

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B_90/2015

Urteil vom 23. Juli 2015

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Rüedi,
nebenamtliche Bundesrichterin Viscione,
Gerichtsschreiber M. Widmer.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Giovanni Gaggini,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Strafbare Vorbereitungshandlungen zu Raub (Art. 260bis Abs. 1 lit. d StGB),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 11. November 2014.

Sachverhalt:

A.

X._____ plante im Mai 2010, zusammen mit weiteren Personen einen Geldkurier in Zürich zu überfallen. Zu diesem Zweck wandte er sich an seinen Bekannten Y._____, der sich zu jenem Zeitpunkt in Italien aufhielt, und bat diesen, mit ihm den Raub zu verüben. Y._____, der bereits zahlreiche Raubüberfälle begangen hatte, erklärte sich bereit, bei der weiteren Planung und Durchführung des Raubes mitzuwirken. X._____, Y._____ und ein weiterer Mittäter konkretisierten in der Folge das Vorhaben. X._____ und Y._____, die den Raub ausführen sollten, planten, für den Raub zwei Waffen bzw. echt aussehende Attrappen zu verwenden, um den Geldkurier damit zu bedrohen bzw. in Schach zu halten. Weiter planten sie, einen Pfefferspray mitzuführen, um damit nötigenfalls den Geldkurier zu bedrohen bzw. diesen gegen den Geldkurier einzusetzen. Zudem beabsichtigten die beiden, sich beim Raubüberfall mit Sturmhauben zu maskieren. Sie rechneten mit einer Beute von Fr. 100'000.-- bis Fr. 150'000.--. Am 18. Mai 2010 waren sämtliche Vorbereitungen für den geplanten Raubüberfall getroffen. Dieser wurde aber letztlich nicht durchgeführt.

B.

Das Bezirksgericht Zürich sprach X._____ am 15. April 2014 der strafbaren Vorbereitungshandlungen zu Raub, der Misswirtschaft sowie der Unterlassung der Buchführung schuldig und bestrafte ihn mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 28 Monaten, unter Anrechnung der Untersuchungshaft. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es im Umfang von 22 Monaten auf und setzte die Probezeit auf 4 Jahre fest.

Gegen diesen Entscheid erhoben X._____ Berufung und die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 11. November 2014 die

Schuldsprüche und die Höhe der erstinstanzlichen Strafe, setzte indessen den vollziehbaren Teil der Freiheitsstrafe auf 8 Monate fest.

C.

X._____ führt Beschwerde in Strafsachen und beantragt, die Ziffern 1 bis 7 des vorinstanzlichen Urteils seien aufzuheben und er sei vom Vorwurf der strafbaren Vorbereitungshandlungen zu Raub im Sinne von Art. 260bis Abs. 1 lit. d StGB freizusprechen respektive es sei das diesbezügliche Verfahren gestützt auf Art. 260bis Abs. 2 StGB einzustellen. Ihm sei für die Untersuchungshaft von 130 Tagen eine angemessene Genugtuung zuzusprechen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung und insbesondere zur Festsetzung einer angemessenen Genugtuung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 260bis Abs. 2 StGB. Er macht im Wesentlichen geltend, das Bundesgericht habe in BGE 132 IV 127 einen ähnlichen Fall zu beurteilen gehabt. Im erwähnten Entscheid habe der Täter vom geplanten Raubüberfall abgesehen, weil ein Komplize, der sich am Raubüberfall ebenfalls hätte beteiligen sollen, vom Vorhaben aufgrund von Überwachungskameras abgeraten und sich zurückgezogen habe. Der Hinweis auf die Überwachungskameras und der fehlende Beteiligungswille des Komplizen hätten dazu geführt, dass der Täter auf sein Vorhaben verzichtet habe. Das Bundesgericht sei in jenem Fall zum Schluss gekommen, dass der Täter sehr wohl aus eigenem Antrieb auf den geplanten Überfall verzichtet habe. Gemäss Feststellung der Vorinstanz sei der Rücktritt des Beschwerdeführers auf den Ausstieg von Y._____ als wichtigsten Akteur bei der geplanten Tat zurückzuführen. Y._____ habe sich aufgrund einer Verhaftungswelle im Umfeld des Beschwerdeführers zurückgezogen. Dass ein Mitglied einer Räuberbande die weitere Mitwirkung an einem geplanten Raub verweigere, sei dem vorliegenden Fall und BGE 132 IV 127 gemeinsam.

1.2.

1.2.1. Gemäss Art. 260bis Abs. 1 lit. d StGB (Strafbare Vorbereitungshandlungen) wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer planmässig konkrete technische oder organisatorische Vorkehrungen trifft, deren Art und Umfang zeigen, dass er sich anschickt, einen Raub (Art. 140 StGB) auszuführen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung bleibt der Täter straflos, wenn er die Vorbereitungshandlung aus eigenem Antrieb nicht zu Ende führt.

1.2.2. Die ältere Rechtsprechung unterschied bei der Straflosigkeit nach Art. 260bis Abs. 2 StGB danach, ob der Täter bereits alle von ihm geplanten Vorbereitungshandlungen ausgeführt hatte oder nicht und verlangte im ersten Fall tätige Reue (BGE 118 IV 366 E. 3a; 115 IV 121 E. 2g). Aufgrund der von der Lehre vorgebrachten Kritik gab das Bundesgericht diese Rechtsprechung in BGE 132 IV 127 auf und entschied im Einklang mit der Lehre, dass Art. 260bis Abs. 2 StGB auf diejenigen Täter anwendbar ist, welcher spontan auf die Ausführung seines verbrecherischen Vorhabens verzichtet, und zwar unabhängig davon, in welchem Stadium sich die Vorbereitung befindet. Der Verzicht muss jedoch vor Beginn der Ausführung der geplanten Straftat erfolgen. Gibt der Täter sein Vorhaben erst danach auf, kommt Art. 23 Abs. 1 StGB (fakultative Strafbefreiung bzw. -milderung) zur Anwendung (BGE 132 IV 127 E. 2.3, in: Pra 96 [2007] Nr. 61 S. 397 ff.; Marc Engler, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., 2013, N. 15 zu Art. 260bis StGB mit Hinweisen).

Für die Anwendbarkeit von Art. 260bis Abs. 2 StGB ist zudem erforderlich, dass der Täter aus eigenem Antrieb von seinem Deliktsplan Abstand nimmt. Damit diese Bedingung erfüllt ist, muss der Täter die Ausführung seines Planes aus freien Stücken aufgeben, das heisst von sich aus und ohne äusseren Druck, wobei es nicht auf die sittliche Qualität dieser Beweggründe ankommt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter aus Furcht vor Strafe, aus Scham oder aus Mitleid mit seinem Opfer auf die Ausführung seiner Tat verzichtet (BGE 132 IV 127 E. 2.4, in: Pra 96 [2007] Nr. 61 S. 397 ff.; 118 IV 366 E. 3a; 115 IV 121 E. 2h; je mit Hinweisen).

1.3. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, durch seine Handlungen den Tatbestand der strafbaren Vorbereitungshandlungen zu Raub gemäss Art. 260bis Abs. 1 lit. d StGB erfüllt zu haben. Er bringt indessen vor, die Vorinstanz habe Art. 260bis Abs. 2 StGB zu Unrecht nicht angewendet. Diese gelangt mit der ersten Instanz zum Schluss, dass alle Vorbereitungshandlungen abgeschlossen

gewesen seien, die Täter aber mit der Ausführung des geplanten Raubes noch nicht begonnen gehabt hätten. Strittig und zu überprüfen ist somit einzig, ob der Beschwerdeführer aus eigenem Antrieb im Sinne von Art. 260bis Abs. 2 StGB vom geplanten Raub absah.

1.4. Die Vorinstanz erwägt, Y._____ hätte als Berufsverbrecher und Frontmann den geplanten Überfall auf den Geldkurier "orchestrieren bzw. ausführen" sollen. Nach seiner Ankunft in Zürich habe dieser von der Verhaftungswelle im Umfeld des Beschwerdeführers erfahren. Unter diesen Umständen sei ihm der geplante Raub zu riskant erschienen, weshalb er umgehend nach Italien zurückgekehrt sei. Alleine sei der Beschwerdeführer indessen nicht in der Lage gewesen, den Raub durchzuführen. Dies sei denn auch der Grund für die Nichtdurchführung des Überfalls auf den Geldkurier gewesen und nicht der geltend gemachte Gesinnungswandel. Das Aufgeben des Planes sei somit (zumindest überwiegend) von äusseren Gegebenheiten bestimmt worden. Folglich entfalle die Anwendung von Art. 260bis Abs. 2 StGB und der Beschwerdeführer sei wegen strafbarer Vorbereitungshandlungen zu Raub im Sinne von Art. 260bis Abs. 1 lit. d StGB zu verurteilen und zu bestrafen.

1.5. Die Vorinstanz erachtet den Sachverhalt gemäss Anklageschrift im Wesentlichen als erstellt. Aufgrund des von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellten (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) und nicht als willkürlich gerügten Sachverhalts steht daher fest, dass der Beschwerdeführer sich an Y._____ wandte und diesen bat, mit ihm zusammen den geplanten Raub zu verüben. Gemäss Plan hätten der Beschwerdeführer und Y._____ den Raub gemeinsam durchführen sollen. Dass der Raub nicht ausgeführt wurde, ist darauf zurückzuführen, dass Y._____ aufgrund der im Zusammenhang mit Drogenvergehen erfolgten Verhaftungswelle im Umfeld des Beschwerdeführers nicht mehr dazu bereit war, was aus den abgehörten Telefongesprächen klar hervorgeht. Y._____ wäre bei der Ausführung der geplanten Tat der wichtigste Täter gewesen. Der Beschwerdeführer war allein nicht in der Lage, den Raub zu verüben. Es war somit nicht ein inneres, auf eine Risikoeinschätzung bezogenes Motiv, das ihn dazu bewog, den Raub nicht auszuführen. Vielmehr handelte es sich dabei um einen vom Willen des Beschwerdeführers losgelösten äusseren Umstand, nämlich das Ausscheiden von Y._____. Der Beschwerdeführer entschied sich gezwungen durch äussere Gegebenheiten zur Aufgabe des Raubplanes und gelangte demnach nicht von sich aus zu einer besseren Einsicht.

1.6. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers unterscheidet sich der vorliegend zu beurteilende Fall von dem in BGE 132 IV 127 abgehandelten. In jenem Fall hatten der Beschwerdeführer und seine zwei Komplizen, welche bereits im Besitz einer Feuerwaffe, von Vermummungen und Handfesseln waren und zudem weitere Vorbereitungen getroffen hatten, auf ihr deliktisches Vorhaben verzichtet, nachdem ein Bekannter ihnen vom Überfall einer bestimmten Tankstelle abgeraten hatte, weil diese mit Kameras genau überwacht wurde und nachdem dieser Bekannte jegliche Beteiligung an Überfällen abgelehnt hatte. Das Bundesgericht gelangte damals zum Schluss, dass der Beschwerdeführer gestützt auf die genannten Umstände aus eigenem Antrieb auf den geplanten Überfall verzichtet habe. Dabei sei unerheblich, dass er die Ratschläge einer Drittperson befolgt habe und moralische Beweggründe keine Rolle gespielt hätten (BGE 132 IV 127 E. 2.4). Ob der Bekannte in jenem Fall am geplanten Überfall hätte teilnehmen sollen, ergibt sich aus dem Urteil nicht. Dass die drei Komplizen die Tat ohne dessen Mithilfe nicht hätten durchführen können, lässt sich dem Sachverhalt jedenfalls nicht entnehmen. Demgegenüber hätte der Beschwerdeführer im vorliegend zu beurteilenden Fall den Raub gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen nicht alleine ausführen können, sondern war auf die Mitwirkung von Y._____ angewiesen. Die Ausgangslage präsentiert sich somit grundlegend anders. Dies gilt auch mit Blick auf das vom Beschwerdeführer zusätzlich angeführte Urteil des Bundesstrafgerichts SK 2010.31 vom 18. September 2012, wo die Täter aufgrund einer Risikoeinschätzung gemeinsam entschieden, von der geplanten Tat abzusehen. Die Vorinstanz ist zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Aufgabe des Planes durch den Beschwerdeführer von äusseren Gegebenheiten bestimmt wurde. Sie verletzt daher kein Bundesrecht, indem sie Art. 260bis Abs. 2 StGB nicht anwendet.

2.

Seinen Antrag um Zusprechung einer angemessenen Genugtuung respektive seinen Eventualantrag um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz begründet der Beschwerdeführer nicht bzw. einzig mit dem beantragten Freispruch vom Vorwurf der strafbaren Vorbereitungshandlungen. Darauf ist nicht einzutreten.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die bundesgerichtlichen Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen, da die Beschwerde von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG e contrario). Seinen angespannten finanziellen Verhältnissen ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Juli 2015

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: M. Widmer