



Kass.-Nr. AC040035/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Sitzungsbeschluss vom 22. November 2004

in Sachen

X.,

Angeklagter, Zweitappellant und Beschwerdeführer

bisher: amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

neu: amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

8001 Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Ulrich Arbenz,

betreffend

Betrug etc. und Widerruf

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Januar 2004 (SB030511/U/gk)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde im Berufungsverfahren mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts (Vorinstanz) vom 30. Januar 2004 - wie schon mit Urteil vom 15. August 2003 vom Bezirksgericht ____ (BG act. 61) - des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB, der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB sowie der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB schuldig gesprochen. Er wurde mit 16 Monaten Gefängnis, unter Anrechnung von 3 Tagen Untersuchungshaft, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts ____ vom 27. Oktober 1999 und zum Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft ____ vom 13. März 2001, bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre angesetzt. Der Beschwerdeführer wurde überdies zu Entschädigungsleistungen gegenüber verschiedenen Geschädigten verpflichtet; in einem allfälligen Mehrbetrag wurden die Schadenersatzbegehren auf den Zivilweg verwiesen. Das Schadenersatzbegehren einer Geschädigten wurde vollumfänglich auf den Zivilweg verwiesen. Mit Beschluss vom gleichen Tag ordnete das Obergericht den Vollzug der mit Urteil des Bezirksgerichts ____ ausgefallten Freiheitsstrafe von 16 Monaten Gefängnis sowie der Gefängnisstrafe von 45 Tagen gemäss Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft ____ an (OG act. 73 bzw. KG act. 2).

2. Gegen den Entscheid des Obergerichtes liess der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden (OG act. 76 bzw. KG act. 4). Am 14. April 2004 ging innert der vom Obergericht angesetzten Frist (vgl. OG act. 78) die Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht ein (KG act. 1). Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Kassationsgerichtes vom 5. Mai 2004 wurde Rechtsanwalt lic. iur. ____ als amtlicher Verteidiger des Beschwerdeführers entlassen und Rechtsanwalt Dr. iur. ____ als neuer amtlicher Verteidiger ernannt (KG act. 7). Dem Gesuch von Rechtsanwalt ____ um Wiederherstel-

lung der Frist zur Beschwerdebegründung (KG act. 9) wurde mit Beschluss vom 18. Juni 2004 entsprochen (KG act. 10).

Mit der am 3. September 2004 eingegangenen und damit fristgerecht begründeten Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beschwerdeführer, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 12 S. 2).

3. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung (KG act. 15), die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) auf Beschwerdeantwort (KG act. 16) verzichtet.

4. Der frühere amtliche Verteidiger hat auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet und begründet (OG act. 80 und 81).

II.

1. Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanzen hätten ihren Entscheid in Bezug auf die Fragen der Zurechnungsfähigkeit und der Anordnung einer ambulanten Massnahme auf ein psychiatrisches Gutachten gestützt, welches verschiedene formelle und materielle Mängel aufweise und daher prozessual nicht verwertbar sei (KG act. 12 S. 3). Die Beschwerde zielt damit auf den Nichtigkeitsgrund der Verletzung gesetzlicher Prozessformen zum Nachteil des Beschwerdeführers im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Das Kassationsgericht prüft frei, ob ein Gutachten mangelhaft ist (Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 22 zu § 430 StPO).

2. Die Vorinstanz hielt - im Zusammenhang mit der im vorliegenden Verfahren interessierenden Frage des psychiatrischen Gutachtens - zunächst fest, die Verteidigung habe anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht ____ einen schriftlichen Bericht von Dr. W., Psychiater und behandelnder Therapeut des Beschwerdeführers, eingereicht (KG act. 2 S. 8). Gestützt auf diesen Kurzbericht habe das Bezirksgericht ein Gutachten zur Frage der Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers und der allfälligen Anordnung einer Massnahme angeordnet.

Das Gutachten sei am 20. Mai 2003 von med. pract. Y., Leitender Arzt an der Fachstelle für Psychiatrische Begutachtung, zusammen mit med. pract. Z. erstellt worden. Die Gutachter seien in Kenntnis der Akten, insbesondere der Einschätzung im Bericht von Dr. W., nach einem Telefongespräch mit Dr. W. und eigenen Untersuchungen des Beschwerdeführers zum Schluss gekommen, dass weder zur Tatzeit noch zur Zeit der Begutachtung des Beschwerdeführers eine Erkrankung im psychiatrischen Sinne vorliege (KG act. 2 S. 9).

3.1 a) Mit seiner ersten Rüge wendet der Beschwerdeführer ein, das Bezirksgericht ____ habe im Beschluss vom 27. November 2002 entgegen § 110 StPO nicht einen Sachverständigen persönlich, sondern die "Fachstelle für Psychiatrische Begutachtung ____" mit der Begutachtung beauftragt. Auch das nachfolgende Auftragschreiben sei an diese Institution gerichtet, selbst wenn sich dort noch der Vermerk "zu Händen" von Y. befinde. Eine solche Auftragserteilung verletze § 110 StPO (KG act. 12 S. 5 Ziff. 3.3.a).

b) Die Wahl des Sachverständigen steht der Untersuchungsbehörde (§ 110 Abs. 1 StPO), nach der Erhebung der Anklage dem Richter zu (Donatsch, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 1 zu § 110 StPO m.w.H.). Die Bestellung des gerichtlichen Sachverständigen erfolgt mit prozessleitendem Entscheid, wobei die Anfrage an den vorgesehenen Sachverständigen sowie dessen Bestellung nicht notwendigerweise schriftlich erfolgen müssen, es besteht diesbezüglich kein Formzwang (Donatsch, in Donatsch/Schmid, a.a.O. N 2 und N 13 zu § 110 StPO). Das Kassationsgericht hat in seinem Entscheid von 7. Juli 2001 (publiziert in ZR 101 Nr. 8) unter Hinweis auf den Kommentar zur zürcherischen Strafprozessordnung (Donatsch, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 3 zu § 110 StPO) festgehalten, der Auftrag zur Erstattung eines Gutachtens dürfe nur einer bestimmten natürlichen Person und nicht einer Institution erteilt werden. Diese Ansicht wird auch von weiteren Autoren vertreten (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel u.a. 2002, § 64 N 6; Maier/Möller, Das gerichtopsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, S. 103). Die persönliche Bezeichnung des Sachverständigen bzw. Gutachters folgt daraus, dass das Justizorgan die Verantwortung für die Auswahl mit Blick sowohl auf das Fachwissen als auch das

Fehlen von Ausschlussgründen trägt, sowie daraus, dass der Sachverständige in Anwendung von § 113 StPO auf die strafrechtlichen Folgen eines falschen Gutachtens aufmerksam zu machen ist (Donatsch, in Donatsch/Schmid, a.a.O.).

c) Nach dem Gesagten erweist sich der Vorwurf des Beschwerdeführers als unbegründet. Es trifft zwar zu, dass die Erstinstanz im Beschluss vom 27. November 2002 festhielt, es werde ein Gutachten bei der Fachstelle für psychiatrische Begutachtung ____ eingeholt (BG act. 33 S. 2). Dieser Beschluss erweist sich aber nicht als alleine massgebend. Aus dem eigentlichen Auftragschreiben (BG act. 35) geht - entgegen der Meinung des Beschwerdeführers - genügend deutlich hervor, dass sich der Gutachtensauftrag an med. pract. Y. richtete. Dies ist einerseits aus der Adresse "Integrierte Psychiatrie ____, z.Hd. Herr Y." ersichtlich, da diese Anschrift durchaus den hiesigen Gepflogenheiten entspricht und auch nicht anders zu erwarten wäre, wenn der Gutachter im Beschluss vom 27. November 2002 namentlich genannt worden wäre. Andererseits lautet die Anrede im besagten Schreiben auch "Sehr geehrter Herr Y." und es wird im Auftragsschreiben zudem Bezug genommen auf eine vorangegangene Anfrage ("Unter Hinweis auf mein Telefon mit Ihnen vom 28. November 2002 bitte ich Sie deshalb um Erstattung eines psychiatrischen Gutachtens zu den folgenden Fragen"; BG act. 35 S. 2). Sich (auch) auf das Auftragsschreiben vom 28. November 2002 zu stützen rechtfertigt sich sodann auch deshalb, weil dieses - und nicht der Beschluss vom 27. November 2002 - nicht nur die massgeblichen Fragen, sondern auch die bereits erwähnten notwendigen Hinweise an den Sachverständigen (Folgen eines falschen Gutachtens, Pflicht zur Verschwiegenheit, Beizug von Mitarbeitern) enthält (BG act. 35 S. 2 f.). Hinzu kommt, dass eine Kopie des Auftragsschreibens dem (damaligen) amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers zugestellt wurde. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

Ob die Rüge im derzeitigen Verfahrensstadium noch vorgebracht werden kann oder ob sie - analog der Rüge des Vorliegens eines Ablehnungsgrundes (vgl. dazu ZR 101 Nr. 13) - noch während des Verfahrens vor der betreffenden Instanz hätte geltend gemacht werden müssen, kann bei dieser Sachlage offen bleiben.

3.2 a) Der Beschwerdeführer macht weiter eine Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör geltend. Er habe keine Gelegenheit erhalten, zur Fragestellung bzw. zum Gutachten selbst Ergänzungsfragen anzubringen (KG act. 12 S. 5 Ziff. 3.3.b).

b) Die Verfahrensbeteiligten haben zufolge ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör das Recht auf Stellungnahme zu den Gutachterfragen wie auch zum Gutachten. Nicht erforderlich ist aber nach zürcherischem Prozessrecht, dass die Gelegenheit zur Mitwirkung bereits bei der Auftragserteilung eingeräumt wird. Es genügt, wenn die Verfahrensbeteiligten zu einem späteren Zeitpunkt, beispielsweise im Zusammenhang mit der Kenntnisnahme vom Gutachten, Ergänzungsfragen stellen können (Helfenstein, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Zürich 1978, S. 150 f.; Donatsch, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 23 zu § 115 StPO m.w.H.; Kass.-Nr. 89/362, Entscheid vom 31. Juli 1990 i.S. T.). Dem Angeschuldigten muss auch deshalb Gelegenheit geboten werden, allfälligen Einvernahmen eines Sachverständigen beizuwohnen und jedenfalls, d.h. auch wenn keine Einvernahme durchgeführt wird, Ergänzungsfragen an den Sachverständigen betreffend die Expertise zu stellen, damit u.a. die Qualität des Gutachtens und die Frage allfälliger Mängel i.S. von § 127 StPO überprüft werden können (Donatsch, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 3 zu § 127 StPO).

c) Im vorliegenden Fall beschloss die Erstinstanz das Einholen eines psychiatrischen Gutachtens im Anschluss an die Hauptverhandlung (BG Prot. S. 16). Das Gutachten datiert vom 20. Mai 2003 (BG act. 44). Mit Beschluss vom 21. Mai 2003 wurde der Bezirksanwaltschaft _____ sowie dem Beschwerdeführer bzw. dessen Verteidiger je eine Kopie des Gutachtens zugestellt und den Parteien eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um zum Gutachten schriftlich Stellung zu nehmen (BG act. 45). Bei dieser Sachlage - die Möglichkeit der Stellungnahme umfasst ohne Weiteres auch das Recht, Ergänzungsfragen zu stellen bzw. stellen zu lassen - ist jedoch der beschwerdeführerischen Rüge der Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör der Boden entzogen.

3.3 a) Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass das Gutachten von med. pract. Z. und med. pract. Y. unterzeichnet worden sei und die Verfasser regelmä-

ssig den Plural verwendeten, z.B. wenn sie erwähnten, mit Schreiben vom 28. November 2002 sei ihnen ("uns") der Auftrag erteilt worden. In keinem Dokument des Gerichts, bemängelt der Beschwerdeführer, sei jemals der Name von Z. erwähnt worden. Selbst wenn Z. als Hilfsperson hätte herangezogen werden können, hätte keine Grundlage bestanden, Z. als theoretisch offensichtlich gleichberechtigte **Mitgutachterin** (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift) heranzuziehen. Zwar habe das Kassationsgericht in einem früheren Entscheid die gängige Praxis der weitgehenden Delegation der wichtigsten Aufgaben vom Gutacher zu Hilfspersonen dem Grundsatz nach nicht beanstandet, doch werde diese gängige Praxis in der Literatur ausgesprochen deutlich und mit überzeugenden Argumenten kritisiert. Es müsse demnach erst recht unzulässig sein, ohne Rücksprache mit dem Auftraggeber ein Tandem zu bilden. Ein solches Vorgehen finde in §§ 109 ff. StPO keinerlei Grundlage (KG act. 12 S. 5 f. Ziff.3.3.c).

Im Weiteren wendet der Beschwerdeführer ein, es stelle gemäss psychiatrischer Standardliteratur einen groben Fehler dar, wenn das Gutachten von mehreren Personen unterschrieben werde, ohne dass klar sei, wer von diesen Ärzten oder Psychologen welche Aufgaben übernommen habe und wer die Verantwortung für die Schlussfolgerungen trage. Vorliegend bleibe die Rollenverteilung zwischen den beiden unterzeichnenden Personen völlig intransparent, weshalb das Gutachten an einem erheblichen fachlichen Mangel leide und es die Anforderungen von §§ 109 ff. StPO nicht erfülle. Zwar sei es nicht ausgeschlossen, mehrere Sachverständige zu bestellen, wobei in diesem Fall aus dem Gutachten unmissverständlich hervorgehen müsse, wie die Aufgabenteilung vorgenommen worden sei. Im vorliegenden Gutachten werde die Aufgabenteilung mit keinem Wort erwähnt (KG act. 12 S. 6 Ziff. 3.3.d).

Schliesslich kritisiert der Beschwerdeführer, es lasse sich dem Gutachten auch nicht entnehmen, dass sich Y. hinreichend Zeit genommen habe, sich ein persönliches Bild zu machen, sodass davon ausgegangen werden müsse, Y. habe keinen hinreichenden **persönlichen Eindruck** (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift) vom Beschwerdeführer gewonnen, was im Ergebnis ebenfalls zur Unverwertbarkeit des Gutachtens führen müsse (KG act. 12 S. 6 Ziff. 3.3.e).

b) Die Vorinstanz hielt fest, der Einwand des (früheren) Verteidigers, med. pract. Y. habe mit dem Beschwerdeführer lediglich an einer Sitzung ein eingehendes Gespräch geführt, was derart klare Aussagen im Gutachten bei der Beurteilung des vorliegenden Falles nicht zulasse, sei insofern nicht stichhaltig, als med. pract. Y. als Gutachter dazu ermächtigt gewesen sei, für die Ausarbeitung des Gutachtens unter seiner Verantwortung Mitarbeiter beizuziehen. Von dieser Möglichkeit habe med. pract. Y. offenbar Gebrauch gemacht, und das Gutachten sei dementsprechend sowohl von ihm als auch von der beigezogenen Mitarbeiterin med. pract. Z., welche das erste Gespräch mit dem Beschwerdeführer geführt habe, unterzeichnet worden (KG act. 2 S. 13).

c) Das Kassationsgericht hat sich - wie in der Beschwerdeschrift zutreffend vermerkt - in seiner Entscheidung vom 10. Juli 1997 (publiziert in ZR 97 Nr. 25) mit der Thematik der persönlichen Erstattung eines psychiatrischen Gutachtens bzw. der Zulässigkeit der Delegation befasst. Es sei unbestritten, wurde in jenem Entscheid festgehalten, dass der Sachverständige unter seiner Verantwortung Hilfspersonen beiziehen dürfe, insbesondere wenn dies im Gutachtensauftrag ausdrücklich so festgehalten werde. Umstritten sei in der Literatur, wie weit die Delegation der dem Sachverständigen übertragenen Aufgaben im konkreten Fall gehen dürfe, wobei immerhin anerkannt werde, dass der Beizug von Hilfskräften - entgegenstehende gesetzliche Vorschriften vorbehalten - zulässig sei, wobei es aber in der Regel Aufgabe dieser Hilfspersonen sein werde, dem Sachverständigen 'Handlungen und Untersuchungen untergeordneter Art abzunehmen, namentlich im Zusammenhang mit der Beschaffung der Grundlagen und des Tatsachenstoffes für das Gutachten'. Die massgeblichen Tatsachenfeststellungen und deren Auswertung seien jedoch dem eigentlichen Experten vorzubehalten. Das Kassationsgericht kam unter Berücksichtigung verschiedener Literatur zum Schluss, es sei erforderlich, dass der bestellte Sachverständige effektiv seine Fachkenntnisse einbringe, während es als zulässig erscheine, dass im Rahmen der vorangehenden Informationsbeschaffung in gewissem Umfang eine Delegation an andere Personen stattfinde. Diese Delegation dürfe aber nicht so weit gehen, dass die Informationsbeschaffung vom eigentlichen Sachverständigen völlig aus der Hand gegeben und an eine Hilfsperson delegiert werde, jedenfalls dann,

wenn jenem damit eine effektive Kontrolle und Überprüfung des Gutachtens verunmöglicht werde. Die abschliessende Beurteilung beruhe ja auf den gesammelten Informationen; seien diese unvollständig oder falsch, so leide notwendigerweise auch die Beurteilung und damit das Gutachten selbst an entsprechenden Mängeln.

Es besteht kein Anlass, von diesen Grundsätzen abzuweichen. Daran vermag auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Kritik der Autoren Maier/Möller nichts zu ändern. Dieser Kritik liegt nämlich zunächst genau jener Sachverhalt zugrunde, den das Kassationsgericht mit dem vorerwähnten Entscheid beanstandete, dass nämlich der ernannte Sachverständige einen Dritten beauftragt, nur noch dessen Bericht prüft, allenfalls einige stilistische Änderungen vornimmt und den Bericht als Gutachten an die Justizbehörde weiterleitet (Maier/Möller, a.a.O., S. 109 f.). Ebenso gehen die erwähnten Autoren bei ihrer Kritik von Konstellationen aus, bei denen es sich bei den Dritten um einen Psychologen, und nicht um Ärzte handelt. Das Fazit der Autoren lautet denn auch nicht dahingehend, dass der Beizug von Hilfspersonen gänzlich unterbunden werden sollte, vielmehr schlagen sie verschiedene Vorkehrungen vor um sicherzustellen, dass ein Gutachten den gesetzlichen Formerfordernissen gerecht werde (Maier/Möller, a.a.O., S. 112 f.).

d) Aus dem Gutachtensauftrag vom 28. November 2002 ergibt sich, dass med. pract. Y. ermächtigt wurde, für die Ausarbeitung des Gutachtens unter seiner Verantwortung Mitarbeiter beizuziehen, welche auf die im Auftrag erwähnten Androhungen (Inpflichtnahme) hinzuweisen seien (BG act. 35 S. 3). Aus dem - wie bereits erwähnt von med. pract. Z. und med. pract. Y. unterzeichneten - Gutachten geht hervor, dass am 28. Februar und am 10. April 2003 Explorationsgespräche von insgesamt 3 1/2 Stunden Dauer stattgefunden haben (BG act. 44 S. 1). Ebenso ergibt sich aus der Frontseite des Gutachtens, dass es sich bei med. pract. Y. um den Leitenden Arzt der Fachstelle für Psychiatrische Begutachtung handelt. Zu erwähnen ist sodann, dass der Beschwerdeführer anlässlich der Berufungsverhandlung selber ausführte, die erste Sitzung habe mit Frau Dr. Z. stattgefunden, die zweite Sitzung mit Dr. Y. (OG Prot. S. 9). Damit in Einklang

stehen die Ausführungen des damaligen amtlichen Verteidigers des Beschwerdeführers, wonach der Beschwerdeführer das erste Mal einzig von Frau Z. betreut resp. abgeklärt worden sei. Der leitende Gutachter habe den Beschwerdeführer lediglich zwischen 3 bis 4 Minuten an dieser ersten Sitzung gesehen. Dr. Y. habe nur ein einziges Mal mit dem Beschwerdeführer ein einlässliches Gespräch geführt. Dies sei an der zweiten Sitzung gewesen (OG Prot. S. 12 f.).

e) Soweit der Beschwerdeführer die Unzulässigkeit der Delegation geltend macht, ist dieser Einwand im Lichte der dargelegten Rechtsprechung unbegründet. Wie sich aus dem vorstehend Gesagten ergibt, ist der zulässigen Delegation dadurch eine Grenze gesetzt, dass die Erstattung eines psychiatrischen Gutachtens dann den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt, wenn der vom Gericht bestellte Gutachter dem Exploranden überhaupt nie (oder insgesamt nur während wenigen Minuten) persönlich begegnet ist. Im vorliegenden Fall hat sich med. pract. Y. als beauftragter und damit verantwortlicher Sachverständiger durch das Gespräch am 10. April 2004 einen persönlichen Eindruck vom Exploranden verschafft. Damit ist davon auszugehen, dass ihm nicht nur eine effektive Kontrolle und Überprüfung der von der Hilfsperson - med. pract. Z. - gesammelten Informationen möglich war, sondern er auch seine Fachkenntnisse einbringen konnte. Sofern diese Anforderungen erfüllt sind, ist nicht massgebend, ob man die Zusammenarbeit von Gutachter und Hilfsperson als Tandem oder Teamwork bezeichnen will. Letztlich bleibt es dabei, dass es der vom Gericht beauftragte Sachverständige ist, welcher die alleinige Verantwortung trägt. Insofern erweist sich auch der Einwand des Beschwerdeführers, die Rollenverteilung unter den Beteiligten bleibe intransparent, als nicht stichhaltig. Auch wenn sowohl med. pract. Z. als auch med. pract. Y. das Gutachten unterzeichnet haben, geht bereits aus der Auftragserteilung hervor, wer die Verantwortung für die Schlussfolgerungen trägt. Es hiesse übertriebene Anforderungen an ein (psychiatrisches) Gutachten zu stellen, wollte man verlangen, dass jede im Gutachten festgehaltene Erkenntnis dem einen oder anderen an der Begutachtung Beteiligten zugeordnet werden müsste. Insoweit erweisen sich die in der Literatur postulierten und in der Beschwerde zitierten Anforderungen (KG act. 12 S. 6 mit Hinweis auf Venz-

laff/Foerster [Hrsg. Klaus Foerster], Psychiatrische Begutachtung, 4. Aufl., München 2004, S. 47) als der Praxis nicht angemessen und überrissen.

Zuzustimmen ist dem Beschwerdeführer immerhin darin, dass sich aus dem Gutachten nicht ergibt, zwischen welchen Personen die Gespräche stattgefunden haben bzw. dass sich med. pract. Y. hinreichend Zeit genommen hat, sich ein persönliches Bild vom Beschwerdeführer zu machen. Solche Angaben wären wohl in der Regel notwendig. Im vorliegenden Fall führt deren Fehlen jedoch nicht zur Gutheissung der Beschwerde, nachdem aus den Ausführungen des Beschwerdeführers bzw. seines Verteidigers vor Vorinstanz hervorgeht, dass ein einlässliches Gespräch zwischen dem Beschwerdeführer und med. pract. Y. am 10. April 2003 stattgefunden hat.

Damit ergibt sich im Sinne eines Zwischenergebnisses, dass der Beschwerdeführer mit seiner Argumentation keinen Nichtigkeitsgrund darzulegen vermag.

4.1 a) Der Beschwerdeführer erachtet das Gutachten sodann als widersprüchlich. Zum einen werde bezüglich der Massnahmefähigkeit und -bedürftigkeit im Gutachten darauf hingewiesen, die innerpsychischen Konflikte seien nach wie vor ungelöst. Weiter heisse es: "Die Therapie dürfte einen entscheidenden präventiven Faktor in der weiteren Entwicklung darstellen" und es scheine für den weiteren Verlauf eine zentrale Rolle zu spielen, inwieweit der Beschwerdeführer in der Lage sei, seine eigenen Kräfte im Sinne eines psychischen Gleichgewichtes aufrechterhalten zu können. Demgegenüber werde an anderer Stelle des Gutachtens behauptet, die Wahrscheinlichkeit, dass eine Therapie an der Grundpersönlichkeit viel zu verändern vermöge, sei gering. Nur schon aufgrund dieses Widerspruchs, ist der Beschwerdeführer der Meinung, hätte die Vorinstanz, entsprechend dem Eventualantrag der Verteidigung, ein Obergutachten einholen müssen, erweise sich doch das Gutachten als ungenau im Sinne von § 127 StPO. Zudem hätte die Vorinstanz nicht einseitig nur auf die zweite Passage abstellen dürfen (KG act. 12 S. 6 f. Ziff. 3.3.f).

b) Es kann offen bleiben, ob der Vorwurf des Beschwerdeführers berechtigt ist. Der behauptete Widerspruch würde sich jedenfalls nicht auf den angefochte-

nen Entscheid auswirken. Die Vorinstanz sah nämlich - in Übereinstimmung mit dem Gutachten - in erster Linie deshalb von der Anordnung einer Massnahme ab, weil sie eine Persönlichkeitsproblematik in forensisch relevantem Ausmass und damit von vornherein einen kausalen Zusammenhang zwischen der Tat und einer Persönlichkeitsstörung verneinte (KG act. 2 S. 19 ff.). Selbst wenn sich die Ausführungen des Gutachtens im Hinblick auf die Rückfallsprognose als widersprüchlich erwiesen, bliebe es mit der Verneinung einer forensisch relevanten Persönlichkeitsproblematik bei der Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer Massnahme im Sinne von Art. 43 StGB fehlten. Auf die Rüge ist damit nicht einzutreten.

4.2 a) Weiter wendet der Beschwerdeführer ein, es würden im Gutachten zahlreiche Faktoren erwähnt, welche darauf hinwiesen, dass eine forensisch-psychisch relevante Krankheit vorliege (Anpassungsstörungen, depressive Verstimmung, Therapie als entscheidender präventiver Faktor etc.). Dennoch werde verneint, dass von einer relevanten psychischen Störung auszugehen sei, ohne dass dies hinreichend begründet werde. Es würden verschiedene Symptome aufgezählt und es werde eine Schlussfolgerung gezogen, ohne dass ersichtlich sei, weshalb die unstreitig vorhandenen Symptome nicht allenfalls zum gegenteiligen Schluss führen könnten und müssten. Die unzureichend begründete Feststellung, es liege keine forensisch relevante psychische Beeinträchtigung vor, lasse im Sinne von § 127 StPO Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens aufkommen, was die Vorinstanzen hätte veranlassen müssen, eine Ergänzung des Gutachtens zu veranlassen bzw. einen neuen Gutachter zu bestellen, zumal Dr. W. mehrfach zu einem anderen Ergebnis gelangt sei (KG act. 12 S. 7 Ziff. 3.3.g).

b) Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich - soweit mit der Kritik nicht allenfalls eine vom materiellen Bundesrecht beherrschte Thematik tangiert wird - als unbegründet. Es liegt auf der Hand, dass sich nicht jede (menschliche) Schwäche bzw. jedes Abweichen von der Norm auf die sich in einem Strafverfahren möglicherweise stellenden Fragen auswirken kann. Selbst die Feststellung einer in ICD-10 beschriebenen Störung bedeutet nicht zwangsläufig, dass diese Diagnose auch forensische Relevanz hat (Nedopil, Forensische Psychiatrie,

2. Aufl., Stuttgart 2000, S. 82). Entsprechend wird im Gutachten etwa dargelegt, der Beschwerdeführer neige aufgrund der beschriebenen Persönlichkeitsstruktur dazu, sich zu erschöpfen und im Rahmen dieser Erschöpfungen beschreibe er wiederholte depressive Verstimmungen, welche wahrscheinlich sowohl aus einer Erschöpfung als auch aus einer ständig sich wiederholenden emotionalen Enttäuschung resultiert hätten. Die depressiven Verstimmungen hätten jedoch, soweit dies retrospektiv beurteilt werden könne, nie das Ausmass einer den diagnostischen Kriterien nach ICD-10 entsprechenden depressiven Episode, nicht einmal leichten Ausmasses, gehabt (BG act. 44 S. 10). Weiter wird im Gutachten ausgeführt, die Persönlichkeitszüge des Beschwerdeführers zeigten abhängigen Charakter, jedoch rechtfertige auch hier die Ausprägung nicht die Diagnose einer abhängigen Persönlichkeitsstörung. Das Ausmass der abhängigen Züge, vor allem im Bereich der partnerschaftlichen Beziehung, sei erheblich. Dahinter stehe auch eine Selbstwertproblematik, die der Beschwerdeführer immer durch äusseren Erfolg zu kompensieren versucht habe. Die dadurch immer wieder entstandene innere Leere dürfte im Sinne einer reaktiven Symptomatik auch die depressiven Verstimmungen hervorgerufen haben. Die Symptomatik sei jedoch in einem Rahmen geblieben, der es dem Beschwerdeführer nach wie vor erlaubt habe, sozial zu funktionieren und seinen Pflichten nachzugehen, wobei sicher ein erheblicher Leidensdruck bestanden habe (BG act. 44 S. 11). Angesichts dieser Ausführungen im Gutachten ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass beim Beschwerdeführer gewisse Beeinträchtigungen festgestellt werden konnten, ohne dass diese aber derart wesentlich von denjenigen einer durchschnittlichen Person abweichen würden, dass ihnen eine forensische Relevanz zukäme. Eine weitere Begründung war nicht erforderlich, Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens ergeben sich keine. Dass sich eine psychiatrische Therapie bei dieser Sachlage als hilfreich und sinnvoll erweist, wie dies im Übrigen bei einer Vielzahl von Personen der Fall ist, vermag daran nichts zu ändern.

5. a) Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, das Obergericht bringe zumindest implizit zum Ausdruck, das psychiatrische Gutachten sei für die Richter bindend. Dies treffe jedoch natürlich nicht zu, unterlägen doch Gutachten der freien richterlichen Beweiswürdigung. Das Gericht sei an die Stellungnahme des

Sachverständigen nicht gebunden, auch wenn gemäss ständiger Praxis ein Abweichen von Gutachten nur aus triftigen, sachlich vertretbaren Gründen zulässig sei. Die falsche Rechtsauffassung des Obergerichts habe offensichtlich dazu geführt, dass sich die Vorinstanz nur oberflächlich mit den Berichten von Dr. W. auseinandergesetzt habe, was ebenfalls eine Verletzung von Verfahrensvorschriften im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO darstelle (KG act. 12 S. 8 Ziff. 3.3.i).

b) Das Vorbringen des Beschwerdeführers bezieht sich auf die vorinstanzliche Erwägung, wonach sämtliche Voraussetzungen für die Anordnung einer therapeutischen Massnahme, die in den psychiatrischen Fachbereich gehörten, auf das Gutachten abzustützen seien (KG act. 2 S. 20). Mit diesen Ausführungen bringt die Vorinstanz jedoch - entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung - nicht, auch nicht implizit, zum Ausdruck, der Richter sei zwingend an das Gutachten gebunden. Vielmehr erinnert die Vorinstanz unter Hinweis auf entsprechende Literatur (Heer, in BS-Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1 - 110 StGB, Basel u.a. 2003, N 72 zu Art. 43 StGB) daran, dass für die Anordnung einer Massnahme nach Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB eine psychiatrische Begutachtung zum Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen erforderlich ist. Inwiefern dies unzutreffend wäre, ist nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer lässt bei seiner Argumentation sodann ausser Acht, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ausdrücklich festhält, es sei Recht und Pflicht des Gerichts, das Gutachten zu würdigen, und sie auch die Grundsätze für das Abweichen von einem Gutachten aufführt (KG act. 2 S. 11). Dass das Obergericht die Meinung vertreten hätte, diese Grundsätze seien nur auf die Frage der Zurechnungsfähigkeit und nicht auch auf diejenige der Massnahme anwendbar, lässt sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen. Der Kritik des Beschwerdeführers ist damit der Boden entzogen.

Wollte der Beschwerdeführer darüber hinaus einwenden, die Vorinstanz habe sich grundsätzlich nur ungenügend mit den Berichten von Dr. W. auseinandergesetzt, so erwiese sich eine solche Rüge als ungenügend substantiiert, nachdem sich die Beschwerde mit den entsprechenden vorhandenen Erwägungen der

Vorinstanz (KG act. 2 S. 11 f.) nicht auseinandersetzt, sodass darauf nicht eingetreten werden könnte.

6. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag. Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 458.-- Schreibgebühren,
Fr. 285.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht _____ (Proz.-Nr. DG020065), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin:

