



---

Kass.-Nr. AC060031/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 5. Februar 2008**

in Sachen

X.,

Angeklagter und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

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

Anklägerin und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch Stv. Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. Markus Oertle,  
Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

2. Z.,

vertreten durch Rechtsanwalt

3.1 A.,

3.2 B.,

3.1 u. 3.2 vertreten durch Rechtsanwalt

2, 3.1 und 3.2 Geschädigte und Beschwerdegegner

betreffend

**Tötungsversuch etc.**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und Beschluss des Geschworenengerichts  
des Kantons Zürich vom 11. Mai 2006 (WG060001/D1)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich wirft dem Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, am 11. September 2004 mit einem Revolver von oben herab auf Z. geschossen zu haben. Dabei habe der Beschwerdeführer Z. töten wollen. Dieser wurde verletzt, überlebte aber. Ferner habe der Beschwerdeführer am 22. August 2004 A. vorsätzlich und B. fahrlässig verletzt. Den Revolver, mit welchem er auf Z. geschossen habe, habe er jeweils mit Gaspatronen geladen in seinem Taxi mitgeführt (GG [Geschworenengericht] act. 28).

Der Beschwerdeführer hatte die Schüsse auf Z. zugegeben. Er hatte aber u.a. bestritten, vorsätzlich oder eventualvorsätzlich gehandelt zu haben. Sodann habe er in Notwehr gehandelt (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 13, S. 47, S. 82).

2. Am 11. Mai 2006 sprach das Geschworenengericht des Kantons Zürich den Beschwerdeführer schuldig der versuchten vorsätzlichen Tötung, der vorsätzlichen einfachen Körperverletzung, der fahrlässigen Körperverletzung und des mehrfachen Vergehens gegen das Waffengesetz (Dispositiv Ziff. 1). Es bestrafte ihn mit 8 1/2 Jahren Zuchthaus (Dispositiv Ziff. 2), ordnete eine ambulante ärztliche Behandlung ohne Aufschub des Strafvollzugs an (Dispositiv Ziff. 3), verpflichtete ihn zu Schadenersatz- und Genugtuungszahlungen an die Geschädigten (Dispositiv Ziff. 4 und 5) und auferlegte ihm die Verfahrenskosten (Dispositiv Ziff. 6 und 7) (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 141 f.).

3. Mit Eingabe vom 5. Juni 2006 meldete der Beschwerdeführer sinngemäss kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen das geschworenengerichtliche Urteil vom 11. Mai 2006 an (OG act. 77). Die Frist dafür wurde ihm mit Beschluss vom 18. August 2006 wiederhergestellt (KG act. 10). Mit Verfügung vom 11. April 2007 wurde Rechtsanwalt C. als amtlicher Verteidiger des Beschwerdeführers bestellt (KG act. 15). RA C. begründete mit Eingabe vom 7. Mai 2007 und damit innert ihm dafür mit vorinstanzlicher Verfügung vom 3. April 2007 angesetzter Frist (GG act. 89, act. 90/4, KG act. 17) die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Mit dieser

beantragt er die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 betreffend versuchter vorsätzlicher Tötung, 2, 6 und 7 des angefochtenen Urteils (KG act. 17 S. 2). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 20). Die Vorinstanz äusserte sich in einer Vernehmlassung vom 23. Mai 2007 (KG act. 21). Diese Vernehmlassung wurde den Parteien zur Stellungnahme zugestellt (KG act. 24). Der Beschwerdegegner 2 schloss sich in einer ebenfalls rechtzeitigen Beschwerdeantwort (KG act. 18, 19/3, 29) der vorinstanzlichen Vernehmlassung an und beantragte die Abweisung der Beschwerde (KG act. 29 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 30). Innert erstreckter Frist (KG act. 27) nahm dieser am 22. Juni 2007 Stellung zur vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 23. Mai 2007 (KG act. 32, KG act. 33 - 36). Diese Stellungnahme wurde der Vorinstanz und den Beschwerdegegnern zur (freigestellten) Äusserung zugestellt (KG act. 37). Während die Staatsanwaltschaft auch auf eine Vernehmlassung dazu verzichtete (KG act. 40), äusserte sich die Vorinstanz zu einem Punkt. Der Beschwerdeführer wurde mit einer Kopie dieser Äusserung bedient (KG act. 39). Auch der Beschwerdegegner 2 äusserte sich zur Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 22. Juni 2007 (KG act. 41). Diese Eingabe wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 42). Am 21. August 2007 reichte RA C. eine Aufstellung seiner Aufwendungen im Zusammenhang mit der Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 44 und 45). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

4. Die Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich einzig gegen das Urteil bezüglich der Schüsse auf Z. (Beschwerdegegner 2), nicht aber bezüglich der Körperverletzungen von A. und B. Im Folgenden wird deshalb einzig der Beschwerdegegner 2 als Geschädigter bezeichnet und ist mit dieser Bezeichnung einzig der Beschwerdegegner 2 gemeint.

## II.

1. Als Hinweis allgemeiner Natur (KG act. 39) ersuchte die Vorinstanz das Kassationsgericht darum, sich vor der Aufhebung eines Entscheides darüber Gedanken zu machen, ob und inwiefern ein einzelner festgestellter Mangel Einfluss auf die Gesamtwürdigung habe. Auf diese Weise könnte - so das Geschworenengericht - vermieden werden, dass nach weiteren zwei oder drei

Verhandlungstagen, für welche Beisitzer und Geschworene nochmals aufgeboden werden müssten, mit grosser Wahrscheinlichkeit ein identisches Urteil gefällt werden müsse (KG act. 21 Ziff. 1).

Sollte die Vorinstanz damit das Kassationsgericht darum ersuchen, jeweils zu prüfen, ob sich der festgestellte Mangel im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO überhaupt zum Nachteil des Beschwerdeführers auswirkte, postuliert sie ein Vorgehen, welches das Kassationsgericht ohnehin pflegt. Sollte die Vorinstanz hingegen damit meinen, das Kassationsgericht solle bei festgestellten Mängeln der Begründung der tatsächlichen Feststellungen, d.h. der Beweiswürdigung des angefochtenen Entscheides eine eigene "Gesamtwürdigung" vornehmen und die Beschwerde abweisen, wenn es dabei zum Ergebnis gelangte, dass auch ohne den festgestellten Mangel "mit grosser Wahrscheinlichkeit" ein identisches Urteil gefällt werden müsse, verkennt sie sowohl die Aufgabe des Kassationsgerichts als auch die Bedeutung ihrer eigenen Urteilsbegründung: Das Kassationsgericht hat nicht anstelle des Geschworenengerichts eine eigene Beweiswürdigung oder eine Beurteilung der materiellrechtlichen Folgen des Entfallens mangelhafter tatsächlicher Feststellungen vorzunehmen. Das Kassationsgericht hat vielmehr zufolge der massgeblichen gesetzlichen Regelung - auf entsprechende Rügen - die vorinstanzliche Beweiswürdigung auf Willkür zu überprüfen. Zeigt eine solche Prüfung willkürliche tatsächliche Feststellungen (die sich grundsätzlich im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO zum Nachteil des Beschwerdeführers auswirken), hat es grundsätzlich ein damit behaftetes Urteil aufzuheben, ohne berechtigt zu sein, selber die gesamte (um die willkürliche Tatsachenfeststellung bereinigte) Beweislage darauf hin zu würdigen, ob das Geschworenengericht "mit grosser Wahrscheinlichkeit" ein identisches Urteil fällen werde (vgl. bereits ZR 88 [1989] Nr. 44 und Kass.-Nr. 93/101 vom 29.3.1994 Erw. II.14; zu [gerade bei Urteilen des Geschworenengerichts zurückhaltend anzunehmenden; vgl. Kass.-Nr. 93/101 vom 29.3.1994 Erw. II.14] Ausnahmen vgl. ZR 87 [1988] Nr. 119). Dabei hat das Kassationsgericht grundsätzlich (d.h. abgesehen von im Einzelfall möglichen begründeten speziellen Ausnahmen) davon auszugehen, dass Erwägungen, welche Eingang in die Begründung des geschworenengerichtlichen Urteils fanden, auch eine Bedeutung dafür bzw. einen Einfluss darauf hatten, sofern sich das Gegenteil nicht ebenfalls aus der schriftlichen Urteilsbegründung, z.B. in

Form einer expliziten Alternativbegründung oder aus dem Gesamtzusammenhang, ergibt.

2. Die Anklage warf dem Beschwerdeführer bezüglich des eingeklagten Tötungsversuchs folgenden Sachverhalt vor:

In der Nacht vom 9. auf den 10. September 2004 habe eine verbale und tätliche Auseinandersetzung zwischen dem Beschwerdeführer und D., dem Bruder des Geschädigten, stattgefunden. Dabei habe D. dem Beschwerdeführer gedroht, dass er Leute habe, die ihn jederzeit umbringen könnten. In der Folge habe der Beschwerdeführer angenommen, dass er von den Gebrüdern Z. und D. gesucht werde. Darauf habe er seinen Revolver mit scharfer Munition geladen. Am 11. September 2004 habe er um 05.45 Uhr das Lokal "\_\_\_\_\_ " in Zürich betreten. Kurz darauf sei auch der Geschädigte in dieses Lokal gekommen und habe ihn gefragt, ob er "\_\_\_\_\_" sei. Der Beschwerdeführer habe bejaht, sei auf den Geschädigten zugegangen und habe ihm ins Gesicht geschlagen. Darauf habe sich eine tätliche Auseinandersetzung zwischen diesen beiden Personen ergeben. In deren Verlauf habe der Beschwerdeführer seinen Revolver dem Geschädigten mit gespanntem Hammer und Finger am Abzug an den Kopf gehalten und ihn vor sich her nach draussen gestossen. Dabei habe er zu ihm gesagt, "dass er ihn töten könnte, ihn töten würde". Er habe den Revolver mit der rechten Hand gegen den Nacken des Geschädigten gehalten. Unmittelbar vor dem Lokal habe er diese Hand gesenkt. Der Geschädigte habe den rechten Arm des Beschwerdeführers festhalten können. Darauf habe dieser die Waffe in die linke Hand genommen, sie erneut dem Geschädigten an den Kopf gehalten und wiederholt, dass er ihn umbringen werde. Der Geschädigte habe den Arm losgelassen. Der Beschwerdeführer sei vom Wirt beruhigt worden. Kurze Zeit später sei es aber zu einem erneuten Gerangel zwischen ihm und dem Geschädigten gekommen. Dieser habe den Beschwerdeführer mit beiden Armen am Oberkörper umfasst. Der Beschwerdeführer habe versucht, sich aus dieser Umklammerung zu lösen. Er habe dem Geschädigten erneut gesagt, dass er ihn töten würde. Darauf habe er mit seiner Waffe zweimal in die Luft und danach auf die Beine des Geschädigten geschossen. Dieser sei auf die Knie gefallen. Der Beschwerdeführer habe schliesslich die Waffe mit beiden Händen gehalten und in der Absicht,

den Geschädigten zu töten, zweimal von oben herab auf dessen Oberkörper geschossen (Anklageschrift GG act. 28 S. 3 f.).

a) Die Vorinstanz prüfte vorab, ob der Beschwerdeführer dem Geschädigten gesagt hatte, dass er ihn töten würde, und/oder ob er dem Geschädigten gesagt hatte, dass er ihn töten könnte (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 39 - 41; Unterstreichungen im Urteil). Der Beschwerdeführer rügt die diesbezüglichen vorinstanzlichen Feststellungen sinngemäss als willkürlich (bzw. als den Grundsatz in dubio pro reo verletzend) (Beschwerde KG act. 17 S. 6 - 9).

b) Die Vorinstanz legte erhebliches Gewicht auf die Prüfung dieser Fragen. Zwar schloss sie einen direkten Tötungsvorsatz des Beschwerdeführers aus. Er habe glaubhaft ausgeführt, beim Richten der Waffe darauf geachtet zu haben, den Kopf des Geschädigten nicht zu treffen, da er ihn nur stoppen und nicht umbringen wollen. Er habe aber wissen müssen bzw. gewusst, dass die Schüsse den Geschädigten töten könnten, und habe dies mit seinem Handeln in Kauf genommen (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 61 f.). Der Tatbestand der eventualvorsätzlichen Tötung sei erfüllt (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 82 Erw. 2.2; S. 105 Erw. 4). Dabei drängt sich die Frage nach der Bedeutung des Unterschiedes auf, ob der Beschwerdeführer dem Geschädigten gesagt hatte, er könnte ihn töten, oder ob er ihm gesagt hatte, er werde ("würde") ihn töten. Hinzu kommt, dass aus den von der Vorinstanz zitierten Protokollstellen und den vorinstanzlichen Erwägungen unklar erscheint, ob, wann und mit welcher Bedeutung der Konjunktiv II verwendet werden sollte (er würde töten) oder der Konjunktiv I (er werde töten) und ob allenfalls die eine Form mit der anderen Form verwechselt wurde und ein anderer Sinn gemeint ist als durch die verwendete Form zum Ausdruck gebracht wird. Insbesondere ist zweifelhaft, ob der fremdsprachige Geschädigte (GG Prot. S. 140 f.) die Feinheiten zwischen diesen Verb- und Zeitformen genügend kannte und sich die beteiligten Personen (Übersetzerin, Protokollführerin, Urteilsredaktorin, Richterinnen und Richter, Staatsanwalt) dieser Feinheiten und der Unterschiede genügend bewusst waren, um eventuelle Verwechslungen (er würde töten; er werde töten) auszuschliessen. Die Vorinstanz erachtete aber den Umstand - d.h. die Feststellung -, dass der Beschwerdeführer unmittelbar vor der Schussabgabe zum Geschädigten gesagt habe, er "würde"

ihn töten (Meinung: er werde ihn töten), explizit als gewichtiges Indiz, das für eine gezielte Schussabgabe spreche (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 52 lit. e). Das Kassationsgericht hat mithin davon auszugehen, dass diese Feststellungen für das angefochtene Urteil relevant waren und die hierunter gerügten vorinstanzlichen Feststellungen zum Nachteil des diesbezüglich schuldig gesprochenen Beschwerdeführers erfolgten. Die diesbezüglichen Rügen sind entsprechend zu behandeln:

3. Der Beschwerdeführer rügt, für die Feststellung in Erw. 3.3.a, er habe zum Geschädigten auf dem Weg vom Restaurant nach draussen gesagt, dass er ihn töten würde, habe die Vorinstanz allein auf die als überzeugend bezeichneten Aussagen des Geschädigten abgestellt und dabei den Grundsatz in dubio pro reo verletzt. Die Vorinstanz setze sich in Widerspruch zu ihren Erwägungen im folgenden Abschnitt. Dort (Erw. 3.3.b) habe sie ausgeführt, dass ein Durcheinander des Geschädigten betreffend den genauen Geschehnisablauf aufgrund seiner durchlebten Angst und Panik sowie der Schnelligkeit der Ereignisse als wenig erstaunlich erscheine und in seinen Aussagen generell feststellbar gewesen sei. Dies gelte aber auch für die in Erw. 3.3.a berücksichtigten Aussagen des Geschädigten, weshalb Zweifel betreffend diese Aussagen blieben (Beschwerde KG act. 17 S. 6 f. Rz 8).

a) Die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters kann nach der Praxis des Kassationsgerichtes 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 (ZR 64 [1965] Nr. 54). Die Verneinung eines den Freispruch bedingenden Zweifels wird als Kassationsgrund angesehen, wenn diese bei ernsthafter Abwägung des "Für" und "Wider" schlechthin unverständlich ist (Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 21 zu § 430). Es ist zu berücksichtigen, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (BGE 124 IV 88 E. 2a mit Hinweisen; ZR 72 [1973] Nr. 80, 69 [1970] Nr. 50; von Rechenberg, Die Nichtig-

keitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 34). Weiter geht auch die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 32 Abs. 1 BV nicht, denn diese Bestimmungen schliessen einen Schuldspruch nur dann aus, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel am Tat- oder Schuldbeweis zurückbleiben (BGE 120 Ia 35 ff. mit Hinweisen).

Der in diesem Zusammenhang regelmässig angerufene Grundsatz "in dubio pro reo" weist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in Übereinstimmung mit dem Schrifttum zwei Aspekte auf: Zum einen bezieht er sich auf die strafprozessuale Beweislast, zum anderen wirkt er sich bei der Feststellung des Sachverhaltes und der Würdigung der Beweise aus (BGE 120 Ia 31 ff., 127 I 38 E. 2a; vgl. Corboz, In dubio pro reo, ZBJV 1993, S. 403 ff. mit weiteren Hinweisen). Als Beweiswürdigungsregel erschöpft sich der Grundsatz im Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung (vgl. auch Schultz, ZBJV 1995, S. 852), während er als Beweislastregel besagt, dass es Sache des Staates ist, die Schuld des Angeklagten nachzuweisen. Da der Grundsatz unter beiden in Frage kommenden Aspekten verfassungsrechtlichen Rang hat, konnte (vor der Anwendbarkeit des am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesgerichtsgesetzes [BGG], das auf das am 11. Mai 2006 erlassene angefochtene Urteil noch nicht anwendbar war [Art. 132 Abs. 1 BGG]) seine Verletzung vor Bundesgericht allein mit staatsrechtlicher Beschwerde (und nicht mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde) geltend gemacht werden (vgl. schon BGE 102 Ia 203, 101 Ia 67 ff.; zum Ganzen M. Forster, ZStrR 1997, S. 61 ff.), womit in beiden Fällen auf kantonaler Ebene die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist. Hinsichtlich der Kognition des Kassationsgerichts ist von Bedeutung, dass die Beachtung der Beweislastregel vom Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde frei geprüft wird (BGE 120 Ia 38, 127 I 38 E. 2a), womit ihr insoweit eine über das Willkürverbot hinausgehende Tragweite zukommt; dem Kassationsgericht kommt daher als vorgeschalteter Instanz sinnvollerweise ebenfalls freie Kognition zu, soweit die Verletzung der Beweislastregel gerügt wird. Bei der Frage, ob die Beweiswürdigungsregel von der Vorinstanz verletzt worden ist, kommt hingegen dem Kassationsgericht nach wie vor nur eine auf Willkür begrenzte Überprüfungs-

befugnis zu (eingehend ZR 102 [2003] Nr. 12; vgl. auch BGE 127 I 38 E. 2c und 3a).

b) Mit der Rüge der Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo meint der Beschwerdeführer nicht dessen Bedeutung als Beweislastregel. Er macht nicht geltend, die Vorinstanz habe ihn trotz Zweifeln schuldig gesprochen. Er meint vielmehr die Bedeutung als Beweswürdigungsregel. Bei der Prüfung ist die Kognition des Kassationsgerichts auf Willkür beschränkt.

c) Der Geschädigte sagte an den von der Vorinstanz zitierten Stellen (vgl. angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 39 Erw. 3.3.a) Folgendes aus (mit "er" bezeichnete er jeweils den Beschwerdeführer) (mit den Vorbehalten betreffend Verwendung von Konjunktiv II und I; vgl. vorstehend Erw. 2.b):

"Er ist bis zur Türe gekommen und hat mir gesagt, er würde mich töten, ob ich meinen Bruder gern hätte" (GG Prot. S. 144 oben).

"Als wir bei der Türe waren und ich hinausging, hat er mich dann angeschrien, ob ich meinen Bruder so gern habe, er würde mich töten" (GG Prot. S. 145 unten).

"Er hat geschrien, ob ich meinen Bruder so gerne hätte und er würde mich töten. Dann hat er die Waffe gezogen" (GG Prot. S. 146 oben).

(Auf die Frage, was dann draussen vor dem Lokal passierte): "Er benutzte die Worte, dass er mich töten würde. Dann kam \_\_\_\_\_ zu uns und ich fragte ihn dann: '\_\_\_\_\_ bin ich nicht zu dir gekommen gestern?'. Dann hat er sofort angefangen mit der Pistole zu schiessen" (GG Prot. S. 146 unten).

d) Die Vorinstanz erwog, aufgrund des Umstandes, dass der Geschädigte in der letztzitierten Aussage nicht erwähnt habe, dass der Beschwerdeführer unmittelbar vor der Schussabgabe nochmals gesagt habe, dass er ihn töten "würde" - was der Geschädigte mehrfach geltend gemacht habe -, könne nicht ausgeschlossen werden, dass er bei dieser Aussage den Tatablauf durcheinander gebracht habe. Ein Durcheinander des Geschädigten betreffend den genauen Geschehnisablauf erscheine aufgrund seiner durchlebten Angst und Panik sowie der Schnelligkeit der Ereignisse wenig erstaunlich und sei in seinen Aussagen generell feststellbar gewesen. Der Beschwerdeführer habe dagegen mehrfach glaubhaft festgehalten, dass er dem Geschädigten, als er dessen Hand habe abwehren können, gesagt habe, dass er ihn töten könne. Somit sei gestützt auf

die glaubhaften Aussagen des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass er nach dem Wechsel der Waffe von der rechten in die linke Hand die Waffe erneut dem Geschädigten an den Kopf gehalten und diesem gesagt habe, dass er ihn umbringen "könnte" (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 40).

e) Die Vorinstanz erwog damit einerseits, ein Durcheinander des Geschädigten betreffend den genauen Geschehnisablauf sei nicht auszuschliessen. Vor diesem Hintergrund prüfte die Vorinstanz andererseits die diesbezüglichen Aussagen des Geschädigten besonders vorsichtig, verglich sie mit denjenigen des Beschwerdeführers und gelangte begründet zu den Feststellungen, dass - wie der Geschädigte klar, gleichbleibend und genau ausgesagt habe - der Beschwerdeführer dem Geschädigten auf dem Weg vom Restaurant nach draussen gesagt habe, dass er ihn töten würde, dass er aber - weil der Geschädigte diesbezüglich eben nicht mehr klar und genau, dafür aber der Beschwerdeführer mehrfach glaubhaft ausgesagt habe - draussen, als er die Waffe in die linke Hand genommen und sie dem Geschädigten an den Kopf gehalten habe - gesagt habe, dass er ihn umbringen könnte. Dabei liegt kein Widerspruch vor. Diese Rüge geht fehl.

4. Gemäss Anklage habe der Beschwerdeführer unmittelbar vor der Schussabgabe erneut zum Geschädigten gesagt, dass er ihn töten "würde". Die Vorinstanz erwog dazu, der Geschädigte habe dies detailliert und gleichbleibend ausgesagt. Der Augenzeuge E. stütze die Glaubhaftigkeit dieser Aussagen. Er habe anlässlich einer polizeilichen Einvernahme unmissverständlich festgehalten, dass der Geschädigte zu Boden gefallen sei, der Beschwerdeführer eine Waffe in der Hand gehalten und dem Geschädigten gesagt habe: "Soll ich dich jetzt totschliessen?" Vor Geschworenengericht habe er sich allerdings auf den Standpunkt gestellt, sich nicht mehr daran erinnern zu können, aber eingestanden, dass seine Erinnerung zum Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahme noch frisch gewesen sei (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 41).

a) Der Beschwerdeführer macht in seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend, die Würdigung, E. stütze die Aussagen des Geschädigten, er, der Beschwerdeführer, habe zu ihm unmittelbar vor der Schussabgabe gesagt, dass er ihn töten "würde", sei willkürlich (Beschwerde KG act. 17 S. 7 - 9 Rz 10).

b) Diese Rüge ist begründet. Die von der Vorinstanz zitierte Aussage von E., der Beschwerdeführer habe gesagt, 'Soll ich dich jetzt totschiessen?', ist keine Bestätigung der Aussage des Geschädigten, der Beschwerdeführer habe gesagt, dass er ihn töte ("ich töte dich"; vgl. angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 41 mit Zitaten). Die von E. erwähnte Frage ("Soll ich ...?") liegt viel näher bei der Aussage, dass er ihn töten könne, als bei der Aussage, dass er ihn töten werde. Die vorinstanzliche Erwägung, die Aussage von E. stütze diesbezüglich die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Geschädigten, ist nicht haltbar.

c) In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, die Verteidigung übersehe bei dieser Rüge, dass das Gericht schon aufgrund der Aussagen des Geschädigten davon ausgegangen sei, dass dieser Teil des Sachverhaltes erstellt sei (KG act. 21 S. 2 zu Ziff. 10 S. 7/8). Das ergibt sich aber so aus dem Urteil nicht. Die Vorinstanz ging allein aufgrund der Aussagen des Geschädigten davon aus, dass der Beschwerdeführer zum Geschädigten auf dem Weg nach draussen gesagt habe, "dass er ihn töten würde" (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 39 Erw. 3.3.a). Bezüglich der Situation nach dem Wechsel der Waffe von der rechten in die linke Hand ging die Vorinstanz nicht von den Aussagen des Geschädigten, sondern von denjenigen des Beschwerdeführers aus, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Geschädigte bei seiner diesbezüglichen Aussage den Tatablauf durcheinandergebracht habe und ein Durcheinander des Geschädigten betreffend den genauen Geschehnisablauf aufgrund seiner durchlebten Angst und Panik sowie der Schnelligkeit der Ereignisse wenig erstaunlich erscheine (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 40 Erw. 3.3.b; vgl. vorstehende Erw. 3). Bezüglich der Situation unmittelbar vor der Schussabgabe erwähnte die Vorinstanz *nicht* - wie vorher bezüglich der Situation auf dem Weg nach draussen (Erw. 3.3.a) - allein die Aussagen des Geschädigten, sondern erwog (nach der Feststellung, dass dieser Moment für den Geschädigten von Angst und Panik geprägt gewesen sei; angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 40 lit. c; vgl. dazu die Berücksichtigung dieses Umstandes in der direkt vorangehenden Erwägung lit. b), deren Glaubhaftigkeit werde durch die Aussagen des Augenzeugen E. gestützt. Nach einer verhältnismässig ausführlichen Würdigung der Aussagen von E. schloss die Vorinstanz, *somit* - also weil die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Geschädigten durch E. gestützt werde - sei erstellt, dass der Beschwerdeführer

unmittelbar vor der Schussabgabe zum Geschädigten gesagt habe, dass er ihn töten "würde" (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 41 Erw. 3.3.c).

Für die Vorinstanz war der Umstand, dass der Beschwerdeführer unmittelbar vor der Schussabgabe zum Geschädigten gesagt habe, er würde ihn töten, gemäss ausdrücklicher Feststellung ein gewichtiges Indiz (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 52 lit. e). Gemäss den Erwägungen auf S. 41 des angefochtenen Urteils war der Umstand, dass E. die Glaubhaftigkeit der entsprechenden Aussagen des Geschädigten stütze, von Bedeutung für die Feststellung dieses gewichtigen Indizes. Da aber die Aussage von E. die entsprechende Aussage des Geschädigten gerade *nicht* stützt (vorstehend lit. b), entfällt die vorinstanzliche Begründung für die Feststellung, dass der Beschwerdeführer unmittelbar vor der Schussabgabe zum Geschädigten gesagt habe, dass er ihn töten "würde", und mit dieser dieses explizit als gewichtig bezeichnete Indiz. Mit der expliziten Bezeichnung dieses Indizes als gewichtig brachte die Vorinstanz zum Ausdruck, dass dieses für das angefochtene Urteil, d.h. für den Schuldspruch der versuchten vorsätzlichen Tötung, von Bedeutung war, m.a.W. dass das Urteil (auch) darauf beruht. Da die Begründung für die Feststellung dieses Indizes nicht haltbar ist, entfällt es und ist das darauf beruhende angefochtene Urteil aufzuheben.

5. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe (zu seiner Absicht bei den Schüssen auf den Geschädigten) im Laufe der Untersuchung drei verschiedene Versionen geltend gemacht. Zuerst habe er sich auf den Standpunkt gestellt, die Schussabgabe sei im Gerangel erfolgt. Diese Aussagen habe er widerrufen und in einer zweiten Phase geltend gemacht, er habe einen Schuss auf die Beine abgegeben und zwei Schüsse, bei welchen er einfach darauf geachtet habe, nicht auf den Kopf zu zielen. Zu guter Letzt habe er ausgeführt, ihm sei schwarz vor den Augen geworden und er habe überhaupt nichts überlegt. Die Vorinstanz stelle nicht auf die vor Schranken geltend gemachte Tatversion des "Schwarz-werdens-vor-Augen" ab, sondern auf die während der Untersuchung geltend gemachte Version der gezielten Schussabgabe (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 47 Erw. 4.3.2).

a) Der Beschwerdeführer rügt dazu vorab, die Behauptung sei aktenwidrig, dass er erst vor Schranken die Version des "Schwarz-werdens-vor-Augen" geltend gemacht habe. Er habe dies bereits in der Untersuchung deponiert (Beschwerde KG act. 17 S. 10 Rz 12 mit Verweisung auf GG act. HD 4.12 S. 6).

b) Die Rüge geht am angefochtenen Urteil vorbei und damit fehl. Die Vorinstanz stellte nicht fest, dass der Beschwerdeführer die Version des "Schwarz-werdens-vor-Augen" *erst* an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorgebracht habe. Vielmehr erwog sie explizit, der Beschwerdeführer habe *im Laufe der Untersuchung* drei verschiedene Versionen (eine davon das "Schwarz-werdens-vor-Augen") geltend gemacht. Wenn sie in der Folge davon ausging, dass der Beschwerdeführer die Version des "Schwarz-werdens-vor-Augen" vor Schranken geltend gemacht habe, so hat dies offenkundig nicht den Sinn, dass er diese Version *erst* vor Schranken geltend gemacht habe, sondern dass er vor Schranken *diese* Version (und keine der anderen beiden) geltend gemacht habe.

6. Die Vorinstanz erwog, die "Version schwarz vor Augen" zeichne sich durch verschiedene Widersprüche aus. So stelle sich der Beschwerdeführer einerseits auf den Standpunkt, nicht absichtlich geschossen zu haben; es sei im Handgemenge einfach passiert; ihm sei schwarz vor Augen geworden. Gleichzeitig führe er aber andererseits aus, dass es kein Unfall gewesen sei. Ein weiterer Widerspruch liege darin, dass er trotz seines grundsätzlichen Standpunkts, nicht absichtlich auf den Geschädigten geschossen zu haben, geltend mache, aus Angst und Panik, um sein Leben zu retten, auf den Geschädigten geschossen zu haben. Wer aus Angst und Panik auf jemanden schieße, um sein Leben zu retten, gebe die Schüsse offensichtlich absichtlich ab (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 48 lit. a).

a) Der Beschwerdeführer rügt auch diese Erwägung als willkürlich. Seine Aussagen seien unter dem Lichte seines Teilgeständnisses zu würdigen, auf den Geschädigten geschossen zu haben. Im Lichte dieses Geständnisses seien seine von der Vorinstanz zitierten Aussagen (er könne das nicht direkt Unfall nennen, aber genau so könne er nicht sagen, dass es Absicht gewesen sei; ihm sei tatsächlich schwarz vor Augen geworden, er habe den Geschädigten nicht mehr

gesehen; er habe versucht, nicht auf ihn zu schießen) plausibel und einleuchtend. Einerseits sei der von ihm eingestandene äussere Sachverhalt der Schussabgabe kein Unfall, andererseits sei es nicht seine Absicht gewesen, den Geschädigten mit der Schussabgabe zu treffen. Die Unterstellung von Widersprüchlichkeit seiner Aussagen sei willkürlich (Beschwerde KG act. 17 S. 11 Rz 13).

b) Es ist nicht willkürlich, die sowohl von der Vorinstanz als auch von ihm selber zitierten Aussagen des Beschwerdeführers insbesondere betreffend Unfall als widersprüchlich zu bezeichnen. Wenn der Beschwerdeführer erklärte, er könne im Moment nicht sagen, ob es ein Unfall gewesen sei, aber es sei auch nicht Absicht gewesen, so versteht er (richtigerweise) unter Unfall ein Geschehen ohne Absicht. Wenn er offen lassen wollte, ob es ein Unfall war, wollte er mithin offen lassen, dass die Schüsse unabsichtlich fielen. Die Erklärung, versucht zu haben, nicht auf ihn (den Geschädigten) zu schießen, beinhaltet eine absichtliche Schussabgabe. Beides darf als Widerspruch zur Behauptung gesehen werden, es sei ihm schwarz vor Augen geworden, er habe nicht absichtlich geschossen. Die Ausführungen in der Beschwerde, dass der äussere Sachverhalt der Schussabgabe kein Unfall gewesen sei, es andererseits nicht Absicht des Beschwerdeführers gewesen sei, den Geschädigten mit der Schussabgabe zu verletzen, erscheinen als rabulistisch und gehen daran vorbei, dass nicht die Absicht, den Geschädigten mit der Schussabgabe zu treffen, in Frage gestellt worden war, sondern die Absicht der Schussabgabe überhaupt. Sodann setzt sich der Beschwerdeführer nicht mit der vorinstanzlichen Erwägung zu einem weiteren Widerspruch zur Behauptung der fehlenden Absicht auseinander, nämlich dass er geltend gemacht habe, aus Angst und Panik, um sein Leben zu retten geschossen zu haben; wer das tue, gebe aber die Schüsse offensichtlich absichtlich ab. Auch diese Rüge geht fehl.

7. Die Vorinstanz erwog, ein weiteres gegen die Version "Schwarz-werden-vor-Augen" sprechendes Indiz sei der Umstand, dass der Beschwerdeführer weder gegenüber F. noch gegenüber G. unmittelbar nach der Tat erwähnt habe, das Geschehen sei unbeabsichtigt erfolgt (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 48 lit. b).

a) Der Beschwerdeführer rügt als Verletzung einer wesentlichen Prozessform im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO, dass er nie Gelegenheit gehabt habe, F. Ergänzungsfragen zu stellen, dessen Aussagen aber trotzdem zu seinem Nachteil verwertet worden seien (Beschwerde KG act. 17 S. 12).

b) Diese Rüge ist begründet. F. ist im geschworenengerichtlichen Verfahren nicht befragt worden (GG Prot. S. 5 - S. 469, S. 475 - 494). Seine Einvernahme war auch nicht beantragt worden (GG act. 37, act. 43); seine polizeiliche Einvernahme (GG act. HD 7.5; vgl. GG Prot. S. 91) wurde auch nicht etwa zu den geschworenengerichtlichen Akten produziert (GG Prot. S. 470 - 474). An dieser Einvernahme (vom 12. September 2004, also einen Tag nach der Tat) waren weder der Beschwerdeführer noch ein Verteidiger anwesend (GG act. HD 7.5). Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass später eine Einvernahme von F. stattgefunden hätte, anlässlich welcher der Beschwerdeführer und/oder sein Verteidiger Gelegenheit zur Teilnahme und zum Stellen von Ergänzungsfragen gehabt hätten. Unter diesen Umständen konzidiert die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde zu Recht, dass die Einvernahme von F. nicht verwertbar ist, soweit sie den Beschwerdeführer belastet und nicht mit seinen eigenen Aussagen übereinstimmt (vgl. § 15 StPO). Die Vorinstanz erwähnt aber, aus der Aussage von F. sei auch nichts zulasten des Beschwerdeführers abgeleitet worden (KG act. 21 S. 3 zu Ziff. 14 S. 12). Das steht indes im Widerspruch zur Begründung des angefochtenen Urteils. In diesem wird der Umstand, dass der Beschwerdeführer gegenüber F. nicht unmittelbar nach der Tat erwähnte, das Geschehen sei unbeabsichtigt erfolgt, als Indiz gewertet, das gegen die Version "Schwarz-werden-vor-Augen" spreche (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 48 lit. b). Damit wird die Aussage von F. (bzw., gleichbedeutend, der Umstand, dass er in seiner Aussage etwas nicht ausgesagt habe) zum Nachteil des Beschwerdeführers verwertet (und im Gegensatz zur vorinstanzlichen Stellungnahme nicht bloss als nichts Entlastendes). Das ist unzulässig, eine Verletzung einer wesentlichen Prozessform zum Nachteil des Beschwerdeführers und damit ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO.

8. Im angefochtenen Urteil wird als weiteres Indiz, das gegen die Version "Schwarz-werden-vor-Augen" spreche, der Umstand angeführt, dass der Beschwerdeführer auch gegenüber G. unmittelbar nach der Tat nicht erwähnt habe, das Geschehen sei unbeabsichtigt erfolgt (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 48 f.).

a) Der Beschwerdeführer rügt diese Feststellung sinngemäss (unter Berufung auf den Grundsatz in dubio pro reo) als willkürlich. G. habe sich nicht mehr genau erinnert. Deshalb könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer ihm gegenüber doch von einem Unfall gesprochen habe (Beschwerde KG act. 17 S. 12 mit Verweisung auf GG Prot. S. 295).

b) Zwar erklärte G., wie der Beschwerdeführer richtig zitiert, dass er sich nicht mehr genau erinnere, was der Beschwerdeführer gesagt habe. Er verneinte aber explizit die Anschlussfragen, ob der Beschwerdeführer etwas von einem Unfall erzählt habe (GG Prot. S. 298 f.). Deshalb durfte die Vorinstanz ohne Willkür davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer gegenüber G. unmittelbar nach der Tat nicht erwähnte, das Geschehene sei unbeabsichtigt erfolgt. Diese Rüge geht fehl.

9. Die Vorinstanz erwog, G. habe anlässlich der polizeilichen Befragung ausgeführt, der Beschwerdeführer habe auf seine Frage ein Motiv für die Schussabgabe genannt. Er habe ausgesagt, er habe den Beschwerdeführer gefragt, wozu er geschossen habe. Der Beschwerdeführer habe zu ihm gesagt, \_\_\_\_\_ (der Bruder des Geschädigten) sei sehr wahrscheinlich sehr blöd. Er habe sehr viel Geld. Der Beschwerdeführer sei einfach sehr eifersüchtig, weil er ja kein Geld, sondern nur Schulden habe (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 49 lit. b).

a) Der Beschwerdeführer bezeichnet die Feststellung, er habe gemäss Aussage von G. ein Motiv für die Schussabgabe genannt, als aktenwidrig. Er habe zwar auf die Frage von G., wozu er geschossen habe, geantwortet. Die Antwort (\_\_\_\_\_ sei sehr wahrscheinlich sehr blöd, er habe sehr viel Geld) sei jedoch völlig inadäquat. Damit habe er die Frage, wozu er geschossen habe, gar nicht beantwortet (Beschwerde KG act. 17 S. 13 Rz 14).

b) Die Vorinstanz zitierte die Aussage von G. sowohl in der Befragung vor Geschworenengericht als auch im angefochtenen Urteil zutreffend (vgl. GG act. HD 7.11 S. 4). Die darauf beruhende vorinstanzliche Feststellung ist weder willkürlich noch aktenwidrig. Die Vorinstanz wertete diese Aussage von G. nicht. Insbesondere stellte die Vorinstanz dabei nicht fest, dass der Beschwerdeführer ein Motiv gehabt habe. Sie hielt lediglich am Ende ihrer Erwägung, ein weiteres gegen die Version "Schwarz-werden-vor-Augen" sprechendes Indiz sei der Umstand, dass der Beschwerdeführer weder gegenüber F. noch G. unmittelbar nach der Tat erwähnt habe, das Geschehene sei unbeabsichtigt erfolgt, fest, G. habe gar ausgeführt, der Beschwerdeführer habe auf seine Frage ein Motiv für die Schussabgabe genannt. Ob der Beschwerdeführer tatsächlich das genannte Motiv hatte, liess die Vorinstanz offen. Es ist deshalb in diesem Zusammenhang auch ohne Bedeutung, ob die von G. genannte Antwort des Beschwerdeführers auf seine Frage inadäquat war und eigentlich keine Beantwortung der Frage. Diese Rüge geht fehl.

10. Die Vorinstanz erwog, im Übrigen spreche auch die Argumentation der Verteidigung gegen eine unbeabsichtigte Schussabgabe des Beschwerdeführers. Selbst dessen Verteidiger gehe in seinem Plädoyer von einem eventualvorsätzlichen Handeln aus (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 49 lit. c).

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die von der Verteidigung gewählte Strategie sei weder eine für die Beweiswürdigung des Sachverhaltes massgebende Tatsache noch ein Indiz, sondern eine reine Hypothese. Es sei willkürlich, wenn die Vorinstanz die "Tatsachen und Indizien unter das Primat der vom Verteidiger gewählten Strategie" stelle. Sie setze damit vor Durchführung der Beweiswürdigung als gegeben schon voraus, was sich nach durchgeführter Beweiswürdigung als Ergebnis allenfalls ergeben könnte (Beschwerde KG act. 17 S. 13 Rz 15).

b) Die Behauptungen, die Vorinstanz habe die Beweiswürdigung unter das Primat einer vom Verteidiger gewählten Strategie gestellt und damit das Ergebnis der erst vorzunehmenden Beweiswürdigung vorweggenommen, treffen offensichtlich nicht zu. Die Vorinstanz berücksichtigte die Argumentation der Verteidi-

gung lediglich als einen von verschiedenen Aspekten innerhalb ihrer diesbezüglichen Beweiswürdigung (vgl. den Beginn von lit. c auf S. 49: "Im Übrigen ...").

c) Im Gegensatz zur vorangehenden Erwägung (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 48 f. lit. b) bezeichnete die Vorinstanz die Argumentation der Verteidigung auch nicht als Indiz (gegen die "Version schwarz vor Augen"). Ist diese vorinstanzliche Erwägung als Hinweis zu verstehen, dass die Plausibilität der (aus andern Indizien gezogenen) Schlussfolgerung, die Schussabgabe des Beschwerdeführers sei nicht unbeabsichtigt erfolgt, durch die Argumente der Verteidigung gestützt werde, ist dies zulässig und wird vom Beschwerdeführer insoweit zu Recht auch gar nicht beanstandet.

d) Die Rüge wäre indes dann berechtigt, wenn die Vorinstanz die Tatsache, dass die Verteidigung so argumentierte, als zusätzliches Indiz gegen den Beschwerdeführer gewürdigt hätte. Die Verteidigung zog eine Schlussfolgerung aus Indizien. Diese Schlussfolgerung kann nicht ihrerseits selber ein Indiz für (oder wider) den festzustellenden Sachverhalt sein. Die Vorinstanz wird bei der neuen Beurteilung (vgl. nachfolgend Erw. 17 und 19) die Argumentation der (vormaligen) Verteidigung nicht als Indiz gegen eine unbeabsichtigte Schussabgabe des Beschwerdeführers werten dürfen. Der Beschwerdeführer kann auch im Gegensatz zur Auffassung in der Beschwerdeantwort (KG act. 29 S. 5 Rz 7) keineswegs auf dieser rechtlichen Schlussfolgerung seines früheren Verteidigers in dem Sinne behaftet werden, als deswegen ohne gerichtliche Prüfung der Tatsachen von Eventualvorsatz auszugehen wäre. Das tat die Vorinstanz aber auch nicht.

11. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe ausgeführt, bei zwei Schüssen einfach auf den Geschädigten gehalten und geschaut zu haben, dass er ihn nicht auf den Kopf treffe (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 51 lit. c mit Verweisung auf GG Prot. S. 82).

a) Der Beschwerdeführer rügt diese Feststellung als fehlerhaft und aktenwidrig. Dazu zitiert er wörtlich eine Stelle aus einer bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme, welche von der vorinstanzlichen Feststellung abweiche (Beschwerde KG act. 17 S. 15 mit Zitat aus GG act. HD 4.4 S. 2 unten).

b) Die Vorinstanz bezog sich bei ihrer Feststellung offenkundig nicht auf diese Stelle (welche dem Beschwerdeführer auf S. 82 oben des vorinstanzlichen Protokolls vorgehalten worden ist), sondern auf die Stelle, welche dem Beschwerdeführer auf S. 82 unten des vorinstanzlichen Protokolls vorgehalten worden ist, d.h. auf folgende Aussage auf S. 3 der bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 30. September 2004 (vgl. GG Prot. S. 82 zweitletzter Vorhalt i.V. mit dem drittletzten Vorhalt) auf die Frage, wohin er die anderen Schüsse (neben zweien in die Luft und einem auf die Beine) abgegeben habe: "Das weiss ich nicht, ich habe einfach auf ihn gehalten und geschossen und dabei geschaut, dass ich nicht den Kopf treffe" (GG act. HD 4.4 S. 3). Die Rüge geht fehl.

12. Im Zusammenhang mit der in der vorstehenden Ziffer behandelten Rüge beanstandet der Beschwerdeführer auch die vorinstanzliche Erwägung, er habe die gezielte Schussabgabe sehr präzise und anschaulich geschildert (Beschwerde KG act. 17 S. 16 Rz 20).

a) Einerseits basiert auch diese Rüge auf der unzutreffenden Rüge, die Aussagen des Beschwerdeführers hätten sich einzig auf die Feststellung beschränkt, er habe die Waffe mit beiden Händen gehalten und nicht auf den Kopf gezielt (vgl. dazu vorstehende Erw. 11). Andererseits hatte der Beschwerdeführer, wie ihm vor Vorinstanz vorgehalten wurde (GG Prot. S. 83), in der Untersuchung erklärt: "Ich schoss dann mit der linken Hand auf sein Bein, nahm dann die Waffe in beide Hände und ... Ich habe nur aufgepasst, das ich seinen Kopf nicht treffe" (vgl. auch KG act. 21 S. 4 oben). Auch diese gerügte vorinstanzliche Würdigung hält damit vor dem Willkürverbot stand.

b) In seiner Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz vor, sie habe seine ebenfalls in der bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 30.9.2004 gemachte Aussage "unter-

schlagen", er habe dann zwei Mal in die Luft geschossen; er habe Angst gehabt, und es sei ihm beinahe schwarz vor den Augen geworden; er sehe sich jetzt und erinnere sich, dass er die Waffe mit beiden Händen gehalten und dass er nicht auf den Kopf gezielt habe (KG act. 32 S. 4 unten mit Verweisung auf GG act. HD 4.4 S. 2). Wenn die Vorinstanz indes zum Beleg für ihre Würdigung, der Beschwerdeführer habe die gezielte Schussabgabe sehr präzise und anschaulich geschildert, auf eine solche Schilderung in seinen Aussagen verweist und nicht auf eine weniger präzise (die vom Beschwerdeführer hierunter zitierte), heisst das keineswegs, dass sie die weniger präzise "unterschlagen" hätte. Ebenso wenig lässt dies ihre Wertung als willkürlich erscheinen. Die vom Beschwerdeführer zitierte weniger präzise Aussage in der Untersuchung steht zur von der Vorinstanz zitierten präziseren Aussage des Beschwerdeführers in der Untersuchung nicht in einem Widerspruch, der das letzterwähnte Zitat als unhaltbar erscheinen liesse.

c) Weiter macht der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung geltend, diese unterstelle, dass auch er habe einräumen müssen, seine in der vorstehenden lit. a zitierte Aussage sei Ausdruck einer bewussten Schussabgabe. Dazu habe er aber deponiert, sein Anwalt habe ihm geraten, so auszusagen. Demnach sei die Annahme aktenwidrig, er habe eine gezielte Schussabgabe eingeräumt (KG act. 32 S. 5).

Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer an der von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zitierten Stelle nicht einräumte, dass seine Aussage Ausdruck einer bewussten Schussabgabe sei, sondern dass er auf entsprechenden Vorhalt erklärte, sein Anwalt habe ihm geraten, so auszusagen (GG Prot. S. 84 oben). Die Kritik an dieser vorinstanzlichen Vernehmlassung ist verständlich, und es ist nicht darauf abzustellen. Das ändert indes nichts an den vorstehenden Erwägungen zum angefochtenen Urteil und der Nichtigkeitsbeschwerde, deren hierunter behandelte Rüge aus den genannten Gründen (ohne Berücksichtigung der kritisierten diesbezüglichen vorinstanzlichen Vernehmlassung) fehl geht. Die Behauptung des Beschwerdeführers, sein früherer Verteidiger habe ihm zu seinen Aussagen betreffend gezielte Schussabgabe geraten, wird im Rahmen der in der Nichtigkeitsbeschwerde darauf gestützten Rügen nachfolgend behandelt.

13. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang, auch aus dem letzten vorinstanzlichen Zitat unter Erw. 4.3.2.c auf S. 51 des angefochtenen Urteils lasse sich nicht ohne Willkür schliessen, er habe gezielt auf den Geschädigten geschossen (Beschwerde KG act. 17 S. 16 Rz 21). Die Vorinstanz schloss dies auch nicht (nur) daraus (vgl. das angefochtene Urteil GG act. 87 S. 47 - 54 sowie vorstehende Erwägungen). Die Rüge geht an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei und damit fehl.

14. Die Vorinstanz erwog, der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Grund für den Widerruf seiner Aussagen betreffend die gezielte Schussabgabe sei nicht plausibel. Er habe geltend gemacht, sich auf Anraten seines damaligen Verteidigers fälschlicherweise selbst belastet zu haben. Nach Ansicht des Gerichts sei aber nur schwer vorstellbar, dass ein Verteidiger seinem Mandanten zu einem falschen Geständnis rate. Doch selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, wäre der Beschwerdeführer aufgrund seiner misstrauischen Grundhaltung kaum einem solchen Rat gefolgt (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 51 f. lit. d).

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Frage, ob sein angebliches Geständnis den wahren Sachverhalt wiedergebe oder falsch sei und aus welchem Grunde er allenfalls ein falsches Geständnis abgelegt habe, sei für die Begründung der gezielten Schussabgabe und für die Beurteilung eines Vorsatzes oder Eventualvorsatzes von derart erheblicher Bedeutung, dass sich die Einnahme seines damaligen Verteidigers, RA H., geradezu aufgedrängt habe. Indem die Vorinstanz RA H. nicht als Zeugen befragt habe, habe sie § 31 StPO verletzt (Beschwerde KG act. 17 S. 17 f.).

b) § 31 StPO richtet sich an den Untersuchungsbeamten. Von einer Verletzung dieser Norm kann generell nur dann ausgegangen werden, wenn es die Untersuchungsbehörde in offensichtlich stossender Weise unterlässt, einen sich aufdrängenden Entlastungsbeweis abzunehmen. Ein Nichtigkeitsgrund läge bei einer solchen Verletzung aber nur dann vor, wenn sich der betreffende Mangel auf den angefochtenen Entscheid auswirkt, insbesondere, wenn der betreffende Entlastungsbeweis nicht zu einem späteren Zeitpunkt abgenommen worden ist (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 7 zu § 31, mit Hinweisen, so auf ZR 83 [1984] Nr. 120; vgl. auch ZR 106 [2007] Nr. 43). Anfechtungsobjekt einer Nichtigkeits-

beschwerde sind nämlich nicht die Handlungen (oder Unterlassungen) der Untersuchungsbehörde, sondern der angefochtene Entscheid bzw. die gerichtlichen Handlungen, auf denen dieser Entscheid basiert. Die Rüge der Verletzung von § 31 StPO als solche geht deshalb fehl.

c) Die Nennung eines unzutreffenden Nichtigkeitsgrundes schadet allerdings dem Beschwerdeführer nicht. Aus seinen Ausführungen muss lediglich aufgrund der Angabe der entsprechenden tatsächlichen Grundlagen geschlossen werden können, welcher Nichtigkeitsgrund sinngemäss angerufen wird. Die rechtliche Subsumtion ist nach dem Grundsatz "iura novit curia" Sache der Beschwerdeinstanz (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 32 zu § 430).

d) Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die Vorinstanz seinen früheren Verteidiger, RA H., nicht als Zeugen zu seiner Behauptung befragt habe, er habe ihm geraten, sich fälschlicherweise selbst zu belasten. Dieser habe ihn nämlich motiviert, ein Geständnis abzulegen. Die Rüge bezieht sich auf die vorinstanzliche Erwägung, es sei nur schwer vorstellbar, dass ein Verteidiger seinem Mandanten zu einem falschen Geständnis rate; dieser Grund für den Widerruf seines Geständnisses sei nicht plausibel (Beschwerde KG act. 17 S. 17 f.). Damit (und sinngemäss mit der Verweisung darauf, dass nach § 31 StPO belastenden und entlastenden Tatsachen mit gleicher Sorgfalt nachzuforschen sei) wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor. Dieser gilt grundsätzlich für das gesamte Strafverfahren, inklusive das gerichtliche Verfahren. Für das Hauptverfahren ist er speziell in § 183 Abs. 2 StPO geregelt. Der Vorwurf des Beschwerdeführers ist mithin als solcher der Verletzung von § 183 Abs. 2 StPO zu behandeln.

e) § 183 Abs. 2 StPO besagt im Sinne der Untersuchungs- bzw. der Instruktionsmaxime, dass das Gericht weitere Beweiserhebungen anordnen oder selbst vornehmen muss, wenn sich dies zur Abklärung des Sachverhaltes als notwendig erweist. Solche Beweiserhebungen sind nicht nur dann vorzunehmen, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird, sondern von Amtes wegen (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 4 f. zu § 183; vgl. auch Kass.-Nr. 2002/123 S vom 7.12.2002 Erw. II.3.d.cc mit weiteren Hinweisen; Kass.-Nr. 93/281 vom 10.1.1994 Erw. II.4.a, Kass.-Nr. 94/111 vom 23.8.1994 Erw. II.3, RB 1993 Nr. 56). Auch eine

Verletzung des auch in § 183 Abs. 2 StPO statuierten Untersuchungsgrundsatzes, die als Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO in Betracht fiele, kann aber nur dann angenommen werden, wenn es das Gericht in offensichtlich stossender Weise unterliess, einen sich aufdrängenden Entlastungsbeweis abzunehmen (ZR 106 [2007] Nr. 43 mit weiteren Hinweisen).

f) Das berufliche Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten, dem Angeschuldigten, ist speziell vor einem Eingriff und einer Überwachung durch Strafuntersuchungsbehörden geschützt. Eines der wesentlichen Merkmale des Verhältnisses zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten besteht darin, dass ihr mündlicher und schriftlicher Verkehr frei und ungehindert zu sein hat. Die Strafverfolgungsorgane dürfen den Verkehr zwischen dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger weder direkt noch mittels technischer Massnahmen überwachen oder Schriftstücke daraus beschlagnahmen (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel/Genf/München 2005, N 36 f. zu § 40; Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 496). Anwälte dürfen nicht zur Aussage angehalten werden über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, die ihnen in ihrer beruflichen Stellung mitgeteilt wurden oder die sie bei ihrer Tätigkeit selber wahrgenommen haben. So kann ein Verteidiger nicht darüber befragt werden, ob ihm sein Klient die Verübung der Tat eingestanden habe (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., N 23 zu § 62). Dieses Berufsgeheimnis ist strafrechtlich geschützt (Art. 321 StGB).

g) Im Ergebnis bedeutet dies, dass es den Strafverfolgungsorganen untersagt ist, den verfahrensrelevanten Sachverhalt unter Berufung auf die Untersuchungs- bzw. Instruktionsmaxime dadurch abzuklären, dass versucht wird, Informationen zu diesem Sachverhalt dadurch erhältlich zu machen, dass nach dem Inhalt des vertraulichen Verkehrs zwischen dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger geforscht wird. Der Inhalt von vertraulichen Gesprächen zwischen dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger ist der Untersuchungsmaxime durch die Strafverfolgungsbehörden und durch die Gerichte entzogen.

h) Offengelassen werden kann die Frage, wie zu entscheiden wäre, wenn der Beschwerdeführer selber vor Vorinstanz explizit (und ggfs. mit der Erklärung, seinen früheren Verteidiger von der Wahrung des Anwaltsgeheimnisses zu ent-

binden) die Befragung seines früheren Verteidigers als Zeugen zu seiner Behauptung beantragt hätte. In der Beschwerde wird nicht geltend gemacht, dass er das getan habe. Anbetrachts des dargelegten geschützten beruflichen Verhältnisses zwischen Angeschuldigtem und Verteidiger kann der Vorinstanz jedenfalls nicht zum Vorwurf gemacht werden, es in offensichtlich stossender Weise unterlassen zu haben, den früheren Verteidiger ohne entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers zu den Gesprächen mit dem Beschwerdeführer zu befragen. Die Rüge der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geht fehl.

i) Von der Frage der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes zu unterscheiden ist die Frage, ob die Vorinstanz ohne Befragung des früheren Verteidigers des Beschwerdeführers - was sie, wie vorstehend dargelegt, nicht tun musste - davon ausgehen durfte, dass die Behauptung des Beschwerdeführers nicht zutrefte, sein früherer Verteidiger habe ihm zu einem falschen Geständnis geraten. Eine andere Rüge als diejenige der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes trägt der Beschwerdeführer diesbezüglich nicht vor. Insbesondere macht er diesbezüglich keine Willkür geltend.

k) Willkür macht der Beschwerdeführer indes bezüglich der vorinstanzlichen Erwägung geltend, selbst wenn ihm sein früherer Verteidiger zu einem falschen Geständnis geraten hätte, wäre er aufgrund seiner misstrauischen Grundhaltung kaum einem solchen Rat gefolgt (Beschwerde KG act. 17 S. 18 Rz 23). Da die Vorinstanz aber (ohne dass diesbezüglich ein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen wurde; vgl. vorstehend) davon ausging, dass dies - Rat des früheren Verteidigers zu einem falschen Geständnis - nicht der Fall war, kommt es auf die Alternativ-erwägung für den Fall, dass ("selbst wenn") dies doch so gewesen wäre, nicht an und ist auf diese Rüge deshalb nicht einzutreten.

15. Die Vorinstanz erachtete als weiteres gewichtiges Indiz, das für eine gezielte Schussabgabe spreche, den Umstand, dass der Beschwerdeführer unmittelbar vor der Schussabgabe zum Geschädigten gesagt habe, er "würde" (Meinung: werde) ihn töten, und damit die Schussabgabe sogar angekündigt habe (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 52 lit. e).

Der Beschwerdeführer verweist dazu auf seine frühere Rüge unter Rz 10 der Beschwerde (Beschwerde KG act. 17 S. 18 f. Rz 24). Dort beanstandete er die vorinstanzliche Erwägung, E. stütze die Aussage des Geschädigten, dass er (der Beschwerdeführer) unmittelbar vor der Schussabgabe zum Geschädigten gesagt habe, dass er ihn töten würde. Diese Rüge ist begründet, wie in der vorstehenden Erwägung 4 geprüft wurde. Das von der Vorinstanz als gewichtig bezeichnete Indiz ist zumindest mit der bisherigen vorinstanzlichen Begründung nicht haltbar.

16. Die Vorinstanz erwog, auch das vom Beschwerdeführer geäußerte Motiv für die Schussabgabe, Angst und Panik, spreche für die "Version der gezielten Schussabgabe" (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 53 f. lit. h).

a) Der Beschwerdeführer rügt, es sei nicht nachvollziehbar, darin ein Indiz für die "Version der gezielten Schussabgabe" zu sehen. Er habe vor Vorinstanz im Gegenteil eindeutig und klar von der Version des "Schwarz-werdens-vor-Augen" gesprochen (Beschwerde KG act. 17 S. 19).

b) Die Vorinstanz zitierte verschiedene Aussagen des Beschwerdeführers, wonach er in Angst und Panik gewesen sei und deswegen die Waffe geladen, gezogen und geschossen habe (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 53 f. lit. h). Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander und weist deshalb auch keinen Nichtigkeitsgrund nach.

c) Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers ist es auch haltbar, das Motiv der Angst und Panik für die Schussabgabe als Indiz für die "Version der gezielten Schussabgabe" zu werten. Diese Version stand nicht derjenigen einer ungezielten Schussabgabe, sondern derjenigen eines "Schwarz-werdens-vor-Augen" gegenüber. Hatte der Beschwerdeführer überhaupt ein Motiv für die Schussabgabe (nämlich Angst und Panik), spricht dies bei der tatsächlich erfolgten Schussabgabe mehr für eine gezielte Schussabgabe als für gar keine absichtliche (sondern stattdessen ein "Schwarz-werden-vor-Augen"). Die Rüge geht fehl.

d) In diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer überdies geltend, es sei nicht nachvollziehbar, die Tatsachen, dass er seine Waffe am Vorabend mit scharfer Munition bestückt und in der Tatnacht überhaupt hervor-

gezogen habe, als Indiz für die "Version der gezielten Schussabgabe" zu werten. Laden und Hervorziehen seien zwar notwendige, aber keine hinreichenden Voraussetzungen für eine Schussabgabe gewesen (Beschwerde KG act. 17 S. 20).

Damit argumentiert der Beschwerdeführer an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. Die Vorinstanz schloss keineswegs bereits aus dem Laden und Hervorziehen der Waffe auf die "Version der gezielten Schussabgabe". Sie schloss vielmehr daraus und aus weiteren Umständen auf die Schussabgabe aus Angst und Panik und sah in diesem Motiv ein Indiz (nicht mehr als ein Indiz) für die "Version der gezielten Schussabgabe"; ein Indiz neben anderen, keineswegs als solches allein die "Version der gezielten Schussabgabe" beweisend (bzw., mit den Worten des Beschwerdeführers, eine dafür hinreichende Voraussetzung). Diese Rüge geht fehl.

17. Unter dem Titel "4.3.4 Beweisergebnis" erwog die Vorinstanz, gestützt auf die vom Beschwerdeführer glaubhaft geltend gemachte Sachverhaltsversion der gezielten Schussabgabe sowie gestützt auf die wissenschaftlichen Erkenntnisse der medizinischen und ballistischen Sachverständigen gelte der Kernsachverhalt im Grundsatz als erstellt (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 56). Der Beschwerdeführer bezeichnet dies als offensichtlich falsch und verweist zur Begründung auf seine früheren Ausführungen (Beschwerde KG act. 17 S. 21). Die beanstandete vorinstanzliche Erwägung ist eine Zusammenfassung der vorherigen Erwägungen und eine Schlussfolgerung daraus. Es ist auf die vorstehenden Ausführungen zu verweisen. Einzelne der vorinstanzlichen Erwägungen sind nicht haltbar. Damit kann auch nicht an der (auch) darauf basierenden Schlussfolgerung festgehalten werden. Die Vorinstanz wird neu darüber entscheiden müssen. Dabei steht die Möglichkeit offen, in einer neuen Beweiswürdigung ohne die als willkürlich festgestellten Indizien zum gleichen Ergebnis zu gelangen. Weitere Nichtigkeitsgründe macht der Beschwerdeführer nicht substantiiert geltend.

18. Der Beschwerdeführer rügt, betreffend den ihm vorgeworfenen Eventualvorsatz verletze die Vorinstanz den Grundsatz in dubio pro reo im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BV, weil sie nicht zu seinen Gunsten von der Version "Schwarz-

werden-vor-Augen", sondern von der Version der gezielten Schussabgabe ausgehe (Beschwerde KG act. 17 S. 22 - 24 Rz 28 - 31).

Die Vorinstanz begründete ihre Schlussfolgerung, dass der Beschwerdeführer beim Abfeuern der zwei Schüsse in den Oberkörperbereich des Geschädigten gewusst habe, dass dieser daran hätte sterben können, und dies auch in Kauf genommen habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 62 lit. g), auf mehreren Seiten und unter Verweisung auf die früheren Erwägungen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 59 - 62). Damit setzt sich der Beschwerdeführer an dieser Stelle nicht auseinander. Soweit er seine Erklärung als Zusammenfassung vorher angebrachter Rügen versteht, ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen. Soweit er sie als selbständige Rüge versteht, ist sie ungenügend substantiiert und bloss appellatorisch und ist deshalb darauf nicht darauf einzutreten.

19. Zusammenfassend ist das angefochtene Urteil mit den vorstehend festgestellten Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO behaftet. Diese betreffen die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen, dass nicht die Version "Schwarz-werden-vor-Augen" zutreffe (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 50 lit. e), sondern die Version der gezielten Schussabgabe (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 56 Erw. 4.3.4), und die daraus gezogene Schlussfolgerung, dass der Beschwerdeführer in Kauf nahm, dass der Geschädigte durch seine zwei Schüsse in dessen Oberkörperbereich (angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 62 lit. g) hätte sterben können.

Der Geschädigte macht geltend, die Version "Schwarz-werden-vor-Augen" sei medizinisch gesehen Unsinn. Werde jemandem schwarz vor Augen, sei dies der Beginn einer Ohnmacht. Dabei verkrampften sich die Muskeln nicht, sondern entspannten sich im Gegenteil vollständig. So gebe man gerade keine Schüsse mehr ab (welche eine bewusste Muskelbetätigung voraussetzten statt einer Muskelentspannung als Folge eines Schwarz-werdens-vor-Augen). Die entsprechenden Aussagen des Beschwerdeführers seien nicht glaubhaft. Es könne nicht darauf abgestützt werden. Er habe gemäss Anklage zuerst mit einer Hand in die Luft geschossen, anschliessend die Waffe in beide Hände genommen und schliesslich zweimal von oben herab auf den Oberkörper des Geschädigten geschossen. Es liege auf der Hand, dass er damit gezielte Schüsse habe ab-

geben wollen. Damit sei zumindest der Eventualvorsatz erstellt. Zudem sei der Hammer der Tatwaffe bereits gespannt gewesen, als Beschwerdeführer und Geschädigter das Restaurant verlassen hätten. Den Hahn einer Waffe spanne aber nur, wer die Bereitschaft habe, abzurücken. Sodann habe der Beschwerdeführer während der ganzen Tatrekonstruktion nie erklärt, es sei ihm vor oder während der Schussabgabe schwarz vor den Augen geworden. Dies habe er auch dem Gutachter nicht erklärt. Vielmehr habe er diesem gesagt, er habe zwei Warnschüsse in die Luft abgegeben und dann die Waffe mit beiden Händen gefasst. Auch daraus folge die Absicht, gezielte Schüsse abzugeben. Die Panik, welche der Beschwerdeführer geltend mache, stimme nicht mit den Akten überein (Beschwerdeantwort KG act. 29 S. 3 - 5).

Damit legt der Geschädigte eine Beweiswürdigung dar, welche die Vorinstanz so nicht vorgenommen hat. Es ist, wie eingangs erwähnt, insbesondere bei einem geschworenengerichtlichen Verfahren nicht Sache des Kassationsgerichts, anstelle der Vorinstanz eine eigene Beweiswürdigung vorzunehmen bzw. zu prüfen, ob die im Kassationsverfahren nicht als willkürlich gerügten bzw. erkannten Indizien für sich allein (bzw. ohne die mit Nichtigkeitsgründen behafteten Indizien) zur Begründung eines Schuldspruchs ausreichen oder gar ob andere als die von der Vorinstanz angeführten Gründe den vorinstanzlichen Schuldspruch begründen können. Die Ausführungen des Geschädigten zielen indes genau darauf ab. Darauf kann nicht eingetreten werden. Vielmehr ist das angefochtene Urteil wegen der festgestellten Nichtigkeitsgründe aufzuheben (soweit es darauf beruht; vgl. nachfolgend Erw. 20) und ist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Möglichkeit, dass diese aufgrund einer Neuurteilung ohne die gemäss den vorstehenden Feststellungen mit Nichtigkeitsgründen behafteten Erwägungen zum gleichen Ergebnis gelangt (etwa auch mit den vom Geschädigten angeführten Überlegungen), ist damit nicht verbaut, sondern offen.

20. Der Beschwerdeführer beantragt explizit lediglich die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 "betreffend den Tatbestand der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB" sowie der Dispositiv-Ziffern 2, 6 und 7 des angefochtenen Urteils (Beschwerde KG

act. 17 S. 2). Er nahm damit die weiteren Schuldsprüche (vgl. angefochtenes Urteil GG act. 87 S. 141 Ziff. 1), die Anordnung einer ambulanten Behandlung im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB (Dispositiv Ziff. 3) und die Verpflichtungen zur Zahlung von Schadenersatz und Genugtuungen (Dispositiv Ziffern 4 und 5) von seiner Anfechtung aus.

a) Erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als begründet, so bestimmt das Kassationsgericht (ohne an diesbezügliche Parteianträge gebunden zu sein), welche Punkte des angefochtenen Urteils aufgehoben werden (§ 435 StPO). Wird im Kassationsverfahren nur einer von mehreren Schuldsprüchen eines geschworenengerichtlichen Urteils angefochten und ist dieser mit einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO behaftet, sind einzig der angefochtene Schuldspruch sowie die im Dispositiv des geschworenengerichtlichen Entscheides getroffenen Regelungen, soweit sie auf dem kassierten Schuldspruch beruhen, aufzuheben (ZR 95 [1996] Nr. 23).

b) Vorliegend ist der vorinstanzliche Schuldspruch betreffend versuchte vorsätzliche Tötung mit Nichtigkeitsgründen behaftet und aufzuheben. Die weiteren Schuldsprüche (betreffend vorsätzliche einfache Körperverletzung, fahrlässige Körperverletzung und mehrfaches Vergehen gegen das Waffengesetz) sind davon nicht betroffen und nicht aufzuheben. Die dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz auferlegte Strafe beruht zu einem wesentlichen Teil auf dem Schuldspruch betreffend versuchte vorsätzliche Tötung und ist demzufolge, ebenso wie die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Ziffern 6 und 7 des angefochtenen Urteils, aufzuheben. Aufgrund der Aufhebung der auferlegten Strafe ist überdies auch die Anordnung der ambulanten Behandlung ohne Aufschub des Strafvollzuges aufzuheben.

c) Zwar beruhen der dem Geschädigten Z. zugesprochene Schadenersatz und die ihm zugesprochene Genugtuung (Dispositiv Ziffern 4.a und 5.a des angefochtenen Urteils GG act. 87 S. 141 f.) (im Unterschied zu den den weiteren Geschädigten zugesprochenen Schadenersatzansprüchen und Genugtuungen gemäss Dispositiv Ziffern 4.b, 4.c, 5.b und 5.c) auf dem Schuldspruch betreffend (versuchte eventualvorsätzliche) Tötung. Diese Adhäsionsforderungen unterstehen aber einer beschränkten Dispositionsmaxime (Donatsch/ Schmid, a.a.O.,

N 24 zu § 192). Anerkennt der Angeklagte den Zivilanspruch des Geschädigten, so ist von der Anerkennung im Urteil Vormerk zu nehmen, unabhängig davon, ob das Gericht im fraglichen Anklagepunkt zu einem Schuld- oder Freispruch gelangt (Donatsch/Schmid, a.a.O., N 54 zu § 192). Nahm der Beschwerdeführer das vorinstanzliche Urteil betreffend Schadenersatz und Genugtuung klar von seiner Anfechtung aus, kommt dies einer Anerkennung der Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen im gerichtlich festgelegten Umfang gleich. Das angefochtene Urteil ist deshalb auch diesbezüglich (Dispositiv Ziffern 4 und 5) nicht aufzuheben.

d) Unter einer Aufhebung bloss einzelner Dispositiv Ziffern leidet zwar die Einheitlichkeit des Urteilsspruches. Dies war ein Grund für die frühere Praxis, gemäss welcher das angefochtene Urteil vollumfänglich aufgehoben wurde, wenn ein Nichtigkeitsgrund den Schuld- oder Strafpunkt betraf (ZR 94 [1995] Nr. 17 S. 59 lit. bb; Kass.-Nr. 96/123 vom 24.12.1996 Erw., 3.e; vgl. aber gegenteilig neben dem bereits zitierten ZR 95 Nr. 23 etwa Kass.-Nr. AC050125 vom 2.4.2007 Erw. VIII, Kass.-Nr. AC040108 vom 12.7.2005 Erw. III, Kass.-Nr. 98/262 vom 15.3.1999 Erw. III.1., Kass.-Nr. 98/335 vom 10.1.1999 Erw. III.1, Kass.-Nr. 97/323 vom 12.7.1998 Erw. III.4., Kass.-Nr. 95/268 vom 4.7.1996 Erw. II.b, Kass.-Nr. 378/86 vom 10.2.1987 Erw. 2). Dieser eher kosmetische Aspekt erscheint im vorliegenden Fall als nicht sachgerecht und ist in Kauf zu nehmen.

e) Antragsgemäss sind deshalb in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde (lediglich) die Dispositiv Ziffern 1 erster Schuldpruch (versuchte vorsätzliche Tötung), 2 (Strafe), 3 (Massnahme), 6 und 7 (Kosten und Entschädigung) des Urteils des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2006 aufzuheben und ist die Sache insoweit an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückzuweisen. Im Übrigen (Schuldprüche der vorsätzlichen einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, der fahrlässigen Körperverletzung im Sinne von Art. 125 Abs. 1 StGB und des mehrfachen Vergehens gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 7 WG sowie Art. 9 Abs. 1 lit. e WV; Schadenersatz- und Genugtuungsverpflichtungen des Beschwerdeführers) bleibt das angefochtene Urteil bestehen.

### III.

1. Der Beschwerdeführer obsiegt damit im Beschwerdeverfahren. Die Staatsanwaltschaft stellte keine Anträge und verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 20). Der Beschwerdegegner 2 hingegen beantragte die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde und erstattete eine entsprechende Beschwerdeantwort (KG act. 29). Er unterliegt damit im Beschwerdeverfahren. Entsprechend sind ihm die Kosten desselben aufzuerlegen, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers und diejenigen des unentgeltlichen Geschädigtenvertreters im Beschwerdeverfahren (§ 396a StPO).

2. Der Beschwerdegegner 2 beantragt, auch bei einer Gutheissung der Beschwerde seien die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, und zwar in analoger Anwendung von § 189 Abs. 1 StPO (Beschwerdeantwort KG act. 29 S. 6 unten).

§ 189 StPO regelt die Kosten- und Entschädigungsfolgen im (erstinstanzlichen) Hauptverfahren (III. Abschnitt der StPO). § 396a StPO regelt die Kosten- und Entschädigungspflicht im Rechtsmittelverfahren (vgl. IX. Abschnitt der StPO). Schon aufgrund dieser klaren gesetzlichen Unterscheidung verbietet sich eine "analoge" Anwendung der Kosten- und Entschädigungsregelung von § 189 StPO, soweit diese der Regelung von § 396a StPO widerspricht (vgl. auch explizit § 398 Abs. 1 StPO, wonach auf das Rechtsmittelverfahren die Bestimmungen über das Hauptverfahren [nur] Anwendung finden, soweit sie nicht durch die Bestimmungen des IX. Abschnitts abgeändert werden, was eben auf § 396a im Verhältnis zu § 189 StPO zutrifft). Überdies sieht § 396a StPO selber eine Ausnahmeregelung vor. Für weitere Ausnahmen durch Analogie besteht mithin kein Raum. Die Ausnahmen, welche § 396a StPO zulässt, betreffen direkt das Rechtsmittelverfahren (namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zu ihren Anträgen [im Rechtsmittelverfahren] veranlasst sah). Wer *die Untersuchung* durch was für ein Verhalten veranlasste, ist dafür kein Kriterium. Die vom Beschwerdegegner 2 postulierte Lösung der Kostenverteilung auch im Rechtsmittelverfahren danach, wer die Untersuchung durch ein leichtfertiges oder verwerfliches Benehmen verursachte, hätte zur Folge, dass jeder Verurteilte die Kosten sämtlicher Rechtsmittelverfahren unbesehen um deren Ausgang zu tragen hätte. Dies he-

belte die Regelung von § 396a StPO aus. Es bleibt unter diesem Aspekt bei der Kostenpflicht des im Beschwerdeverfahren unterliegenden Beschwerdegegners 2. Wie seine diesbezüglichen Ausführungen zeigen, war er sich des (gesetzgeberisch durch § 396a StPO vorgesehenen) Kostenrisikos seiner Beschwerdeantwort bewusst. Hätte er dieses vermeiden wollen, hätte er keine Anträge stellen und keine Beschwerdeantwort einreichen sollen (zumal der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Schadenersatz- und Genugtuungsregelung von seinen Aufhebungsanträgen ausnahm; vgl. vorstehend Erw. II.19.c). Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang die Ausführung des Beschwerdegegners 2, er könne das Beschwerdeverfahren nicht beeinflussen (Beschwerdeantwort KG act. 29 S. 7). Wäre dem so, fragte sich, wozu er denn eine Beschwerdeantwort einreichte. Er beeinflusste indes das Beschwerdeverfahren durchaus (allerdings im Ergebnis erfolglos) und wollte das auch, indem er beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, und indem er diese Anträge begründete und zur Beschwerde Stellung nahm. Seine Anträge und deren Begründung wurden durchaus geprüft.

3. Der Beschwerdegegner 2 weist darauf hin, dass ihm die Mittel fehlten, um Verfahrenskosten bezahlen zu können. Es sei ihm denn auch deswegen bereits zu Beginn der Strafuntersuchung ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben worden (Beschwerdeantwort KG act. 29 S. 6 Rz 10 zweiter Absatz).

Einerseits befreit die Beigabe eines unentgeltlichen Geschädigtenvertreters nicht von einer Kostenaufgabe. Andererseits ist ein Gesuch um Befreiung von nach § 396a StPO grundsätzlich aufzuerlegenden Kosten wegen der persönlichen Verhältnisse des Betroffenen nach § 190a StPO zu beurteilen (Kass.-Nr. AC040085 vom 23.5.2005 Erw. III.2 mit Hinweisen). Diese Bestimmung findet gemäss § 398 Abs. 1 StPO auch auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung (Kass.-Nr. AC050070 vom 21.7.2005 Erw. 6). Sie erlaubt ausdrücklich, dass der Lage des Betroffenen erst beim Bezug der Kosten Rechnung getragen wird, so dass der Entscheid nicht notwendigerweise bereits bei der Festsetzung und Auflage der Kosten getroffen werden muss (Kass.-Nr. AC050070 vom 21.7.2005 Erw. 6 mit weiteren Hinweisen).

Die vom Beschwerdegegner 2 mit seinem Gesuch vom 1. November 2004 um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes eingereichten Unterlagen

(GG act. HD 20.4) genügen offensichtlich nicht zum Nachweis, er sei nicht in der Lage, die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens zu bezahlen. Die dortigen Auskünfte über seine eigenen Einkünfte beziehen sich auf die Jahre 2003 und 2004. Über die heutigen Einkünfte des Beschwerdegegners 2 ist nichts bekannt. Über allfällige Erwerbseinkünfte seiner Ehefrau ist den Akten ebensowenig zu entnehmen wie über allfälliges Vermögen des Beschwerdegegners 2 und seiner Ehefrau. Damit kann dem Antrag, dem Beschwerdegegner 2 seien auch bei einer Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde keine Kosten aufzuerlegen, auch unter diesem Aspekt im jetzigen Stadium nicht stattgegeben werden. Es steht ihm jedoch die Möglichkeit offen, einen entsprechenden Antrag auch beim Bezug der Kosten zu stellen und dannzumal seine finanziellen Verhältnisse genügend darzulegen.

Immerhin kann der persönlichen Situation des kostenpflichtigen Beschwerdegegners 2 (er ist Opfer, nicht Täter der zu beurteilenden Straftat) im Sinne von § 190a StPO bereits in diesem Verfahren insoweit Rechnung getragen werden, als die Gerichtsgebühr im unteren Bereich des nach §§ 12 f. der Verordnung über die Gerichtsgebühren Zulässigen angesetzt wird.

4. (...)

#### IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 78 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv Ziffer 1 erster Schuld-spruch (der versuchten vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB), Dispositiv Ziffer 2 (Strafe), Dispositiv Ziffer 3 (Anordnung einer ambulanten Behandlung) sowie Dispositiv Ziffern 6 und 7 (Kosten und Entschädigungen betreffend die Untersuchung und das geschworenengerichtliche Verfahren) des Urteils des Geschworenengerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2006 aufgehoben und wird die Sache insoweit im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 6'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers und der unentgeltlichen Rechtsvertretung des Beschwerdegegners 2, werden dem Beschwerdegegner 2 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. Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Geschworenengericht des Kantons Zürich und an das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: