



Kass.-Nr. AC090014/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 6. Dezember 2010

in Sachen

X.,

Angeklagter und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt [...]

gegen

1. **Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,**
Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1
2. A.,
Geschädigter und Beschwerdegegner 2

1 vertreten durch Stv. Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. Markus Oertle, Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich
2 unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin [...]

betreffend

versuchte Tötung etc.

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und einen Beschluss des
Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2009
(WG080005)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 1) vom 15. April 2008 (HD act. 16) wirft dem Angeklagten (Beschwerdeführer) zusammengefasst vor, am 10. Mai 2007 um 19.30 Uhr wegen eines Parkiermanövers auf den Kundenparkfeldern der Poststelle "[...]" in Zürich mit B. und A. (Beschwerdegegner 2) in eine Auseinandersetzung geraten zu sein. In deren Folge habe der in seinem Personenwagen sitzende Beschwerdeführer einen geladenen und vorgespannten Revolver zunächst B. vorgehalten, welcher sich in das offene Beifahrerfenster hineingelehnt habe. Nachdem der Beschwerdeführer sein Fahrzeug wenige Meter vorwärts gefahren habe, sei auch der Beschwerdegegner 2 dazugestossen, habe gegen die Seite des Fahrzeugs getreten und sich vor das offene Beifahrerfenster des nunmehr stehenden Fahrzeuges begeben. Der Beschwerdeführer habe darauf den nach wie vor geladenen und vorgespannten Revolver in Richtung des Beifahrerfensters gegen den dort befindlichen Beschwerdegegner 2 gerichtet und mit seinem Zeigfinger den Abzug betätigt, so dass sich ein Schuss gelöst habe, welcher den Beschwerdegegner 2 im Hals- und Ohrenbereich getroffen habe.

2. Das Geschworenengericht des Kantons Zürich sprach den Beschwerdeführer mit Urteil vom 28. Januar 2009 schuldig der versuchten Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB (zum Nachteil des Beschwerdegegners 2) sowie der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 WG und Art. 31 Abs. 2 aWV. Vom Vorwurf der Gefährdung des Lebens im Sinne von Art. 129 StGB (zum Nachteil von B.) sprach es den Beschwerdeführer frei. Es bestrafte den Beschwerdeführer mit einer Freiheitsstrafe von 4 ½ Jahren (unter Anrechnung der erstandenen Hafttage). Weiter entschied es über das Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren des Beschwerdegegners 2. Mit Beschluss gleichen

Datums trat das Geschworenengericht auf das Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren von B. nicht ein (KG act. 2 S. 85f.).

3. Gegen das Urteil des Geschworenengerichts erhob der amtlich verteidigte Beschwerdeführer mit Eingabe vom 22. September 2010 fristgemäss kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1), die er zuvor rechtzeitig angemeldet hatte (KG act. 9). Darin stellt er den Hauptantrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils (KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe vom 7. Oktober 2009 vernehmen (KG act. 10). Der Beschwerdeführer nahm zur Vernehmlassung mit Eingabe vom 22. Oktober 2009 Stellung (KG act. 13). Die Beschwerdegegnerin 1 verzichtete auf eine Beschwerdeantwort und reichte auch keine Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung ein (KG act. 14 und 15). Seitens des Beschwerdegegners 2 ging innert Frist keine Beschwerdeantwort ein und auch keine Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung. Die Stellungnahme des Beschwerdeführers zur Vernehmlassung der Vorinstanz wurde den Beschwerdegegnern zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 16).

II.

1. Der Beschwerdeführer beanstandet im ersten Teil der Beschwerdebe-gründung, dass die Vorinstanz die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens abgelehnt habe (vgl. KG act. 1 S. 3-8).

2. a) Nach § 430b Abs. 1 StPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit gegen eine Entscheidung die bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden kann. Das Bundesgericht überprüft im bundesrechtlichen Beschwerdeverfahren insbesondere eine behauptete Verletzung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG).

b) Die Frage, ob eine psychiatrische Begutachtung angeordnet werden muss, ist wie schon unter altem Recht (Art. 13 aStGB) bundesrechtlich geregelt. Nach Art. 20 StGB ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht die sach-

verständige Begutachtung des Täters an, wenn ernsthafter Anlass besteht, an dessen Schuldfähigkeit zu zweifeln. Die Bestimmung bezeichnet den Sachverständigen als Beweismittel zur Beseitigung von diesbezüglichen Zweifeln und regelt die Voraussetzungen der Anordnung einer Begutachtung (vgl. BOMMER, BSK Strafrecht I, N 38 zu Art. 20 StGB). Mit der Beschwerde in Strafsachen vor Bundesgericht vorzubringen sind daher insbesondere die Rügen, der Richter habe zwar mit Grund an der Schuldfähigkeit des Beschuldigten gezweifelt, aber dennoch kein Gutachten angeordnet, oder er habe diese Zweifel unterdrückt, oder er habe sie anders als durch Beizug eines Sachverständigen zu beseitigen versucht. Ebenso kann im bundesrechtlichen Beschwerdeverfahren als Verletzung von Bundesrecht gerügt werden, es hätte ernsthafter Anlass zu Zweifeln an der Schuldfähigkeit bestanden und eine Untersuchung angeordnet werden müssen (vgl. BGE 6B_917/2008, Urteil vom 3. Februar 2009, E. 1ff.; BGE 6B_1003/2009, Urteil vom 16. März 2010, E. 1; BOMMER, BSK Strafrecht I, N 37ff. zu Art. 20 StGB mit Hinweisen).

c) Die Vorbringen des Beschwerdeführers erschöpfen sich weitgehend in einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht. Er macht zur Hauptsache geltend, dass die Vorderrichter aufgrund der gegebenen tatsächlichen Umstände Zweifel an der Schuldfähigkeit (im Sinne von Art. 20 StGB) hätten haben müssen (vgl. etwa: KG act. 1 S. 5 unten, S. 6 oben, S. 7 und 8). Wie gezeigt beschlagen solche Rügen die richtige Anwendung von Bundesrecht, wovon übrigens auch der Beschwerdeführer ausgeht (vgl. KG act. 1 S. 5 oben, S. 8 Mitte).

Inwiefern darüber hinaus ein kantonrechtlicher Nichtigkeitsgrund vorliegen sollte - z.B. hinsichtlich der tatsächlichen Annahmen und Feststellungen im angefochtenen Entscheid, die zur Verneinung der Voraussetzungen für eine psychiatrischen Begutachtung führten - geht aus den Vorbringen nicht hervor. Der Beschwerdeführer geht zwar auf einzelne Sachverhaltselemente ein (vgl. KG act. 1 S. 6 Mitte, S. 6/7), er bemängelt aber nicht - jedenfalls nicht ausreichend substantiiert - die tatsächliche Feststellung als solche, sondern auch in diesem Zusammenhang lediglich deren Gewichtung durch die Vorinstanz im Rahmen der Anwendung von Art. 20 StGB.

d) Soweit der Beschwerdeführer die Notwendigkeit einer psychiatrischen Begutachtung unter Hinweis auf die Anwendung des Tatbestandes des Totschlags (Art. 113 StGB) begründet sieht (vgl. KG act. 1 S. 8-10), muss er sich entgegenhalten lassen, dass auch in diesem Kontext ausschliesslich die Frage der richtigen Anwendung von Art. 20 StGB im Raum steht.

e) Nach dem Gesagten kommen dem Kassationsgericht mit Blick auf § 430b StPO im gerügten Zusammenhang keine Überprüfungsbefugnisse zu. Auf die Beschwerde kann daher im bezeichneten Umfang nicht eingetreten werden.

3. a) Die Vorinstanz stellte im Rahmen der Strafzumessung auf S. 71 ihres Urteils fest: "[...] Bei diesem Ergebnis bleibt aber festzuhalten, dass der [Beschwerdeführer] oft einen geladenen Revolver mit sich führte und damit eine grundsätzliche Bereitschaft zum Einsatz der Waffe aufwies."

Der Beschwerdeführer erachtet diese Feststellung angesichts seiner Aussagen als aktenwidrig. Vor Geschworenengericht habe er folgende Aussagen gemacht: Der Revolver sei ständig in der Schiesstasche gewesen. Diese und alle anderen Waffen seien im Büro seiner Wohnung deponiert gewesen. Der Revolver sei nirgends deponiert gewesen, ausser in der Schiesstasche. Früher habe er den Revolver in der Nachttischschublade deponiert gehabt. Seine Frau habe das aber nicht gewollt, weshalb er ihn wieder in der Schiesstasche versorgt hätte. Der Revolver habe sich am fraglichen Tag im Auto befunden, weil er ihn nicht in den Schiessstand habe mitnehmen wollen. Er habe diese Waffe Ende der achtziger Jahre mittels Waffenerwerbsschein legal erworben und habe sie zum Selbstschutz gebraucht. Am Tag, als er den Revolver erworben habe, habe er ihn im Albisgütli am 25m-Stand ausprobiert. Danach habe er nie mehr damit geschossen. Auch habe die waffentechnische Untersuchung bestätigt, dass mit der Waffe sei langer Zeit nicht geschossen worden sei. Die Tatsache, dass er die Waffe nicht mit sich geführt, sondern im Auto zurückgelassen habe, ohne zu wissen, dass er danach in eine Notsituation im Fahrzeug geraten würde, beweise, dass gerade keine grundsätzliche Bereitschaft zum Einsatz der Waffe vorhanden gewesen sei (vgl. KG act. 1 S. 11-12).

Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde ergänzend an, dass der Beschwerdeführer ebenfalls ausgeführt habe, die Waffe normalerweise in der Schiesstasche für das Sturmgewehr zu lagern. Bei Schiessübungen mit dem Sturmgewehr nehme er diese dann jeweils mit, belasse sie mit dem Revolver aber im Kofferraum oder lege ihn sehr selten in das Handschuhfach seines Personenwagens. Damit sei - so die Vorinstanz - belegt, dass der Beschwerdeführer als aktiver Schütze die Waffe wiederholt im Kofferraum oder selten im Handschuhfach seines Personenwagens mit sich geführt habe. Zu Recht weise die Verteidigung sodann darauf hin, dass der Beschwerdeführer auch gesagt habe, die Waffe Ende der achtziger Jahre zum Selbstschutz erworben zu haben. Ergänzend sei auch hier angeführt, dass der Beschwerdeführer ebenfalls gesagt habe, dass ein Revolver, den man zum Selbstschutz trage, nur funktionsfähig sei, wenn er geladen sei und es bis anhin keinen Grund gegeben habe, diesen zu entladen. Damit sei aber ebenso belegt, dass der Beschwerdeführer im taktuellen Zeitpunkt eine grundsätzliche Bereitschaft zum Einsatz der Waffe aufgewiesen habe (vgl. KG act. 10 S. 2).

In seiner Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung hält der Beschwerdeführer fest, auch diese Auslegung sei aktenwidrig. Tatsächlich treffe es zu, dass der Beschwerdeführer die Waffe zum Selbstschutz vor ca. 20 Jahren gekauft habe. Dabei sei nie eine grundsätzliche Bereitschaft zum Einsatz der Waffe vorhanden gewesen, sondern nur für den Fall einer Notwehrsituation. Dass der Beschwerdeführer die Waffe während dieser langen Zeit nie aus dem Auto genommen habe, sondern sie entweder in der Schiesstasche oder im Auto aufbewahrt habe, zeige auf, dass es sich beim Beschwerdeführer nicht etwa um einen "Rambo" gehandelt habe, welcher mit geladener Waffe durch die Gegend laufe. Jedem Soldaten, der eine Waffe zuhause habe, bzw. diese Waffe mitnehme, könne man mit demselben Argument unterstellen, er hätte eine grundsätzliche Bereitschaft zum Einsatz der Waffe, weil er diese Waffe besitze. Wenn eine latente Bereitschaft des Beschwerdeführers bestanden hätte, wäre es nur logisch gewesen, dass er mit der Waffe auch übungshalber zumindest ein- oder zweimal jährlich geschossen hätte. Der Beschwerdeführer habe diese Waffe mit sich geführt, wie andere Leute ein Taschenmesser, für den Fall, dass man es irgend-

wann einmal brauchen müsste. Dabei habe der Beschwerdeführer nicht damit gerechnet, die Waffe einmal brauchen zu müssen. Andernfalls hätte er mit dieser Waffe geübt, da er mit ihr gar nicht habe schießen können, weil er sich solches nicht gewohnt gewesen sei (vgl. KG act. 13 S. 3).

b) Aktenwidrigkeit im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 5 StPO liegt vor, wenn Bestandteile der Akten, die im Zeitpunkt des fraglichen Entscheides dem Gericht vorlagen, überhaupt nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen wurden und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist. Die Beweiswürdigung kann aufgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO dann mit Erfolg gerügt werden, wenn sie sich nicht mehr im Rahmen des Gesetzes hält, sondern willkürlich, d.h. offensichtlich abwegig ist und einer missbräuchlichen Handhabung des richterlichen Ermessens gleichkommt (vgl. ZR 107 Nr. 21, insb. zur Zulässigkeit der Aktenwidrigkeitsrüge nach Inkraftsetzung des BGG).

Der behauptete Nichtigkeitsgrund muss in der Beschwerdeschrift nachgewiesen werden (vgl. § 430 Abs. 2 StPO). Dies bedingt, dass sich die beschwerdeführende Partei konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen entscheiderelevanten Erwägungen auseinandersetzt und darlegt, aus welchen Gründen auf den angerufenen Nichtigkeitsgrund geschlossen werden muss. In der Beschwerdebegründung sind auch die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich der Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache des Kassationsgerichts, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten oder gar eines anderen Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Die unangefochten gebliebenen Entscheidungsgründe des vorinstanzlichen Sachrichters haben im Kassationsverfahren Bestand (Rügeprinzip) (ZR 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO ZH, Zürich 1996, N 32 zu § 430).

c) Der Beschwerdeführer erklärte vor Geschworenengericht, den Revolver "eigentlich eher zum Selbstschutz" gekauft zu haben und es handle sich um eine reine Verteidigungswaffe (Prot. S. 36). Auch gab er an, dass die Waffe immer ge-

laden sei, und dass ein Revolver, den man zum Selbstschutz trage, nur funktionsfähig sei, wenn er geladen sei und es bis anhin noch keinen Grund gegeben habe, diesen zu entladen (vgl. Prot. S. 37 und 69). Diese Haltung zeugt von einer grundsätzlich vorhandenen inneren Bereitschaft, die Waffe in einer entsprechenden Gefährdungssituation einzusetzen. Daran ändert nichts, dass er die Waffe nicht auf sich getragen hatte. Aus den geschworenengerichtlichen Ausführungen des Beschwerdeführers ergibt sich jedenfalls, dass sich die Waffe (ausserhalb des Hauses) im unmittelbaren oder mittelbaren Zugriffsbereich befand, indem er sie zusammen mit der Schiesstasche im Kofferraum des Autos liess oder sie im Auto selber (Handschuhfach oder Mittelkonsole) aufbewahrte (vgl. Prot. S. 37 und 38). Ferner liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Vorinstanz die Einsatzbereitschaft des Beschwerdeführers in einem erweiterten Kontext gesehen hat, wie die Verteidigung offenbar unter Hinweis auf die Filmfigur "Rambo" zu suggerieren versucht. Der verteidigerseits vorgebrachte Vergleich mit einem Soldaten, der die Waffe zuhause aufbewahre, verfängt ebenfalls nicht. Ein Soldat hat die Waffe nicht privat erworben. Er bewahrt sie für gewöhnlich nur für den Einsatz im Militärdienst und in ungeladenem Zustand bei sich zu Hause oder auf dem Transportweg auf.

Nach dem Gesagten setzte die Vorinstanz keinen Nichtigkeitsgrund in Form einer Aktenwidrigkeit und/oder willkürlicher Beweiswürdigung, wenn sie gestützt auf die geschworenengerichtlichen Ausführungen des Beschwerdeführers eine bei ihm vorhandene grundsätzliche Bereitschaft zum Einsatz der Waffe ausmachen konnte. Die Rüge ist unbegründet.

4. a) Die Vorinstanz erwog nach Würdigung der Aussagen des Zeugen B., schwer nachvollziehbar erscheine, dass er - der Zeuge - sich an das Ereignis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner 2 nicht zu erinnern vermöge, zumal er sich an die Geschehnisse vor und nach diesem Ereignis recht gut erinnert habe. Für die Behauptung der Verteidigung, dass dieses Nichterinnern aber auf einer Absprache mit dem Beschwerdegegner 2 fussen solle, bestünden keine verwertbaren Anhaltspunkte (vgl. KG act. 2 S. 27).

Nach Würdigung der Aussagen des Beschwerdegegners 2 stellte die Vorinstanz als Fazit fest, einstweilen könne festgehalten werden, dass er das Geschehen, insbesondere die Ereignisse betreffend ihn persönlich recht glaubhaft geschildert habe. Es falle jedoch auch hier auf, dass er sich - wie der Zeuge B. - an die Ereignisse betreffend den Kollegen nicht erinnern könne, respektive diese nicht gesehen haben wolle (vgl. KG act. 2 S. 30).

b) Der Beschwerdeführer nimmt Bezug auf die beiden vorstehenden Abschnitte. Er hält der Vorinstanz entgegen, die Auffälligkeiten im Aussageverhalten des Belastungszeugen und des Beschwerdegegners 2 zwar richtig erkannt, aber nicht die richtigen Schlüsse daraus gezogen zu haben. Taktik der beiden Aussagepersonen sei offensichtlich gewesen, den Beschwerdeführer möglichst glaubhaft zu belasten und sich dann gegenseitig vor Schuld und Strafe zu schützen, indem beide vorgegeben hätten, sich an die Handlungsweise des Kollegen nicht mehr zu erinnern. Ein solches Aussageverhalten sei bedenklich und müsse das Gericht misstrauisch machen. Als Beispiel sei bereits vor Geschworenengericht angeführt worden, dass der Beschwerdegegner 2 sich auch an die übrigen Aktionen seines Kollegen hätte erinnern müssen, wenn er behauptete, er habe trotz ca. 15 m Distanz und der reflektierenden Fahrzeugscheibe die Waffe des Beschwerdeführers beobachten bzw. sehen können. Weiter bestünden entgegen der vorinstanzlichen Auffassung Anhaltspunkte dafür, dass zwischen den beiden Aussagepersonen Absprachen stattgefunden hätten. Beide hätten behauptet, gelbliche bzw. kupferfarbene Patronen in der Trommel des Revolvers erkannt zu haben. Die Vorinstanz habe es als äusserst lebensfremd bezeichnet, dass eine Person in dieser Stresssituation, die Projektilspitzen in den Patronenlagern der Trommel wahrzunehmen vermöge. Trotzdem hätten beide Aussagepersonen, die sich an die Rolle des Kollegen angeblich nicht mehr zu erinnern vermögen, behauptet, sie hätten gelbliche bzw. kupferfarbene Patronen in der Trommel erkannt (vgl. KG act. 1 S. 12-14).

c) Der Beschwerdeführer wendet der Sache nach ein, dass die Darstellungen der beiden Aussagepersonen aufgrund der geschilderten Auffälligkeiten von vornherein "unglaubwürdig" seien und nicht zur Beweisführung hätten herange-

zogen werden dürfen (vgl. KG act. 1 S. 13 Mitte). Dieser Standpunkt erscheint als zu absolut, um auf einen Nichtigkeitsgrund schliessen zu können. Der Umstand, dass sich zwei befreundete Aussagepersonen jeweils an die Handlungen des anderen nicht oder nicht genau zu erinnern vermögen, ansonsten aber durchaus in der Lage sind, über die fraglichen Geschehensabläufe teilweise detaillierte Angaben zu machen, ist sicherlich geeignet, gewisse Bedenken an der Zuverlässigkeit der Aussagen insgesamt auszulösen und gibt jedenfalls Anlass dafür, die Aussagen einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Das muss aber nicht in jedem Fall heissen, dass sämtliche Aussagen im Rahmen der Beweiswürdigung von vornherein ausgeblendet werden müssen. Es ist denkbar, dass einzelne Aussagen - allenfalls im Kontext mit anderen Beweismitteln - authentisch erscheinen und mit Blick auf die zu erstellenden Anklagepunkte herangezogen werden können. Wie gezeigt (vorstehend lit. a) fiel es auch der Vorinstanz auf, dass die beiden befreundeten Aussagepersonen sich jeweils an die Handlungen des anderen nicht oder nicht genau zu erinnern vermochten, und die Vorinstanz bezeichnete ein solches Aussageverhalten als schwer nachvollziehbar (vgl. KG act. 2 S. 27 [E. 4.4.4.] und S. 30 [E. 5.4.3. m.H. auf E. 4.4.4.]). Trotzdem stellte sie auf einzelne Aussagen der beiden Belastungspersonen ab. Wie aus den vorinstanzlichen Erwägungen hervorgeht, handelte es sich dabei (u.a.) um Schilderungen, die das Geschworenengericht als selbsterlebt beurteilte oder die in Verbindung mit anderen Beweismitteln als glaubhaft erschienen (vgl. KG act. 2 S. 40-45).

Soweit der Beschwerdeführer entgegen der vorinstanzlichen Auffassung Anhaltspunkte für eine Absprache der Aussagen unter den beiden Belastungspersonen erkennen will, muss er sich entgegenhalten lassen, dass die Beiden zwar die Patronen in der Trommel des Revolvers erkannt haben wollen, aber nur der Beschwerdegegner 2 die Patronen als gelblich bzw. kupferfarben umschrieb (vgl. KG act. 2 S. 25 mit Protokollstellen und KG act. 2 S. 30 mit Protokollstellen). Wenn die beiden Belastungspersonen - wie der Beschwerdeführer annimmt - ihre Aussagen abgesprochen haben sollten, wäre dieses markante Detail wohl übereinstimmend geschildert worden. Abgesehen davon stand nach Auffassung der Vorinstanz gestützt auf die Angaben des Sachverständigen ausser Frage, dass die Patronen, die sich in der Trommel des Revolvers befunden haben, von vorne

in einem Grauton tatsächlich erkennbar waren (vgl. KG act. 2 S. 44 mit Protokollstellen). Es ist mit anderen Worten denkbar, dass sie die Patronen im Revolver wahrgenommen haben.

Bei dieser Sachlage setzte die Vorinstanz keinen Nichtigkeitsgrund, wenn sie einzelne Aussagen der beiden Belastungspersonen zur Erstellung des Sachverhaltes heranzog und konkrete Anhaltspunkte für eine Absprache der Aussagen verneinte. Die Rügen erweisen sich als unbegründet.

5. a) Der Beschwerdeführer geht weiter auf E. 8.4.1 auf S. 37 des angefochtenen Urteils ein. Das Geschworenengericht führte an dieser Stelle unter dem Titel "Persönliche Wahrnehmungen von FW mbA V." aus: "Glaubhaft - und sich dabei auf seine noch in der Tatnacht erstellten Notizen in seinem Notizbuch stützend - schilderte der Zeuge V., wie der [Beschwerdeführer] sich anlässlich der an ihm vorgenommenen Spurensicherung im Detektivbüro auf die Frage, ob er wisse, wieso er hier sei, wie folgt sinngemäss geäußert habe: 'Ja, ich habe aus dem Auto mit meinem 38-er Revolver in die Luft geschossen, bei der Post [...]' (S. 225)."

Nach Ansicht des Beschwerdeführers lasse sich aus dieser Aussage nichts über den subjektiven Tatbestand ableiten. Die Aussage sei nicht protokolliert, sondern nur sinngemäss wiedergegeben worden. Es habe zweifellos von Anfang an festgestanden, dass ein Schuss aus dem Fahrzeug gefallen sei. Dass dieser Erfolg, d.h. die Schussabgabe, jedoch wissentlich und willentlich oder unter Inkaufnahme eines Erfolges vom Beschwerdeführer abgegeben worden war, sei an dieser Stelle nicht thematisiert worden. Wenn das Gericht die Aussagen hätte verwenden wollen, hätte es den Beschwerdeführer fragen müssen, ob dies absichtlich oder durch Unfall geschehen sei. Mit der vom Zeugen wiedergegebenen Aussage des Beschwerdeführers "Ja, weil ich aus dem Auto geschossen habe" (Prot. S. 226) sei nur der Erfolg des Unglücks dargestellt worden. Die Frage nach der vorsätzlichen, fahrlässigen oder unfallmässigen Abgabe des Schusses sei gar nie gestellt worden. Die Vorinstanz verstosse gegen das Prinzip des "fair trial", wenn sie diese Aussage gegen den Beschwerdeführer verwende. Darüber hinaus sei die fragliche Erwägung, mit welcher die Vorinstanz offenbar einen "Vorsatz"

oder ein "Verschulden" des Beschwerdeführers belegen wolle, aktenwidrig (vgl. KG act. 1 S. 14-16).

b) Die Vorinstanz gab an der fraglichen Urteilsstelle nur eine Wahrnehmung von Fw V. über eine Äusserung des Beschwerdeführers anlässlich der Spurensicherung wieder (vgl. KG act. 2 S. 37). Ein Mehreres lässt sich aus der Erwägung nicht ableiten. Namentlich bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz bereits an dieser Stelle in Würdigung dieser Aussage über die blosser Tatsache der Schussabgabe hinausgehende Rückschlüsse auf den inneren Sachverhalt (Vorsatz) gezogen hätte. Im Gegenteil: die Vorinstanz erstellte den inneren Sachverhalt betreffend die versuchte Tötung zum Nachteil des Beschwerdegegners 2 weiter hinten im Urteil, ohne dabei auf die Aussagen von Fw V. Bezug genommen zu haben. Dies geht aus den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz hervor (vgl. KG act. 2 S. 48-50). Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, inwiefern sich ein allfälliger Nichtigkeitsgrund zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt haben könnte, weshalb auf die Beschwerdevorbringen nicht mehr weiter eingegangen zu werden braucht.

6. a) Der Beschwerdeführer nimmt auf "S. 22" des Urteils Bezug. Er bemängelt die vorinstanzliche Feststellung, dass die Schussabgabe in der Nähe des Beifahrerfensters und mit nach oben gerichteter Waffe (30°) stattgefunden haben müsse. Zusammengefasst macht der Beschwerdeführer geltend, dass es sich dabei um blosser "Mutmassungen" handle. Diese würden daran kranker, dass die Sachverständigen Dr. sc. techn. L. und Fw V. mangels feststellbarer Einschussstelle am Postgebäude über die Schussrichtung bzw. die Flugbahn des Projektils lediglich hätten spekulieren können. Die gesamte Argumentation der Vorinstanz falle daher in sich zusammen. Auch habe man das Hochhaus hinter dem Postgebäude nicht auf Spuren abgesucht. Dieser Umstand zeige auf, dass bei der Spurensicherung Nachlässigkeiten durch die Polizei begangen worden seien (vgl. KG act. 1 S. 16-17).

b) Auch dieser Standpunkt des Beschwerdeführers erweist sich als zu absolut und pauschal gehalten, um im fraglichen Kontext auf einen Nichtigkeitsgrund erkennen zu können. Es trifft zwar zu, dass die Sachverständigen mangels fest-

gestellter Einschussstelle am Postgebäude mit gewissen Unwägbarkeiten umzugehen hatten. Das bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass sie keine sachdienlichen Angaben machen konnten. Wie aus den im angefochtenen Entscheid zusammengefassten Darstellungen hervorgeht, sahen sich die beiden Sachverständigen in der Lage, z.B. anhand der Ergebnisse aus der Tatrekonstruktion und der Schmauchspuren im Fahrzeug gewisse Aussagen zur Schussrichtung (KG act. 2 S. 37) und zur Haltung des Revolvers im Zeitpunkt der Schussabgabe (KG act. 2 S. 38f.) machen zu können. Namentlich gelang es ihnen, gestützt auf die Tatrekonstruktion einen möglichen Korridor der Flugbahn des Projektils zu definieren (vgl. KG act. 2 S. 37 in Verbindung mit Prot. S. 229 und act. 74/1-4). Dieser führt am Hochhaus vorbei. Mit anderen Worten ist der Umstand, dass am Hochhaus hinter dem Postgebäude nicht nach Einschussstellen gesucht worden war, offensichtlich nicht auf eine Nachlässigkeit der Sachverständigen zurückzuführen, sondern darauf, dass aufgrund der Ermittlungsergebnisse hierfür keine sachliche Notwendigkeit bestand.

Im Rahmen der Erstellung des Sachverhaltes in den beiden erwähnten Punkten stützte sich die Vorinstanz sodann noch auf ein weiteres Beweismittel: die als glaubhaft beurteilten Aussagen des Beschwerdegegners 2 (vgl. KG act. 2 S. 44). Der Beschwerdeführer setzt sich nicht argumentativ mit diesen Erwägungen auseinander, und zeigt nicht substantiiert auf, weshalb die Vorinstanz in Willkür verfallen sein sollte, wenn sie gestützt auf die vorhandenen Beweise feststellte, dass die Schussabgabe in der Nähe des Beifahrerfensters und mit nach oben gerichteter Waffe (30°) stattgefunden haben müsse.

Die Rügen erweisen sich als unbegründet, soweit auf diesen Beschwerdepunkt überhaupt eingetreten werden kann.

7. a) Schliesslich stellt der Beschwerdeführer die "Rolle von Fw V. im Prozess" in Frage. Fw V. sei Sachbearbeiter beim wissenschaftlichen Dienst der Stadtpolizei Zürich und habe gleichzeitig als Zeuge über angebliche Äusserungen des Beschwerdeführers bei seiner Verhaftung Auskunft gegeben. Diese Vermischung einer Zeugen- mit einer Sachverständigeneigenschaft sei problematisch. Es gehe nicht an, einen Sachverständigen gleichzeitig als Zeugen einzuverneh-

men, da logischerweise durch die Wahrnehmungen als Zeuge, sollten sie denn zutreffen, der Sachverständige als vorbefasst gelten müsse. Selbstverständlich sei Fw V., bevor er sein Gutachten abgegeben habe und weil er ja an der Suche nach dem Projektil beteiligt gewesen sei, vorbefasst, und könne kein gültiges bzw. verwertbares Zeugnis oder Sachverständigengutachten abgeben (vgl. KG act. 1 S. 18).

b) Nach § 96 Ziff. 2 GVG kann jeder der in § 95 GVG genannten Justizbeamten abgelehnt werden oder selber in den Ausstand treten, wenn er Rat gegeben, als Vermittler, Sachverständiger oder Zeuge gehandelt oder noch zu handeln hat. Diese Regelung ist selbstredend für Justizbeamte sinnvoll, weil es in jedem Fall den Anschein von Befangenheit erwecken müsste, wenn sie z.B. ihre eigene Zeugenaussage kritisch zu würdigen hätten (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO ZH, Zürich 1997, N 15 zu § 111 StPO).

Über den Verweis nach § 111 StPO gelten die in § 96 GVG aufgezählten Ablehnungsgründe grundsätzlich auch gegenüber Sachverständigen (vgl. DONATSCH, a.a.O., N 1ff. zu § 111 StPO, insb. N 3). Wer als Zeuge einvernommen worden ist oder werden soll, dürfte nach § 111 StPO in Verbindung mit § 96 Ziff. 2 GVG daher nicht als Sachverständiger bestellt werden. Die Rolle des Sachverständigen, der vor oder nach seiner Expertentätigkeit als Zeuge einvernommen wird bzw. werden soll, unterscheidet sich jedoch von derjenigen des Richters. Der Sachverständige beantwortet einerseits die ihm gestellten Fragen aufgrund seines Fachwissens und teilt dem Gericht andererseits seine tatbestandsrelevanten Wahrnehmungen mit. Sowohl die Zeugenaussage wie auch das Gutachten werden durch den Richter einer Würdigung unterzogen. Richtigerweise lassen sich daher Zeugen- und Sachverständigenfunktion durchaus miteinander vereinbaren (vgl. DONATSCH, a.a.O., N 15 zu § 111 StPO). Die strikte oder wortgetreue Anwendung der Regelung nach § 111 StPO in Verbindung mit § 96 Ziff. 2 GVG wird aus diesen Gründen in bestimmten Konstellationen als zu weitgehend erachtet und ergibt mit Blick auf die ratio, d.h. die Gewährleistung von Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen, keinen vernünftigen Sinn. Folglich ist sie so auszulegen, dass § 96 Ziff. 2 GVG in Verbindung mit § 111 StPO nicht nur mit

Blick auf den Sachverständigen, sondern auch mit Blick auf den Zeugen nicht anwendbar ist (vgl. DONATSCH, a.a.O., N 15 zu § 111 StPO m.H.). Dies gilt namentlich für Fälle, in welchen der Sachverständige im Rahmen der gutachterlichen Tätigkeit sogenannte Zusatztatsachen wahrnimmt, d.h. Tatsachen, zu deren Feststellung keine besondere Sachkunde erforderlich gewesen wäre. Hierzu ist er grundsätzlich nicht als Sachverständiger, sondern als Zeuge einzuvernehmen (vgl. DONATSCH, a.a.O., N 15 zu § 111 StPO m.H., N 11 zu § 109 StPO).

Fw V. hat im Rahmen seiner Tätigkeit als Sachbearbeiter beim wissenschaftlichen Dienst der Stadtpolizei Zürich den Beschwerdeführer auf Spuren (insbesondere Schussrückstände an den Händen) hin untersucht. Dabei machte er - im Rahmen eines Wortwechsels mit dem Beschwerdeführer - Wahrnehmungen, zu deren Feststellung er keiner besonderen Sachkunde bedurfte (vgl. GG Prot. S. 225f.). Mithin bestand auch vorliegend eine besondere Konstellation, welche eine formell differenzierende Befragung des Sachbearbeiters des wissenschaftlichen Dienstes als angezeigt erscheinen liess. Allein im Umstand, dass das Geschworenengericht Fw V. einerseits als Zeugen (soweit es um den Inhalt des Wortwechsels mit dem Beschwerdeführer ging) und andererseits als Sachverständigen befragte (soweit es um die Ergebnisse aus der Spurensicherung ging), liegt daher kein Nichtigkeitsgrund begründet. Die Rüge ist unbegründet.

Dass das Vorgehen des Geschworenengerichts in diesem Kontext aus anderen Gründen an einem Nichtigkeitsgrund leiden sollte, wird in der Beschwerde nicht - jedenfalls nicht ausreichend substantiiert - geltend gemacht, weshalb sich Weiterungen erübrigen.

8. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich jene der amtlichen Verteidigung sowie allfällige der unentgeltlichen Verbeiständung des Beschwerdegegners 2, werden ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer auferlegt.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 10'000.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich jene der amtlichen Verteidigung sowie allfällige der unentgeltlichen Verbeiständung des Beschwerdegegners 2, 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 von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Geschworenengerichtes vom 28. Januar 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Geschworenengericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: