

ZH_OBERGERICHT SE050014 vom 29. September 2005

ZH Obergericht, 2005-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SE050014

FR: ZH_OBERGERICHT SE050014 du 29 septembre 2005

IT: ZH_OBERGERICHT SE050014 del 29 settembre 2005

Erwägungen

E. 1

Januar 1990 gültige Norm lautet dagegen: "Handelt der Täter besonders skrupellos, sind namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich, so ist die Strafe lebenslängliches Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren." Damit unterscheidet sich das neue Recht sowohl im Text als auch von der Strafdrohung her von der alten Fassung. Es stellt sich die Frage, ob das neue Recht das für den Angeklagten mildere Recht sei. Zur Feststellung, welches das anwendbare mildere Recht ist, bedarf es nach der "konkreten Methode" einer umfassenden Beurteilung des Sachverhaltes nach altem und neuem Recht (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2.A., Zürich 1997, Art. 2 N 11). b) [...] Das in den neuen Text aufgenommene völlige Fehlen von Skrupeln entspricht dem Begriff der besonderen Grausamkeit des alten Rechts (BBl 1985 II 1034). Die neue Formulierung will ausschliesslich jenen Tätertyp erfassen und damit als Mörder qualifizieren, den der Psychiater Hans Binder beschrieben hat: skrupellos, gemütskalt, krass und primitiv egoistisch, ohne soziale Regungen, der sich zur Verfolgung seiner eigenen Interessen rücksichtslos über das Leben anderer Menschen hinwegsetzt (BBl 1985 II 1020ff.). Mord zeichnet sich demnach durch aussergewöhnlich krasse Missachtung fremden Lebens bei der Durchsetzung eigener Absichten aus (BGE vom 23.11.1999 in Sachen C.H.; 6S.163/1998). Zu beachten ist, dass im neuen Recht die Voraussetzungen der Qualifizierung als Mord enger gefasst sind, indem die Alternative der "besonders verwerflichen Gesinnung" gestrichen wurde. Auch die Gefährlichkeit des Täters bildet kein selbstständiges Qualifikationsmerkmal mehr. Andererseits kommt die besondere Skrupellosigkeit inhaltlich der früher massgebenden "besonders verwerflichen Gesinnung" gleich, und die im Gesetz genannten Hauptfälle entsprechen der früher zu diesem letzteren Kriterium entwickelten Bundesgerichtspraxis. Von dieser distanziert sich die Neufassung des Art. 112 StGB immerhin insofern, als sie "Umstände" und "Überlegung" nicht mehr als Beurteilungsgrundlagen nennt. Damit soll sichergestellt werden, dass die besondere Skrupellosigkeit aus der Tat selber hervorgehen muss. Umstände aus der Zeit vor und nach ihrer Begehung fallen ausser Betracht. Zur Reduzierung der möglichen Annahmen von Mord sind alle au-

- 4 - sserhalb des Tatbestandes liegenden Elemente zur Schuldzumessung eliminiert worden (Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8. Aufl. 2003, S. 6). c) Weiter ist zu bemerken, dass das neue Recht alternativ zum lebenslänglichen Zuchthaus eine Strafe von Zuchthaus nicht unter zehn Jahren vorsieht. Damit ist das neue Recht verglichen mit dem alten Recht in dieser Hinsicht das mildere Recht. Ob es dies auch nach der Subsumtion ist, ist nachfolgend abzuhandeln. d) [...] Wenn man alle Aspekte der vorliegenden Anklage unter dem alten wie auch neuen Recht würdigt, so lässt sich kein Unterschied zwischen dem alten und neuen Recht erkennen. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, dass die Anklage

Sachverhalte erfasst, welche heute strafbar wären und damals nicht bzw. vice versa. Gestützt auf das oben erwähnte Element der milderen Strafandrohung des neuen Rechts muss der Schuldspruch vorliegend auf den heutigen Art. 112 StGB, das mildere Recht, gestützt werden. 8.a) Der Angeklagte wurde am 6. März 1987 vom Bezirksgericht B. schuldig gesprochen wegen Freiheitsberaubung, wiederholten Diebstahls, wiederholten versuchten Diebstahls, wiederholten Raubes, wiederholten versuchten Raubes, fortgesetzter Veruntreuung, Fundunterschlagung, Hehlerei, wiederholter Sachbeschädigung, Nötigung, wiederholten Hausfriedensbruchs etc. Er wurde deswegen bestraft mit einer Freiheitsstrafe von vier Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung von 387 Tagen bereits erstandener Haft. a/aa) Die heute zu beurteilende Tat ereignete sich am 22. März 1985, also vor dieser Verurteilung vom 6. März 1987. "Hat der Richter eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat zu Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, so bestimmt der Richter die Strafe so, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die mehreren strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären" (Art. 68 Ziffer 2 StGB). Das Problem der retrospektiven Realkonkurrenz gemäss Art. 68 Ziffer 2 StGB stellt sich also, wenn ein Gericht Delikte zu beurteilen hat, die der Täter begangen hat, bevor er durch ein anderes Gericht wegen anderer Straftaten zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Der Täter ist in diesen Fällen nach Möglichkeit so zu bestrafen,

- 5 - wie wenn die mehreren strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Der Täter soll durch die Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren gegenüber jenem Täter, dessen Taten gleichzeitig beurteilt wurden und der von dem für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung nach Art. 68 Ziffer 1 StGB profitierte, weder benachteiligt noch besser gestellt werden (BGE 120 Ib 54 E. 2a; 109 IV 65 E. 1 zu Art. 41 Ziffer 1 StGB). Der Täter fährt durch die faktische (Art. 68 Ziffer 1 StGB) oder hypothetische (Ziffer 2) einheitliche Beurteilung seiner mehreren Straftaten in der Regel günstiger als bei einer getrennten Beurteilung (BGE 124 II 39 E. 3c S. 43). a/bb) Die Zusatzstrafe, die sich der ersten anfügt, gleicht die Differenz zwischen der ersten, Einsatz- oder Grundstrafe, und der Gesamtstrafe aus, die nach Auffassung des Richters bei Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt worden wäre. Bei der Bemessung der gedanklich zu bestimmenden Zusatzstrafe ist der Richter sowohl in Bezug auf die Straftat als auch hinsichtlich der Art des Vollzugs nicht an den rechtskräftigen ersten Entscheid gebunden (vgl. BGE 116 IV 14 E. 2a und b; 109 IV 90 E. 2d S. 93 mit Hinweisen). a/cc) Das Urteil des Bezirksgerichts B. vom 6. März 1987 ist in Rechtskraft erwachsen. Dieses Urteil ist nicht nur für die Frage von Bedeutung, ob überhaupt und in welchem Umfang eine Zusatzstrafe auszusprechen ist, sondern auch für die Bemessung bzw. Höhe der Zusatzstrafe. Dagegen ist diese Verurteilung vom

E. 6

März 1987, als Grundlage für die nachfolgenden Erwägungen fest. c/gg) Selbst wenn man aber für den damaligen Zeitpunkt als Gesamtstrafe eine tiefere Freiheitsstrafe in Betracht zöge, etwa 20 Jahre Zuchthaus, welche Strafe angesichts der Delikte und des Verschuldens wohl kaum, wenn aber nur bei grösster Milde ausgesprochen worden wäre, so würde sich am Ergebnis nichts ändern, auch wenn die Zusatzstrafe dann 16 Jahre Zuchthaus (20 Jahre abzüglich 4 Jahre) betrüge. Denn auch bei einer Zusatzstrafe "lebenslängliches Zuchthaus" bedarf es – gestützt auf die nachfolgenden Erwägungen – einer Anpassung nach unten und ist auf jeden Fall eine zeitlich fixierte Strafe festzusetzen. d) Zweite

Strafzumessung in Anbetracht des Zeitablaufes d/aa)[...] Die Verteidigung ruft den Strafmilderungsgrund von Art. 64 Abs. 5 StGB an. Der Angeklagte anerkenne die Schadenersatzforderungen und Genugtuungsansprüche der Geschädigten im Grundsatz. d/bb)Damit Art. 64 Abs. 5 StGB zur Anwendung kommen kann, bedarf es nach der Lehre und Rechtsprechung aber mehr. So genügen bloss verbale Äusserungen nicht. Vom Gesetz wird der Ersatz des Schadens verlangt und aufrichtige Reue. Vom Täter wird also eine besondere Anstrengung verlangt (vgl. auch BSK StGB I – Hans Wiprächtiger, Art. 64 N 25 ff.). Tatsächlich hat der Angeklagte aber keinerlei Schadensausgleich vorgenommen. Der Angeklagte macht zudem auch eine offensichtlich schlechte finanzielle Lage geltend, so dass seine Ausführungen richtig betrachtet bloss "Lippenbekenntnisse" darstellen. [...] Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann also gesagt werden, dass das Verhalten des Ange-

- 9 - klagte den Anforderungen der heutigen Lehre und Rechtsprechung an die Betätigung aufrichtiger Reue an sich nicht genügen würde. d/cc)Im Resultat würde dieses Ergebnis der gegenwärtigen äusserst restriktiven bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich der Anwendung des Strafmilderungsgrundes der aufrichtigen Reue entsprechen. Diese Beurteilung ist zu hinterfragen. Es ist nämlich fraglich, warum die Betätigung aufrichtiger Reue immer nur im Verhältnis zum Geschädigten erfolgen soll und zwingend auch mit einer geldwerten Entschädigungszahlung verbunden sein muss, warum also nur derjenige Angeklagte in den Genuss dieses Strafmilderungsgrundes kommen sollte, der die finanziellen Mittel zur Verfügung hat, um eine Entschädigungszahlung zu leisten. Es ist nicht einzusehen, warum nicht auch andere Handlungen, welche einen Wiedergutmachungswert haben oder Ausdruck einer echten inneren Umkehr sind, die gleiche strafmildernde Wirkung zeitigen sollten. Das Gesetz erwähnt das Ersetzen des Schadens in Art. 64 Abs. 5 StGB jedenfalls lediglich im Sinne eines Beispiels und verlangt ihn sogar nur dann und in dem Umfang, als es dem Täter zumutbar ist. Sicher muss der Strafmilderungsgrund der aufrichtigen Reue mit Zurückhaltung Anwendung finden und darf nicht leichthin verwendet werden. Eine allzu grosszügige Zulassung würde Tür und Tor öffnen für diverse Handlungen, welche lediglich im Hinblick auf die Strafzumessung und unter Umständen noch in letzter Minute vorgenommen würden. Doch wird es dem ursprünglichen Gedanken, dass zwar nicht die Tatschuld, aber durch eine konkrete Handlung das Strafbedürfnis herabgesetzt wird (BSK StGB I – Hans Wiprächtiger, Art. 64 N 25), nicht gerecht, wenn eine solche Reuehandlung ausschliesslich in Verbindung mit einer monetären Entschädigung angenommen wird. Vom Fehlbaren wird eine besondere Anstrengung verlangt, welche er freiwillig und uneigennützig sowie ohne den Druck des drohenden oder hängigen Strafverfahrens erbringt. Der Täter muss Einschränkungen auf sich nehmen und alles daran setzen, das begangene Unrecht wieder gut zu machen (BSK StGB I – Hans Wiprächtiger, Art. 64 N 25). Der Angeklagte hat sich vorliegend, ohne der ihm heute zur Last gelegten Tat auch nur im entferntesten erneut verdächtigt worden zu sein, selber bei der Polizei gestellt. Er tat dies zudem 18 Jahre nach der Tat zu einem Zeitpunkt, in welchem diese schon beinahe verjährt war und eine Aufklärung des Delikts und da-

- 10 - mit einer Verurteilung des Angeklagten dafür so gut wie ausgeschlossen werden konnte. Er nahm dadurch nicht nur in Kauf, für diese Tat zur Rechenschaft gezogen und mit einer langjährigen Freiheitsstrafe belegt zu werden, sondern er ermöglichte es auch den beteiligten Geschädigten sowie den ermittelnden und untersuchenden Behörden, mit

der für alle offenen Situation endlich abzuschliessen. Da nicht davon auszugehen ist, dass der Angeklagte noch vor Ablauf der Verjährungsfrist – oder auch später – mit dem begangenen Delikt hätte in Verbindung gebracht werden können, erfolgte diese Selbstanzeige selbstständig und uneigennützig im Sinne der Anforderungen an die Betätigung aufrichtiger Reue. Die in Kauf genommene Einschränkung in Form einer hohen Gefängnisstrafe, was der Angeklagte wusste, ist ausserordentlich gross und der Wert der Lösung, welche der Angeklagte durch die Aufklärung der Tat herbeiführt, darf nicht unterschätzt werden. d/ee) Aufgrund dieser Überlegungen erscheint es richtig, die Selbstanzeige des Angeklagten nach so langer Zeit als aufrichtige Reue im Sinne von Art. 64 Abs. 5 StGB zu qualifizieren. Entsprechend öffnet sich der Strafrahmen nach unten (Art. 65 StGB). d/ff) Der Umstand, dass seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist und sich der Täter in dieser Zeit wohlverhalten hat, ist unter dem Aspekt von Art. 64 StGB zu berücksichtigen. Der Milderungsgrund von Art. 64 Abs. 8 StGB knüpft an den Gedanken der Verjährung an und ist dementsprechend nur dann erfüllt, wenn die Verjährung nahe ist. d/gg) Als Massstab für die "verhältnismässig lange Zeit" gilt dabei nicht die absolute, sondern die relative Verfolgungsfrist (BSK StGB I – Hans Wiprächtiger, Art. 64 N 28, mit Verweisungen). Diese beträgt vorliegend 20 Jahre. Die Tat liegt mittlerweile über 20 Jahre zurück, ist aber aufgrund von Unterbrechungsgründen noch nicht verjährt. Das Bundesgericht hat im Urteil 6S.385/2001 vom 28. August 2001 den Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich, welches diesen Milderungsgrund bei einem Mord nach einem Zeitablauf von 18 Jahren angenommen hat, bestätigt.

- 11 - d/hh) Angesichts der hier massgeblichen Verjährungsfrist von 20 Jahren würde die vorliegend verstrichene Zeit bis zum Vorliegen eines erstinstanzlichen Entscheides (also heute) vom Grundsatz her die Voraussetzungen für eine Strafmilderung nach Art. 64 Abs. 8 StGB erfüllen. Hingegen spricht das frühere Verhalten gegen die vorbehaltlose Anwendung der Norm von Art. 64 Abs. 8 StGB. Einzig das Verhalten des Angeklagten in der Zeit nach seiner letzten Haftentlassung (6. Juli 2001) bzw. in den neun Jahren seit der bedingten Entlassung aus dem Vollzug des Urteils vom 6. März 1987 und der neuerlichen Delinquenz, welche zum Urteil vom 17. März 1999 führte, kann dem Angeklagten hier – zusätzlich zum Strafmilderungsgrund der aufrichtigen Reue – strafmildernd zugute gehalten werden. d/ii) Das Urteil des Bundesgerichts 6S.385/2001 vom 28. August 2001 erwähnt einen vor dem Obergericht des Kantons Zürich am 14. März 2001 verhandelten Fall. Der dortige Angeklagte war Mittäter an einem Raubüberfall. Die Todeschüsse gab aber nicht er ab, sondern sein Freund und Mittäter. So hielt das Obergericht fest, dass das Verschulden des dortigen Angeklagten weniger gravierend sei als dasjenige des Mittäters und eigentlichen Todesschützen. Diese Beurteilung wurde vom Bundesgericht gestützt. Dem dortigen Angeklagten wurde eine "weitergehend verminderte Zurechnungsfähigkeit" attestiert. Wie im heute zu beurteilenden Fall verstrichen zwischen der Tat und der Inhaftierung gegen 20 Jahre. Der dortige Angeklagte hatte sich nach der Flucht im Ausland (Amerika) aufgehalten, wo er studiert hatte und erfolgreich beruflich tätig war. Das Bundesgericht zitiert die Vorinstanz, welche ausführte, die Bestimmung von Art. 64 Abs. 8 StGB in dem damaligen singulären Fall nicht anzuwenden, wäre stossend. Der lange Zeitablauf sei unter diesem Titel stark strafmindernd zu berücksichtigen. Das gelte umso mehr, als sich der Angeklagte in dieser Zeit nicht nur klaglos verhalten habe, sondern sich überdies von einem "hoffnungslosen Fall" zu einem "verantwortungsvollen Bürger und Familienvater" gewandelt habe. Es stehe heute ein anderer Mensch vor dem Gericht als derjenige, der 1983 delinquent habe. Der wesentliche Strafzweck der Resozialisierung sei deshalb auch nach

Ansicht des Gutachters vorliegend erfüllt. Richtigerweise, führte das Bundesgericht im Folgenden aus, habe die Vorinstanz deshalb darauf abgestellt, dass der damalige Täter zu einem anderen Menschen geworden ist. Die eindruckliche Wandlung des

- 12 - Angeklagten nach seiner Flucht sei umso mehr zu berücksichtigen, als dieser von einem ausserordentlich belasteten Vorleben auszugehen hatte. Die diesbezüglichen Schlussfolgerungen der Vorinstanz seien nachvollziehbar und im Ergebnis nicht zu beanstanden. Einer der Grundgedanken der Verjährung sei, dass sich die Identität des Täters mit der Zeit wandeln könne. Diese Erwägungen des Bundesgerichts, können nicht tel quel auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Es gibt in positiver wie negativer Hinsicht entscheidende bzw. entscheidungsrelevante Unterschiede. Zwar liegen zwischen der Tat und dem Geständnis vorliegend auch rund 20 Jahre, aber der Angeklagte hat vorliegend nach der Tat weiter delinquent, ja sogar ähnliche Delikte begangen. Dagegen war der im Bundesgerichtsurteil erwähnte Angeklagte nicht mehr straffällig. Die Differenzen zeigen sich vor allem aber auch darin, dass der heutige Angeklagte am 17. März 1999 ein weiteres Mal verurteilt wurde. Von einem gänzlichen Wohlverhalten des Angeklagten, in der Zeit nach der Tat, kann daher nicht ausgegangen werden. Hinzu tritt, dass dem heutigen Angeklagten im Gegensatz zum dortigen Angeklagten für die Mordtat nur eine geringfügige Verminderung der Zurechnungsfähigkeit zu Gute gehalten werden kann. Auch war der Tatbeitrag des heutigen Angeklagten massgeblich schwerer, hat doch er die tödlichen Schüsse selbst abgegeben, während der dortige Angeklagte Mittäter war, was zu einer anderen, nämlich leichteren Bewertung des Verschuldens führte. Andererseits fällt vorliegend entscheidend zu Gunsten des heutigen Angeklagten ins Gewicht, dass der heutige Angeklagte von sich aus das Gespräch mit der Polizei gesucht hat und umgehend ein Geständnis abgelegt hat. Im zitierten Entscheid des Bundesgerichts war der dortige Angeklagte bereits verurteilt. Das Aufdecken der falschen Identität führte zu einer Verhaftung in den USA. Schliesslich wurde der dortige Angeklagte an die Schweiz ausgeliefert. Das Geständnis wiegt vorliegend deshalb weit stärker. Hinzu kommt, dass dem heutigen Angeklagten die Tat ohne sein Geständnis nicht hätte nachgewiesen werden können. e) Ausgehend von einer lebenslänglichen Zuchthausstrafe, zumindest aber minimalen Zusatzstrafe von 16 Jahren Zuchthaus, ist die "zweite Strafzumessung in Anbetracht des Zeitablaufes" vorzunehmen. Hier sind vor allem der Zeitablauf,

- 13 - das Geständnis nach über 19 Jahren, geprüft unter den Strafmilderungsgründen von Art. 64 Abs. 5 StGB und Art. 64 Abs. 8 StGB, und die aktuelle Situation des Angeklagten zu berücksichtigen. Diese Reduktionsgründe führen zu einer gedanklichen Reduktion des Strafmasses um rund die Hälfte. f) In Berücksichtigung aller Strafzumessungskriterien, vor allem der Anpassung der tatzeitaktuellen ersten Strafzumessung durch nachträgliche strafzumessungsrelevante Faktoren, erscheint für den Angeklagten eine Bestrafung mit 8 Jahren, als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts B. vom 6. März 1987, als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten angemessen. Dieses Urteil ist noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Zurzeit ist eine Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich hängig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.