

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
6S.582/2006 /hum

Sitzung vom 15. Mai 2007  
Kassationshof

Besetzung  
Bundesrichter Schneider, Präsident,  
Bundesrichter Wiprächtiger, Ferrari, Favre, Mathys,  
Gerichtsschreiber Stohner.

Parteien  
X. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt  
Claude Hentz,

gegen

A. \_\_\_\_\_,  
B. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerinnen, beide vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Fingerhuth,  
C. \_\_\_\_\_, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Alfred Haltiner,  
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand  
Mehrfache versuchte vorsätzliche Tötung  
(Art. 111 StGB); Strafzumessung (Art. 63 ff. StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom  
22. März 2006.

Sachverhalt:

A.  
X. \_\_\_\_\_ bedrohte am 16. März 2001 gegen 24:00 Uhr mit einer Pistole seine Ehefrau C. \_\_\_\_\_  
in deren Wohnung in Zürich, in welcher sich zu diesem Zeitpunkt namentlich auch seine Schwägerin  
A. \_\_\_\_\_ und ihre knapp 8-jährige Tochter B. \_\_\_\_\_ aufhielten. Im Anschluss hieran verliessen  
A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ sowie - kurz darauf - X. \_\_\_\_\_ die Wohnung. Vor dem Hauseingang  
traf X. \_\_\_\_\_ erneut auf seine Schwägerin, welche mit ihrem Mobiltelefon ihren Bruder anrief.  
X. \_\_\_\_\_ schlug A. \_\_\_\_\_ das Mobiltelefon aus der Hand und gab in der Folge aus einer  
Distanz von 20 - 50 cm bzw. von 50 - 70 cm zwei Schüsse auf seine Schwägerin ab. Ein Projektil  
verursachte bei A. \_\_\_\_\_ einen Darmdurchschuss; das andere durchdrang ihre Kleider und führte  
bei der rechtsseitig rund einen Meter hinter ihr stehenden B. \_\_\_\_\_ zu einem Durchschuss des  
linken Oberschenkels.

B.  
X. \_\_\_\_\_ wurde am 14. November 2003 durch das Geschworenengericht des Kantons Zürich  
namentlich wegen mehrfacher versuchter vorsätzlicher Tötung (Art. 111 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1  
StGB) zu 16 Jahren Zuchthaus verurteilt. Die vom Verurteilten gegen diesen Entscheid erhobene  
kantonale Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 13. Januar  
2006 teilweise gut.

Mit Urteil und Beschluss vom 22. März 2006 befand das Geschworenengericht des Kantons Zürich  
X. \_\_\_\_\_ (erneut) namentlich der mehrfachen versuchten vorsätzlichen Tötung (Art. 111 StGB  
i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB) für schuldig und bestrafte ihn mit 15 1/2 Jahren Zuchthaus.

C.  
X. \_\_\_\_\_ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er beantragt, das Urteil des  
Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2006 sei aufzuheben, und die Sache sei  
zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Des Weiteren ersucht er um Gewährung der  
unentgeltlichen Rechtspflege.

Das Geschworenengericht hat auf Gegenbemerkungen zur Beschwerde verzichtet.  
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das angefochtene Urteil ist vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) am 1. Januar 2007 ergangen. Auf das dagegen erhobene Rechtsmittel ist deshalb noch das bisherige Verfahrensrecht anwendbar (Art. 132 Abs. 1 BGG, e contrario), hier somit dasjenige der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 268 ff. BStP).

Am 1. Januar 2007 ist auch der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Die neuen Bestimmungen sind hier aber noch nicht von Bedeutung, da das Bundesgericht im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nur prüft, ob das kantonale Gericht das eidgenössische Recht richtig angewendet hat (Art. 269 Abs. 1 BStP), mithin das Recht, welches im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Entscheids noch gegolten hat (BGE 129 IV 49 E. 5.3 mit Hinweisen).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, Art. 13 Abs. 1 StGB sei durch die vorinstanzliche Verweigerung der Anordnung seiner erneuten bzw. ergänzenden psychiatrischen Begutachtung verletzt worden. Durch sein Geständnis habe er für die Begutachtung massgebliche und bis dahin unbekannte Umstände geschaffen, welche Zweifel an seiner Zurechnungsfähigkeit im Tatzeitpunkt begründet hätten. Eine ergänzende Begutachtung habe sich überdies aufgedrängt, um die tatsächliche Unklarheit und die Zweifel über seine Alkoholisierung im Tatzeitpunkt bzw. seine allfällige Alkoholabhängigkeit zu beseitigen.

2.2 Nach der Auffassung der Vorinstanz liegen keine neuen Erkenntnisse vor, welche eine ergänzende psychiatrische Begutachtung gebieten. Insbesondere sei es nicht die Aufgabe eines Gutachters, sondern des Gerichts, ein Geständnis zu würdigen (angefochtenes Urteil S. 50). Im Übrigen sei es auch faktisch gar nicht möglich, durch ein Ergänzungsgutachten eine allfällige Alkoholisierung bzw. Alkoholabhängigkeit des Beschwerdeführers im Tatzeitpunkt aufgrund seiner heutigen körperlichen Verfassung zu rekonstruieren (angefochtenes Urteil S. 225 f.).

2.3 Nach Art. 13 StGB hat die urteilende Behörde eine Untersuchung des Beschuldigten anzuordnen, wenn sie Zweifel an dessen Zurechnungsfähigkeit hat oder wenn zum Entscheid über die Anordnung einer sichernden Massnahme Erhebungen über dessen körperlichen oder geistigen Zustand erforderlich sind. Werden die Voraussetzungen, unter denen der Beschuldigte einen Anspruch auf Begutachtung hat, aus unzutreffenden Gründen verneint, so kann dieser Entscheid wegen Verletzung von Bundesrecht mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Wird dagegen ein neues bzw. ergänzendes Gutachten verlangt, weil der Beweiswert des bereits vorliegenden Gutachtens in Zweifel gezogen wird, so bezieht sich die Kritik auf Fragen der Beweismwürdigung, welche mit staatsrechtlicher Beschwerde vorzubringen sind. Mit Nichtigkeitsbeschwerde kann lediglich geltend gemacht werden, wegen der Veränderung des Geisteszustandes des Täters seit der letzten Begutachtung hätte eine neue psychiatrische Expertise eingeholt werden müssen (BGE 125 IV 118 nicht publ. E. 4; 106 IV 236 E. 2, 97 E. 2b; 105 IV 161 E. 2).

2.4 Eine Veränderung des Geisteszustandes des Beschwerdeführers seit der letzten Begutachtung wird nicht geltend gemacht. Vielmehr richten sich die Vorbringen des Beschwerdeführers gegen die Beweismwürdigung der Vorinstanz. Darauf ist im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht des Weiteren geltend, seine Tat zum Nachteil von B. \_\_\_\_\_ sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht als eventualvorsätzliche versuchte Tötung, sondern lediglich als fahrlässige Körperverletzung zu qualifizieren. Er habe im Zeitpunkt der Schussabgabe B. \_\_\_\_\_ nicht sehen können, da diese durch ihre Mutter verdeckt gewesen sei. Der Platz vor dem Hauseingang sei so deutlich beleuchtet gewesen, dass er leichtfertig, vorschnell und unbedacht darauf vertraut habe, dass er das Kind ohne weiteres gesehen hätte, wenn es denn in der Nähe der Mutter gestanden wäre, und dass deshalb die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandserfüllung gering gewesen sei. Da er die Projektile zudem aus nächster Nähe abgefeuert habe, habe sich ihm die Verwirklichung der Gefahr eines tödlichen Schusses zum Nachteil von B. \_\_\_\_\_ keineswegs als wahrscheinlich aufdrängen müssen (Beschwerdeschrift S. 8 f.).

3.2 Die Vorinstanz geht in tatsächlicher Hinsicht zugunsten des Beschwerdeführers davon aus, dass B. \_\_\_\_\_ für ihn im Zeitpunkt der Schussabgabe nicht sichtbar war. Zudem hält sie ihm zugute, für ihn seien einzig Schüsse auf A. \_\_\_\_\_ ein Thema gewesen, er habe mithin B. \_\_\_\_\_ nicht treffen wollen (angefochtenes Urteil S. 186). Allerdings habe der Beschwerdeführer aufgrund des vorangegangenen gemeinsamen Aufenthalts in der Wohnung von C. \_\_\_\_\_ wissen müssen, dass

A. \_\_\_\_\_ in Begleitung ihrer Tochter gewesen sei (angefochtenes Urteil S. 196). Trotz der relativ guten Lichtverhältnisse und obwohl er das Kind nicht habe sehen können, habe er deshalb davon ausgehen müssen, dass sich die knapp 8-jährige B. \_\_\_\_\_ in der Nacht kaum weit von ihrer Mutter entfernt haben dürfte (angefochtenes Urteil S. 197). Der Beschwerdeführer sei sich somit bewusst gewesen, dass das Kind in nächster Umgebung seiner Mutter und damit möglicherweise sogar in der Schusslinie gewesen sei (angefochtenes Urteil S. 198). Schliesslich sei er sich auch des ausgesprochen hohen Risikos eines Treffers zum Nachteil von B. \_\_\_\_\_ durchaus bewusst gewesen (angefochtenes Urteil S. 198). Da er in dieser Situation dennoch zweimal auf A. \_\_\_\_\_ geschossen habe,

habe sich ihm die Möglichkeit eines tödlichen Treffers zum Nachteil von B. \_\_\_\_\_ als so wahrscheinlich aufdrängen müssen, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Todes von B. \_\_\_\_\_ ausgelegt werden könne (angefochtenes Urteil S. 198).

3.3 Gemäss Art. 18 Abs. 2 StGB verübt ein Verbrechen oder ein Vergehen vorsätzlich, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Diese Bestimmung erfasst auch den Eventualvorsatz. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Verwirklichung des Tatbestands für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 133 IV 1 E. 4.1, 9 E. 4.1; 131 IV 1 E. 2.2).

Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit kann im Einzelfall schwierig sein. Sowohl der eventualvorsätzlich als auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter weiss um die Möglichkeit des Erfolgseintritts bzw. um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Hinsichtlich der Wissensseite stimmen somit beide Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestands überein. Unterschiede bestehen jedoch beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich mithin nicht verwirklichen werde. Demgegenüber nimmt der eventualvorsätzlich handelnde Täter den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab. Wer den Erfolg dergestalt in Kauf nimmt, "will" ihn im Sinne von Art. 18 Abs. 2 StGB. Nicht erforderlich ist, dass der Täter den Erfolg "billigt" (eingehend BGE 96 IV 99; 130 IV 58 E. 8.3 mit Hinweisen).

3.4 Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen hat, muss das Gericht - bei Fehlen eines Geständnisses der beschuldigten Person - aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 130 IV 58 E. 8.4; 125 IV 242 E. 3c, je mit Hinweisen). Eventualvorsatz kann indessen auch vorliegen, wenn der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs nicht in diesem Sinne sehr wahrscheinlich, sondern bloss möglich war. Doch darf nicht allein aus dem Wissen des Beschuldigten um die Möglichkeit des Erfolgseintritts auf dessen Inkaufnahme geschlossen werden. Vielmehr müssen weitere

Umstände hinzukommen (BGE 133 IV 1 E. 4.1, 9 E. 4.1; 131 IV 1 E. 2.2; 125 IV 242 E. 3f).

3.5 Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft so genannte innere Tatsachen, ist damit Tatfrage und kann daher im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Entscheidung gestellt werden. Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist.

Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass sich insoweit Tat- und Rechtsfragen teilweise überschneiden. Der Sachrichter hat daher die in diesem Zusammenhang relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen, damit erkennbar wird, aus welchen Umständen er auf Eventualvorsatz geschlossen hat. Denn der Sinngehalt der zum Eventualdolos entwickelten Formeln lässt sich nur im Lichte der tatsächlichen Umstände des Falls erschliessen. Der Kassationshof kann die Bewertung der Umstände, aus denen das kantonale Gericht auf Eventualvorsatz geschlossen hat, im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde überprüfen (BGE 133 IV 1 E. 4.1, 9 E. 4.1; 130 IV 58 E. 8.5; 125 IV 242 E. 3c; Martin Schubarth, Nichtigkeitsbeschwerde, staatsrechtliche Beschwerde, Einheitsbeschwerde?, AJP 7/1992, S. 851 f.). Er kann in diesem Verfahren auch prüfen, ob der Sachrichter alle Umstände berücksichtigt hat, die für die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit wesentlich sind (BGE 133 IV 9 E. 4.2.3).

3.6 Der Beschwerdeführer wollte gemäss den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz seiner Schwägerin in den Oberschenkel schiessen (angefochtenes Urteil S. 193). Er hat aber mit einem

Projektil stattdessen deren seitlich hinter ihr stehende Tochter verletzt. Der Angriff verfehlte somit sein Ziel, d.h. der Erfolg, auf den der Verwirklichungswille des Beschwerdeführers sich bezog, trat nicht bzw. bei einem anderen Tatobjekt ein. In solchen Fällen, welche in der Doktrin als "Abirrung des Angriffs" bzw. als "aberratio ictus" bezeichnet werden, nimmt die herrschende Lehre in der Regel eine Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich des vom Täter gewollten bzw. zumindest in Kauf genommenen Tatverlaufs - vorliegend die Tötung von A.\_\_\_\_\_ - in Idealkonkurrenz mit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit wegen des tatsächlichen Tatverlaufs - vorliegend die Körperverletzung von B.\_\_\_\_\_ - an, da sich der Vorsatz des Täters nicht auf das objektiv Geschehene erstreckt hat (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Auflage, Bern 2005, § 9 N. 88; Guido Jenny, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 18 N. 33, je mit Hinweisen). Hat jedoch der Täter den Eintritt des Erfolgs am tatsächlich getroffenen Tatobjekt als möglich vorhergesehen und in Kauf genommen, ist nicht nur von einer Fahrlässigkeits-, sondern von einer Vorsatzstrafbarkeit auszugehen (Stratenwerth, a.a.O., § 9 N. 88; Jenny, a.a.O., Art. 18 N. 33; vgl. auch Urteil 6S.918/1999 vom 5. September 2000, E. 2c).

3.7 Die Vorinstanz hat, wie dargelegt, erwogen, der Beschwerdeführer habe davon ausgehen müssen, dass sich das Kind in unmittelbarer Nähe seiner Mutter aufhalten musste und sich demnach - verdeckt durch A.\_\_\_\_\_ - in der Schusslinie befinden konnte. Die Vorinstanz folgert hieraus, der Beschwerdeführer habe sich in der konkreten Situation auch des ausgesprochen hohen Risikos eines tödlichen Treffers zulasten von B.\_\_\_\_\_ bewusst sein müssen und habe deshalb mit Eventualvorsatz gehandelt (angefochtenes Urteil S. 198).

Die im angefochtenen Urteil getroffenen Sachverhaltsfeststellungen sind jedoch unvollständig und vermögen diesen Schluss nicht zu untermauern: Zwar wusste der Beschwerdeführer gestützt auf die Vorkommnisse in der Wohnung seiner Ehefrau C.\_\_\_\_\_ mit Sicherheit, dass A.\_\_\_\_\_ in Begleitung ihrer knapp 8-jährigen Tochter B.\_\_\_\_\_ war, weshalb er annehmen musste, dass sich diese nicht weit von ihrer Mutter entfernt haben dürfte. Dass der Beschwerdeführer jedoch auch tatsächlich davon ausging - und nicht nur allenfalls davon hätte ausgehen müssen -, B.\_\_\_\_\_ befinde sich im Moment der Schussabgabe in einem "sichttoten Winkel" hinter ihrer Mutter, hat die Vorinstanz nicht festgestellt. In Anbetracht dessen ist auch die gezogene Schlussfolgerung, dem Beschwerdeführer habe sich das Risiko, dass ein aus nächster Nähe auf seine Schwägerin abgegebener Schuss durch deren Kleider hindurch die verdeckte B.\_\_\_\_\_ tödlich verletzen könnte, als sehr wahrscheinlich aufdrängen müssen, nicht hinreichend auf entsprechende tatsächliche Feststellungen abgestützt.

Die Vorinstanz hat daher die zur Überprüfung des eidgenössischen Rechts notwendigen tatsächlichen Feststellungen nicht getroffen.

3.8 Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist deshalb im Verfahren nach Art. 277 BStP gutzuheissen und das angefochtene Urteil wegen unvollständiger Feststellung des Sachverhalts aufzuheben. Dementsprechend erübrigt sich ein Eingehen auf die vom Beschwerdeführer gegen die Strafzumessung erhobenen Rügen.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben und ist dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird damit gegenstandslos. Die Entschädigung ist jedoch dem Vertreter des Beschwerdeführers zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird gemäss Art. 277 BStP gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2006 aufgehoben.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden am Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

3.

Es werden keine Kosten erhoben.

4.

Dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Claude Hentz, Zürich, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem

Geschworenengericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.  
Lausanne, 15. Mai 2007  
Im Namen des Kassationshofes  
des Schweizerischen Bundesgerichts  
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: