Urteilskopf

121 IV 49

12. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 20. März 1995 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen X. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
1. Vollendeter Versuch; Strafmilderung (Art. 22, 63, 65 StGB).

Tritt der tatbestandsmässige Erfolg nicht ein, so ist die Strafe jedenfalls zu mindern. Das Mass der zulässigen Reduktion hängt beim vollendeten Versuch unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolges und von den tatsächlichen Folgen der Tat ab (E. 1).

2. Begründung des Strafmasses. Auffallende Diskrepanz zwischen der Strafe für eine versuchte vorsätzliche Tötung und ihrer Begründung (Art. 63 ff. und 111 StGB, Art. 277 und 277ter BStP).

Die ausgefällte Strafe muss aufgrund der Urteilsbegründung plausibel erscheinen. Dies ist unter anderem dann nicht der Fall, wenn die Strafe angesichts der im Urteil festgestellten Tatsachen und der diese bewertenden Erwägungen auffallend hoch oder milde ist. Ob im Falle einer solchen Diskrepanz die Strafe im Ergebnis unvertretbar oder ihre Begründung mangelhaft sei, ist oft nicht zweifelsfrei erkennbar. Daher weist der Kassationshof die Sache in der Regel lediglich zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück, ohne diese ausdrücklich anzuweisen, dass sie eine bestimmte andere Strafe ausspreche (E. 2a).

Auffallende Diskrepanz zwischen dem Strafmass und der Begründung im konkreten Fall unter anderem einer versuchten vorsätzlichen Tötung angesichts der relevanten Gesichtspunkte bejaht (E. 2b-h).

Regeste (fr):
1. Délit manqué; atténuation de la peine (art. 22, 63, 65 CP).

Lorsque le résultat de l'infraction ne s'est pas produit, la peine doit être de toute manière atténuée. La mesure de cette atténuation dépend notamment en cas de délit manqué, de la proximité du résultat et des conséquences effectives des actes commis (consid. 1).

2. Motivation de la peine. Discordance choquante entre la peine sanctionnant un délit manqué de meurtre et sa motivation (art. 63 ss et 111 CP, art. 277 et 277ter PPF).

La peine prononcée doit être motivée de manière plausible. Tel n'est notamment pas le cas, lorsqu'au regard des circonstances retenues et examinées dans le jugement, la peine apparaît comme exagérément sévère ou clémente. En présence d'une telle discordance, il est souvent difficile de déterminer avec certitude si c'est la peine qui est insoutenable quant au résultat, ou si c'est seulement la motivation qui en est insuffisante. C'est pourquoi, en règle générale, la Cour de cassation renvoie-t-elle la cause pour nouvelle décision à l'autorité cantonale sans lui prescrire expressément de prononcer une autre peine (consid. 2a).

Caractère choquant de la discordance existant entre la peine et sa motivation admis dans le cas particulier, s'agissant notamment d'un délit manqué de meurtre, compte tenu des circonstances déterminantes (consid. 2b-h).

Regesto (it):
1. Reato mancato; attenuazione della pena (art. 22, 63, 65 CP).

Quando non subentra il risultato dell'infrazione, la pena deve comunque essere ridotta. In caso di reato man-

cato, l'entità di tale riduzione dipende, fra l'altro, dalla prossimità del risultato e dalle conseguenze effettive dell'atto commesso (consid. 1).

2. Motivazione della pena. Vistosa divergenza fra la pena per mancato omicidio intenzionale e la sua motivazione (art. 63 segg. e 111 CP, art. 277 e 277ter PP).

La pena pronunciata deve essere motivata in modo plausibile. Ciò non è il caso allorché, avuto riguardo ai fatti accertati e alle considerazioni giuridiche contenute nella sentenza, la pena appaia eccessivamente severa o mite. Sovente è difficile stabilire se tale divergenza sia dovuta ad una pena di per sé insostenibile o ad una motivazione insufficiente. Di norma, la Corte di cassazione del Tribunale federale rinvia pertanto la causa all'autorità cantonale per un nuovo giudizio, senza prescriverle espressamente di pronunciare un'altra pena (consid. 2a).

Carattere vistoso della divergenza fra la pena pronunciata e la sua motivazione ammesso nella fattispecie, ove si tratta, fra l'altro, di mancato omicidio intenzionale, tenuto conto delle circostanze determinanti (consid. 2b-h).

Sachverhalt ab Seite 50

BGE 121 IV 49 S. 50

A.- Am 14. Februar 1991, gegen 16.30 Uhr, begaben sich zwei zivile Fahnder der Stadtpolizei Zürich, A. und B., mit ihrem zivilen Dienstwagen zu einer Liegenschaft in der Bremgartnerstrasse in Zürich, um eine - mit X. nicht identische - Person, die sie dort vermuteten, zu verhaften. Als die beiden Polizeibeamten auf die Haustür zugingen, verliessen gerade ein Mann und eine Frau das Haus. A. merkte sofort, dass es sich beim Mann um X. handelte, der einige Wochen zuvor im Schweizerischen Polizeianzeiger wegen

BGE 121 IV 49 S. 51

des Verdachts u.a. auf Veruntreuungen zur Verhaftung ausgeschrieben worden war. Als X. aufgefordert wurde, den beiden Beamten auf die Polizeiwache zu folgen, gab er vor, er habe in der Wohnung seiner Begleiterin, die sich im Haus befand, das er soeben verlassen hatte, ein Mäppchen mit Prozessakten zurückgelassen, welches er unbedingt benötige. X. und seine Begleiterin begaben sich gemeinsam mit den beiden Polizeibeamten in die Wohnung, um dort das angeblich zurückgelassene Mäppchen zu suchen. In der Wohnung gab X. vor, das Mäppchen befinde sich möglicherweise in dem in der Bremgartnerstrasse parkierten Fahrzeug von seiner Begleiterin. Die beiden Polizeibeamten begaben sich daher zusammen mit X. zu diesem Personenwagen. Da X. das Mäppchen dort ebenfalls nicht fand, kehrten die drei Männer in die Wohnung zurück. Danach begaben sie sich ein zweites Mal zum Fahrzeug und kehrten nach erfolgloser Suche wieder in die Wohnung zurück. Die Suche nach dem Mäppchen, an der sich stets auch der Polizeibeamte A. beteiligt hatte, blieb erfolglos. Schliesslich verliessen die beiden Polizeibeamten zusammen mit X. die Wohnung, um sich zu dem an der gegenüberliegenden Seite der Bremgartnerstrasse parkierten Dienstwagen zu begeben und in diesem gemeinsam auf die Polizeiwache zu fahren. Der Polizeibeamte A. überquerte als erster die Strasse, um vom gegenüberliegenden Trottoir aus auf der Beifahrerseite in den Dienstwagen zu steigen. Als X. zusammen mit dem Polizeibeamten B. seinerseits an der Fahrerseite des Wagens angelangt war, führte er mit der linken Hand an der in der rechten Manteltasche mitgeführten Selbstladepistole "Beretta", deren Magazin ca. sieben Patronen enthielt, eine Ladebewegung

durch. Er nahm die durchgeladene Waffe blitzschnell hervor und gab aus einer Entfernung von weniger als einem Meter einen Schuss ab, wobei die Waffe nicht gezielt auf den Polizeibeamten B. gerichtet war. Dieser hatte erfolglos versucht, X. mit der Aufforderung, "(X.), mach kei Seich", von der Schussabgabe abzuhalten. Die Kugel traf die Sportjacke von B. und die darunter getragene Pelzfaserjacke. Nach diesem Schuss versuchte der Polizeibeamte B., X. einen Schlag gegen die Schulter zu versetzen. X. gab aus einer Distanz von weniger als einem Meter, dem Polizeibeamten B. frontal gegenüberstehend und die durchgeladene Waffe auf den Bereich von dessen Oberkörper zielend, einen zweiten Schuss ab. Die Kugel durchbohrte die Lunge des B., verletzte die Leber und trat im Rücken aus dem Körper aus.
In der kurzen Zeit zwischen dem ersten und dem zweiten Schuss sprang der Polizeibeamte A. von der Beifahrerseite des Dienstwagens kommend auf die

Strasse zu seinem Kollegen und zu X.. Als er dort ankam, hatte X. schon den zweiten Schuss abgegeben. X. richtete nun seine durchgeladene Waffe auf den Polizeibeamten A.. Dieser zog sich daher hinter das Polizeifahrzeug zurück und ging dort in Deckung. X. ergriff zu Fuss die Flucht. Das Leben des Polizeibeamten B. konnte nur dank der sofortigen medizinischen Versorgung gerettet werden. B. war bis zum 6. März 1991 hospitalisiert und bis Anfang Mai 1991 arbeitsunfähig. Er erlitt keine bleibenden Nachteile. Vier Tage nach der Schussabgabe, am 18. Februar 1991, stahl X. in Zürich einen Personenwagen. Einen Monat danach, am 18. März 1991, geriet X. mit diesem Fahrzeug auf der Sattelegg/SZ in eine Polizeikontrolle. Er entzog sich dieser Kontrolle durch eine Fluchtfahrt, auf der er mehrmals Verkehrsregeln grob verletzte. So fuhr er auf der Umfahrungsstrasse von Einsiedeln bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h mit ca. 140 bis 160 km/h. In Einsiedeln missachtete er ein Rotlicht. Auf kurvenreichen Strassenabschnitten zwischen Einsiedeln und Schindellegi überfuhr er mindestens dreimal die Sicherheitslinie. In Schindellegi Dorf fuhr er zweimal linksseitig an Verkehrsinseln vorbei. Er fuhr bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h mit einer Geschwindigkeit von bis zu 120 km/h von Schindellegi nach Samstagern, durchquerte dieses Dorf bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h mit ca. 90 km/h, überholte in Samstagern trotz Gegenverkehrs und fuhr in Richterswil unter gleichzeitigem unzulässigen Überholen von zwei Personenwagen linksseitig an einer Verkehrsinsel vorbei. In Richterswil konnte er schliesslich verhaftet werden.

B.- Das Geschworenengericht des Kantons Zürich sprach X. am 24. September 1993 wegen dieser Handlungen der versuchten vorsätzlichen Tötung (Art. 111 i.V.m. mit Art. 22 Abs. 1 StGB), der Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB), der Gewalt und Drohung gegen Beamte (Art. 285 Ziff. 1 StGB), des Diebstahls (Art. 137 Ziff. 1 StGB) sowie der mehrfachen groben Verletzung von Verkehrsregeln schuldig. Es sprach ihn zudem wegen anderer Handlungen, die X. vor seiner Verurteilung zu 18 Monaten Gefängnis (unbedingt) unter anderem wegen banden- und gewerbsmässigen Diebstahls durch den Berufungsentscheid des Zürcher Obergerichts vom 18. Januar 1991 begangen hatte, der mehrfachen Veruntreuung (durch Verkauf von zwei geleasten bzw. gemieteten Personenwagen) sowie des mehrfachen Missbrauchs von Ausweisen und Schildern und des mehrfachen Fahrens ohne Fahrzeugausweis schuldig. Das

Geschworenengericht bestrafte ihn mit 7 1/2 Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung von 336 Tagen Untersuchungshaft, sowie mit einer Busse von 800 Franken.

C.- Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Geschworenengerichts sei wegen Verletzung von Art. 63 und Art. 22 Abs. 1 StGB aufzuheben und die Sache zur Ausfällung einer schuldangemessenen Freiheitsstrafe an die Vorinstanz zurückzuweisen. X. beantragt in seiner Vernehmlassung die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde. Zudem ersucht er um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

D.- Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies am 22. August 1994 die von X. erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. a) Gemäss den Ausführungen im angefochtenen Entscheid ist der Umstand, dass es lediglich beim Versuch blieb, nur wenig strafmildernd (Art. 22 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 65 StGB) zu beachten, da es nur dem Zufall und der raschen medizinischen Versorgung und nicht dem Verhalten des Beschwerdegegners zuzuschreiben sei, dass der Tod beim Opfer nicht eintrat. Die Beschwerdeführerin macht geltend, unter den gegebenen Umständen verstosse selbst eine geringfügige Strafmilderung wegen Ausbleibens des tatbestandsmässigen Tötungserfolgs gegen Bundesrecht. Gemäss Art. 63 StGB sei die Strafe grundsätzlich ausschliesslich nach dem Verschulden und nicht etwa auch nach dem Erfolg zu bemessen. Art. 22 Abs. 1 StGB enthalte eine Kann-Vorschrift, die Strafmilderung sei somit fakultativ. Das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs beim vollendeten Versuch könne somit "nicht zwingend" zu einer Strafmilderung führen. Entscheidend seien insoweit vielmehr die Umstände des konkreten Falles. Der Beschwerdegegner habe den zweiten Schuss gezielt, aus nächster Nähe und dem Opfer frontal gegenüberstehend, abgegeben. Die Kugel habe die Lunge durchschlagen und die Leber in Mitleidenschaft gezogen. Nur dank sofortiger medizinischer Versorgung in der Notfallabteilung des Stadtspitals Triemli habe das Leben des Polizeibeamten gerettet werden können. Die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des tatbestandsmässigen Tötungserfolgs sei also extrem hoch

gewesen. Unter diesen Umständen sei selbst eine geringfügige Strafmilderung wegen des Ausbleibens des tatbestandsmässigen Erfolgs bundesrechtswidrig. b) Wird die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt, tritt aber der zur Vollendung des Verbrechens oder des Vergehens gehörende Erfolg nicht ein, so kann der Täter gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 65 StGB milder bestraft werden. Das Gesetz stellt es somit in das Ermessen des Richters, ob er die Strafe im Sinne von Art. 65 StGB mildern will. Der Richter, der die Strafe in Ausübung dieses Ermessens herabsetzt, verstösst dadurch nicht gegen Bundesrecht. Allerdings hängt das Mass der zulässigen Reduktion der Strafe beim vollendeten Versuch unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und den tatsächlichen Folgen der Tat ab. Die Reduktion der Strafe wird mit andern Worten umso geringer sein, je näher der tatbestandsmässige Erfolg und je schwerwiegender die tatsächliche Folge der Tat war. Stets aber ist eine Herabsetzung der Strafe wegen des Ausbleibens des tatbestandsmässigen Erfolgs zulässig. Es stellt sich nun weiter die Frage, ob die Herabsetzung der Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens wegen des Ausbleibens des tatbestandsmässigen Erfolgs im übrigen nicht nur erlaubt, sondern bundesrechtlich geboten sei. Diese letztere Lösung wird - entsprechend der deutschen Doktrin (so LEIPZIGER KOMMENTAR [Vogler], 10. Aufl. 1985, § 23 dt.StGB N. 9, 20) - in der Schweiz vor allem von STRATENWERTH (Schweiz. Strafrecht Allg. Teil I, § 12 N. 41 f. und § 3 N. 22 f.) sowie von PETER ALBRECHT (Der untaugliche Versuch, Diss. Basel 1973, S. 77 f.) vertreten. Die gegenteilige Auffassung - vertreten von REHBERG (Strafrecht I, 5. Aufl. 1993, S. 83 unten) - nimmt demgegenüber im Einklang mit dem französischen Recht (BERNARD

BOULOC, Droit pénal général, 15ème éd., Paris: Dalloz 1994, no. 251 p. 207) an, dass bei Versuch die Strafmilderung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens nur fakultativ sei und gegebenenfalls überhaupt (so das französische Recht) oder zumindest bei vollendetem Versuch (so REHBERG) auch ganz unterbleiben könne. Andere Autoren haben sich bezüglich dieser beiden möglichen Lösungen nicht eindeutig festgelegt oder scheinen im Ergebnis die fakultative Strafmilderung zu favorisieren (so - sich von STRATENWERTH diesbezüglich abgrenzend - SCHULTZ, Einführung in den Allg. Teil des Strafrechts, 4. Aufl. 1982, S. 274; ebenso - in deutlicher Anlehnung an die Lösung des französischen Rechts - GRAVEN, L'infraction pénale punissable, p. 269; weniger bestimmt NOLL/TRECHSEL, Schweiz.

Strafrecht, Allg. Teil I, 4. Aufl. 1994, S. 154 f.).
Die beiden Positionen beruhen letztlich auf zwei unterschiedlichen Grundhaltungen gegenüber dem Versuchsproblem. Nach dem reinen Willensstrafrecht, wie es der Konzeption des Code pénal von 1810 zugrunde lag, sowie nach den Vorstellungen der Défense sociale konnte es auf den Erfolg nicht ankommen, sondern allein auf den (bösen) Willen des Täters oder dessen Gefährlichkeit (dazu BOULOC, a.a.O.). Nach der neoklassischen Schule und der stärker auf die Störung des Rechtsfriedens (vgl. NOLL/TRECHSEL, a.a.O.) ausgerichteten Konzeption macht es - im Hinblick auf den Unrechtsausgleich - indessen einen Unterschied, ob der Erfolg eingetreten ist oder nicht. Das Bundesgericht hat sich zur Frage der obligatorischen oder bloss fakultativen Strafmilderung bei vollendetem Versuch bisher nicht geäussert, wohl aber generell in bezug auf die Strafmilderungsgründe des Art. 64 StGB sowie die verminderte Zurechnungsfähigkeit im Sinne von Art. 11 StGB erkannt (BGE 116 IV 11 S. 13/14, 300 E. 2 b/bb), dass beim Vorliegen derartiger Strafzumessungsfaktoren (wie auch beim Vorliegen von Strafschärfungsgründen) der gesetzliche Strafrahmen zwar nur fakultativ nach unten (bzw. nach oben) erweitert sei, der Richter aber den betreffenden Umstand mindestens im Rahmen von Art. 63 StGB strafmindernd (bzw. straferhöhend) zu berücksichtigen habe. Würde nun in bezug auf Art. 22 StGB anders entschieden, d.h. eine obligatorische Strafminderung (im Rahmen von Art. 63 StGB) verneint, so ergäbe sich eine sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung gegenüber anderen Strafmilderungsgründen. Die Vorinstanz hat somit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin Bundesrecht nicht verletzt, indem sie das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs "wenig strafmildernd" berücksichtigte.

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe "die im übrigen vollumfänglich erkannten Strafzumessungsgründe" in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens allzu einseitig zugunsten des Beschwerdegegners gewichtet, wie bei der Lektüre der "eingehend und sorgfältig dargelegten Erwägungen zur Strafzumessung" sofort auffalle. Unter Berücksichtigung aller von der Vorinstanz erkannten Strafzumessungsgründe und vor dem Hintergrund der Tatsache, dass dem voll zurechnungsfähigen, massiv vorbestraften Beschwerdegegner unter anderem eine versuchte vorsätzliche Tötung zur Last gelegt werde, habe die

Vorinstanz mit der Ausfällung einer Zuchthausstrafe von bloss 7 1/2 Jahren das ihr zustehende weite Ermessen unverkennbar eindeutig missbräuchlich unterschritten. a) aa) Das Bundesgericht stellt in seiner neueren Rechtsprechung höhere Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung durch den Sachrichter und greift häufiger in die Strafzumessung ein als früher. Der Sachrichter hat im Urteil die wesentlichen schuldrelevanten Tat- und Täterkomponenten so zu erörtern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgebenden Gesichtspunkte berücksichtigt und wie sie gewichtet wurden. Entsprechendes gilt für die im Gesetz genannten

Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe. Die blosse Auflistung einiger Strafzumessungsfaktoren mit der anschliessenden Bemerkung, unter diesen Umständen sei die ausgefällte Strafe angemessen, reicht nicht aus. Der Sachrichter muss die Überlegungen, die er bei der Bemessung der Strafe angestellt hat, in seinem Urteil in den Grundzügen darstellen. Er muss die Strafzumessung so gut wie möglich nachvollziehbar machen. Dann ist es auch möglich zu prüfen, ob er sich von zutreffenden oder unzutreffenden Gesichtspunkten leiten liess und ob er sich bei der Gewichtung der relevanten Faktoren im Rahmen seines weiten Ermessens hielt. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung werden unter anderem dann gestellt, wenn die ausgesprochene Strafe ungewöhnlich bzw. auffallend hoch oder auffallend milde ist (zum Ganzen BGE 116 IV 288, BGE 117 IV 112, 401 E. 4, BGE 118 IV 14, 119, 120 IV 136 E. 3a; GIUSEP NAY, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Kassationshofes des Bundesgerichts, ZStrR 112/1994 S. 175 ff., 179/80).
Der Richter ist, unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen (s. BGE 118 IV 120 E. 2c betreffend die retrospektive Konkurrenz), aber nicht verpflichtet, im Urteil in absoluten Zahlen oder in Prozenten anzugeben, inwieweit er bestimmte strafzumessungsrelevante Tatsachen straferhöhend oder strafmindernd berücksichtigt hat (siehe die bereits zitierten Entscheide). Er muss von Bundesrechts wegen auch nicht etwa eine "Einsatzstrafe" beziffern, die er bei Fehlen bestimmter Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe sowie anderer gewichtiger Faktoren ausgefällt hätte. Zwar können derartige Angaben im Urteil die Begründung (und damit auch die Überprüfung) der Strafzumessung erleichtern, da sich aus ihnen ergeben kann, weshalb z.B. eine auf den ersten Blick auffallend hohe oder milde Strafe ausgesprochen worden ist. Doch ist der Richter bundesrechtlich nicht

verpflichtet, sich bei den einzelnen Teilschritten der Urteilsbegründung auf bestimmte Zahlenangaben festzulegen. Es kommt insoweit allein darauf an, dass die gefundene Strafe insgesamt, d.h. unter gesamthafter Berücksichtigung aller massgeblichen Strafzumessungsgesichtspunkte, im Ergebnis bundesrechtlich vertretbar ist. bb) Wenn gemäss den vorstehenden Ausführungen die Erwägungen betreffend die Strafzumessung so gut wie möglich nachvollziehbar sein sollen, so bedeutet dies insbesondere auch, dass sie die ausgefällte Strafe rechtfertigen müssen. Das Strafmass muss mit anderen Worten plausibel erscheinen. Der Kassationshof greift ein, wenn die ausgefällte Strafe angesichts der im Urteil festgestellten strafzumessungsrelevanten Tatsachen und der diese bewertenden Erwägungen der Vorinstanz als auffallend hoch oder milde erscheint, wenn also zwischen der Strafe und ihrer Begründung offensichtlich eine Diskrepanz besteht. Liegt eine solche Diskrepanz vor, so ist entweder die Strafe im Ergebnis unvertretbar oder aber ihre Begründung im Urteil mangelhaft bzw. unvollständig. Ob diese oder jene Alternative vorliege, ist oft nicht zweifelsfrei erkennbar (BGE 120 IV 136 E. 3a S. 143). Daher wird der Kassationshof bei auffallender Diskrepanz zwischen dem Strafmass und seiner Begründung die Sache in der Regel lediglich zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, ohne diese ausdrücklich anzuweisen, dass sie eine andere Strafe ausfälle. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass der Sachrichter bei der Strafzumessung auch Kriterien berücksichtigt hat, die in der Urteilsbegründung nicht ausdrücklich erwähnt oder missverständlich beschrieben bzw. gewichtet worden sind und bei deren Berücksichtigung die ausgefällte Strafe im Ergebnis als bundesrechtskonform erscheint (siehe zum Ganzen BERNARD CORBOZ, La motivation de la peine, ZBJV 131/1995 S. 1 ff., 28/29, 33). cc) Eine bestimmte Strafe kann unter Umständen schon bei einer abstrakten Betrachtungsweise angesichts der Art der Straftaten, die ihr zugrunde liegen, auffallend hoch oder milde sein. So hat der Kassationshof in BGE 117 IV 401 erkannt, dass eine Zuchthausstrafe von fünfzehn Jahren für drei Vergewaltigungen ausserordentlich hart sei und sich nur bei Vorliegen ganz aussergewöhnlicher erschwerender Umstände rechtfertigen lasse; der angefochtene Entscheid wurde aufgehoben, weil die darin aufgeführten Kriterien eine solche Strafe nicht rechtfertigten. In BGE 120 IV 136 hat der Kassationshof eine Zuchthausstrafe von zwölf Jahren angesichts der ihr

zugrunde liegenden Taten (u.a. bandenmässiger Raub und gewerbsmässiger Diebstahl) als ungewöhnlich hoch erachtet und das angefochtene Urteil aufgehoben, weil die vorinstanzliche Begründung diese Strafe nicht rechtfertigte. Der Kassationshof hat dabei abschliessend bemerkt, der Fehler liege wohl nicht in der Begründung, sondern wahrscheinlich darin, dass die Strafe zu hoch sei (S. 146 oben). Auch wenn aber eine bestimmte Strafe nicht schon bei einer abstrakten Betrachtungsweise angesichts der Art der ihr zugrunde liegenden Delikte ungewöhnlich hoch oder milde ist, wird sie vom Kassationshof aufgehoben, wenn zwischen ihr und den sie begründenden Erwägungen im konkreten Fall eine auffallende Diskrepanz besteht. b) Die von der Vorinstanz ausgefällte Strafe von 7 1/2 Jahren Zuchthaus u.a. für eine versuchte vorsätzliche Tötung ist nicht schon an sich ungewöhnlich. Sie ist aber angesichts der im angefochtenen Entscheid festgestellten strafzumessungsrelevanten Tatsachen und der diese bewertenden vorinstanzlichen Erwägungen aus nachstehenden Gründen auffallend milde. Zwischen dieser Strafe und ihrer Begründung besteht mit anderen Worten eine auffällige Diskrepanz. Zudem sind einzelne Umstände im angefochtenen Urteil erkennbar unzutreffend gewichtet worden. Im einzelnen ergibt sich folgendes.

c) aa) Die Vorinstanz geht bei der Strafzumessung vom vollendeten Versuch der vorsätzlichen Tötung als schwerste Tat aus. Sie bewertet das "objektive Tatverschulden" als "schwer". Der Beschwerdegegner habe aus ausschliesslich egoistischem Motiv in einer von ihm selbst verschuldeten Situation rücksichtslos auf einen Menschen, den er nicht gekannt und der ihm nichts getan habe, geschossen und ihm dadurch schwerste Verletzungen zugefügt. Danach habe er die Schusswaffe gegen einen weiteren Menschen gerichtet. Die beiden Polizeibeamten hätten ihm nicht den geringsten Anlass zu einem solchen Verhalten gegeben, ihn insbesondere weder bedrängt noch provoziert, sondern sie seien im Gegenteil ausgesprochen korrekt, hilfsbereit und langmütig gewesen. Die Vorinstanz geht auch mit Bezug auf die groben Verkehrsregelverletzungen von einem "schweren Verschulden" aus. Der Beschwerdegegner habe hierbei erneut ein ausgesprochen rücksichts- und hemmungsloses Verhalten an den Tag gelegt, indem er sich durch eine halsbrecherische und für die übrigen Verkehrsteilnehmer gefährliche Fluchtfahrt wiederum der drohenden Verhaftung zu entziehen versucht habe.

bb) Der Umstand, dass es beim Versuch blieb, ist nach Ansicht der Vorinstanz "nur wenig strafmildernd" (Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 StGB) zu beachten; denn es sei lediglich dem Zufall und der raschen medizinischen Versorgung und nicht dem Verhalten des Beschwerdegegners zuzuschreiben, dass der tatbestandsmässige Tötungserfolg nicht eingetreten sei. Die Vorinstanz geht in Übereinstimmung mit dem psychiatrischen Gutachter davon aus, dass der Beschwerdegegner im unmittelbaren Vorfeld der versuchten vorsätzlichen Tötung aus Angst vor einem neuerlichen Gefängnisaufenthalt und aus Bestürzung über seine unerwartete Verhaftung unter einem "starken Affektdruck" gestanden habe. Insoweit könne ihm eine heftige Gemütsbewegung zugebilligt werden, doch sei diese nicht im Sinne von Art. 113 StGB (Totschlag) entschuldbar, da der Beschwerdegegner die Konfliktsituation durch sein Verhalten, insbesondere das Mitführen einer geladenen Schusswaffe, selbst verschuldet habe. Der starke Affektdruck habe laut dem psychiatrischen Gutachten nicht zu einer Beeinträchtigung des Bewusstseins im Sinne von Art. 11 StGB geführt und sei daher auch nicht als Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zu werten. Nach Ansicht der Vorinstanz ist diesem starken Affektdruck aber (im Rahmen der Strafzumessung nach Art. 63 StGB) "merklich strafmindernd" Rechnung zu tragen. Die Vorinstanz berücksichtigt schliesslich einige weitere Tatsachen "ebenfalls strafmindernd", nämlich die problematische Kindheit und Jugend des Beschwerdegegners, welche von Heimaufenthalten, Schul- und Lehrabbrüchen sowie ersten Straftaten geprägt war; das Teilgeständnis in bezug auf einige Tatbestände (nämlich Gewalt und Drohung gegen Beamte, grobe Verletzung von Verkehrsregeln sowie Diebstahl); die Tatsache, dass er sich seit rund einem Jahr freiwillig einer psychotherapeutischen Behandlung mit regelmässigen wöchentlichen Sitzungen unterziehe, sowie seine sehr guten Arbeitsleistungen während des Strafvollzugs. cc) Gemäss den weiteren Ausführungen im angefochtenen Urteil wirken sich die Deliktsmehrheit, die mehrfache Tatbegehung sowie der "krasse" Rück-

fall im technischen Sinne strafschärfend aus. "Erheblich straferhöhend" seien die neun Vorstrafen des (im Jahre 1935 geborenen) Beschwerdegegners zu berücksichtigen, welche auf eine "hohe kriminelle Energie" schliessen liessen. Dass der Beschwerdegegner sich bis heute von keinem Strafverfahren und keinem Strafvollzug ausreichend und nachhaltig habe beeindrucken lassen, zeige sich auch darin, dass er die vorliegend zu beurteilenden

BGE 121 IV 49 S. 60

Delikte teilweise während laufender Strafuntersuchung und laufender Probezeit aus der bedingten Entlassung begangen habe, was sich "ebenfalls straferhöhend" auswirke. d) aa) Der Beschwerdegegner handelte aus dem egoistischen Motiv, sich der Verhaftung und einem erneuten Strafvollzug zu entziehen. Er täuschte den Polizeibeamten zunächst vor, dass er dringend benötigte Prozessakten mitnehmen müsse. Während der langwierigen Suche nach diesen Akten in der Wohnung und im Personenwagen seiner Begleiterin waren die Polizeibeamten äusserst geduldig und hilfsbereit. Da sich der Beschwerdegegner in dieser Zeit ruhig und unauffällig verhielt und gegen seine Verhaftung weder verbal noch auf andere Weise protestierte, hatten die Polizeibeamten auch keinen Anlass, ihn zum Beispiel nach Waffen zu durchsuchen. Als der Beschwerdegegner offenkundig erkannte, dass sich ihm während der vorgetäuschten Suche nach den Aktenstücken keine Gelegenheit bot, sich der Verhaftung etwa durch eine List zu entziehen, entschloss er sich zur Anwendung von Gewalt. Er entsicherte kurz vor dem Besteigen des Polizeifahrzeugs heimlich die in der Manteltasche mitgeführte Selbstladepistole "Beretta", zog diese plötzlich hervor und gab einen ersten und kurz darauf, dem Opfer in einer Entfernung von weniger als einem Meter frontal gegenüberstehend, einen gezielten, lebensgefährlichen zweiten Schuss auf den Polizeibeamten B. ab. Die Gewaltanwendung erfolgte nicht mittels irgendeines Gegenstandes, der zufällig gerade in Reichweite war, sondern durch gezielten Einsatz einer Schusswaffe, die der Beschwerdegegner, wie schon bei anderen Gelegenheiten, gewissermassen für alle Fälle mit sich führte. Auch wenn zugunsten des Beschwerdegegners davon auszugehen ist, dass er den Entschluss zur Schussabgabe erst unmittelbar vor dessen Ausführung in dem Moment fasste, als er keine andere Möglichkeit zur Flucht mehr sah, ist seine Tat angesichts der Motive, der Umstände und des Vorgehens als ein vergleichsweise schwerwiegender Tötungsversuch im Grenzbereich zwischen versuchter vorsätzlicher Tötung und versuchtem Mord zu qualifizieren. Das nach den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil egoistische und rücksichtslose Verhalten des Beschwerdegegners enthält, auch wenn es nicht als "besonders skrupellos" im Sinne des Mordtatbestandes (Art. 112 StGB) zu qualifizieren ist, Elemente der Skrupellosigkeit, die sich bei der Strafzumessung innerhalb des in Art. 111 StGB für den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung vorgesehenen Strafrahmens erheblich erschwerend auswirken müssen.

BGE 121 IV 49 S. 61

Das Gesetz droht für vorsätzliche Tötung Zuchthaus von fünf bis zwanzig Jahren (Art. 111 StGB) und für Mord Zuchthaus von zehn bis zwanzig Jahren oder lebenslänglich Zuchthaus (Art. 112 StGB) an. Die den voll zurechnungsfähigen Beschwerdegegner erheblich belastenden Umstände legen für die Tat zum Nachteil des Polizeibeamten B., wäre der tatbestandsmässige Tötungserfolg eingetreten, eine Zuchthausstrafe von mindestens zehn Jahren als Ausgangspunkt nahe. bb) Die Vorinstanz hat dem Beschwerdegegner einen starken Affektdruck zugebilligt und diesen "merklich strafmindernd" berücksichtigt. Dem kann nicht gefolgt werden. Wohl ist, wie die Vorinstanz unter Hinweis auf das psychiatrische Gutachten ausführt, der Wunsch des Beschwerdegegners, sich der drohenden Verhaftung durch Flucht zu entziehen, "an sich normalpsychologisch verständlich", und ist es mit andern Worten "einfühlbar", dass der Beschwerdegegner "durch die Verhaftungssituation in einen Affekt geraten" sei. Ein durch die Angst vor dem Gefängnisaufenthalt und die Bestürzung über die Verhaftung begründeter sogenannter Affekt kann aber, wenn überhaupt, höchstens geringfügig strafmindernd berücksichtigt werden, jedenfalls dann, wenn ein Tötungsversuch zum Nachteil eines korrekt seine Aufgabe erfüllenden

Polizeibeamten unter den beschriebenen Umständen begangen wird. Der Beschwerdegegner war trotz dieses "starken Affektdruckes" beispielsweise in der Lage, die beiden Polizeibeamten durch eine List, nämlich durch die vorgetäuschte Suche nach angeblich wichtigen Aktenstücken, hinzuhalten, und er war während der langwierigen Suche in der Wohnung und in dem vor dem Haus parkierten Personenwagen gefasst und unauffällig. Dem angefochtenen Urteil kann nicht entnommen werden, ob der dem Beschwerdegegner zugebilligte starke Affektdruck allenfalls nicht allein aus der an sich normalen Angst vor einem erneuten Gefängnisaufenthalt und aus der Bestürzung über die unerwartete Verhaftung resultierte, sondern auch aus speziellen, etwa durch die laut Gutachten "multifaktorielle Persönlichkeitsstörung" bedingten Umständen, welche eine "merkliche" Strafminderung rechtfertigen könnten. Das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Tötungserfolgs wurde von der Vorinstanz angesichts der Nähe dieses Erfolgs und der schwerwiegenden Folgen der Tat zu Recht "nur wenig strafmildernd" beachtet. Die im angefochtenen Urteil aufgelisteten weiteren vier Kriterien können nur geringfügig strafmindernd berücksichtigt werden, wovon anscheinend auch die Vorinstanz ausgeht.

cc) Mit Recht hat die Vorinstanz die Tatmehrheit gemäss Art. 68 StGB straferhöhend berücksichtigt. Von Bedeutung ist dabei insbesondere der Tatbestand der Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB), den der Beschwerdegegner dadurch erfüllte, dass er die durchgeladene Schusswaffe gezielt auf den Kopf und auf den Oberkörper des Polizeibeamten A. richtete. Ins Gewicht fallen aber auch die zahlreichen groben Verkehrsregelverletzungen, die der Beschwerdegegner auf seiner Flucht vor einer Polizeikontrolle am 18. März 1991 beging und durch welche er erneut seine Rücksichtslosigkeit bekundete. Zutreffend hat die Vorinstanz sodann den gemäss Strafregister neun Vorstrafen des Beschwerdegegners "erheblich straferhöhend" Rechnung getragen. Von Bedeutung sind dabei vor allem die (vom Bundesgericht am 8. Februar 1985 bestätigte) Verurteilung vom 2. Dezember 1983 zu sieben Jahren Zuchthaus u.a. wegen besonders gefährlichen Raubes mit einer Schusswaffe sowie die Verurteilung vom 8. Januar 1976 zu fünf Jahren Zuchthaus u.a. wegen gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls sowie fortgesetzter Widerhandlung gegen die Verordnung über den Handel mit Waffen und Munition, das Waffentragen und den Waffenbesitz. Daraus wird auch deutlich, dass der Beschwerdegegner schon wiederholt eine Schusswaffe mit sich führte mit der Bereitschaft, sie unter Umständen auch einzusetzen. Mit Recht hat die Vorinstanz ferner "straferhöhend" berücksichtigt, dass der Beschwerdegegner die von ihr zu beurteilenden Delikte teilweise während laufender Strafuntersuchung und laufender Probezeit aus der bedingten Entlassung beging. Dem "krassen" Rückfall im technischen Sinne von Art. 67 StGB, den die Vorinstanz ebenfalls berücksichtigte, kann dagegen nur eine geringe Bedeutung zukommen. Denn erstens ist dieser Strafschärfungsgrund ohnehin problematisch (siehe dazu statt vieler TRECHSEL, Kurzkommentar, Art. 67 N. 8), und zweitens überschneiden sich vorliegend die den Rückfall begründenden Tatsachen teilweise mit den Tatsachen, die von der Vorinstanz ohnehin schon, zu Recht, straferhöhend berücksichtigt worden sind. e) Dem angefochtenen Urteil kann nicht entnommen werden, ob die Vorinstanz die darin ausdrücklich genannten Strafmilderungs- und Strafminderungsgründe gesamthaft stärker oder schwächer gewichtet habe als die von ihr ausdrücklich erwähnten Strafschärfungs- und Straferhöhungsgründe. Die Strafreduktion, die infolge der im angefochtenen Urteil ausdrücklich strafmildernd und strafmindernd berücksichtigten Tatsachen (Ausbleiben des

Tötungserfolgs, starker Affektdruck etc.) in Betracht kommt, kann bei deren nach den Umständen gebotenen Gewichtung jedenfalls nicht grösser sein als die Straferhöhung, die infolge der im angefochtenen Entscheid ausdrücklich strafschärfend und straferhöhend berücksichtigten Tatsachen (Tatmehrheit, Vorstrafen etc.) in Betracht fällt. f) Zusammenfassend ergibt sich somit folgendes: Die Strafe, die gegen den voll zurechnungsfähigen

Beschwerdegegner für die Schussabgabe im Falle des Eintritts des tatbestandsmässigen Tötungserfolgs auszufällen wäre, kann angesichts der Tatmotive sowie der Tatumstände und des Vorgehens nicht weniger als zehn Jahre Zuchthaus betragen. Das knappe Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs, der sogenannte starke Affektdruck, wie er von der Vorinstanz begründet worden ist, und die im angefochtenen Urteil genannten weiteren entlastenden Tatsachen können jedenfalls nicht stärker ins Gewicht fallen als die Tatmehrheit, die Vorstrafen und die im angefochtenen Entscheid genannten weiteren belastenden Umstände. Daher erscheint eine Strafe von weniger als zehn Jahren Zuchthaus als unhaltbar milde. g) Obschon somit manches dafür spricht, dass die von der Vorinstanz ausgefällte Zuchthausstrafe von 7 1/2 Jahren bundesrechtswidrig milde ist, wird die Sache in Gutheissung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Ausfällung einer Zuchthausstrafe von mindestens zehn Jahren, sondern lediglich zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Vorinstanz bei der Bemessung der Strafe, insbesondere etwa im Zusammenhang mit dem von ihr merklich strafmindernd in Rechnung gestellten starken Affektdruck, auch Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die im angefochtenen Urteil nicht oder nicht deutlich genug zum Ausdruck kommen und bei deren zulässigen Berücksichtigung eine Strafe von 7 1/2 Jahren Zuchthaus noch vertretbar sein könnte. h) Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist somit teilweise gutzuheissen, das Urteil des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 24. September 1993 aufzuheben und die Sache in bezug auf die Strafzumessung zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. (Kostenfolgen).