



Kass.-Nr. AC080004/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie der juristische Sekretär Titus Graf

Zirkulationsbeschluss vom 23. Juli 2008

in Sachen

X.

Angeklagter und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. F. Stadelmann,
Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2. **Y.**

Geschädigte und Beschwerdegegnerin 2

vertreten durch Rechtsanwältin

3. **Z.**

Geschädigter und Beschwerdegegner 3

betreffend **Tötungsversuch**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts
des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2007 (SE070012/U/kw)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil vom 26. Oktober 2007 sprach die II. Strafkammer des Obergerichtes X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) erstinstanzlich der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig. Vom Vorwurf des mehrfachen Hausfriedensbruchs wurde er freigesprochen. Die Strafe wurde auf elf Jahre Freiheitsstrafe festgesetzt, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft und des verbüsstes vorzeitigen Strafvollzuges. Die Vorinstanz entschied im Urteil ferner über die gestellten Genugtuungsforderungen der beiden Geschädigten (Beschwerdegegner 2 und 3) sowie über die Kosten und Entschädigungsfolgen. Im Beschluss vom gleichen Tag traf die Vorinstanz Anordnungen über die beschlagnahmten Gegenstände (OG act. 51B bzw. KG act. 2).

2. Gegen den obergerichtlichen Entscheid liess der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden (OG act. 54 bzw. KG act. 7) und begründen (KG act. 1). In der Beschwerdebegründung wird die Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung beantragt (KG act. 1 S. 2). Die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin 1) hat auf eine Beschwerdeantwort, die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 10/11). Die Geschädigten (Beschwerdegegner 2 und 3) haben sich innert Frist nicht vernehmen lassen.

3. Der Beschwerdeführer liess gegen das obergerichtliche Urteil auch eine Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht erheben (KG act. 3).

II.

1. Dem Beschwerdeführer wird in der Anklageschrift in tatsächlicher Hinsicht zusammengefasst vorgeworfen, er habe am Samstag, 1. Oktober 2005, ca. 22.12 Uhr, in der Wohnung der Beschwerdegegnerin 2 in Zürich im Verlauf einer verbalen Auseinandersetzung mit einem bzw. mehreren Messern diverse Male auf

die Beschwerdegegnerin 2 eingestochen, was bei dieser zu verschiedenen Verletzungen am Hals, am Brustkorb, am Oberbauch (bzw. darin befindlichen Organen), am linken Ober- und Unterschenkel sowie an beiden Händen geführt habe. Aufgrund der schweren Verletzungen habe für die Beschwerdegegnerin 2 eine ernstliche und akute Lebensgefahr und mittelfristig die hochgradige Gefahr einer lebensgefährlichen Infektion bestanden. In subjektiver Hinsicht wird dem Beschwerdeführer vorgeworfen, dass er gewusst habe, dass solche Messerstiche möglicherweise zum Tod der Beschwerdegegnerin 2 führen können, wobei er diese Folgen auch gewollt oder zumindest in Kauf genommen habe (OG act. 31). Der Beschwerdeführer hat den vorgenannten eingeklagten äusseren Sachverhalt anerkannt (vgl. z.B. OG Prot. S. 18). Zudem führte er vor Vorinstanz auf entsprechende Frage aus, dass er in Kauf genommen habe, dass die Beschwerdegegnerin 2 als Folge der Messerstiche hätte sterben können (OG Prot. S. 19). Sein Verteidiger brachte vor Obergericht vor, der Beschwerdeführer anerkenne einen Eventualvorsatz hinsichtlich des eingeklagten Tötungsversuches, nicht jedoch einen direkten Vorsatz (OG Prot. S. 32/33).

2. Die Vorinstanz erwog in ihrem Urteil zum subjektiven Tatbestand zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes: Der Beschwerdeführer habe von Anfang an eingestanden, willentlich auf die Beschwerdegegnerin 2 eingestochen und dabei gewusst zu haben, dass solche Situationen tödlich sein könnten; er gebe zu, den Tod der Beschwerdegegnerin 2 zumindest in Kauf genommen zu haben. Es sei offenkundig und für jedermann einsichtig, dass Messerstiche in die Halsregion und in den Bauch eines Menschen in hohem Masse geeignet seien, den Tod herbeizuführen. Auf den Vorsatz als inneren Vorgang sei auf Grund seiner äusseren Manifestation zu schliessen. Dabei seien in erster Linie das konkrete Tatverhalten und die gegebenen Tatumstände heranzuziehen. Im vorliegenden Fall habe der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin 2 im Streit mit mindestens einem Messer mehrfach derart heftig gegen den Hals und den Bauch gestochen, dass diese schwerste Verletzungen davon getragen habe. Er räume ein, er habe sie damit für ihre von ihm vermutete Untreue bestrafen wollen. Wer derart auf einen Menschen einsteche, müsse mit einer zur Annahme eines dolus directus zweiten Grades (direkter Vorsatz) ausreichenden Sicherheit voraussehen, dass sein Han-

deln – in aller Regel und jedenfalls dann, wenn nicht sofortige ärztliche Hilfe verfügbar sei – zum Tod des Opfers führe, sei es durch Ersticken oder durch Verbluten. Selbst wenn der Beschwerdeführer auch während der Tatbegehung seiner Geliebten den Tod eigentlich nicht gewünscht haben sollte oder ihm diese Folge in jenem Moment gleichgültig gewesen sei, könne auf Grund der Umstände kein Zweifel daran bestehen, dass er den Todeseintritt als zwangsläufige Folge seiner heftigen Messerstiche vorausgesehen und in seinen Handlungsentschluss miteinbezogen habe. Er habe denn auch unmittelbar nach der Tat seinem Bruder mitgeteilt, er habe die Frau umgebracht. Es sei einzig der raschen Intervention eines Nachbarn und der kurz darauf eingesetzten ärztlichen Rettungsmassnahmen zuzuschreiben, dass die Beschwerdegegnerin 2 überlebt habe. Zusammengefasst könnten die Messerattacke nicht anders als vom Beschwerdeführer direktvorsätzlich begangener Tötungsversuch betrachtet werden (KG act. 2 S. 15-17).

3. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Annahme eines direkten Vorsatzes. Er zitiert verschiedene seiner in der Untersuchung und vor Gericht deponierten Aussagen und macht zusammengefasst geltend, er habe stets bestritten, im Tatzeitpunkt mit Sicherheit gewusst zu haben, dass seine Messerstiche zum Tod der Beschwerdegegnerin 2 führen würden und diesen Erfolg auch gewollt zu habe; er habe auch nie zu Protokoll gegeben, gezielt in lebenswichtige Organe gestochen zu haben. Dennoch habe die Vorinstanz anstatt des anerkannten Eventualvorsatzes einen direkten Vorsatz als erwiesen erachtet, indem sie in unzulässiger Würdigung ex post von den entstandenen Verletzungen auf deren Vorausehbarkeit im Tatzeitpunkt schliesse. Damit habe die Vorinstanz die aus dem vorgenannten Grundsatz fließenden Beweislastregel und Beweiswürdigungsregel verletzt und damit einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO gesetzt (KG act. 1 S. 2 ff.).

4.1 Die Thematik, ob der Täter vorsätzlich (bzw. eventualvorsätzlich) gehandelt hat, beschlägt teilweise Bundesstrafrecht, wessen sich auch der Beschwerdeführer bewusst ist (KG act. 1 Ziff. 1 S. 1). Es stellt sich daher im Hinblick auf § 430b Abs. 1 StPO die Frage nach der Zulässigkeit der genannten Rüge.

4.2 Im kantonalen Beschwerdeverfahren kann grundsätzlich nur geprüft werden, ob der Sachrichter im Rahmen der Begründung des Vorsatzes (bzw. der Vorsatzformen), das heisst bei der Beurteilung, ob der subjektive Tatbestand gegeben ist, willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen hat. Das Bundesgericht überprüft hingegen, ob die vom Sachrichter im Urteil als erwiesen betrachteten Tatumstände die Annahme des Vorsatzes (bzw. der Vorsatzformen nach Art. 12 StGB) erlauben (vgl. BGE 126 IV 60 und 119 IV 3). Rechtsfrage ist somit unter anderem, ob im Lichte der von der kantonalen Instanz festgestellten Tatsachen deren Schlussfolgerung bezüglich der Vorsatzform berechtigt erscheint; das gilt grundsätzlich auch, wenn bei Fehlen eines Geständnisses des Täters aus äusseren Umständen auf die inneren Tatsachen geschlossen werden muss (BGE 6S.418/2006 vom 21. Februar 2007 i.S. X. Erw. 3.1 mit Hinweis auf BGE 130 IV 58 Erw. 8.5 und 125 IV 242 Erw. 3c S. 251).

4.3 Der Beschwerdeführer macht im Ergebnis nicht geltend, die Vorinstanz habe im erwähnten Kontext willkürliche Sachverhaltsannahmen getroffen. Er räumt ein, dass die Vorinstanz seine von ihm in der Beschwerde zitierten Aussagen grösstenteils berücksichtigt hat (KG act. 1 S. 2 Ziff. 3); dass sie einige seiner Aussagen ausser Acht gelassen oder willkürlich gewürdigt hätte, rügt er nicht – jedenfalls nicht hinreichend. Zudem räumt er ein, dass die Vorinstanz von dem Verletzungsbild, wie es im Gutachten des IRM aufgeführt ist (OG act. 16/8), ausgegangen ist (KG act. 1 Ziff. 2 S. 3). Im Ergebnis macht der Beschwerdeführer somit geltend, die Vorinstanz hätte nicht aus den äusseren Umständen der Tat auf direkten Vorsatz schliessen dürfen, sondern hätte auf Grund seiner Aussagen Eventualdolus annehmen müssen. Damit wirft er die (erwähnte) Rechtsfrage auf, ob der Sachrichter bei Fehlen eines Geständnisses des Täters bezüglich des Vorsatzes bzw. der Vorsatzform aus äusseren Umständen auf die inneren Tatsachen schliessen darf. Eine solche Rüge lag auch dem genannten Bundesgerichtsentscheid vom 21. Februar 2007 zu Grunde; der damalige Beschwerdeführer rügte, sein Tatvorsatz habe den Tod des Opfers nicht erfasst, und dennoch habe der kantonale Sachrichter unzulässigerweise aus dem Taterfolg den Schluss auf die Tötungsabsicht gezogen (Erw. 3), und das Bundesgericht prüfte diese Rüge (Erw. 3.1 und Erw. 4.3-4). Die in der Beschwerde erhobene Rüge

kann somit vom Kassationsgericht nicht geprüft werden; daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer eine Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo rügt.

5. Abschliessend ist festzuhalten, dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO). Über die Höhe der Entschädigung des Verteidigers wird mittels Präsidialverfügung nach Massgabe der Anwaltsgebührenverordnung und unter Berücksichtigung der einzureichenden Honorarnote mit Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

IV.

Gegen den vorliegenden Beschluss kann Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht erhoben werden. Zudem ist gestützt auf Art. 100 Abs. 1 und Abs. 6 BGG neu Frist zur Anfechtung des obergerichtlichen Entscheides anzusetzen; ob insofern eine (Ergänzung der – wie erwähnt - bereits erhobenen) Beschwerde in Strafsachen möglich ist, hat das Bundesgericht zu entscheiden.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Sodann läuft die Frist zur Anfechtung des Entscheides des Obergerichtes vom 26. Oktober 2007 mit Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichtes, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste), das Migrationsamt des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht (Strafrechtliche Abteilung; ad 6B_85/2008), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: