

Kassationsgericht des Kantons Zürich



Kass.-Nr. AC040086/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 16. Dezember 2004

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. Albrecht Metzger, Metzger + Wüst, Seefeldstrasse 62, 8008 Zürich

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

8001 Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Rolf Jäger,

betreffend

fahrlässige Tötung etc.

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Mai 2004 (SB030305/U/hp)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die I. Abteilung des Bezirksgerichts Dielsdorf sprach den geständigen Beschwerdeführer mit Urteil vom 18. Juni 2003 anklagegemäss der fahrlässigen Tötung im Sinne von Art. 117 StGB, der groben Verletzung von Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 SVG, Art. 7 Abs. 1 VRV, Art. 32 Abs. 2 SVG, Art. 4a Abs. 1 lit. b VRV, Art. 32 Abs. 1 SVG, Art. 4 Abs. 1 VRV, des Fahrens in angetrunkenem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 SVG sowie des Führens eines nicht betriebssicheren Fahrzeugs im Sinne von Art. 93 Ziff. 2 SVG in Verbindung mit Art. 29 SVG, Art. 57 Abs. 1 VRV, Art. 34 Abs. 2 lit. b und lit. c VTS, Art. 53 Abs. 1 VTS, Art. 56 Abs. 1 und 3 VTS, Art. 67 Abs. 1 und 2 VTS, Art. 219 Abs. 2 lit. a und lit. f VTS schuldig und bestrafte ihn mit 16 Monaten Gefängnis und einer Busse von Fr. 3'000.–. Das Bezirksgericht schob den Vollzug der Freiheitsstrafe nicht auf. Mit Beschluss gleichen Datums zog es zudem den sichergestellten Personenwagen "VW Golf" definitiv ein und überliess ihn zur gutscheinenden Verwendung der Kantonspolizei Zürich (vgl. OG act. 33).

2. a) Gegen das Urteil des Bezirksgerichts liess der Beschwerdeführer die Berufung erklären. Im Anschluss an die Berufungsverhandlung vom 2. September 2003 beschloss die II. Strafkammer des Obergerichts die Einholung eines ärztlichen Gutachtens über den körperlichen und geistigen Zustand des Beschwerdeführers, dessen Zurechnungsfähigkeit zur Zeit der Tat sowie über die Zweckmässigkeit einer Massnahme nach Art. 44 StGB. Gleichzeitig bestellte sie Dr. med. Munira Haag-Dawoud, Abteilungsleiterin der Verkehrsmedizin und klinischen Forensik am Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich, als Gutachterin. Den entsprechenden Beschluss vom 2. September 2003 teilte das Obergericht den Parteien schriftlich mit (vgl. OG Prot. S. 20 bzw. OG act. 43-44).

b) Mit Brief vom 9. September 2003 erfolgte die Beauftragung der Gutachterin. Der Referent der II. Strafkammer des Obergerichts ersuchte Dr. Haag-

Dawoud, den von ihm beigelegten Fragenkatalog gestützt auf das Gutachten zu erstellen (vgl. OG act. 45 und 46). Vom Gutachtensauftrag sowie dem dazugehörigen Fragenkatalog machte das Obergericht den Parteien keine Mitteilung.

c) Dr. Haag-Dawoud stellte das Gutachten am 18. November 2003 fertig (vgl. OG act. 47). Da sich den Ausführungen der Gutachterin die Empfehlung in Bezug auf einen allfälligen Strafaufschub nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen liess, ersuchte die II. Strafkammer des Obergerichts mit Schreiben vom 11. Dezember 2003 Dr. Haag-Dawoud, das Gutachten in diesem Punkt entsprechend zu ergänzen (vgl. OG act. 50). Dieser Aufforderung kam die Gutachterin mit ihrer Eingabe vom 23. Dezember 2003 nach (vgl. OG act. 51).

d) Das Gutachten vom 18. November 2003 (OG act. 47) sowie das ergänzende Gutachten vom 23. Dezember 2003 (OG act. 51) liess die II. Strafkammer des Obergerichts den Parteien mit Verfügung vom 12. Januar 2004 zur Stellungnahme zukommen (vgl. OG act. 52). Der Verteidiger des Beschwerdeführers nahm mit Eingabe vom 2. Februar 2004 Stellung (vgl. OG act. 57), die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 31. Januar 2004 (vgl. OG act. 56). Das Obergericht erachtete die Sache nach Eingang der beiden Stellungnahmen als spruchreif.

e) Mit Urteil vom 6. Mai 2004 bestätigte die II. Strafkammer des Obergerichts den erstinstanzlichen Entscheid im Schuldpunkt. Sie bestrafte den Beschwerdeführer neu mit 15 Monaten und 10 Tagen Gefängnis als Zusatzstrafe zum Strafbescheid des Untersuchungsamtes Altstätten vom 25. September 2003. Weiter ordnete die Vorinstanz eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (während des Strafvollzugs) an. Ferner bestätigte sie mit Beschluss gleichen Datums den vorinstanzlichen Entscheid betreffend die Sicherstellung des Personenwagens (vgl. OG act. 58 bzw. 60).

3. Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Beschwerdeführer durch seinen (erbetenen) Verteidiger rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet und begründet. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 3 Satz 2 (Nichtaufschiebung des Strafvollzugs zwecks Durchführung der ambulanten Massnahme) (vgl. KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz

hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 11), die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 12).

4. Der Beschwerdeführer legte gegen das Urteil des Obergerichts auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ein (vgl. KG act. 8).

II.

1. a) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV bzw. seines Mitwirkungsrechts nach § 14 StPO, weil ihm das Obergericht die an die Gutachterin gestellten Fragen nicht vorweg zur Stellung von Ergänzungsfragen vorgelegt habe (vgl. KG act. 1 S. 3, Ziffer 2; S. 4, Ziffer 6).

b)aa) Die geltend zürcherische Strafprozessordnung enthält zur Frage, inwieweit der Angeschuldigte bereits bei der Erstellung der Fragen an den Gutachter mitwirken darf, keine ausdrückliche Regelung (vgl. § 109ff. StPO; vgl. HELFENSTEIN, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Dissertation Zürich 1978, S. 150f. m.H.). § 14 Abs. 1 StPO statuiert, dass ihm - dem Angeschuldigten - und seinem Verteidiger Gelegenheit geboten werden muss, *allfälligen Einvernahmen* des Sachverständigen beizuwohnen und an ihn Fragen zu richten, welche zur Aufklärung der Sache dienen können. Wird keine Einvernahme mit dem Sachverständigen durchgeführt, mithin die zu beantwortenden Fragen schriftlich gestellt, muss der Angeschuldigte jedenfalls Gelegenheit haben, Ergänzungsfragen an den Sachverständigen betreffend das (in Schriftform erstattete) Gutachten zu stellen (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO ZH, Zürich 1997, N 3 zu § 127, vgl. auch N 24 zu § 115). Ein Parteirecht des Angeschuldigten darauf, bereits bei der Erstellung der schriftlichen Gutachterfragen angehört zu werden, lässt sich aus § 14 Abs. 1 StPO somit nicht ableiten (vgl. auch HELFENSTEIN, a.a.O., S. 151).

bb) Der durch den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gewährte Minimalstandard besagt, dass die Verfahrensbeteiligten das Recht auf Stellungnahme zu den Gutachterfragen haben. Es ist jedoch

auch nach Art. 29 Abs. 2 BV nicht erforderlich, dass die Gelegenheit zur Mitwirkung bereits bei der Auftragserteilung bzw. der Formulierung der Fragen eingeräumt wird. Grundsätzlich wird dem Gehörsanspruch ausreichend Rechnung getragen, wenn die Verfahrensbeteiligten vor Ergehen des Endentscheids zum erstatteten Gutachten Stellung nehmen können und dabei Gelegenheit haben, Ergänzungsfragen zu stellen (vgl. DONATSCH, in Donatsch/Schmid, a.a.O., N 23 zu § 115 m.H., vgl. auch N 3 zu § 127; vgl. Kass.-Nr. 89/362, Beschluss vom 31. Juli 1990, in Sachen StA, E. II/1; vgl. auch Kass.-Nr. 99/324S, Beschluss vom 21. August 2000, in Sachen F., E. II/2/1; vgl. im Ergebnis ebenso: Bundesgericht, 1P.408/2003/err, Urteil vom 30. Oktober 2003, E. 4 [StPO BL]; vgl. auch: BGE 99 Ia 46f. [im Bereich des Verwaltungsverfahrens]; Bundesgericht, I 88/01, Urteil vom 28. August 2003, in Sachen T., E. 3/2 [im Bereich der Sozialversicherung]).

cc) Immerhin postulieren verschiedene Autoren im Interesse der Wahrheits-
suche und aus Gründen der Verfahrensökonomie, die Verfahrensbeteiligten von
Anfang an zu den dem Gutachter gestellten Fragen anzuhören, jedenfalls sofern
dies die Untersuchung nicht erheblich erschwert oder dem Untersuchungszweck
nicht zuwiderläuft (vgl. DONATSCH, a.a.O., N 23 zu § 115; vgl. HELFENSTEIN,
a.a.O., S. 151 m.H.; vgl. auch SCHMID, Strafprozessrecht, Zürich 2004, N 667
m.H.).

c)aa) Aus dem einleitend geschilderten Ablauf ergibt sich (vgl. vorstehend
E. I/2/b-d), dass der Beschwerdeführer bzw. sein Verteidiger noch vor Fällung des
Endentscheids Gelegenheit hatten, sich umfassend zum Gutachten bzw. zum er-
gänzenden Gutachten zu äussern. Die II. Strafkammer des Obergerichts liess den
Parteien mit Verfügung vom 12. Januar 2004 das Gutachten vom 18. November
2003 (OG act. 47) sowie das ergänzende Gutachten vom 23. Dezember 2003
(OG act. 51) zur Stellungnahme zukommen (vgl. OG act. 52). Es war der Vertei-
digung unbenommen, in jener Phase des Verfahrens Ergänzungsfragen an die
Gutachterin zu stellen und/oder Kritik am Fragenkatalog zu üben. Damit war der
Gehörsanspruch des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall ausreichend ge-
wahrt.

bb) Der Beschwerdeführer wendet insoweit ein, die Gutachterin habe eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 44 StGB als zweckmässig und einen gleichzeitigen Strafvollzug aus therapeutischer Sicht als wenig sinnvoll bezeichnet. Er habe daher gestützt auf das Gutachten davon ausgehen dürfen, dass sich die Vorinstanz für die ambulante Massnahme (unter Aufschub des Strafvollzugs) aussprechen würde. Mithin habe er keinen Anlass gehabt, die Ergänzungsfragen bereits im Rahmen seiner Stellungnahme vom 2. Februar 2004 (OG act. 57) zu stellen (vgl. KG act. 1 S. 4-5, Ziffern 7-8).

Der Einwand ist unbehelflich. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer bzw. sein Verteidiger in jener Phase keine sachliche Notwendigkeit für die Stellung von Ergänzungsfragen sah und seine Mitwirkungsrechte nicht nutzte, kann der Vorinstanz keinen Vorwurf gemacht werden (vgl. den mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Bundesgerichtsentscheid 1P.408/2003/err, Urteil vom 30. Oktober 2003, E. 4/2). Es bleibt also dabei, dass die Vorinstanz den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers ausreichend gewahrt hat, indem sie ihm bzw. der Verteidigung noch vor Fällung des Endentscheids Gelegenheit einräumte, sich umfassend zum Gutachten bzw. zum ergänzenden Gutachten zu äussern.

cc) Schliesslich drängte sich auch im Interesse der Wahrheitssuche und/oder aus Gründen der Verfahrensökonomie keine vorgängige Anhörung des Beschwerdeführers bzw. der Verteidigung zum Fragenkatalog auf. Es darf davon ausgegangen werden, dass der vorinstanzliche Referent aufgrund seiner Tätigkeit als Strafrichter selber wusste, worauf es bei der gutachterlichen Instruktion ankam und bei der Formulierung der Fragen nicht auf die Mitwirkung des Angeschuldigten angewiesen war. Inwiefern die Mitwirkung des Angeschuldigten bereits bei der Erstellung der Fragen wesentlich gewesen wäre und/oder einen entscheidenden Informationsgewinn in Bezug auf den zu begutachtenden Sachverhalt bedeutet hätte, ist nicht ersichtlich und wird in der Beschwerde auch nicht näher erläutert. Abgesehen davon geht es in Fällen der vorliegenden Art um Gutachterfragen, welche immer wieder in gleicher oder ähnlicher Form gestellt werden und so eine in der Praxis bewährte Standardisierung erfahren haben (vgl. DONATSCH, a.a.O.,

N 21 zu § 115). Das Vorgehen des obergerichtlichen Referenten im Rahmen der Instruktion der Gutachterin gibt daher auch unter den Gesichtspunkten Wahrheitssuche und/oder Verfahrensökonomie nicht zu Kritik Anlass.

2. a) Der Beschwerdeführer hält weiter dafür, dass ihm das Obergericht auch das Gutachten vom 18. November 2003 sowie das Schreiben vom 11. Dezember 2003 (Aufforderung zur Ergänzung des Gutachtens) vorweg unterbreiten und ihm Gelegenheit zur Stellung von Ergänzungsfragen hätte geben müssen (vgl. KG act. 1 S. 3, Ziffer 2; S. 4, Ziffer 6).

b) Das vorstehend unter E. II/1 Gesagte gilt mutatis mutandis auch in Bezug auf diese Rügen, und es bleibt festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund in Form einer Gehörsverweigerung oder einer Verletzung seines Mitwirkungsrechts darzutun vermag.

3. Abschliessend ergibt sich, dass die Verteidigung keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermochte. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

III.

Ausgangsgemäss werden dem Beschwerdeführer die Kosten des Kassationsverfahrens auferlegt (vgl. § 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 197.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Dielsdorf, I. Abteilung, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Sekretär: