffällig kurzgeschnittene Kopfhaare nicht gesehen haben wolle, dem schlechten Memorisierungsvermögen von Zeugen allgemein und den schlechten Lichtverhältnissen zuzuschreiben. Das schlechte Memorisieren und die schlechten Lichtverhältnisse hätten ja abgesehen von allem auch die spitzzulaufenden Koteletten betroffen, die aber genau gesehen worden seien. Dass E den Wortführer der Gruppe wiederzuerkennen glaubte und auch noch zu wissen glaubte, was dieser gesagt und welche Handbewegungen er gemacht habe, helfe zur Frage der Identifizierung dieser Person nicht weiter, weshalb auch die betreffende Erwägung des Obergerichts eine willkürliche Beweiswürdigung sei (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. III/8 f.).

d) Der Geschädigte E erklärte in der Zeugeneinvernahme vom 11. März 2010, er habe auf den Fotos, welche ihm von der Polizei vorgelegt worden seien, einen der Täter "mit 100% Sicherheit" identifiziert (OG 58/6/19 S. 4). In der polizeilichen Befragung vom 1. Dezember 2008 erklärte der Geschädigte auf Vorlage einer Fotobogens mit acht Bildern: "Ich würde sagen, dass Nummer 4 dabei war. Ich denke, dass er der Anführer war. Er ähnelt aber sehr stark an Nummer 3, das ist sehr schwierig ..." (OG act. 58/6/4 S. 1). Zu Recht weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass die Verwendung des Konjunktivs "ich würde sagen ...") auf eine Unsicherheit hinweist. Auch die Bemerkung des Geschädigten, Nr. 4 ähnele stark Nr. 3,

sowie dies sei "sehr schwierig", kann als Zeichen einer gewissen Unsicherheit verstanden werden. In dem Sinn besteht ein Widerspruch zwischen der Aussage von E in der polizeilichen Befragung und seiner Aussage vor dem Staatsanwalt, er habe den Täter "mit 100% Sicherheit" identifiziert. Das Obergericht gibt im angefochtenen Urteil nur die zweite, 15 Monate später gemachte Aussage des Zeugen wieder.

In der ersten polizeilichen Befragung beschrieb E den Anführer der beiden Täter als ca. 165 cm gross und ca. 17 Jahre alt (OG act. 58/6/1 S. 3). Gemäss Angabe im Fotobogen der Polizei ist der Beschwerdeführer 177 cm gross (OG act. 58/6/13 Blatt 2). Er wurde am 19. Februar 1988 geboren und war somit zum Tatzeitpunkt (12. September 2008) gut 20½ Jahre alt. Es mag wohl zutreffen, dass der Geschädigte, der in der zweiten Phase des Tatgeschehens auf einer Treppe sass, dadurch eine etwas verzerrte Sicht auf die Täter hatte, was das Abschätzen der Grössenverhältnisse erschwert haben dürfte. Es dürfte weiter zutreffen, dass diese zweite Phase, in der E von den Tätern misshandelt wurde, die für ihn eindrücklichere war. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich E und die Täter in einer ersten Phase auf gleicher Ebene gegenüberstanden. Jedenfalls weicht die Umschreibung der Körpergrösse und die Einschätzung des Alters des Täters durch E gegenüber der Polizei klar von der Körpergrösse und vom Alter des Beschwerdeführers ab.

Der Beschwerdeführer wurden in der Nacht vom 12./13. September 2008, also nach dem Tatgeschehen, zusammen mit zwei anderen Personen (die jedenfalls in der Nachtraganklageschrift der Staatsanwaltschaft nicht erwähnt und somit auch nicht namentlich als Tatbeteiligte bezeichnet wurden) von der Polizei in der Nähe des Tatortes angetroffen, einer Personenkontrolle unterzogen und fotografiert (vgl. Polizeirapport OG act. 58/1/1 S. 10 Mitte). Auf den beiden Fotografien des Beschwerdeführers ist zu erkennen, dass dieser einen Schnurrbart, einen Kinnbart und Koteletten trug, welche allerdings sehr kurz geschnitten waren, wie übrigens auch das Haupthaar, welches die Kopfhaut klar durchscheinen liess (OG act. 58/3/3 Blätter 1 und 2).

Wenn das Obergericht den Bart des Beschwerdeführers als "Anflug von einem Bart" bezeichnet, ist dies grundsätzlich richtig. Immerhin war dieser Bart ähnlich üppig bzw. ähnlich schwach ausgeprägt wie das Kopfhaar und die Koteletten, welche der Geschädigte im Gegensatz zum Bart erkannt haben will. Grundsätzlich mag zutreffen, dass ein Zeuge einzelne Aspekte nicht sieht oder nicht zu memorieren vermag. Es bleibt jedoch dabei, dass E den Täter nicht mit einem Schnurr- und Kinnbart und mit aussergewöhnlich kurzem Kopfhaar beschrieb.

Die Beschreibung des Anführers der Täter durch E und die Identifikation des Beschwerdeführers als einer der Täter sind somit mit einigen Unsicherheiten und Lücken verbunden. Wenn das Obergericht festhält, E habe den Beschwerdeführer "mit 100% Sicherheit" als den Anführer erkannt, trifft es zwar eine Feststellung aufgrund einer Aussage von E, hinterfragt diese jedoch nicht und beachtet die sich aus dem Protokoll der polizeilichen Befragung zur Fotoidentifikation ergebenden Unsicherheiten Es nicht. Soweit ist diese Feststellung nicht nachvollziehbar.

Die Rüge, das Obergericht habe das sehr kurze Haar bzw. den praktisch kahlrasierten Schädel des Beschwerdeführers, welche vom E nicht beschrieben wurden und worauf die Verteidigung hingewiesen habe, nicht in Erwägung gezogen und damit dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert, ist hingegen unbegründet. Das Obergericht geht, wenn auch nur kurz, darauf ein und hält in diesem Zusammenhang fest, es komme immer wieder vor, dass Zeugen einzelne Aspekte nicht sehen oder nicht memorierten (KG act. 2 S. 19 oben).

3. a) Das Obergericht hält dafür, formell sei gegen die Identifikation des Beschwerdeführers durch den Zeugen E nichts einzuwenden. Entgegen der Auffassung der Verteidigung sei es sachlich richtig gewesen, wenn die Staatsanwaltschaft auf eine Spiegelkonfrontation des Zeugen mit dem Beschwerdeführer und weiteren Personen verzichtet habe, nachdem E den Beschwerdeführer bereits vorgängig im Rahmen einer Fotoauswahl gesehen und erkannt habe. Auch gegen die Einvernahme von E in Anwesenheit des Beschwerdeführers sei nichts einzuwenden, ja diese sei geboten gewesen. Dass dadurch die Aussagen nicht zwingend vorgespurt worden seien, wie die Verteidigung meine, beweise

nicht nur der Zeuge E selber, der den zweiten Angeschuldigten im Verhörraum nicht wiedererkannt habe, sondern bewiesen ebenfalls die Zeugen B und C, die trotz der Anwesenheit des Beschwerdeführers im Raum diesen nicht eindeutig bzw. gar nicht zu identifizieren vermochten. E habe seine klare Identifikation des Beschwerdeführers auf einem Polizeifoto (unter vielen) denn auch speziell damit erklärt, dass dieser anlässlich des Tatgeschehens eben mehrmals in Erscheinung getreten sei, weshalb er ihn besser im Kopf habe. Eine Verwechslung könne aus diesen Gründen und da sich der Beschwerdeführer zugegebenermassen am Tatort aufgehalten habe, praktisch ausgeschlossen werden (KG act. 2 S. 19 untere Hälfte).

b) Der Beschwerdeführer gibt einen Auszug des Plädoyers seines Verteidigers vor Obergericht im Wortlaut wieder und macht sodann geltend, es sei eben gerade nicht so, dass E im Zusammenhang mit der Fotokonfrontation den Beschwerdeführer zweifelsfrei identifiziert habe, wie das Obergericht immer wieder vorbringe. Konkret habe E wie erwähnt angegeben, er *würde* sagen, dass Nr. 4 (der Beschwerdeführer) dabei gewesen sei, er *denke*, dass er der Anführer gewesen sei. Er ähne aber stark der Nr. 3, das sei schwierig. Unter diesen Umständen wäre es, wie bereits vor Obergericht im Plädoyer ausgeführt, sehr wohl notwendig gewesen, eine Spiegelkonfrontation durchzuführen (allenfalls mit Beteiligung der damaligen Nr. 3), was unterblieben sei. Nur im Rahmen einer solchen Spiegelkonfrontation wäre es möglich gewesen, zu bewerten und zu urteilen, wie und ob der Zeuge E eine Identifikation des Beschwerdeführers hätte vornehmen können und was seine vagen Belastungen wert seien (KG act. 1 S. 17 - 15. Ziff. III/10).

Der Beschwerdeführer hält weiter dafür, vorgängig der Einvernahme des Zeugen E durch den Staatsanwalt, welche selbstverständlich in Anwesenheit des Beschwerdeführer habe durchgeführt werden müssen, wäre es unumgänglich gewesen, die Identifikation in gebotener Art und Weise durchzuführen, eben beispielsweise mit einer Spiegelkonfrontation, was die Staatsanwaltschaft ursprünglich auch geplant habe. Durch den Umstand, dass dem Zeugen ohne eine solche Identifikation gleich zu Beginn seiner Einvernahme und vor einer erneuten Identifikation der Beschwerdeführer als "der Angeklagte" vorgestellt und dieser in den

gleichen Raum gesetzt worden sei, sei E zu verstehen gegeben worden, dass es sich bei dieser Person um den Täter handle. Der vom Obergericht ins Feld geführte Umstand, dass E den zweiten Beschuldigten im Befragungszimmer nicht wiedererkannt habe, interessiere in diesem Zusammenhang nicht weiter, da es um die Identifikation des Beschwerdeführers und um nichts anderes gehe. Auch dass die Zeugen B und C trotz der Anwesenheit des Beschwerdeführers im Raum diesen nicht eindeutig bzw. gar nicht zu identifizieren vermochten, trage zur Beurteilung, ob das Vorgehen im Zusammenhang mit E betreffend Identifikation und Weiterem geboten gewesen sei, ebenfalls nichts bei. Wenn das Obergericht erneut von einer klaren Identifikation des Beschwerdeführers auf einer Polizeifoto durch den Zeugen E spreche und dass dieser dies damit erklärt habe, der Beschwerdeführer sei ebenfalls mehrmals in Erscheinung getreten, weshalb er ihn besser im Kopf habe, so sei zum erneuten Mal darauf hingewiesen, dass eine solche klare Identifikation eben gerade nicht stattgefunden habe. Zur zusammenfassenden Feststellung des Obergerichts, eine Verwechslung könne aus "diesen Gründen" und da sich der Beschwerdeführer zugegebenermassen am Tatort aufgehalten habe praktisch ausgeschlossen werden, hält der Beschwerdeführer fest, dass die vom Obergericht genannten Gründe eben gerade nicht dazu führten, von einer klaren Identifikation durch den Zeugen E sprechen zu können. Gerade dass der Beschwerdeführer ebenfalls am Tatort gewesen sei, mache eine solche Verwechslung viel wahrscheinlicher, als wenn der Beschwerdeführer sich gemäss eigenen Angaben überhaupt nicht am Tatort aufgehalten hätte (KG act. 1 S. 15 f. Ziffer III/11).

c) Selbst wenn der Zeuge E den Mitangeschuldigten im Verhörraum nicht erkannt hat, schliesst dies nicht aus, dass E durch die Konstellation im Verhörraum, das heisst durch die Anwesenheit des Beschwerdeführers in seiner Rolle als Angeeschuldigter, nicht aber typähnlicher Vergleichspersonen, in der Beantwortung der Frage des Staatsanwalts, ob der Täter im Raum anwesend sein, beeinflusst wurde. Das Obergericht geht wiederum von einer klaren Identifikation des Beschwerdeführers auf dem Polizeifoto aus und erachtet deshalb eine Spiegelkonfrontation als unnötig. Wie bereits vorne (Erw. II/2d) festgehalten, ist aber die Beschreibung des Anführers der Täter durch E und die Identifikation des Beschwerdeführers als

einer der Täter aufgrund von Polizeifotos mit Unsicherheiten und Lücken verbunden. Die unterbliebene nochmalige Konfrontation lässt sich also nicht willkürlich mit der klaren Identifikation auf dem Polizeifoto begründen.

4. a) Das Obergericht führt aus, an der klaren Identifikation des Beschwerdeführers durch E als am Angriff durch Schläge und Tritte aktiv Beteiligten ändere nichts, dass zwei weitere Zeugen ihn als aktiven Teilnehmer am Angriff nicht sicher hätten identifizieren können. Immerhin habe auch der Zeuge B geglaubt, "im Angeklagten Sh* einen derjenigen zu erkennen, der auf E eingeschlagen hatte bzw. der am offensivsten aufgetreten ist" [so die Formulierung des Obergerichts]. Der Zeuge C habe den Beschwerdeführer auf dem Foto ebenfalls als ihm bekannt vorkommend bzw. seiner Erinnerung sehr entsprechend und von Statur, Kleidung und Erscheinung dem Anführer der Angreifergruppe vergleichbar erachtet. Auch erinnere sich dieser Zeuge noch an das Blut auf der weissen Jacke des Anführers und dessen Ausspruch, dies sei sein Revier. Ebenfalls habe C bestätigt, selber gesehen zu haben, dass diese Person E Tritte gegen den Oberkörper, gegen den Kopf ausgeteilt habe (KG act. 2 S. 20).

Das Obergericht fährt fort, auch wenn die beiden Zeugen (B und C) den Beschwerdeführer nicht mit absoluter Sicherheit wieder zu erkennen vermochten, so vermöchten ihre durchwegs zurückhaltend ausgefallenen Aussagen diejenigen von E in ihrer Aussagekraft nicht abzuschwächen. Vielmehr seien sie im Kerngeschehen durchaus mit den Depositionen des Geschädigten E in Einklang zu bringen. Zu den von der Verteidigung geltend gemachten Abweichungen der Aussagen von B bei der Polizei von denjenigen im Zeugenstand betreffend der Jacke des Anführers der Angreifer und betreffend der Sprache, die B diesen Angreifer zu hören geglaubt haben wolle, sei zu sagen, dass B diese Abweichungen im Zeugenstand selber weitgehend aufgelöst habe bzw. er präzisiert habe, was er bei der Polizei gemeint haben wolle ("kurze weisse Jacke" bzw. "serbisch"). Dass derjenige mit der weissen Jacke es gewesen sei, welcher als Anführer aufgetreten sei, bestätige überdies auch der dritte Zeuge, C, welcher seiner Aussage bei der Polizei wie auch im Zeugenstand zufolge auch gesehen habe, dass der Anführer geblutet habe ("an der Nase" bzw. "ich glaube aus der Nase") und Blut auf

der Jacke gehabt habe. Fakt sei nun aber, dass der Beschwerdeführer am Tatort anwesend gewesen sei und er dabei, wie die Polizeifotos beweisen, eine weiße Jacke getragen habe, die, als er den Ort verlassen habe, mit Blutropfen gesprenkelt gewesen sei. Vom Beschwerdeführer sei auch eingeräumt worden, dass er im Rahmen der Auseinandersetzung von einem Partygast einen Faustschlag ins Gesicht habe einstecken müssen und daraufhin an der Nase oder sonst am Gesicht geblutet habe (OG act. 58/4/1 S. 1 f., 58/4/3 S. 2, OG Prot. S. 25) (KG act. 2 S. 20 f).

b/aa) Der Feststellung des Obergerichts, der Zeuge B habe geglaubt, im Beschwerdeführer denjenigen zu erkennen, der auf E eingeschlagen habe bzw. der am offensivsten aufgetreten sei, hält der Beschwerdeführer entgegen, ein Studium der vom Obergericht diesbezüglich zitierten Aktenstelle (OG act. 58/6/20 S. 3 f.) zeige, dass B mit keinem Wort ausgesagt habe, er glaube im Beschwerdeführer einen derjenigen zu erkennen, die auf E eingeschlagen hätten. Konkret habe B lediglich angegeben, er erkenne auf dem Foto, welches den Beschwerdeführer zeige, diesen, er glaube, der sei dabei gewesen, nicht zu 100 %, er denke, er sei dabei gewesen. Dass der Beschwerdeführer auf E eingeschlagen habe, habe B damit nicht klar gesagt. Der Schluss des Obergerichts in diesem Zusammenhang sei also offensichtlich willkürlich (KG act. 1 S. 16 Ziff. 12).

bb) Die Formulierung des Obergerichts, der Zeuge B habe geglaubt, "im Angeklagten Sh* einen derjenigen zu erkennen, der auf E eingeschlagen hatte bzw. der am offensivsten aufgetreten ist", ist sprachlich nicht korrekt. Für das Verständnis der Erwägung ist jedoch nicht ausschlaggebend, ob das Obergericht feststellen wollte, B habe im Beschwerdeführer einen derjenigen zu erkennen geglaubt, die auf E eingeschlagen hätten bzw. die am offensivsten aufgetreten seien, oder B habe im Beschwerdeführer denjenigen zu erkennen geglaubt, der auf E eingeschlagen habe bzw. der am offensivsten aufgetreten sei. Die Aussage, auf welche das Obergericht seine Feststellung stützt, erfolgte am 11. März 2010 in einer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme und hat folgenden Wortlaut (OG act. 58/6/20 S. 3 f.):

"Wie viele Personen waren Ihrer Ansicht nach tötlich gegenüber den Festteilnehmern?"

Etwa fünf oder sechs.

Zur Phase, wo Sie E zu Hilfe kamen. Haben Sie da gesehen, wer auf Erne einschlug?

Nein, aber es waren mehrere die auf ihn einschlugen und dann auch auf mich einschlugen.

Wurden Ihnen bei der Polizei einmal Fotos der Tatverdächtigen gezeigt?

Nein.

Vorhalt "Fotos Tatverdächtige" (act 3/3, ohne Foto Nr. 7). Erkennen Sie hier einen der Täter?

Ja, diesen erkenne ich. Der war glaublich dabei (deutet auf Foto Nr. 1). Nicht zu 100%. Ich denke, der war dabei. Bei den anderen beiden könnte ich das nicht sagen.

Ist das derjenige von vorher?

Vorhalt 2 Fotobogen (in Farbe, dieser EV in Schwarzweiss angeheftet) mit je acht männlichen Personen. Erkennen Sie hier einen der Täter?

Höchstens auf Seite 1 die Nr. 2, das ist wieder derselbe wie vorher. Sonst niemanden.

[...]

Ergänzungsfrage des Verteidigers J:

Bei Ihrer polizeilichen Befragung vom 9. Februar 2009 (Antwort auf Frage 3) sprachen Sie von einem Anführer, der "mehr Masse" gehabt habe und eine "ganz kurze Jacke" getragen habe. Meinten Sie mit dieser Person die Person, die Sie heute auf der Foto Nr. 1 wieder zu erkennen glaubten?"

Ja. Wahrscheinlich habe ich auch nur diese Person erkannt, weil mir diese am offensivsten erschienen war."

In diesem Abschnitt der Einvernahme ist zunächst davon die Rede, dass mehrere Personen gegenüber den Festteilnehmern tötlich wurden und dass mehrere auf E und B einschlugen. Unmittelbar darauf glaubte B den Beschwerdeführer als Täter auf ihm vorgelegten Fotos zu erkennen, wenn auch nicht "zu 100%" sicher. Wenn das Obergericht annimmt, der Zeugen glaube im Beschwerdeführer einen der Täter erkannt zu haben, welche auf E und B einschlugen bzw. offensiv auftraten, also dass sich das Erkennen als Täter nicht bloss auf Tötlichkeiten im allgemeinen Sinn, sondern eben auch spezifisch auf das Einschlagen auf die Geschädigten bezog, so ist dies nach dem strikten Wortlaut zwar nicht absolut zwingend, jedoch aufgrund des Verlaufs der Einvernahme nachvollziehbar und damit nicht willkürlich.

c/aa) Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, auch wenn das Obergericht darauf hinweise, dass der Zeuge C angegeben habe, der Beschwerdeführer komme ihm auf dem Foto "bekannt" vor und sei seiner Erinnerung nach entsprechend der Statur und Erscheinung mit dem Anführer der Angreifer vergleichbar, so sei darauf hinzuweisen, dass damit keine Identifikation des Beschwerdeführers erfolgt sei. Es sei auch daran zu erinnern, dass C in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme die Anwesenden nicht erkannt habe, und angegeben habe, er habe sich auch unmittelbar nach dem Vorfall die Gesichter nicht merken können. Wenn er nach der Vorlage der Fotos von OR act. 58/3/3 dann dennoch "glaube", die Person auf Foto 1 und 2 [der Beschwerdeführer] käme ihm "bekannt" vor, er entspreche seiner Erinnerung des Anführers in Statur, Kleidung und Erscheinung (OG act. 58/6/24 S. 3), so sei dies nur eine vage Identifikation der äusseren Erscheinung, nicht aber des Gesichts des Täters. Auch C könne also keinesfalls eine eindeutige Identifikation vornehmen. Dass sich C noch an das Blut an der weissen Jacke des Anführers und dessen Anspruch, dies sei sein Revier, erinnere und bestätige, selbst gesehen zu haben, dass diese Person dem Geschädigten E Tritte gegen den Oberkörper und gegen den Kopf ausgeteilt habe, trage zur Identifikation des Beschwerdeführers nichts bei, sei es doch unbestritten geblieben, dass es eine solche Person gegeben habe, die E Tritte und weiteres versetzt habe und von "meinem Revier" gesprochen habe. Der entscheidende Punkt im vorliegenden Zusammenhang sei aber nicht dies, sondern die Frage, ob diese Person identisch mit dem Beschwerdeführer sei, und zur Beantwortung dieser Frage könnten die zitierten Aussagen des Zeugen C nichts beitragen (KG act. 1 S. 16 f. Ziff. 13).

Sodann hält der Beschwerdeführer fest, B habe von einer kurzen Daunen- oder Lederjacke gesprochen, welche der Anführer der Jugendlichen getragen habe. Die Jacke sei beige gewesen. Aus den Akten gehe aber klar hervor, dass der Beschwerdeführer am Tatabend eine dünne Nike Trainerjacke getragen habe, die weder ganz kurz noch irgendeine Ähnlichkeit mit einer Leder- oder Daunenjacke aufgewiesen habe, wie B schliesslich selbst auf entsprechende Frage habe zu geben müssen. Auch werde daran festgehalten, dass gemäss der Einschätzung von B die Hauptbeteiligten albanisch untereinander gesprochen hätten, was of-

fensichtlich unzutreffend sei resp. keinesfalls auf den Beschwerdeführer zutreffen könne, da er diese Sprache nicht spreche und nicht verstehe. Auch der Umstand, dass C angegeben habe, "der mit der weissen Jacke" sei als Anführer aufgetreten und der Anführer habe geblutet und es (so das Obergericht) weiter so sei, dass der Beschwerdeführer am Tatort anwesend gewesen sei und eine weisse Jacke getragen habe, die mit Blutropfen gesprenkelt gewesen sei, ändere an der willkürlichen Beweiswürdigung des Obergerichts nichts. Der Zeuge C habe nämlich diejenige Person, die eine weisse Jacke getragen habe, so beschrieben: "relativ gross, ca. 1.80 Meter bis 1.85 Meter, hager, irgendwie ein slawischer Typ (vgl. OG act. 58/6/15 S. 3 Mitte). Es sei aus den Akten bekannt, dass der Beschwerdeführer nur ca. 1.77 Meter gross sei, auch nicht als besonders hager bezeichnet werden könne und als Sohn eines Ägypters und einer Neapolitanerin auch nicht wirklich slawisch aussehen könne und auch nicht aussehe. Der Beschwerdeführer habe in der Untersuchung immer wieder angegeben, er sei im Gesicht getroffen worden und habe geblutet. Aus dem Umstand, dass er Blutropfen auf seiner Jacke gehabt habe und sich zeitweise in der Nähe des Tatorts aufgehalten habe, könne nicht automatisch der Schluss gezogen werden, er sei diejenige Person, die als Anführer beschrieben worden sei. Entgegen der Auffassung des Obergerichts sei deshalb gestützt auf die Zeugenaussage und die weitere Beweislage sehr wohl ein ernster Zweifel an der Täterschaft des Beschwerdeführers angebracht. Wenn trotz dieses Zweifels von einer Täterschaft des Beschwerdeführers ausgegangen worden sei, verletze dies den Grundsatz "in dubio pro reo" durch willkürliche Beweiswürdigung (KG act. 1 S. 17 f. Ziff. 14)

bb) B glaubte sich in der polizeilichen Befragung vom 9. Februar 2009 zu erinnern, dass der Anführer eine "ganz kurze Jacke" bzw. eine "beige Jacke, wie eine Daunen- oder Lederjacke" getragen habe (OG 58/6/6 S. 2 Fragen 3 und 4). Der Beschwerdeführer trug in der Tatnacht (12./13. September 2008) eine weisse Trainerjacke mit beigem Streifen auf Schulterhöhe und entlang den Ärmeln sowie "Nike"-Emblem (OG act. 58/3/3 Fotos 1 und 2). Die Beschreibung der Jacke des Anführers durch B weicht also von der vom Beschwerdeführer getragenen Jacke ab. Der Gegenstand der Anklage bildende Angriff erfolgte kurz vor Mitternacht (vgl. Nachtragsanklageschrift OG act. 58/18 S. 3), also nicht bei Tageslicht. Wei-

ter nahm B die von ihm beschriebene Jacke nicht in einer ruhigen, eine sorgfältige Betrachtung ermöglichenden Atmosphäre, sondern im Zusammenhang mit einem Angriff wahr. Weiss und beige sind ähnliche Farbtönen. Allein aus der Beschreibung der Jacke durch B kann selbstredend nicht geschlossen werden, die Jacke des Angreifers sei dieselbe, welche der Beschwerdeführer an jenem Abend trug, doch ergibt sich auch nicht zwingend das Gegenteil.

In der gleichen polizeilichen Befragung erklärte B: "Ich bin ja von Serbien und kann diese Sprache. Ich bin mir nicht ganz sicher, aber ich denke sie [die Angreifer] sprachen untereinander Albanisch." (OG 58/6/6 S. 5 Frage 3). Der Beschwerdeführer ist Sohn eines ägyptischen Vaters und einer italienischen Mutter (vgl. OG HD 18/8 S. 2). Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer Beziehungen zum Balkan hat, insbesondere dass er Albanisch oder eine andere im Balkan angesiedelte Sprache beherrscht, sind nicht ersichtlich und werden vom Obergericht nicht genannt. In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 11. März 2010 erklärte B auf Ergänzungsfrage des Verteidigers, er glaube, die Polizistin habe ihn in der genannten Befragung gefragt, ob er eine Sprache wieder erkannt habe, könne dies aber nicht mehr genau sagen. Auf die weitere Frage, welche Sprache er gemeint habe, antwortete B: "Serbisch, ich bin ja von Serbien". Der Verteidiger hielt daraufhin dem Zeugen dessen Aussage "Ich bin mir nicht ganz sicher, aber ich glaube, sie sprachen untereinander Albanisch" vor. Dazu gab B keine Erklärung ab (OG act. 58/6/20 S. 4). Das Obergericht hält "zu den von der Verteidigung geltend gemachten Abweichungen der Aussagen des Zeugen Basic bei der Polizei von denjenigen im Zeugenstand" betreffend (der Jacke und) der Sprache, die Basic diesen Angreifer zu sprechen geglaubt habe, fest, B habe diese Abweichungen im Zeugenstand selber weitgehend aufgelöst bzw. präzisiert, was er bei der Polizei gemeint habe wolle ("serbisch", KG act. 2 S. 20 f. unter Hinweis auf OG act. 58/6/20 S. 4). Diese Feststellung ist nicht nachvollziehbar: In der Zeugeneinvernahme wurde B vom Staatsanwalt nicht zur Sprache befragt, in welcher der Beschwerdeführer während des Tatgeschehens mit den Mittätern gesprochen haben soll (OG act. 58/6/20 S. 1 - 3). Soweit besteht keine Abweichung zwischen den Aussagen von B gegenüber der Polizei und gegenüber der Staatsanwaltschaft, welche es aufzulösen gegeben hätte. Erst auf Ergänzungsfrage des Ver-

teidigers hin äusserte er sich zur Sprache, nahm aber nicht Stellung zum Vorhalt seiner Aussage "Ich bin mir nicht ganz sicher, aber ich glaube, sie sprachen untereinander Albanisch". Damit klärte er auch nicht auf, wie er darauf gekommen sei, die Täter hätten untereinander Albanisch gesprochen. Die betreffende Aussage, die ein den Beschwerdeführer entlastendes Indiz darstellen könnte, da eben keine Verbindungen des Beschwerdeführers zu Albanien oder zu einem Staat mit verwandter Sprache bzw. keine entsprechenden Sprachkenntnisse bekannt sind, blieb im Raum stehen.

Wenn C aussagte, der Anführer der Angreifer habe geblutet bzw. an dessen weisser Jacke habe sich Blut befunden, und wenn sich an der weissen Jacke des Beschwerdeführers, der sich am Tatort aufgehalten hatte und kurz nach der Tat von der Polizei in der Nähe des Tatortes angehalten wurde, Blutspritzer fanden, so liegt darin wohl kein strikter Beweis, dass der Beschwerdeführer mit dem Anführer identisch sei, doch immerhin ein Hinweis auf den Beschwerdeführer als möglichen Täter. Es ist nicht willkürlich, wenn das Obergericht dies in der gerügten Erwägung anführt.

C umschrieb in der polizeilichen Befragung vom 31. März 2009 den Anführer der Angreifer als "relativ gross, ca. 180 - 185 cm ... irgendwie slawischer Typ" (OG act. 58/6/15 Frage 8). Der Beschwerdeführer ist gemäss Angabe im Fotobogen der Polizei 177 cm gross (OG act. 58/6/13 Blatt 2). Er hat keine slawische Herkunft. Die Umschreibung des Täters durch C weicht also von der Erscheinung des Beschwerdeführers ab. Darauf geht das Obergericht im angefochtenen Entscheid nicht ein.

5. In den Erwägungen des Obergerichts finden sich im Zusammenhang mit der Identifizierung des Beschwerdeführers als Täter bzw. als Anführer der Angreifer beim Geschehen vom 12. September 2008 verschiedene Annahmen, die nicht nachvollziehbar sind: E habe den Beschwerdeführer anlässlich der Fotokonfrontation bei der Polizei sicher erkannt und B habe die von der Verteidigung monierten Abweichungen zwischen seinen Aussagen bei der Polizei und bei der Staatsanwaltschaft im Laufe der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme aufgelöst. Zum Teil ist das Obergericht auf den Beschwerdeführer möglicherweise entlastende As-

pekte nicht eingegangen: die Aussage von B, die Täter hätten untereinander Albanisch gesprochen, und die von der Erscheinung des Beschwerdeführers abweichende Umschreibung des Anführers durch C als 180 - 185 cm gross und slawischen Typ. Damit sind die Erwägungen des Obergerichts mit Mängeln behaftet und leidet angefochtene Urteil unter dem Nichtigkeitsgrund der Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO/ZH. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, anstelle des Sachrichters den Stellenwert dieser Mängel im Gesamtzusammenhang, insbesondere im Hinblick auf die nicht gerügten oder nicht mit einem Nichtigkeitsgrund behafteten Erwägungen zur Identifizierung des Beschwerdeführers als Täter, zu würdigen.

Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, soweit es den Beschwerdeführer betrifft, und die Sache zu neuer Beurteilung zurückzuweisen. Dabei hat die Rückweisung an dasjenige Gericht zu erfolgen, das gemäss schweizerischer Strafprozessordnung für den aufgehobenen Entscheid zuständig gewesen wäre (Art. 453 Abs. 2 StPO). Konkret ist dies das Bezirksgericht Zürich.

6. Der Beschwerdeführer weist auf weitere ihn entlastende Umstände hin (KG act. 1 S. 18 - 23 Ziff. III/15 - 24) und rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs, da das Obergericht auf verschiedene Ausführungen der Verteidigung im dem Obergericht vorgetragene Plädoyer nicht eingegangen sei (KG act. 1 S. 23 - 27 Ziff. III/25 - 28). Da das angefochtene Urteil ohnehin aufzuheben ist, das Bezirksgericht Zürich ein neues Urteil zu fällen haben wird und es dem Beschwerdeführer und seinem Verteidiger frei steht, entsprechende Ausführungen vor Bezirksgericht vorzutragen, muss darauf im vorliegenden Kassationsverfahren nicht weiter eingegangen werden. Dasselbe gilt für die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Strafzumessung (KG act. 1 S. 27 f. Ziff. IV/1 - 3).

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a StPO/ZH).

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 78 BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich 1. November 2010, soweit es den Beschwerdeführer betrifft, aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Zürich zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz; die Kosten des Kassationsverfahrens inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. 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.

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

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich und die Schweizerische Bundesanwaltschaft, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: