Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.84/2005 /bri

Urteil vom 20. Oktober 2005
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Zünd,
Gerichtsschreiber Thommen.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin Barbara Hug,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Mord; Strafzumessung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 15. Dezember 2004.

Sachverhalt:
A.
Am 5. März 1998 wurde X._____ am Zürcher Limatquai von A._____ angesprochen und in dessen Mercedes mitgenommen. Auf dieser Fahrt griff A._____ ihm an Oberschenkel und Penis. X._____ beschloss, sich für diesen sexuellen Annäherungsversuch zu rächen. Sein Plan war, A._____ zu entführen und zu berauben.

Am 16. März 1998 liess er sich von A._____ mit dessen Wagen abholen. Nach einem fehlgeschlagenen Raubversuch erschoss er ihn mit drei Schüssen. Den letzten Schuss feuerte er aus kurzer Distanz in den Hinterkopf des bereits schwerverletzt am Boden liegenden A._____ ab. Er flüchtete mit dem Fahrzeug des Getöteten und nahm Fr. 500.– aus dessen Portemonnaie. Auf der Flucht widersetzte er sich einem Anhalteversuch der Polizei durch ein gefährliches Ausweichmanöver; er konnte entkommen.

Gut zweieinhalb Jahre später, am 29. Oktober 2000, vergewaltigte X._____ B._____ und nötigte sie zur Vornahme sexueller Handlungen (Analverkehr, Fellatio). Er wurde verhaftet und in Untersuchungshaft gesetzt.

Täterbeschreibungen von Zeugen des Tötungsdelikts führten sodann zur Überführung des Beschwerdeführers.
B.
Am 11. November 2002 erklärte das Bezirksgericht Meilen/ZH X._____ des Mordes (Art. 112 StGB), des Raubes (Art. 140 Ziff.1 Abs. 1 und Ziff. 2 StGB), der vollendet versuchten Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 Ziff. 1 StGB), der Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 StGB), der sexuellen Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB) sowie der Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) für schuldig und verurteilte ihn zu einer Zuchthausstrafe von 14 Jahren 11 Monaten und 23 Tagen (kantonale Akten act. 124).

In seinem Urteil vom 10. September 2003 nahm das Obergericht des Kantons Zürich in Bezug auf den Raub bloss einen unvollendeten Versuch an. Die Entwendung der Fr. 500.– bewertete es als unrechtmässige Aneignung (Art. 137 Ziff. 1 StGB). Der Vorwurf der versuchten Freiheitsberaubung wurde seitens der Staatsanwaltschaft fallen gelassen (kantonale Akten act. 141 S. 35). Im Übrigen wurde der erstinstanzliche Schuldspruch bestätigt und die gleiche Strafe ausgesprochen.

Am 21. Juni 2004 wurde dieses obergerichtliche Urteil vom Kassationsgericht des Kantons Zürich aufgehoben, weil die Reuebekundungen von X._____ bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt worden waren (kantonale Akten act. 155).

Das Obergericht des Kantons Zürich befasste sich somit erneut mit der Sache. Im Urteil vom 15. Dezember 2004 hat es an den Schuldsprüchen festgehalten, das Strafmass jedoch um 6 Monate herabgesetzt (angefochtenes Urteil).

Am 11. Juli 2005 trat das Zürcher Kassationsgericht auf eine dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein.

C.

Gegen das obergerichtliche Urteil vom 15. Dezember 2004 erhebt X._____ eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragt, das Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem verlangt er die unentgeltliche Prozessführung sowie die Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands.

D.

Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtet auf eine Stellungnahme zur Beschwerde. Vernehmlassungen wurden keine eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesgericht ist im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden (Art. 277bis Abs. 1 Satz 2 BStP). Ausführungen, die sich gegen diese tatsächlichen Feststellungen richten sowie das Vorbringen neuer Tatsachen sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).

1.1 Der Beschwerdeführer macht Ausführungen zur Sitzposition des Opfers bei der ersten Schussabgabe. Das Opfer sei von vorne getroffen worden, habe sich dem Beschwerdeführer also zugewendet und sei deshalb nicht im Begriff gewesen zu flüchten (Beschwerde S. 4 f.). Gemäss Feststellung der Vorinstanz wollte das Opfer flüchten, nachdem der Wagen zum Stillstand gekommen war. Hierbei wurde es vom Beschwerdeführer niedergeschossen (angefochtenes Urteil S. 13). Diese Sachverhaltsfeststellung ist bindend, so dass auf die Beschwerde insoweit nicht eingetreten werden kann.

1.2 Zur Erklärung der Eskalation des Tatgeschehens macht der Beschwerdeführer weiter geltend, er habe die Beifahrertüre öffnen und aussteigen wollen, was ihm aber nicht gelungen sei. Erst danach sei es zur Schussabgabe gekommen (Beschwerde S. 6). Auch dieser Einwand widerspricht den verbindlichen obergerichtlichen Feststellungen (angefochtenes Urteil S. 12 f.).

1.3 Unter Berufung auf die gutachterlich festgestellte 'Vernichtungsangst' bestreitet der Beschwerdeführer einen 'Vorsatz zur Skrupellosigkeit' (Beschwerde S. 7).

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen, ist damit Tatfrage und kann daher im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Entscheidung gestellt werden (Art. 273 Abs. 1 lit. b, 277bis BStP; BGE 130 IV 58 E. 8.5). Der 'kaltblütige Eliminationsvorsatz' wurde von der Vorinstanz verbindlich festgestellt (angefochtenes Urteil S. 34). Dessen Bestreitung ist somit unzulässig.

2. Mord (Art. 112 StGB)

2.1 Der Beschwerdeführer bestreitet die rechtliche Qualifikation des Tötungsdelikts als Mord. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht von einem Eliminationsmord aus. Der Beschwerdeführer habe im Tatvorfeld nicht geplant, A._____ zu töten. Vielmehr sei es zu einer stufenweisen Eskalation gekommen. Das Geschehen habe sich in fataler Weise verselbständigt. Entgegen der Vorinstanz sei der Beschwerdeführer nicht kaltblütig zur Elimi-

nation geschritten. Wenn man nämlich berücksichtige, dass die Tat nicht geplant gewesen sei, dann schliesse der Aufbau und Ablauf in Sekundenschnelle die Skrupellosigkeit der Tat gerade aus (Beschwerde S. 6).
2.2 Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB) ist als Mord zu qualifizieren, wenn der Täter besonders skrupellos handelt, namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich sind (Art. 112 StGB).

Die vorsätzliche Vernichtung menschlichen Lebens wiegt immer ausserordentlich schwer. Mord hebt sich durch besondere Skrupellosigkeit von der vorsätzlichen Tötung ab (BGE 118 IV 122 E. 2b). Er zeichnet sich durch aussergewöhnlich krasse Missachtung fremden Lebens bei der Durchsetzung eigener Absichten aus. Für die Qualifikation verweist das Gesetz auf äussere (Ausführung) und innere Merkmale (Beweggrund, Zweck). Entscheidend ist eine Gesamtwürdigung der äusseren und inneren Umstände der Tat (BGE 127 IV 10 E. 1.a). Dabei kann eine besondere Skrupellosigkeit immer noch entfallen, namentlich wenn das Tatmotiv einfühlbar und nicht krass egoistisch ist (BGE 120 IV 265 E. 3a).
2.3 Die Einwände des Beschwerdeführers gehen fehl. Auch wenn die Tötung im Vorfeld nicht geplant war und das Geschehen in ganz kurzer Zeit eine fatale Eigendynamik entwickelte, war sein Vorgehen dennoch skrupellos. Äusserlich manifestiert sich dies etwa im Kopfschuss auf das bereits schwerverletzt am Boden liegende Opfer. Ebenso sprechen aber auch Beweggrund und Zweck der Tat für Mord. Innerer Anlass zum ursprünglichen Racheplan war der 'aus einer Nichtigkeit heraus entstandene und von einer enormen Geringschätzung Homosexueller geprägte Hass gegen A._____' (angefochtenes Urteil S. 32). Zwar steht fest, dass sich dieser Plan nicht auf die Tötung richtete, dennoch hat 'das Bedürfnis nach Rache am Ursprung einer Kausalkette gestanden, die schliesslich zur Tötung geführt hat' (angefochtenes Urteil S. 31).

Nachdem die urspünglich geplante Beraubung und Entführung fehlschlug, wollte der Beschwerdeführer um jeden Preis eine Benachrichtigung der Polizei verhindern. Zu diesem Zweck tötete er A._____. Es ging ihm somit darum, den potenziellen Anzeiger zu eliminieren. Diese Tatmotivation erscheint auch bei gesamthafter Betrachtung krass egoistisch und nicht einfühlbar. Mit den Vorinstanzen ist die Tat deshalb als Mord im Sinne von Art. 112 StGB zu qualifizieren.
3. Strafzumessung (Art. 63 und 64 StGB)
3.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Beschleunigungsgebots (Art. 29 Abs. 1 BV). Zwischen dem Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und der mündlichen Urteilsverkündung seien zwei Monate und danach bis zur Zustellung des begründeten Urteils nochmals mehr als sechs Monate verstrichen. Dies sei eine Verfahrensüberlänge, die bei der Strafzumessung hätte berücksichtigt werden müssen.

Im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde wird die Verletzung des Beschleunigungsgebots als Vorfrage zur Hauptfrage der Strafzumessung und unabhängig vom diesbezüglichen kantonalen Erkenntnis geprüft (BGE 130 IV 54, E. 3).

Der vorliegende Fall war umfangreich und komplex. Zur Person des Beschwerdeführers lagen ein amtliches und ein privates Gutachten vor. Diese mussten in Bezug auf die Urteilsfähigkeit sorgfältig ausgewertet und beurteilt werden. Eine solche Beurteilung ist zeitintensiv und aufwändig, was sich vorliegend in einem erstinstanzlichen Urteil von über 100 Seiten Umfang äusserte (kantonale Akten act. 124). Die Rüge der Verfahrensüberlänge ist deshalb unbegründet und deren Berücksichtigung bei der Strafzumessung obsolet.
3.2 Beanstandet wird weiter die Begründung der Strafzumessung. Die Vorinstanz sei zum gleichen Strafmass wie die erste Instanz gekommen, obwohl sie anstelle von Raub bloss auf versuchten Raub erkannt habe und der Vorwurf der versuchten Freiheitsberaubung und Entführung vollkommen entfallen sei. Obwohl das kantonale Kassationsgericht das erste Urteil des Obergerichts wegen Mängeln in der Strafzumessung aufgehoben habe, sei die Begründung der Strafzumessung aus dem ersten obergerichtlichen Entscheid übernommen worden. Die Begründung der Strafzumessung könne deshalb nicht nachvollzogen werden (Beschwerde S. 7 f.).

Dem Beschwerdeführer ist darin beizupflichten, dass bei einer Zuchthausstrafe von über 14 Jahren hohe Anforderungen an die Begründung gestellt werden dürfen. Das angefochtene Urteil genügt jedoch diesen Anforderungen.

Entgegen seiner Rüge hat die Vorinstanz das Strafmass der ersten Instanz um 6 Monate reduziert. Damit wurde einerseits die Kritik des Kassationsgerichts in Bezug auf die Nichtberücksichtigung der Reue im ersten Urteil aufgenommen. Darüber hinaus sei diese reduzierte Strafe aber auch 'in Anbetracht der Tatsache angemessen, dass lediglich eine Verurteilung wegen versuchtem Raub mit nachfolgender unrechtmässiger Aneignung ergehe und die erstinstanzliche Verurteilung im Nebenpunkt der versuchten Freiheitsberaubung wegfalle' (angefochtener Entscheid S.51). Eine weitergehende Strafreduktion dränge sich angesichts des schweren Verschuldens nicht auf.
Die Vorinstanz hat damit die Strafzumessung nachvollziehbar begründet. Die ausgesprochene Strafe erscheint auch bei einer Gesamtbetrachtung bundesrechtskonform. Eine Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht allein deshalb gutgeheissen, um die Begründung zu ergänzen oder zu verbessern (BGE 127 IV 101 E. 2c).
3.3 Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, dass die 'vom Kassationsgericht attestierte echte Reue' nicht als aufrichtige Reue gemäss Art. 64 al. 7 StGB bewertet worden sei. Seine Reue sei strafmildernd zu werten, weil ihm ansonsten jeglicher Weg zur Strafreduktion verwehrt bleibe (Beschwerde S. 8).

Der Einwand des Beschwerdeführers geht fehl. Die Vorinstanz hat die Strafe unter Berücksichtigung der kassationsgerichtlichen Kritik um sechs Monate reduziert. Dabei wurde eingehend begründet, weshalb die Reue bloss im Rahmen von Art. 63 StGB strafmindernd und nicht als Strafmilderungsgrund nach Art. 64 StGB berücksichtigt wurde. Letztere Vorschrift setze voraus, dass der Täter durch ein besonderes, freiwilliges und uneigennütziges Verhalten einen greifbaren Beweis seiner Reue erbringe. Der Beschwerdeführer hingegen habe sich auf die bloss verbale Bekundung seiner Reue beschränkt. Aufrichtige Reue im Sinne von Art. 64 StGB liege somit nicht vor (angefochtenes Urteil S. 46). Die rechtlichen Ausführungen des Obergerichts sind zutreffend und seine Einschätzung des Beschwerdeführers verletzt kein Bundesrecht.
3.4 Schliesslich hätte nach Ansicht des Beschwerdeführers auch noch sein jugendliches Alter strafmildernd berücksichtigt werden müssen, insbesondere weil der Gutachter eine 'schwerwiegende Adoleszentenproblematik' diagnostiziert habe (Beschwerde S. 9).

Nach Art. 64 Abs. 7 StGB kann die Strafe gemildert werden, wenn der jugendliche Täter nicht die volle Einsicht in das Unrecht seiner Tat besass (BGE 115 IV 180 E. 2). Gemäss verbindlicher Feststellung der Vorinstanzen hatte der Beschwerdeführer sowohl bei der Tatvorbereitung als auch bei deren Ausführung die 'Einsichtsfähigkeit in das Verbotene seines Tuns' (angefochtenes Urteil S. 39; kantonale Akten act. 124 S. 93). Die Anwendung von Art. 64 Abs. 7 StGB fällt somit bereits objektiv ausser Betracht.
4.
Die Nichtigkeitsbeschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
5.
Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Sein Begehren ist nicht von vornherein aussichtslos und seine Bedürftigkeit ist ausgewiesen (vgl. hierzu Beschluss des Kassationshofs vom 27. Juli 2004; 6S.23/2004). Das Gesuch ist deshalb gutzuheissen (Art. 152 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Der Vertreterin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin Barbara Hug, wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
5.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 20. Oktober 2005
Im Namen des Kassationshofes

des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: