

ZH_OBERGERICHT SB110366 vom 5. September 2011

ZH Obergericht, 2011-09-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110366

FR: ZH_OBERGERICHT SB110366 du 5 septembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT SB110366 del 5 settembre 2011

Erwägungen

E. 1

Anklagevorwurf Dem Angeklagten wird in der Anklageschrift vom 16. Juli 2010 vorgeworfen, in den frühen Morgenstunden des tt. Mai 2010 zusammen mit D._____ und E._____ den Kiosk Y._____ in I._____ überfallen zu haben. Sie hätten dabei vorgängig besprochen, dass der Kioskangestellte H._____ in den Kiosk gestossen werden solle. D._____ habe den Angeklagten und E._____ mit dem Auto zum Tatort gefahren und sei dann weiter zur ...strasse gefahren, wo er auf die beiden gewartet habe. E._____ habe dann beim Verlassen des Autos ein Messer mitgenommen, um H._____ einzuschüchtern, wovon der Angeklagte Kenntnis gehabt habe. Als H._____ den Kiosk aufgeschlossen habe und hinter sich die Türe wieder habe

- 10 - schliessen wollen, habe E._____ die Türe aufgerissen und H._____ mit beiden Fäusten in den dunklen Kiosk hineingestossen. Dabei habe er ihm mit der linken Faust einen Schlag gegen den Kiefer versetzt, worauf H._____ gestürzt sei und eine geschwollene Lippe und Prellungen am Gesäss davongetragen habe. Mit dem geöffneten Messer habe E._____ H._____ in der Folge aufgefordert, ihm den Schlüssel zum Tresor zu geben. H._____ sei dieser Aufforderung, verängstigt durch den Faustschlag und das Messer, sogleich nachgekommen und habe den Angeklagten und E._____ gebeten, ihm nichts anzutun. E._____ habe H._____ aufgefordert, auf den Boden zu schauen, sei zum Tresor gegangen und habe diesem diverse Gegenstände und Vermögenswerte entnommen. Danach seien der Angeklagte und E._____ mit dem Deliktsgut zum Auto von D._____ gerannt und eingestiegen. In der Folge seien sie zu E._____ nach Hause gefahren und hätten dort das Deliktsgut aufgeteilt, wobei der Angeklagte Vermögenswerte im Betrag von ca. Fr. 2'250.-- erhalten habe. Der Angeklagte habe in der Absicht gehandelt, dieses Geld, auf welches er keinen Anspruch gehabt habe, was er gewusst habe, für seine eigenen Zwecke zu verwenden (Urk 22 S. 1 f.).

E. 1.1

Wie erwähnt wurde der Angeklagte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 31. März 2008 wegen Drohung mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.-- bestraft (Urk. 22 S. 4). Die heute zu beurteilende Tat betreffend Raub verübte er während der dreijährigen Probezeit, so dass sich die Frage stellt, ob infolge Nichtbewährung gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB die bedingt ausgesprochene Vorstrafe zu widerrufen ist. 2. Allgemeine Grundsätze

E. 2

Ausgangslage

E. 2.1

Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit bildet - wie schon unter altem Recht - einen möglichen Widerrufsgrund. Die neu begangene Straftat muss dabei eine gewisse Mindestschwere aufweisen, nämlich mit Freiheits- oder Geldstrafe bedroht sein (Art. 10 StGB). Allerdings führt ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Dieser soll nach Art. 46 Abs. 1 StGB nur erfolgen, wenn wegen der Begehung des neuen Deliktes zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten verüben wird. Das heisst, dass die Prognose seines

- 27 - künftigen Legalverhaltens in einem solchem Fall erneut gestellt werden muss (BGE 134 IV 140 E. 4.2.). Die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Widerrufsverzicht sind unter neuem Recht weniger streng als unter dem früheren Recht. Es kann von einem Widerruf abgesehen werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten begehen wird. Verlangt wird nicht mehr eine günstige Prognose, sondern das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Zu widerrufen ist m.a.W. nur dann, wenn aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht (BGE 134 IV 140 E. 4.3.).

E. 2.2

Das Bundesgericht äussert sich im gleichen Entscheid auch zur Prüfung der Bewährungsaussichten. Diese ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tat Umständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten einer Bewährung zulassen. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweis auf Suchtgefährdungen usw. Massgebend sind die Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides. In die Beurteilung der Bewährungsaussichten im Falle des Widerrufs ist im Rahmen der Gesamtwürdigung insbesondere auch mit einzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Dabei darf einzelnen Umständen keine vorrangige Bedeutung beigemessen werden. Der Richter kann zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzuges für die frühere Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird. Auch das Umgekehrte ist zulässig: Wenn die frühere Strafe widerrufen wird, kann unter Berücksichtigung ihres nachträglichen Vollzuges eine Schlechtprognose für die neue Strafe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB verneint und diese folglich bedingt ausgesprochen werden (BGE 134 IV 140 E. 4.5.). 3. Konkrete Umsetzung

E. 2.2.1

Als Ausgangskriterium für die Verschuldensbewertung ist die objektive Tat schwere festzulegen und zu bemessen. Es gilt zu prüfen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut überhaupt beeinträchtigt worden ist. Darunter fallen etwa das Ausmass des Erfolges, wie insbesondere der Deliktsbetrag, die Gefährdung, das Risiko und der Sachschaden etc., sowie die Art und Weise des Vorgehens. Von Bedeutung ist auch die kriminelle Energie, wie sie durch die Tat und die Tatausführung offenbart wird. Auch die Grösse des Tatbeitrages bei mehreren Tätern und die hierarchische Stellung sind von Bedeutung (Wiprächtiger, BSK StGB I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 47 N 69 ff.; Trechsel/Affolter-Eijsten, STGB Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 47 N 18 ff.).

E. 2.2.1.1

Der Angeklagte hat die Raubtat zusammen mit zwei Mittätern begangen. E._____ hielt ein Messer in der Hand, traktierte den Geschädigten H._____ mit beiden Fäusten und brachte ihn so zu Fall. H._____ erlitt dadurch leichte Verlet-

- 22 - zungen. Die Gewaltanwendung, das Vorzeigen des - geschlossenen - Messers und die dadurch erfolgte Einschüchterung sind nicht zu bagatellisieren und deuten auf eine gesteigerte kriminelle Energie hin. Der Deliktsbetrag, den der Angeklagte und seine beiden Mittäter erbeuteten, beläuft sich auf mehrere Tausend Franken, was eine beträchtliche Summe ist. Die Raubtat gründete zwar auf einer spontanen Idee, wobei der Angeklagte zusammen mit seinen Mittätern die Tat zwar nicht detailliert, dennoch im Voraus plante. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass der Angeklagte und E._____ immerhin mit hochgezogenen Rollkragenpullovern und mit Handschuhen auftraten und sich durch einen im Auto wartenden Mit-täter die Flucht sicherten. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass angesichts des weiten Strafrahmens das objektive Verschulden des Angeklagten zwar nicht leicht, jedoch noch nicht erheblich wiegt.

E. 2.2.2

In einem nächsten Schritt ist eine Bewertung des subjektiven Verschuldens vorzunehmen. Es stellt sich somit die Frage, wie dem Täter die objektive Tat- schwere tatsächlich anzurechnen ist. Zum subjektiven Verschulden gehören etwa die Frage der Zurechnungs- bzw. der Schuldfähigkeit sowie das Motiv. Ferner sind die weiteren subjektiven Verschuldenskomponenten, wie beispielsweise einige der in Art. 48 StGB aufgeführten Gründe, zu berücksichtigen.

E. 2.2.2.1

Die Tatinitiative ging vom Angeklagten und E._____ aus (vgl. Urk. 8 S. 4 oben, Urk. 14 S. 2). Der Angeklagte beging den Raub einzig und allein aus finanziellen Motiven. Der Tat liegt damit ein rein egoistisches Motiv zu Grunde. Es ist jedoch dem Angeklagten zugute zu halten, dass er nicht selber handgreiflich wurde und die Gewaltanwendung seines Mittäters E._____ zwar in Kauf nahm, diese jedoch nicht von seinem direkten Vorsatz umfasst war (vgl. Urk. 8 S. 6, Urk. 14 S. 2). Es liegen keine Anhaltspunkte hinsichtlich einer relevanten Trübung der Schuldfähigkeit des Angeklagten vor, was von der Verteidigung auch nicht geltend gemacht wurde.

E. 2.2.3

Zusammengefasst erfährt die objektive Tatschwere durch das subjektive Verschulden keine spürbare Abschwächung. Insgesamt ist das Tatverschulden hinsichtlich des Raubes damit nach wie vor als nicht erheblich einzustufen.

- 23 - Die Einsatzstrafe aufgrund der Tatkomponente ist deshalb im Bereich von 18 Monaten Freiheitsstrafe anzusetzen.

E. 2.3

Täterkomponente

E. 2.3.1

Bei der Täterkomponente stehen das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten sowie sein Nachtatverhalten im Vordergrund.

E. 2.3.1.1

Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten kann einerseits auf die Untersuchungsakten und die vorinstanzlichen Akten sowie andererseits auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 43 S. 8, Urk. 14 S. 10, Prot. I S. 3 ff.). Ergänzend ist noch zu erwähnen, dass der Angeklagte gemäss Ausführungen seines Verteidigers (Urk. 37 S. 9) eine Arbeitsstelle als Schichtleiter beim "F._____" angetreten hat. An der Berufungsverhandlung führte der Angeklagte zu seinen aktuellen Verhältnissen aus dass er die Anstellung beim "F._____" vor fünf Wochen wieder aufgegeben habe und jetzt eine Arbeitsstelle im G.____ in Aussicht habe. Ausserdem werde er Vater; seine Freundin sei im zweiten Monat schwanger (Prot. II S. 11 f.). Aus dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

E. 2.3.1.2

Der Zentralstrafregisterauszug des Angeklagten weist zwei Vorstrafen auf (vgl. Urk. 20/2). Demnach wurde der Angeklagte am 30. August 2008 von der Jugendanwaltschaft Zürich wegen mehrfachen Raubs (teilweise unvollendeter Versuch), wegen Diebstahls, Nötigung, einfacher Körperverletzung, Haus- friedensbruchs, Tötlichkeiten, Entwendung zum Gebrauch und wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes mit 30 Tagen Einschliessung, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von einem Jahr, bestraft. Weiter wurde der Angeklagte am 31. März 2008 von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wegen Drohung zu 30 Tagessätzen à Fr. 30.-- bei einer Probezeit von drei Jahren verurteilt, während welcher er den ihm im vorliegenden Verfahren zur Last gelegten Raub beging. Diese Delinquenz während laufender Probezeit wie auch die zwei - teilweise einschlägigen - Vorstrafen, die der Angeklagte in seinem jugendlichen

- 24 - Alter und innert gut zweieinhalb Jahren erwirkte, sind deutlich strafferhöhend zu gewichten.

E. 2.3.1.3

Nachtatverhalten Bei der Strafzumessung ist, wie erwähnt, auch das Nachtatverhalten eines Täters zu beachten. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren. Insbesondere wirken ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und aufrichtige Reue strafmindernd (Trechsel / Affolter-Eijsten, a.a.O., Art. 47 N 22 ff.; Wiprächtiger, BSK StGB I, Art. 47 N 131; Schwarzenegger / Hug / Jositsch, a.a.O., S. 101 ff.). Der Angeklagte legte unmittelbar nach seiner Verhaftung vom 21. Juni 2010 - abgesehen vom subjektiven Tatbestand im Bezug auf die Gewaltanwendung - ein Geständnis ab, was die Untersuchung erleichterte und was - entgegen den Ausführungen der Staatsanwaltschaft - spürbar strafmindernd zu berücksichtigen ist. Entlastend ist sodann die Tatsache zu veranschlagen, dass der Angeklagte sich während der Strafuntersuchung, der Hauptverhandlung und der Berufungsverhandlung kooperativ zeigte und bereitwillig Auskunft über sich selber und seinen Beitrag am vorliegend zu beurteilenden Delikt wie über seine Mittäter gab. Der Angeklagte äusserte weiter bereits in der ersten polizeilichen Einvernahme, es tue ihm sehr leid für den Mann, er bedaure, was er gemacht habe (vgl. Urk. 8 S. 6). Beim Staatsanwalt erklärte er erneut, die Tat zu bereuen und sich beim Geschädigten entschuldigen zu wollen. Es mache ihn nachdenklich, wenn er daran denke (Urk. 14 S. 6). Vor Vorinstanz bekräftigte er, dass er seine Tat bereue und jedes Mal daran denke, dass er Mist gebaut habe, wenn er beim

Tatort an der Bushaltestelle stehe. Er werde sich auf jeden Fall noch beim Geschädigten entschuldigen (Prot. I S. 11). Die bekundete Reue und eine gewisse, daraus erkennbare Einsicht, sind ebenfalls zu Gunsten des Angeklagten zu werten. Das Nachtatverhalten wirkt sich damit insgesamt empfindlich strafreduzierend aus.

- 25 -

E. 2.3.1.4

Schliesslich ist die Wirkung der Strafe auf das Leben des Angeklagten zu berücksichtigen. Mit dieser neu ins Gesetz aufgenommenen Formulierung (Art. 47 Abs. 1 StGB) wird letztlich die Strafempfindlichkeit angesprochen. Die Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit kommt namentlich in Betracht, wenn der Täter aus medizinischen Gründen wie Krankheit, Alter oder Haftpsychose besonders empfindlich ist (BGE 6S.703/1995 vom 26. März 1996, E. c mit Hinweisen). Eine erhöhte Strafempfindlichkeit - nämlich eine solche über das als unmittelbar gesetzmässige Folge jeder Sanktion hinausgehende Mass - ist beim jungen und gesunden Angeklagten nicht erkennbar.

E. 2.4

Insgesamt führt die Beurteilung der Täterkomponente trotz einiger strafmindernder Faktoren aufgrund der Vorstrafen des Angeklagten zu einer leichten Erhöhung der nach der Beurteilung der Tatkomponente festgesetzten Einsatzstrafe. Es erscheint damit - entgegen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft - eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten angemessen. Die von der Vorinstanz ausgefallene Freiheitsstrafe erweist sich damit als eindeutig zu tief. Das Verbot der reformatio in peius greift hier im Übrigen nicht, da die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung erhoben hat und demzufolge das Urteil zuungunsten des Angeklagten abgeändert werden darf (vgl. § 399 StPO/ZH). Der Anrechnung der 25 Tage (vom 21. Juni 2010, 8.15 Uhr bis 15. Juli 2010 13.40 Uhr) erstandener Haft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). VI. Vollzug 1. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, welche dem Angeklagten den teilbedingten Strafvollzug gewährte und den vollziehenden Teil auf das Minimum von sechs Monaten festsetzte (Urk. 43 S. 9 f.; § 161 GVG/ZH). 2. Einerseits liegt - mit der Vorinstanz - aufgrund des erneuten Delinquierens trotz teilweise einschlägiger Vorstrafen und während laufender Probezeit eindeutig eine ungünstige Prognose vor (vgl. Urk. 43 S. 9 f.), welche der Gewährung einer vollbedingten Strafe im Wege steht. Andererseits erscheint es angesichts

- 26 - der erwarteten Warnwirkung eines unbedingt zu vollziehenden Teils der Strafe und der Tatsache, dass der Angeklagte ausser der in Zusammenhang mit diesem Verfahren angefallenen Haft noch nie eine Freiheitsstrafe zu verbüssen hatte, gerechtfertigt, den zu vollziehenden Teil der Strafe - entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft - noch auf das Minimum von sechs Monaten festzusetzen. Entsprechend ist die heute ausgefallene Strafe im Umfang von 14 Monaten aufzuschieben. 3. Die Vorinstanz hat die Probezeit auf 3 Jahre angesetzt, um den verbleibenden Bedenken Rechnung zu tragen. Dies ist angesichts des Vorlebens des Angeklagten (vgl. Urk. 20/2) ohne Weiteres zu bestätigen, zumal entgegen dem Verteidiger nicht die Rede davon sein kann, dass der Angeklagte "jahrelang nicht mit dem Gesetz in Konflikt kam" (vgl. Urk. 37 S. 11). VII. Widerruf 1. Vorinstanz

E. 3

Entscheid der Vorinstanz

E. 3.1

Die Vorinstanz hat dem Angeklagten hinsichtlich seiner Bewährungsaussichten eine ungünstige Prognose gestellt und den Widerruf mit den zwei Vorstrafen des Angeklagten begründet (wobei die erste teilweise einschlägig ist) und damit,

- 28 - dass dieser sich dadurch offenbar nicht beeindrucken liess (Urk 43 S. 6). Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Angeklagte aus rein finanziellen Beweggründen handelte (vgl. Urk 8 S. 6: "Ja, es war schon wegen Geldmangel gewesen.") und es sich bei der neu zu beurteilenden Tat um ein schweres Delikt handelt. Es erscheint im Übrigen als schwer nachvollziehbar, dass der Angeklagte zu einer Zeit, in der er sich um eine Lehrstelle oder Festanstellung bemühte (vgl. Urk. 8 S. 6, Urk. 14 S. 10, Prot. I S. 4), ein Verbrechen aus rein finanziellen Beweggründen (Urk. 8 S. 6) beging. Diese Umstände führen zu einer grundsätzlichen Schlechtprognose.

E. 3.2

Auf der anderen Seite ist in Betracht zu ziehen, dass der Angeklagte, wie bereits erwähnt (vgl. oben Ziff. V., 2.3.1.1.), seine Stelle als Schichtleiter beim "F._____" zwar aufgegeben hat, inzwischen jedoch eine Anstellung beim "G._____" in Aussicht hat, wobei er gemäss Angaben der Verteidigung jederzeit zum "F._____" zurückkehren könnte (Prot. II S. 12). Es ist deshalb mit der Verteidigung (Urk. 37 S. 9, Urk. 52 S. 8) davon auszugehen, dass der Angeklagte im Gegensatz zum Tatzeitpunkt künftig wieder einen geregelten Tagesablauf und ein gesichertes Einkommen hat. Im Übrigen ist er aktiv in einem Fussballverein, mit welchem er dreimal wöchentlich trainiert, was auf eine Eingliederung in persönlicher Hinsicht hinweist.

E. 3.2.1

Mittäterschaft verlangt in objektiver Hinsicht keine direkte Beteiligung an der Ausführung der konkreten Straftat. Auch die massgebliche Tatherrschaft bzw. Mit-Tatherrschaft begründende Beteiligung an der Entschlussfassung bzw. an der Planung oder Koordination kann genügen (BGE 133 IV 76, 82; 130 IV 58). Auch an spontanen, nicht geplanten Aktionen oder unkoordinierten Straftaten ist Mittäterschaft möglich. Dem einen Täter sind die vom anderen im Rahmen des gemeinsamen Plans verübten Taten auch dann zuzurechnen, wenn er selber im betreffenden Ausführungsstadium nicht mehr Mitinhaber der Tatherrschaft ist, sofern eine enge, zeitliche, räumliche und sachliche Beziehung zwischen den gemeinsam vorgenommenen Tathandlungen und dem eingetroffenen Erfolg zu bejahen ist (BGE 108 IV 92 ff.; BSK StGB II, Marc Forster, N 9 vor Art. 24). Bei Mittäterschaft gibt es demnach keine Beschränkung der Haftung auf die "eigenen" kausalen Tatbeiträge.

E. 3.2.2

In subjektiver Hinsicht setzt Mittäterschaft Vorsatz und einen gemeinsamen Tatentschluss voraus. Der gemeinsame Tatentschluss braucht nicht ausdrücklich zu sein, er kann auch bloss konkludent begründet werden, wobei Eventualvorsatz genügt. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Mittäter an der ursprünglichen Entschlussfassung mitwirkt. Es genügt, dass er sich später - sukzessive (spätestens bis zur Vollendung des Deliktes) - den Vorsatz seines Mittäters zu eigen macht (BGE 130 IV 58 ff.; 125 IV 134 ff., BGE 126 IV 84, 88; BSK StGB I - Forster, vor Art. 24 N 12).

E. 3.2.3

Mittäterschaft ist damit auch möglich, wenn die konkrete Tat nicht im Voraus geplant und aufgrund eines vorher gefassten gemeinsamen Tatentschlusses ausgeführt wurde. Der Mittäter muss sich dem Tatentschluss in der Weise anschließen, dass er als Hauptbeteiligter erscheint (BGE 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; BGE 125 IV 134 E. 3a S. 136 mit weiteren Hinweisen). Einerseits ist also das blosse Wollen der Tat zur Begründung von Mittäterschaft nicht ausreichend; andererseits ist für die Qualifizierung von Mittäterschaft nicht erforderlich, dass der Mittäter an der eigentlichen Tatausführung selber beteiligt sei bzw. diese zu beeinflussen vermöge (BGE 118 IV 227 E. 5d/aa S. 230).

- 20 -

E. 3.3

Ebenfalls ist in Betracht zu ziehen, dass der Angeklagte die heute auszufällende Freiheitsstrafe von 20 Monaten im Umfang von sechs Monaten verbüssen muss (vgl. oben Ziff. VI.). Die Wirkung des vollziehbaren Teiles der neuen Strafe wird auf den Angeklagten zweifelsohne Eindruck machen und eine grosse Warnwirkung haben. Dies ist bei der Prognosebildung ein wichtiges Element.

E. 3.4

Insgesamt ist auf den Widerruf des bedingten Strafvollzuges der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. November 2010 ausgesprochenen Strafe zu verzichten. Um den verbleibenden Bedenken Rechnung zu tragen, ist die mit dem vorstehend erwähnten Entscheid angesetzte Probezeit von 3 Jahren um 1½ Jahre zu verlängern (Art. 46 Abs. 2 StGB).

- 29 - VIII. Kostenfolgen Im Berufungsverfahren erfolgt die Auflage der Kosten in der Regel im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen (§ 396a StPO). Nachdem der Angeklagte mit seinen Anträgen - abgesehen vom Antrag auf Verzicht des Widerrufs, welcher jedoch nur wenig ins Gewicht fällt und welchem ohnehin nur mit der Einschränkung der Verlängerung der Probezeit Folge geleistet wurde - unterliegt, die Staatsanwaltschaft mit ihrem Antrag auf Erhöhung der Sanktion, nicht hingegen hinsichtlich des Antrags auf Erhöhung des unbedingten Teils der Strafe obsiegt, sind die Kosten dieses Verfahrens dem Angeklagten im Umfange von 4/5 aufzuerlegen und zu 1/5 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.- festzusetzen. Das Gericht beschliesst:

E. 3.5

Der Tatbestand des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist demzufolge erfüllt, weshalb der Angeklagte dementsprechend schuldig zu sprechen ist.

- 21 - V. Sanktion 1. Strafraumen Die Vorinstanz hat den massgebenden Strafraumen - Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe von 180 bis zu 360 Tagessätzen à maximal Fr. 3'000.- korrekt abgesteckt und ebenso zutreffend festgestellt, dass weder Strafschärfungs- noch Strafmilderungsgründe ersichtlich sind. Es kann daher auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 43 S. 7; § 161 GVG). 2. Strafzumessung

E. 4

Verwertbarkeit der Aussagen der Beteiligten

E. 4.1

Die Aussagen von E._____ und D._____ wurden dem Angeklagten nie insgesamt vorgehalten, lediglich einzelne Aussagen davon, dies jedoch ohne die Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu stellen (vgl. z.B. Urk. 14 S. 2, S. 3, Prot. I S. 9). Konfrontationseinvernahmen wurden keine durchgeführt; weder dem Angeklagten noch seinem Verteidiger wurde damit die Möglichkeit gegeben, an den Einvernahmen der anderen beiden Angeschuldigten teilzunehmen und Ergänzungsfragen zu stellen, weswegen die Aussagen der weiteren Angeklagten zulasten des Angeklagten nicht verwertbar sind (analog zu EMRK 6 Ziff. 3 lit. d und § 14 Abs. 1 StPO/ZH, vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 659f bzw. 622). Da der bestrittene Sachverhalt jedoch - wie noch zu zeigen ist - allein gestützt auf die Aussagen des Angeklagten erstellt werden kann, ist es vorliegend nicht nötig, die Aussagen der Mittäter des Angeklagten heranzuziehen.

E. 4.2

Weiter wurde der Geschädigte H._____ lediglich polizeilich und in Abwesenheit der Angeklagten einvernommen (Urk. 4), so dass auch seine Aussagen in prozessualer Hinsicht nicht zu Lasten des Angeklagten verwertet werden können (vgl. § 14 und 15 StPO/ZH).

E. 5

Allgemeines zur Beweiswürdigung

E. 5.1

Der bestrittene Sachverhalt ist aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen.

- 12 - Ein Schuldspruch darf demnach nur dann erfolgen, wenn die Schuld des Angeklagten mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist, das heisst Beweise dafür vorliegen, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten objektiv und subjektiv den ihm zur Last gelegten Straftatbestand verwirklicht hat. Dabei kann nicht verlangt werden, dass die Tatschuld gleichsam mathematisch sicher und unter allen Aspekten unwiderlegbar feststehe (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, Rz 288, S. 96). Es muss genügen, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld des Angeklagten ausgeschlossen werden können. Aufgabe des Richters ist es, seinem Gewissen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses, zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (§ 284 ZH StPO; ZR 72 Nr. 80; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 7; Pra 2004 Nr. 51 S. 257 Ziff. 1.4.; BGE 124 IV 88, 120 Ia 31 E. 2c). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss es genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (vgl.

Kassationsgerichtsentscheid vom 26. Juni 2003 Nr. 2002/387S E. 2.2.1 samt Hinweisen).

Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel/Genf/München 2005, Rz 12 zu § 54, und Urteile des Bundesgerichtes 6B_297/2007 vom 4. September 2007 E. 3.4. und 1P.587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2.). Es genügt also, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können, hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen. Lässt sich ein Sachverhalt nicht mit letzter Gewissheit feststellen, was schon im Wesen menschlichen Erkenntnisvermögens liegt, so hindert dies den Richter nicht, subjektiv mit

Gewissheit davon überzeugt zu sein.

E. 5.2

Angesichts der Unschuldsvermutung besteht somit Beweisbedürftigkeit, das heisst der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (vgl. dazu Schmid, a.a.O., Rz 599, S. 198) und nicht der Angeklagte hat seine Unschuld zu beweisen (BGE 127 I 40 und Urteile des Bundesgerichtes 1P.587/2003 vom 29. Januar 2004, E. 7.2. und

- 13 - 1P.437/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 4.3.; 6S.154/2004 vom 30. November 2005 E. 4).

E. 6

Zur allgemeinen Glaubwürdigkeit des Angeklagten

E. 6.1

Was die Glaubwürdigkeit des Angeklagten betrifft, ist zu berücksichtigen, dass er nicht unter der Strafandrohung zu wahrheitsgemässen Aussagen verpflichtet ist und als direkt vom vorliegenden Strafverfahren Betroffener ein - durchaus legitimes - Interesse daran hat, die Geschehnisse in einem für ihn günstigen Licht erscheinen zu lassen. Seine Aussagen sind unter diesen Vorzeichen zu würdigen.

E. 7

Zu den Aussagen des Angeklagten

E. 7.1

In der polizeilichen Einvernahme vom 21. Juni 2010 erklärte der Angeklagte, es sei nichts abgemacht, es sei alles spontan gewesen. Es sei nicht abgemacht gewesen, dass E._____ ein Messer mitnehme. Er (der Angeklagte) habe dieses dann in der Hand von E._____ gesehen, als sie aus dem Auto ausgestiegen seien, es sei jedoch zu diesem Zeitpunkt geschlossen gewesen. Der Angeklagte habe nichts gesagt, als er das Messer gesehen habe. Danach sei alles schnell gegangen und er habe nicht mehr auf E._____ geachtet und könne darum auch nicht sagen, ob das Messer beim Betreten des Kiosks geöffnet gewesen sei. Es tue ihm sehr leid für den Mann. Er habe E._____ gesagt, er solle diesen nicht schlagen, es sei ein älterer Mann (Urk. 8 S. 3 ff.).

E. 7.2

In der staatsanwaltschaftlichen Schlusseinvernahme vom 15. Juli 2010 bestätigte der Angeklagte seine bisherigen Aussagen. Insbesondere erklärte er, dass sie nicht gross geplant hätten und einfach hingehen würden, wenn sie ihn (gemeint: H._____) sehen. Er habe E._____ gesagt, dass er H._____ nicht schlagen solle, weil er ein älterer Herr sei. Er habe auch nicht gewusst, dass E._____ ein Messer mitgenommen habe. Er wisse nicht mehr genau, wann er dies gemerkt habe. Auf Vorhalt seiner Antwort auf Frage Nr. 24 der polizeilichen Einvernahme, wonach er das Messer in der Hand von E._____ gesehen habe, als sie aus dem Auto ausgestiegen seien, bestätigte der Angeklagte, dass das so gewe-

- 14 - sen sei, wenn er es so gesagt habe. Der Angeklagte hielt erneut fest, dass er E._____ gesagt habe, er solle keine Gewalt einsetzen, was dieser dann trotzdem getan habe. Auf Vorhalt der Aussagen von E._____ und D._____, wonach geplant gewesen sei, dass der Geschädigte H._____ in den Kiosk gestossen werden solle, sagte der Angeklagte aus, dass

das so gewesen sein werde, er es aber nicht mehr wisse, aber auch nicht in Abrede stelle. Das Vorgehen bei Gegenwehr durch H._____ sei nicht besprochen worden. Es sei nie von Gewalt die Rede gewesen, ansonsten er das gar nicht gemacht hätte. Er habe gedacht, dass der Geschädigte H._____ ein älterer Herr sei und sich deshalb nicht wehren würde. Gegen einen älteren Herrn würde er nie Gewalt einsetzen. Er habe beim Aussteigen aus dem Auto gesehen, dass E._____ ein Messer dabei gehabt habe. Er habe es bemerkt, als E._____ gerannt sei. Der Angeklagte habe gedacht, dass E._____ das Messer wahrscheinlich brauchen werde, um dem Geschädigten H._____ Angst zu machen. Er habe allerdings gehofft, dass er es nicht brauchen werde. Er habe zu E._____ in dem Moment leider nichts gesagt, erst im Nachhinein habe er ihm gesagt, dass es nicht nötig gewesen wäre, das Messer mitzunehmen. Er habe nicht versucht, ihn davon abzuhalten. Hätte er davon gewusst, hätte er ihn sicher davon abgehalten. Auf die Frage, ob er E._____ nicht auch zu einem späteren Zeitpunkt noch darum hätte bitten können, das Messer wegzulegen, erklärte der Angeklagte, dass er dies schon hätte tun können, er aber in einem Schockzustand gewesen sei. E._____ habe das Messer in der linken Hand gehabt. Es sei dunkel gewesen, mehr könne er zum Messer nicht sagen. Ob es geöffnet gewesen sei, wisse er nicht (Urk. 14 S. 1 ff.).

E. 7.3

Anlässlich der Hauptverhandlung gab der Angeklagte erneut zu Protokoll, ein Messer bei E._____ gesehen zu haben, als sie auf den Kiosk zugelaufen seien. Davor habe er dies nicht bemerkt. Für den Fall, dass sich der Geschädigte H._____ wehren würde, sei abgemacht gewesen, dass sie ihn "schupfen", jedoch nicht schlagen würden. Er habe sich jedoch nicht gewehrt. Sie hätten keinen grossen Plan gehabt. Erneut bestätigte er seine bisherigen Aussagen, dass er nicht mitgemacht hätte, wenn von Gewalt die Rede gewesen wäre. Es sei nicht abgemacht gewesen, ein Messer mitzunehmen. Er habe zwar danach E._____ mit dem geschlossenen Messer auf den Kiosk zulaufen sehen, es sei jedoch zu spät gewesen, ihn daran zu hindern. E._____ habe ihm dieses Messer im Vorfeld nicht gezeigt (Prot. I S. 7 ff.).

E. 7.4

An der Berufungsverhandlung bestätigte der Angeklagte seine anlässlich der Hauptverhandlung gemachten Aussagen. Er habe unter "schupfen" nicht weh machen verstanden, jetzt wisse er aber, dass "schupfen" auch Gewalt sei. Er habe E._____ nicht mehr an der Mitnahme des Messers hindern können, da es dafür schon zu spät gewesen sei. Er wisse nicht, wieso er, als er das Messer bei E._____ bemerkt habe, nicht einfach seine Teilnahme am Überfall gestoppt habe, er frage sich dies auch immer wieder. Sie hätten beim Überfall Handschuhe getragen und Rollkragenpullover, welche sie hochgezogen hätten (Prot. II S. 8 ff.).

E. 8

Würdigung

E. 8.1

Mit der Vorinstanz ist vorweg festzuhalten, dass der Angeklagte sich sowohl in der Untersuchung als auch anlässlich der Hauptverhandlung in Bezug auf den in der Anklage dargestellten Sachverhalt grundsätzlich geständig zeigte (vgl. Urk. 43 S. 3 unter Hinweis auf Urk. 8, Urk. 9 und Urk. 14 insb. S. 8 sowie Prot. I S. 7 ff.), was auch an der

Berufungsverhandlung der Fall war (vgl. Prot. II S. 7 f.).

E. 8.2

Der Angeklagte bestritt zwar stets, dass der Einsatz von Gewalt besprochen worden sei. Anlässlich der Hauptverhandlung räumte er jedoch erstmals ein, dass abgemacht gewesen sei, den Geschädigten zu "schupfen" (also zu stossen), falls dieser sich wehren würde (vgl. Prot. I S. 8), was letztlich den ihm gemachten Anklagevorwurf entspricht (vgl. Urk. 22 S. 3). Da dieses Stossen bewirken sollte, dass der Geschädigte H._____ nicht weiter gegen das Eindringen der Täter in den Kiosk und die Wegnahme von Vermögenswerten opponiert, musste dem Angeklagten bewusst gewesen sein, dass dieser Akt einer gewissen Intensität bedarf. Wenn der Angeklagte hierzu geltend macht, er hätte nicht mitgemacht, wenn er gewusst hätte, dass Gewalt angewendet wird, verkennt er, dass dazu auch ein "Schupfen" des Geschädigten H._____ mit einer gewissen Heftigkeit gehört. Dass E._____ den Geschädigten H._____ dann auch tatsächlich mit den Fäusten stiess, ihn damit zu Fall brachte und verletzte, entspricht dies einem

- 16 - Schupfen im weiteren Sinn und stand somit von der ursprünglichen im Wagen getroffenen Abrede, welcher sich der Angeklagte anschloss, im Einklang.

E. 8.3

Darüber hinaus sagte der Angeklagte stets aus, er habe das Messer bei E._____ gesehen, als sie das Auto Richtung Kiosk verlassen hätten (vgl. u.a. Urk. 14 S. 3, Prot. I S. 8 und 9). Es ist vorab zu bemerken, dass mangels Verwertbarkeit der Aussagen von E._____, D._____ und H._____ nicht erstellt werden kann, ob das Messer bei dessen Einsatz gegenüber dem Geschädigten H._____ geöffnet war, weshalb zugunsten des Angeklagten vom Einsatz des geschlossenen Messers ausgegangen werden muss, worauf der Verteidiger zu Recht hingewiesen hat. Demzufolge ist davon auszugehen, dass E._____ den Geschädigten H._____ mit einem geschlossenen Messer konfrontierte.

E. 8.4

Die Verteidigung brachte vor, der Angeklagte hätte E._____ in dieser kurzen Zeit nicht vom Mitnehmen des Messers abhalten können, da er nervös gewesen sei und die Folgen der Entdeckung nicht habe einschätzen können (vgl. Urk. 37 S. 5 f., Urk. 52 S. 4). Nun sagte der Angeklagte selber aus, er habe gedacht, dass E._____ das Messer wahrscheinlich brauchen werde, um dem Geschädigten H._____ Angst zu machen (vgl. Urk. 14 S. 4), womit er die Folgen der Entdeckung sehr wohl einschätzen konnte, dies unabhängig davon, dass er hoffte, dass er es nicht brauchen würde. Der Angeklagte selber gab weiter zu Protokoll, er habe E._____ vom Tragen des Messers nicht abgehalten, da er in einem Schockzustand gewesen sei (vgl. Urk. 14 S. 4). Das Verhalten des Angeklagten nach dem Entdecken des Messers (Betreten des Kiosks, Anzünden des Lichts, Flucht zusammen mit E._____ und den entwendeten Vermögenswerten) deutet jedoch vielmehr darauf hin, dass er wie vorgesehen die ihm zugeordnete Aufgabe beim Überfall erfüllte und folglich die Kontrolle über seine Aktionen hatte, weshalb nichts auf den geltend gemachten Schockzustand hinweist und was sein diesbezügliches Vorbringen als reine Schutzbehauptung erscheinen lässt. Sodann argumentiert die Verteidigung wie auch der Angeklagte anlässlich der Berufungsverhandlung, dieser habe keine Zeit gehabt, E._____ an der Mitnahme des Messers zu hindern. Dazu ist zu bemerken, dass zu erwarten gewesen wäre, dass der Angeklagte E._____ unverzüglich mindestens seine Missbilligung bezüglich der

- 17 - Mitnahme des Messers kundtut, was er indessen unbestrittenermassen nicht tat (vgl. Urk. 14 S. 4). Auch wäre dem Angeklagten zu diesem Zeitpunkt ohne weiteres möglich gewesen, seine Teilnahme am Überfall aufzugeben. Indem er dies jedoch unterliess und gemäss eigenen Angaben mit der Möglichkeit rechnete, dass E._____ das Messer braucht, um dem Geschädigten H._____ Angst einzuflössen, nahm er folglich in Kauf, dass jener (E._____) den Geschädigten H._____ mit dem Messer einschüchtert. Dass er dabei gehofft haben mag, dass dies nicht nötig sei, bedeutet damit lediglich, dass er keinen direkten Vorsatz bezüglich des (möglichen) Vorzeigens des Messers als Einschüchterungshandlung gegenüber dem Geschädigten H._____ hatte.

E. 8.5

Gestützt auf die obigen Ausführungen ist der Schluss zu ziehen, dass der Angeklagte zum Einen die Einschüchterung des Geschädigten H._____ durch den Einsatz eines Messers und zum Anderen Gewalt in Form eines - einer gewissen Intensität bergenden - "Schupfens" letztlich mit trug bzw. billigte, weswegen bezüglich der von E._____ gegenüber H._____ angewendeten Gewalt Eventualvorsatz zu bejahen ist. Der Anklagesachverhalt ist daher - mit der Ausnahme, dass das Messer in geschlossenem Zustand zum Einsatz kam - als erstellt zu betrachten.

E. 8.6

Dieses Ergebnis stützt sich auf den Aussagen des Angeklagten selbst, weshalb - entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 37 S. 5, Urk. 52 S. 2) - die anderslautenden Depositionen des im Auto wartenden Mitbeteiligten D._____ nicht massgebend sein können. IV. Rechtliche Würdigung 1. Definition Raub Gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder einer Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft, wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben oder nachdem er den Betroffenen zum Widerstand unfähig gemacht hat, einen Diebstahl begeht.

- 18 - 2. Begehung eines Diebstahls und Gewaltanwendung

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.